

**Das strafrechtliche Verbot der
Rassendiskriminierung
gemäss Artikel 261^{bis} StGB und Artikel 171c MStG**

Arbeitspapier des BJ
für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm

Mai 2007

I. Einleitung

Art. 261^{bis} Strafgesetzbuch (StGB)	Art. 171c Militärstrafgesetz (MStG)
<i>Rassendiskriminierung</i>	<i>Rassendiskriminierung</i>
Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,	¹ Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,
wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,	wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,
wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,	wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,	wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert,	wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert,
wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
	² In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.

Die Rassismusstrafnormen - Artikel 261^{bis} StGB bzw. Artikel 171c MStG - sind seit dem 1. Januar 1995 in Kraft¹. Das Referendum gegen sie wurde am 25. September 1994 in einer Volksabstimmung mit 54,7 % Stimmen abgelehnt². Die Einführung dieser Strafnormen war die wesentliche Voraussetzung für die Ratifikation des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965³, das bis heute von 173 Staaten ratifiziert wurde⁴.

Artikel 261^{bis} StGB⁵ enthält fünf Tatbestände: Aufruf zur Diskriminierung (Abs. 1), Verbreitung rassistischer Ideologien (Abs. 2), rassenfeindliche Propagandaaktionen (Abs. 3), Diskriminierung (Abs. 4, erste Satzhälfte), Leugnung von Völkermord (Abs. 4, zweite Satzhälfte) und Leistungsverweigerung (Abs. 5). Für die Auslegung der Norm von zentraler Bedeutung sind die Begriffe „Rasse“, „Ethnie“, „Religion“ und „Öffentlichkeit“. Von der Leistungsverweigerung

¹ AS 1994 2887.

² BBl 1994 V 531.

³ SR 0.104.

⁴ SR 0.104; <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm>

⁵ Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für den analogen Artikel 171c MStG.

im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 5 StGB abgesehen, werden nur Verhaltensweisen, die öffentlich erfolgen, unter Strafe gestellt⁶.

II. Zur Grundsatzkritik an der Rassismusstrafnorm

1. Zur Wahl der Mittel bei der staatlichen Bekämpfung von Rassismus

Rassismus ist ein äusserst komplexes gesellschaftliches Phänomen mit vielen Gesichtern. Diffuse Berührungsangst oder Voreingenommenheit gegenüber Menschen aus fremden Kulturkreisen steigern sich mitunter zu Ideologien, welche die Überlegenheit der eigenen Gruppe gegenüber anderen Rassen propagieren. Rassisten beurteilen die Menschen aufgrund ihrer Rasse oder ihres Herkommens. Rassismus ist mit festen Vorstellungsklischees verbunden und beruht auf der Überzeugung, dass die Angehörigen gewisser Bevölkerungsgruppen bestimmte unveränderliche Eigenschaften aufweisen. Solche Stereotypisierungen führen dazu, dass gewisse Gruppen von vorneherein als zweitklassig, als minderwertig angesehen werden.

Ein Klima von Intoleranz und rassistischen Vorurteilen kann aber ein friedliches Zusammenleben verschiedener Gruppen in einer Gesellschaft erschweren oder gar verunmöglichen. Deshalb hat der Staat ein Interesse daran, Verhaltensweisen, in denen sich diese Gesinnung manifestiert, zu bekämpfen. Gesellschaftlich umstritten ist dabei jedoch, welche Mittel er dafür einsetzen soll, ob er sich auf die Aufklärung und Bildung beschränken oder aber auch Verbote erlassen soll. Die heutige Rassismusstrafnorm ist Ausdruck eines politischen Entschides, dass jede Form von Rassismus, insbesondere menschenverachtende Handlungen, Intoleranz und Feindseligkeiten gegenüber anderen Volksgruppen, auch strafrechtlich zu ahnden sind. Der Streit darüber, ob es richtig ist, Rassismus mit solchen Mitteln zu bekämpfen, dauert bis heute an.

Schon die parlamentarische Beratung des Rassismusartikels und des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassismus wies teilweise eine Heftigkeit und Gehässigkeit auf, wie sie sonst im parlamentarischen Betrieb der Schweiz nur selten anzutreffen ist⁷. Die Kontroverse drehte sich im Wesentlichen darum, wer von den politischen Kräften in diesem Land das Aufkommen des Rassismus in der Schweiz mit zu verantworten habe und ob eine Gesetzgebung gegen den Rassismus nicht das Recht der Schweizerinnen und Schweizer auf Wahrung ihrer eigenen Identität bzw. auf Abgrenzung gegenüber den Fremden in ungebührlicher Weise beeinträchtige. Auch wurde vor einer übermässigen Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit gewarnt und die Strafbestimmung gegen die Rassendiskriminierung als Maulkorbgesetz dargestellt. Es wurde auch der Vorwurf erhoben, dass die Norm Gesinnungsstrafrecht darstelle. Daneben gab es auch eine Gruppe von Kritikern, die mit dem Beitritt zum Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung und mit der Zielsetzung der Strafnorm zwar durchaus einverstanden waren, diese aber für missglückt und untauglich hielten. Sie machten geltend, die Strafnorm sei zu unbestimmt und werde in der Praxis zu grossen Anwendungsschwierigkeiten führen⁸. Diese Kritiken an der Rassis-

⁶ Bei der Leistungsverweigerung muss der Täter sich mit seinem Leistungsangebot an die Öffentlichkeit gewandt haben, die Leistungsverweigerung selbst (Tathandlung) braucht dagegen nicht öffentlich vorgenommen zu werden (vgl. Niggli, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG*, Zürich 1996, N 1202 [zit. Niggli, Rassendiskriminierung]).

⁷ AB N 1992, 2650-2672.

⁸ K.-L. Kunz, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR) 1998, S. 223; G.

musstrafnorm werden heute noch - 12 Jahre nach deren Inkrafttreten - erhoben⁹. Die wichtigsten Einwände sollen nachfolgend etwas genauer unter die Lupe genommen werden.

2. Ist Artikel 261^{bis} StGB „Gesinnungsstrafrecht“?

Unter „Gesinnungsstrafrecht“ versteht man ein Strafrecht, das eine Sanktion allein an die innere Einstellung des Bürgers zu einem Problemkreis knüpft¹⁰. Solche Gesinnungsschnüffelei ist in jedem freiheitlichen Staat zu Recht verpönt. Denn der Bürger soll sich unbeeinflusst von staatlichen Einwirkungen seine Gedanken machen und seine Meinung bilden dürfen. Der alte Grundsatz "Fürs Denken kann niemand henken" bringt dies treffend zum Ausdruck. Deshalb werden auch im Schweizerischen Strafrecht nur von aussen erkennbare, "geäusserte" Handlungen sanktioniert¹¹. Dies gilt auch für die verschiedenen Tathandlungsvarianten von Artikel 261^{bis} StGB: Mit Strafe ist nur bedroht, wer bestimmte Auffassungen öffentlich kundtut, sich also nicht nur seine Gedanken macht, sondern diese auch äussert. Die Antirassismusstrafnorm stellt somit nicht die blossе Gesinnung unter Strafe, sondern deren Manifestation, die zudem andere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet. Je unbestimmter die betroffenen Rechtsgüter allerdings sind (z.B. abstrakte Gefährdung des öffentlichen Friedens bei der Völkermordsleugnung), umso schwieriger lässt sich der Vorwurf von der Hand weisen, dass es bei Artikel 261^{bis} StGB letztlich eben doch darum geht, unerwünschte Gesinnungen zu verbieten (vgl. zur Rechtsgutsdiskussion die nachfolgenden Ausführungen in Ziffer 3).

3. Welche Rechtsgüter werden von der Rassismusstrafnorm geschützt?

Strafnormen haben immer den Schutz von Rechtsgütern zum Ziel, die von einer Mehrheit der Rechtsgemeinschaft als schützenswert erklärt werden. In diesem Sinne sind die Normen des StGB Ausdruck der Überzeugungen einer Rechtsgemeinschaft.

Aufgrund der systematischen Stellung von Artikel 261^{bis} im 12. Titel des StGB ("Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden") lässt sich schliessen, dass der öffentliche Friede das von Artikel 261^{bis} geschützte Rechtsgut ist. In seiner Botschaft vom 2. März 1992 hält der Bundesrat denn auch dazu fest, dass "Rassendiskriminierung eine Gefährdung des öffentlichen Friedens darstellt, ob sie sich nun in Form von Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung äussert, in Angriffen auf die Menschenwürde oder Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, die zu den betroffenen Gruppen gehören, oder in Form von Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung. Der Angriffspunkt ist allerdings die Menschenwürde eines jeden Einzelnen der betroffenen Gruppe. Der Zusammenhang ist jedoch eindeutig. In einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet und herabgesetzt werden können, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden darf, ... , da ist der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet ...".

Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000, § 39 N 21 (zit. Stratenwerth, BT II).

⁹ Vgl. dazu u.a. das Positionspapier der SVP vom November 2006 „Ja zur Meinungsäusserungsfreiheit – Nein zur Bevormundung der Bürger“, abrufbar unter: <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-d.pdf>.

¹⁰ MAGDALENA RUTZ, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Dissertation 1968, S. 236; ebenso das Urteil des Obergerichts des Kantons BS vom 24.11.1987, BJM 1988, S. 210.

¹¹ Es handelt sich um ein Wesensmerkmal des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, vgl. statt vieler CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 1992, § 7 N 4; FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Zürich 2002, § 122 N 18.

In der Lehre wurde demgegenüber die Meinung vertreten, dass grundsätzlich das gesamte Strafrecht den öffentlichen Frieden im Sinne der Botschaft des Bundesrates schützt; daher könne der öffentliche Friede kein selbständiges Rechtsgut darstellen. Diese Frage war denn auch bis zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes von 1997¹² umstritten. Das Bundesgericht wollte mit Artikel 261^{bis} StGB ursprünglich sowohl den öffentlichen Frieden als auch die Menschenwürde geschützt wissen, jedoch primär die Menschenwürde und nur mittelbar den öffentlichen Frieden. In einem späteren Entscheid hat sich das Bundesgericht in einem anderen Zusammenhang erneut zur Frage des geschützten Rechtsgutes geäußert¹³. In diesem Entscheid erklärte es, dass die Menschenwürde bei Artikel 261^{bis} StGB nur bezüglich der Tatbestandsvarianten nach Absatz 1 und Absatz 4, erste Satzhälfte - jedoch nicht bei Absatz 4, zweite Satzhälfte - das geschützte Rechtsgut sei. Nach Ausführungen zur ratio legis von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass in casu die individuelle Betroffenheit im Rechtsinne lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung darstelle, auch wenn sie im konkreten Einzelfall schwer wiege und sogar zu einer psychischen Beeinträchtigung führen könne. Infolgedessen sei die Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden, und dieser allein werde unmittelbar geschützt; individuelle Rechtsgüter würden vorliegend nur mittelbar geschützt.

Somit scheinen die geschützten Rechtsgüter beim Rassismus zwar definiert. In der Lehre besteht über diese Frage jedoch nach wie vor keine Einigkeit. Es ist auch unklar, ob sich aus dem geschützten Rechtsgut eine Begrenzung der Strafnorm ergeben müsste. Sowohl die Menschenwürde als auch der öffentliche Frieden sind unbestimmte Rechtsbegriffe, welche sich in ihrer Abstraktheit nur schwer fassen lassen. Ob eine rassistische Handlung den öffentlichen Frieden bzw. die Würde des Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion verletzt, entscheidet der Richter somit im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Situation sowie der weiteren Umstände, unter denen die Äusserungen gemacht wurden.

Insofern ist es auch verständlich, dass Strafnormen, welche schwer fassbare Rechtsgüter schützen, immer wieder in Frage gestellt werden. Allerdings gilt es zu beachten, dass analoge Probleme auch bei zahlreichen anderen Strafbestimmungen bestehen, die deswegen kaum umstritten sind. Im Übrigen spielt die Frage nach dem Rechtsgut in der praktischen Rechtsanwendung letztlich eine eher untergeordnete Rolle. Massgebend ist und bleibt in erster Linie, ob eine bestimmte Verhaltensweise die jeweiligen Tatbestandsmerkmale erfüllt.

4. Ist Artikel 261^{bis} StGB unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots genügend präzise formuliert?

Das Bestimmtheitsgebot ist in Artikel 1 Absatz 1 StGB verankert (nulla poena sine lege certa). Dieser Grundsatz besagt, dass nur Verhaltensweisen sanktioniert werden dürfen, die im Gesetz ausdrücklich umschrieben sind, damit für jedermann klar erkennbar ist, was strafbar ist und was nicht. Denn nur Gesetze, deren Wortlaut eine hinreichend feste Basis für die Rechtsanwendung bilden, vermögen richterliche Entscheidungen berechenbar und vergleichbar zu machen. Der Strafgesetzgeber kommt dieser Idealforderung dann am Nächsten, wenn er für die Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens möglichst wertungsfreie Begriffe verwendet. Eine solche Gesetzesredaktion ist jedoch aufgrund der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte nur in den seltensten Fällen möglich. Oft muss der Gesetzgeber auf auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe zurückgreifen. Folgerichtig wird von der Rechtsprechung und Lehre auch nicht verlangt, dass jeder einzelne Rechtsunterworfen

¹² BGE 123 IV 202.

¹³ BGE 129 IV 95 E.3.2, S. 99 ff.

in der Lage sein muss, juristisch exakt die Auslegung sämtlicher Tatbestandsmerkmale zu erfassen. Es muss ihm lediglich möglich sein, im Sinne einer sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre“ den wesentlichen Verhaltensunwert, der einer Strafnorm zugrunde liegt, zu erkennen. Gewisse Unklarheiten in der Tatbestandsformulierung können nach Auffassung des Bundesgerichts zumindest teilweise durch eine ständige und publizierte Gerichtspraxis zum Bedeutungsgehalt der erwähnten Begriffe kompensiert werden. Die bisherige Praxis zu Artikel 261^{bis} StGB hat denn auch zu einer Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe wie etwa des Begriffs „öffentlich“¹⁴ geführt.

Obschon die Verwendung von offenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in Artikel 261^{bis} StGB juristisch wohl kaum als Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot gewertet werden kann, müssen die grundsätzlichen Bedenken gegen solch offene Tatbestandsformulierungen sehr ernst genommen werden. Im Interesse einer bestmöglichen Verwirklichung des Bestimmtheitsgebotes ist es immer opportun, eine Präzisierung der Norm zu fordern, wenn dadurch die Anwendung der Norm vereinfacht wird. Denn je unklarer eine Strafnorm formuliert ist, desto eher besteht die Gefahr, dass sich die Rechtsunterworfenen aus Angst vor möglicher Bestrafung selber stärker einschränken, als dies die Strafnorm von ihnen effektiv verlangt, oder dass Personen zu Unrecht in Strafverfahren verwickelt werden, die für die Betroffenen selbst dann eine Belastung darstellen, wenn sie von den Gerichten später freigesprochen werden¹⁵.

Die Forderung, Strafnormen so bestimmt wie möglich zu fassen, erhält in Bezug auf Artikel 261^{bis} StGB auch insofern besonderes Gewicht, als die entsprechenden Verhaltensweisen in den Schutzbereich eines für unsere Demokratie zentralen Grundrechts fallen - nämlich der Meinungsäusserungsfreiheit (vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Ziff. 5).

5. Stellt Artikel 261^{bis} StGB eine unzulässige Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dar?

Die Grundsatzkritik an Artikel 261^{bis} StGB wird immer wieder mit dem Argument verbunden, die Rassismusstrafnorm beschränke die Meinungsäusserungsfreiheit. Die Meinungsäusserungsfreiheit umfasse alle Meinungen - auch falsche, unangebrachte, nicht zutreffende und

¹⁴ Der Begriff "öffentlich" im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB wurde vom Bundesgericht in BGE 130 IV 111 definiert. Nach diesem Urteil gelten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im Familien- oder Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen. Auf Grund dieses Urteils wurde die Befürchtung laut, dass Artikel 261^{bis} StGB künftig auf Stammtischrunden Anwendung finden werde. Der Bundesrat ist aber davon überzeugt, dass auch nach dieser neuen Rechtsprechung rassistische Äusserungen am Stammtisch weiterhin nicht strafbar sind, so lange sie nicht problemlos von Dritten wahrgenommen werden [vgl. Antwort des Bundesrates zur Motion (05.3013) der SVP-Fraktion mit Hinweisen]. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil betont, dass eine gemeinsame Gesinnung der Teilnehmer den öffentlichen Charakter einer Veranstaltung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB nicht auszuschliessen vermag. Denn Art. 261^{bis} StGB wolle gerade auch verhindern, dass sich rassistisches Gedankengut in Zirkeln, die ihm zuneigen, weiter verfestigt und ausweitet.

¹⁵ Die eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) hat Kenntnis von 241 Anzeigen (Fällen), die zwischen 1995 und 2003 bei den zuständigen Behörden eingegangen sind. Die Untersuchungsbehörden haben in knapp der Hälfte dieser Anzeigen das Strafverfahren nach einer summarischen Überprüfung des Sachverhaltes nicht eröffnet bzw. eingestellt oder sind auf die Strafanzeigen gar nicht erst eingetreten. Bei der anderen Hälfte wurde materiell-rechtlich auf die Anzeigen eingegangen. Die Fälle endeten mit einem rechtskräftigen Urteil. In 23 Fällen (knapp 20 % der Urteile) sprachen die gerichtlichen Behörden die angeschuldigten Personen vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei; 100 Fälle (gute 80 % der Urteile) führten zu einer Verurteilung der Angeschuldigten. Abrufbar unter:
<http://www.ekr-cfr.ch/ekr/db/00586/00650/index.html?lang=de>

nicht nachvollziehbare¹⁶. Es sei nicht einzusehen, weshalb irgendwelche Falschaussagen unter Strafe gestellt werden sollen. Es gäbe nämlich auch Leute, die behaupten, die Mondlandung der Amerikaner habe nie stattgefunden oder die Türme des World Trade Centers seien auf Veranlassung der eigenen amerikanischen Regierung zerstört worden. Ein demokratischer Staat müsse das Format, aber auch das nötige Vertrauen in die Vernunft und Mündigkeit seiner Bürger haben, verschiedene Meinungen und Meinungsäusserungen einordnen, beurteilen und bewerten zu können.

Es ist unbestritten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu denjenigen Menschenrechten gehört, denen auch international eine besondere Vorrangstellung zukommt¹⁷. Dieses Grundrecht ist für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft von fundamentaler Bedeutung und wird daher auch in Artikel 16 der Bundesverfassung (BV) und in Artikel 10 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ausdrücklich gewährleistet. Die Freiheit der Meinungsäusserung gilt aber weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene absolut. So kann dieses Freiheitsrecht im Rahmen von Artikel 36 BV¹⁸ bzw. von Artikel 10 Absatz 2 EMRK¹⁹ eingeschränkt werden.

Inwieweit Äusserungen im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB überhaupt in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit fallen, hängt heute weitgehend vom anwendbaren Recht ab. Während in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung die Auffassung klar überwiegt, dass auch rassistische Äusserungen in den Schutzbereich der in Artikel 16 der Bundesverfassung geschützten Meinungsäusserungsfreiheit fallen, vertritt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Anwendung der EMRK eine etwas restriktivere Auffassung. Zwar hat auch der EGMR in konstanter Rechtsprechung erklärt, dass insbesondere auch schockierende und verletzende Meinungsäusserungen von Artikel 10 EMRK geschützt werden. Die Strassburger Organe nehmen jedoch in Fällen mit rassendiskriminierendem Hintergrund stets eine Art Vorprüfung der Klage vor und verweigern in konstanter Rechtsprechung bei „eindeutig rassistischen bzw. revisionistischen“ Äusserungen das Eintreten auf die Klage mit dem Argument, dass es im Sinne von Artikel 17 EMRK rechtsmissbräuchlich sei, sich auf EMRK-Garantien zu berufen, um herabwürdigende Äusserungen zu legitimieren, die nichts

¹⁶ Vgl. Pressekonferenz und Positionspapier der SVP vom November 2006 „Ja zur Meinungsäusserungsfreiheit – Nein zur Bevormundung der Bürger“ (abrufbar unter: <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-d.pdf>) sowie die Motion Germann (04.3812, Ergänzung des Rassismusartikels); Motion Hess (04.3607, Aufhebung der Rassismusstrafnorm) und Motion SVP (05.3013, Streichung des Rassismusartikels).

¹⁷ In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verschiedentlich darauf hingewiesen, dass gerade strafrechtliche Sanktionen, welche die freie Diskussion von Themen, die im allgemeinen Interesse sind, verhindern sollen, sehr problematisch sind (vgl. Thorgeison v. Island vom 25. Juni 1992, Serie A, n° 239).

¹⁸ Art. 36 BV lautet wie folgt:

¹ *Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.*

² *Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.*

³ *Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.*

⁴ *Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.*

¹⁹ Art. 10 Abs. 2 EMRK lautet wie folgt:

² *Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.*

anderes bezwecken, als diejenigen Grundwerte in Frage zu stellen, welche die EMRK gerade schützen wolle²⁰. Solche Äusserungen fallen nach dem Grundrechtsverständnis des EGMR daher gar nicht in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Artikel 10 EMRK²¹. Zumindest aus Sicht der EMRK trifft die Aussage daher nicht zu, dass eine Verurteilung nach Artikel 261^{bis} StGB in jedem Fall als Beschränkung des Grundrechts auf freie Meinungsäusserung zu verstehen ist. Umgekehrt kann aber auch nicht gefolgert werden, dass bei Verurteilungen nach Artikel 261^{bis} StGB aus Sicht der EMRK nie ein Grundrechtskonflikt besteht. Soweit Artikel 261^{bis} StGB auch Meinungsäusserungen unter Strafe stellt, bei denen die eindeutig rassistische Ausrichtung nicht sofort erkennbar ist, ist die Strafnorm aus Sicht der EMRK durchaus als Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zu werten. In solchen Fällen würde der Gerichtshof im Einzelfall prüfen, ob die Verurteilung im Gesamtkontext der Äusserung mit der Meinungsäusserungsfreiheit vereinbar ist, bzw. ob die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Grundrechts im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 EMRK erfüllt sind²².

Soweit bereits aus der Tatsache, dass die Meinungsäusserungsfreiheit durch die Strafnorm eingeschränkt wird, die Schlussfolgerung gezogen wird, Artikel 261^{bis} StGB (insbesondere dessen Absatz 4, zweite Satzhälfte) müsse abgeschafft werden, handelt es sich um eine vorwiegend politische, nicht aber um eine rechtliche Würdigung. Verfassungsrechtlich ist nicht die entscheidende Frage, ob eine „Beschränkung“ der Meinungsäusserungsfreiheit vorliegt²³, sondern ob diese Beschränkung gemäss den anerkannten Kriterien für Grundrechtseinschränkungen im konkreten Fall rechtlich zulässig ist. Ist dies nicht der Fall, spricht man von einem „Verstoss“ gegen die Meinungsäusserungsfreiheit bzw. von einer „Verletzung“ des Grundrechts. Dieser Zweischritt (Unterscheidung zwischen Grundrechtseinschränkung und Grundrechtsverletzung) ist auch für die nachfolgende verfassungsrechtliche Beurteilung von Artikel 261^{bis} StGB zentral.

Zwar mussten sich Schweizer Gerichte bisher nicht direkt mit der Frage auseinandersetzen, ob Artikel 261^{bis} StGB eine unzulässige staatliche Grundrechtsbeschränkung darstellt, da es in der Schweiz keine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es jedoch unbestritten, dass keinem Grundrecht eine absolute Vorrangstellung zukommt. Vielmehr sind Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Artikel 36 BV und Artikel 10 Absatz 2 EMRK unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Sie müssen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen: Dies ist hier der Fall. Obschon Artikel 261^{bis} StGB nicht als Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot gewertet werden kann, wäre es unter diesem Blickwinkel wünschbar, wenn Artikel 261^{bis} StGB etwas präziser gefasst werden könnte.

²⁰ Vgl. dazu Mario Oetheimer, La cour européenne des droit de l'homme face au discours de haine, in: Revue trimestrielle de droit de l'homme 69/2007, S. 63 ff., 66, 68 f., mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung (zit. Oetheimer) sowie die zitierten Entscheide bei Poncet, medialex 2001/2, S. 86.

²¹ In der Literatur wird dieser Gedanke auf die eingängige Formel gebracht, dass es „kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung“ geben könne. Vgl. Niggli, *Es gibt kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung. Leugnung von Völkermord, Menschenwürde und die Problematik von Rassismusverboten*, Arbeitskreis Armenien (Hrsg.): Völkermord und Verdrängung. Der Genozid an den Armeniern - die Schweiz und die Shoah, S. 85-96.

²² So beurteilte beispielsweise der EGMR die Verurteilung eines Journalisten, der eine TV-Dokumentation über eine rassistische Bewegung erstellte und darin die Mitglieder dieser Vereinigung unzensuriert zu Wort kommen liess, wegen Beihilfe zur Rassendiskriminierung als Verstoss gegen die Meinungsäusserungsfreiheit. In diesem Entscheid hielt der EGMR aber ausdrücklich fest, dass die in der Sendung getätigten rassistischen Äusserungen durch Artikel 10 EMRK nicht geschützt seien (so Urteil des EGMR Jersild c. Dänemark vom 23. September 1994, Serie A, Band 298).

²³ Vgl. jedoch zur Bedeutung der Grundrechte im Rahmen der Auslegung die nachfolgenden Ausführungen.

- Sie müssen im öffentlichen Interesse liegen. Artikel 10 Absatz 2 EMRK anerkennt insbesondere auch den „Schutz der Moral“²⁴, den Schutz der „Rechte anderer“ sowie der „öffentlichen Ordnung“ als schutzwürdige öffentliche Interessen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützt Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB primär den „öffentlichen Frieden“ im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdeliktes und mittelbar auch die Menschenwürde²⁵. Bei den anderen Tatbestandsvarianten ist primär die Menschenwürde das geschützte Rechtsgut. Dass die „Wahrung des öffentlichen Friedens“ und der „Schutz vor Diskriminierung“ schützenswerte öffentliche Interessen darstellen, wird allgemein anerkannt.
- Schliesslich muss die in Frage stehende staatliche Norm das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren. Die Strafnorm muss demnach ein geeignetes und notwendiges Mittel sein, den öffentlichen Frieden bzw. die Würde des Menschen in der Schweiz zu wahren. Dies ist nach herrschender Lehre ebenfalls der Fall, vorausgesetzt, die Bestimmung wird im Lichte der Meinungsäusserungsfreiheit eng ausgelegt. Der grundrechtskonformen Auslegung der Tatbestandsmerkmale kommt somit entscheidende Bedeutung zu. Die Meinungsäusserungsfreiheit kann als Auslegungshilfe bei der Subsumtion des tatsächlichen Verhaltens unter die Kriterien der Strafnorm von Bedeutung sein. Im Interesse der Meinungsäusserungsfreiheit ist zu fordern, dass Verstösse gegen die Rassistensstrafnorm nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen sind, also nur in Fällen, wo die Tatbestandsmässigkeit des fraglichen Verhaltens offensichtlich ist. Das bedeutet, dass dem hohen Stellenwert der Meinungsäusserungsfreiheit in interpretatorischen Zweifelsfällen bei der Rechtsanwendung dadurch Rechnung getragen wird, dass nicht jede bagatellhafte Unmutsäusserung und nicht jede politische Ansichtsäusserung unter die Tatbestandsvarianten von Artikel 261^{bis} StGB fallen. "In einer Demokratie" - so das Bundesgericht²⁶ - "ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen und für viele schockierend wirken. Kritik muss dabei in einer gewissen Breite und bisweilen auch in überspitzter Form zulässig sein. Denn in öffentlichen Debatten ist es oft nicht von Anfang an möglich, eindeutig zwischen unwahrer, halbwarer und begründeter Kritik zu unterscheiden. Eine Herabsetzung oder Diskriminierung ist daher in der politischen Auseinandersetzung nicht leichthin zu bejahen".

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass Artikel 261^{bis} StGB - bei grundrechtskonformer Auslegung der Bestimmung - zwar eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit darstellt, aber wohl nicht als Verstoss gegen dieses Grundrecht zu werten ist. Im Interesse der Meinungsäusserungsfreiheit sollten Strafnormen, welche dieses Grundrecht beschränken, nur diejenigen Verhaltensweisen unter Strafe stellen, welche zum Schutze elementarer Rechtsgüter notwendig sind.

6. Zum Leugnungstatbestand (Art. 261^{bis} Abs. 4, zweite Satzhälfte StGB) im Besonderen

An dieser Stelle soll auf die Bestimmung über die Strafbarkeit der vorsätzlichen, öffentlichen Leugnung, gröblichen Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermorden oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus rassistischen Beweggründen (Art. 261^{bis} Abs. 4, zweite Satzhälfte StGB) etwas näher eingegangen werden, weil dieser Tatbestand mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit besonders umstritten ist.

²⁴ Unter dem Titel „Schutz der Moral“ hat der EGMR bisher grosses Verständnis gezeigt für staatliche Strafnormen insbesondere zum Schutz vor Obszönitäten, Beleidigungen oder Blasphemie (vgl. die zitierten Gerichtsentscheide bei Poncet, medialex 2001/2, S. 85).

²⁵ Vgl. BGE 129 IV 95 ff.

²⁶ BGE 131 IV 23.

6.1 Zu den Begriffen „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“

Die Kritik am Leugnungstatbestand geht hauptsächlich dahin, dass er nicht auf einzelne historische Ereignisse - wie z.B. den Holocaust - beschränkt ist. Gemäss herrschender Lehre²⁷ sollen aber trotzdem nur historische Ereignisse in Frage kommen, deren Realität keinem Zweifel unterliegen. Dass unter die Norm nur Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen sollen, die quasi als allgemeinkundig gelten, rührt daher, dass es nicht für sinnvoll angesehen wird, wenn das Gericht anlässlich der Leugnung jedes Mal auch noch darüber Beweis führen muss, ob die historischen Ereignisse wirklich stattgefunden haben. Eine einlässliche Debatte über die Völkermordvoraussetzungen an sich könnte die Gerichte überfordern. Daher soll vielmehr nur die Notorietät des Geschehens belegt werden müssen. Wo dies nicht gelingt, wäre auch keine Verurteilung möglich. Dennoch bleibt die Frage, durch wen oder anhand welcher Kriterien die Notorietät von Völkermorden zu erfolgen hat. Diese wird in der Lehre und in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet²⁸.

Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind keine „Alltagsverbrechen“. Die Geschichte hat gezeigt, dass sie sich jeweils in einen grösseren Kontext einfügen. Häufig beginnt eine Konfliktsituation in einem Land mit der systematischen Unterdrückung einer Minderheit, oder es kommt zur Auseinandersetzung zwischen verschiedenen politischen Gruppierungen, welche in der Folge zu den Waffen greifen. Solche Konflikte können sich dann zu internationalen Konflikten ausweiten. Insbesondere die jüngsten ethnischen Konflikte haben gezeigt, dass häufig nicht mehr unterschieden wird, ob es sich bei den angegriffenen Personen um Militärangehörige oder Zivilpersonen handelt. Die strafrechtliche Aufarbeitung solcher tragischer Ereignisse, z.B. im früheren Jugoslawien oder Ruanda, hat gezeigt, dass Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit oft gleichzeitig begangen werden. Die Vorfälle werden in der Praxis gemeinsam untersucht und angeklagt, so dass es schliesslich dem Gericht obliegt, festzustellen, welcher Tatbestand verwirklicht worden ist.

Massgebliche Rechtsquellen für die Auslegung des Begriffes „Völkermord“ sind das internationale Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes²⁹; Genozidkonvention) sowie die gestützt darauf erlassene Strafbestimmung des Völkermords im StGB (Art. 264)³⁰. Gemäss Artikel 264 Absatz 1 StGB wird bestraft, wer bestimmte schwere Straftaten gegen Leib und Leben in der Absicht vornimmt, eine durch ihre Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische Zugehörigkeit gekennzeichnete Gruppe ganz oder teilweise zu vernichten.

Die zweite Gruppe von Ereignissen, auf die sich die Tathandlungen von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB beziehen können, stellen die Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar. Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden als solche in der Schweiz durch das Strafgesetzbuch noch nicht ausdrücklich erfasst. Im Rahmen der zweiten Etappe zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998³¹ werden indessen Gesetzesänderungen vorgenommen, die in der Schweiz die explizite Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit gewährleisten. Dazu gehört auch die Schaffung eines spezifischen Straftatbestandes. Als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne

²⁷ Schleiminger, BSK II StGB, N 60 zu Art. 261^{bis} StGB.

²⁸ Vereinzelt fordern Autoren, dass die Tatsache, ob ein Völkermord vorliegt, völkerrechtsgültig festgestellt sein muss. Andere wiederum sind der Auffassung, dass die Anerkennung durch ein Parlament oder eine Exekutivbehörde genüge. Zum Teil wird explizit eine entsprechende Stellungnahme schweizerischer Behörden verlangt. Schliesslich wird auch die Meinung vertreten, dass das mit dem konkreten Leugnungsfall befasste Gericht, die Frage selbständig entscheiden könne.

²⁹ SR 0.311.11

³⁰ SR 311.0

³¹ SR 0.312.1; für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2002.

des Völkergewohnheitsrechts und gemäss Römer Statut³² gelten schwerste Menschenrechtsverletzungen, welche in ausgedehnter oder systematischer Weise gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung oder gegen Personen, welche nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen, begangen werden. Sie sind sowohl in Friedenszeiten wie auch während bewaffneter Konflikte strafbar. Beispiele solcher Verbrechen sind die Ausrottung, Versklavung, Verfolgung oder Vertreibung von Personen oder eines Bevölkerungsteils.

6.2 Zum Vorsatz

In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz bzw. Eventualvorsatz in Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale verlangt; d.h. der Täter muss wissen oder zumindest billigend in Kauf nehmen, dass es sich bei den geleugneten, verharmlosten oder gerechtfertigten historischen Tatsachen um einen Völkermord oder um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit handelt. Diese „inneren Vorgänge“ lassen sich nie mit absoluter Sicherheit beweisen; vielmehr muss oft anhand von Erfahrungsregeln aus dem äusseren Geschehen auf die subjektive Tatseite geschlossen werden: So hat das Bundesgericht beispielsweise in Bezug auf die "Nazi-Verbrechen" an den Juden die Meinung vertreten, dass jegliche Leugnung oder gröbliche Verharmlosung des Holocausts angesichts der Offenkundigkeit dieser historischen Tatsache ein Handeln "wider besseren Wissens" darstellt.

6.3 Zum Begriff „öffentlich“

Der Begriff "öffentlich" im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB wurde vom Bundesgericht in BGE 130 IV 111 definiert³³. Nach diesem Urteil gelten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im Familien- oder Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen. Auf Grund dieses Urteils wurde die Befürchtung laut, dass Artikel 261^{bis} StGB künftig auf Stammtischrunden Anwendung finden werde. Der Bundesrat ist aber davon überzeugt, dass auch nach dieser neuen Rechtsprechung rassistische Äusserungen am Stammtisch weiterhin nicht strafbar sind, so lange sie nicht problemlos von Dritten wahrgenommen werden [vgl. Antwort des Bundesrates zur Motion (05.3013) der SVP-Fraktion mit Hinweisen].

6.4 Zum Begriff „Leugnen“

Geleugnet werden kann nur, was wirklich existiert und bewiesen werden kann. Die geleugnete Tatsache hat, damit sie im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 4, 2. Satzhälfte StGB überhaupt geleugnet werden kann, als unzweifelhaft zu gelten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Vielzahl glaubwürdiger Augenzeugen oder sonstiger Berichte existiert. Im Strafprozess über die Leugnung soll aber nicht über das konkrete Geschehen Beweis geführt werden, sondern lediglich über dessen Notorietät. Sofern jemand die Fakten wirklich nicht richtig kennt, was etwa bezüglich des Völkermords an den Armeniern verbreitet der Fall sein dürfte, fehlt bereits das für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands erforderliche Wissens-element.

6.5 Zum Begriff „Verharmlosen“

Beim "gröblich Verharmlosen" werden Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht geleugnet, aber behauptet, dass der angerichtete Schaden, der bewirkte Nachteil oder das Leid der Betroffenen wesentlich kleiner gewesen seien. Das ist auch der Fall, wenn die Zahl der Opfer als wesentlich kleiner oder die Art und Weise der Verbrechen als weniger brutal und barbarisch präsentiert wird, als allgemein angenommen, oder indem die geschehenen Verbrechen als Taten von unkontrollierten Einzeltätern, oder als uner-

³² Art. 7.

³³ Vgl. dazu auch Fussnote 14.

wünschte, gewissermassen notwendige Folgen des Krieges dargestellt werden. Kurzum: Die Wertwidrigkeit des Geschehens wird bagatellisiert.

6.6 Zum Begriff „Rechtfertigen“

Beim "zu rechtfertigen Suchen" werden keine Fakten bestritten und es wird hinsichtlich der begangenen Verbrechen auch deren quantitative Seite nicht in Abrede gestellt oder bezweifelt. Vielmehr wird mit der Rechtfertigung das begangene Unrecht legitimiert, die begangenen Taten als akzeptable oder wenigstens nicht verwerfliche Möglichkeiten der Konfliktlösung dargestellt. Die Tathandlung kann auch darin bestehen, dass den betroffenen Gruppen eine direkt oder indirekt kausale Rolle zugeschrieben wird.

6.7 Zum rassistischen Tatmotiv

Zusätzlich wird auch das Vorliegen eines rassistischen Beweggrundes verlangt. Mit dem Zusatz: "oder aus einem dieser Gründe" schränkt der Wortlaut von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB die Strafbarkeit des Leugnens, Verharmlosens oder Rechtfertigens von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein. Das Leugnen, Rechtfertigen oder gröblich Verharmlosen eines Völkermordes ist straflos, wenn diese Tathandlungen nicht aus rassistischen Motiven begangen werden. Wer beispielsweise aus purem nationalistischem Eifer oder aus Borniertheit heraus einen Völkermord leugnet, ist straflos.

IV. Vorschläge für eine mögliche Gesetzesänderung im Lichte der in Kapitel III. formulierten Kritik

<p><u>Variante 1: Vollständige Streichung von Artikel 261^{bis} StGB bzw. von Artikel 171c MStG</u></p>
--

Dafür spricht,

- dass die Auslegung und Anwendung der Norm mit seinen zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen dem Rechtsunterworfenen und dem Richter Schwierigkeiten bereitet. Es ist nicht für jedermann klar, was strafbar ist und was nicht; somit sind richterliche Entscheidungen auch nicht berechen- und vergleichbar;
- dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu sehr eingeschränkt wird, wenn irgendwelche Falschaussagen unter Strafe gestellt werden.

Dagegen spricht,

- dass der Schutz vor (Rassen-)Diskriminierung ein schützenswertes Interesse darstellt;
- dass die Strafnorm kein Gesinnungsstrafrecht im eigentlichen Sinne darstellt, da nur nach aussen manifestierte Äusserungen unter Strafe gestellt werden, welche elementare - wenn auch schwer fassbare - Rechtsgüter verletzen (vgl. Ziff. II. 2);
- dass aus juristischer Sicht keine zwingenden Gründe für eine ersatzlose Streichung sprechen (es liegt bei verfassungskonformer Auslegung weder ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot noch gegen die Meinungsäusserungsfreiheit vor);

- dass mit der Ratifikation des Internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung³⁴ die Schweiz die Verpflichtung eingegangen ist, bestimmte rassistische Handlungen strafrechtlich zu erfassen; die ersatzlose Streichung hätte die Kündigung dieses Übereinkommens, das bis heute von 173 Staaten ratifiziert wurde, zur Folge; was international wohl kaum verstanden würde;
- dass der Bundesrat immer wieder, letztmals am 18. Oktober 2006³⁵, betonte, dass eine ersatzlose Streichung der Rassismusstrafnorm nicht in Frage komme.

Variante 2: Streichung des Leugnungstatbestandes

...
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass keine internationale Verpflichtung zur Beibehaltung von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB besteht. Zwar sieht das von der Schweiz noch nicht ratifizierte Zusatzprotokoll zur Europaratskonvention über die Cyberkriminalität³⁶ unter anderem vor, dass die Mitgliedstaaten die Leugnung, grobe Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellen. Hingegen könnte die Schweiz zu der entsprechenden Konventionsbestimmung einen Vorbehalt anbringen, falls sie Artikel 261^{bis}, Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB aus dem nationalen Recht streichen möchte. Auch in diesem Fall bliebe mithin der Beitritt unseres Landes zu diesem internationalen Instrument möglich;
- dass sich aus dem Anspruch auf Schutz der Menschenwürde keine direkte Pflicht zum Erlass bestimmter strafrechtlicher Rechtsnormen ableiten lässt, da die Freiheitsrechte prinzipiell als Abwehrrechte konzipiert sind;
- dass es letztlich eine vornehmlich politische Wertung sein dürfte, ob der Gesetzgeber die Leugnung von Völkermorden oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellen und damit den Kreis strafbarer Meinungsäusserungen erweitern will;
- dass es in krassen Fällen denkbar ist, dass die Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermorden oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem eindeutig rassistischen Kontext unter Umständen auch als Verbreiten von rassistischer Propaganda im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 2 StGB qualifiziert werden könnte³⁷.

³⁴ SR 0.104.

³⁵ Vgl. <http://www.news.ch/Erklärung+zur+Antirassismus+Strafnorm/255423/detail.htm>

³⁶ Vgl. Europarats-Zusatzprotokoll zur Cybercrime-Konvention über Rassismus auf Netzwerken vom 28.1.2003, in Kraft getreten am 1.3.2006, durch die Schweiz noch nicht ratifiziert; abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>

³⁷ Vgl. die Kasuistik bei Schleiminger, *BSK II StGB*, N 66 zu Art. 261^{bis} StGB.

Dagegen spricht,

- dass der Tatbestand im staatlichen Abwehrdispositiv gegen Rassismus seinen Zweck erfüllt, ohne dass eine unverhältnismässige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit befürchtet werden muss. Die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung ist nur dann strafbar, wenn sie öffentlich und vorsätzlich erfolgt und darauf gerichtet ist, die Gleichwertigkeit gewisser Menschen aufgrund ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu verneinen. Es wird oft übersehen, dass gerade die Notwendigkeit des Nachweises eines rassistischen Motivs der Grund dafür ist, weshalb die Norm kein blosses "Maulkorbgesetz" ist;
- dass es in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB nicht um die Strafbarkeit einer blossen "Falschinformation" geht, sondern um den Schutz vor herabwürdigender Diskriminierung und damit um die Verwirklichung elementarer Grundwerte in unserer Gesellschaft, nämlich den Prinzipien der Gleichheit und der Menschenwürde;
- dass in der Praxis - wie übrigens auch bei anderen Normen des StGB - gewisse Auslegungs- und Anwendungsprobleme nicht zu leugnen sind, diese aber grösstenteils theoretischer Natur sind, da die meisten Fälle, die von Gerichten in unserem Lande behandelt wurden, sich auf den Holocaust beziehen. Unlängst wurde zudem von einem schweizerischen Gericht auch die umstrittene Frage entschieden, dass die Massaker an den Armeniern als Völkermord zu interpretieren sind³⁸. Unabhängig davon sollen nach herrschender Lehre nur jene historischen Ereignisse unter die Norm fallen, deren Realität keinem Zweifel unterliegen;
- dass die Einschränkung des Tatbestandes auf Kritik von internationalen Gremien (UNO, Europarat) und Nichtregierungsorganisationen stossen könnte;
- dass die Tendenz im internationalen Recht dahingeht, dass nicht nur die Leugnung des Holocausts strafbar sein soll, sondern auch andere Völkermorde³⁹. Daher besteht die Möglichkeit eines antizyklischen Verhaltens gegenüber Staaten, welche entsprechende Gesetzgebungen anstreben.

Variante 3: Streichung des Leugnungstatbestandes und des Tatbestandes der Leistungsverweigerung (= Beschränkung von Artikel 261^{bis} StGB auf die durch die Antirassismuskonvention geforderte Strafbarkeit von rassistischen Handlungen)

*Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,
 wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,
 wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,
 wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert ~~oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,~~*

³⁸ Vgl. dazu Pressemeldung vom 9.3.2007; abrufbar unter:
<http://www.news.ch/Perincek+wegen+Genozid+Leugnung+verurteilt/269474/detail.htm>.

³⁹ Vgl. Europarats-Zusatzprotokoll zur Cybercrime-Konvention über Rassismus auf Netzwerken vom 28.1.2003, in Kraft getreten am 1.3.2006, durch die Schweiz noch nicht ratifiziert; abrufbar unter:
<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>.

~~wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft⁴⁰.~~

Für die zusätzliche Streichung des Tatbestandes der Leistungsverweigerung spricht,

- dass die Antirassismuskonvention der Vereinten Nationen vom 21.12.1965⁴¹ die Vertragsstaaten „nur“ anhält, mit verschiedenen Mitteln⁴² eine Politik der Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung und der Förderung des Verständnisses unter den Rassen zu verfolgen, in strafrechtlicher Hinsicht die Staaten aber lediglich verpflichtet⁴³, die Verbreitung von rassistischem Gedankengut, die Aufforderung zu Rassendiskriminierung sowie die Begehung rassistischer Gewaltakte und die Anstiftung zu solchen unter Strafe zu stellen;
- dass demzufolge auch die Strafbarkeit der Verweigerung einer für die Allgemeinheit bestimmten Leistung gegenüber einer Person oder einer Gruppe von der Konvention nicht explizit gefordert wird, soweit die Tathandlung kein Verbreiten einer rassistischen Idee und keine Aufreizung zu Diskriminierung oder Gewalt darstellt.

Dagegen spricht,

- dass sich Rassismus auch dort manifestiert wo Leistungsangebote an die Allgemeinheit gerichtet werden; dies kann durch eine solche Bestimmung bekämpft werden.

Variante 4: Konkretisierung des Völkermordleugnungstatbestandes im Sinne einer Begrenzung des Tatbestandes auf bestimmte Völkermorde und bestimmte Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Vorbemerkung:

In gewissen Fällen kann die Feststellung, ob ein bestimmtes historisches Geschehen als Völkermord bzw. als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren ist, mit Schwierigkeiten verbunden sein. Aus diesem Grunde würde jede Form der Konkretisierung von Artikel 261^{bis} StGB Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB dessen Anwendung zweifellos vereinfachen. Es sind verschiedene Varianten denkbar, wie diese Konkretisierung erfolgen könnte.

⁴⁰ Gemäss Revision des Allgemeinen Teils des StGB, die am 1.1.2007 in Kraft getreten ist; AS 2006 3539 ff.

⁴¹ Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassismus (SR 0.104); für die Schweiz am 29.12.1994 in Kraft getreten.

⁴² Strafrecht, Massnahmen in den Bereichen Kultur, Erziehung und Information, Rechtsschutz.

⁴³ Art. 4 lit. a und b der Konvention.

Variante 4a: Einschränkung von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB auf die Leugnung, Verharmlosung und Rechtfertigung des Holocaust

...
 wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe ~~Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit~~ den nationalsozialistischen Völkermord (Variante: den Holocaust) leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass in den parlamentarischen Beratungen die zweite Satzhälfte von Absatz 4 in erster Linie im Hinblick auf die Holocaust-Lüge in den Tatbestand aufgenommen worden ist;
- dass die rassistisch motivierte Leugnung des Holocaust in der Praxis bisher keine Anwendungsprobleme bereitere und die Anwendung des so eingeschränkten Tatbestandes durch das Gericht daher vereinfacht würde. Die Abklärung der Frage, ob in anderen Fällen ein Völkermord vorliegt, bliebe ihm erspart;
- dass eine Einschränkung auf den Holocaust unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes ein Gewinn wäre. Es wäre für jedermann klar erkennbar, was strafbar ist und damit würde die Rechtssicherheit erhöht;
- dass auch Deutschland, Österreich, Belgien und auf Grund der Gesetzestexte wohl auch Frankreich in ihren Gesetzgebungen eine solche Einschränkung kennen;
- dass gemäss einem Resolutionsentwurf der Vereinigten Staaten alle UNO-Mitglieder aufgerufen werden sollen, die Leugnung des Holocaust zurückzuweisen⁴⁴.

Dagegen spricht,

- dass der Gesetzgeber 1993 die Bestimmung gerade nicht auf den Holocaust beschränken wollte. Dies geht sowohl aus dem Wortlaut der Bestimmung, als auch aus den Beratungen des Parlamentes klar hervor⁴⁵;
- dass es ferner unter dem Aspekt der Strafwürdigkeit problematisch ist, gewisse Völkermorde von anderen zu unterscheiden, erst recht, wenn ihnen gemeinsam ist, dass sie alle durch ein internationales Gericht anerkannt worden sind.

⁴⁴ Die UNO-Vollversammlung hat am 26. Januar 2007 einstimmig eine Resolution verabschiedet (A/RES/61/255), die alle Staaten dazu auffordert, die Leugnung des Holocaust nicht zuzulassen; vgl. Pressemitteilung der Vereinten Nationen in New York vom 26.1.2007, GA 10569.

⁴⁵ AB N 1992, 2650-2672.

**Variante 4b: Gesetzliche Liste⁴⁶ der anerkannten Völkermorde und
Kriegsverbrechen im Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB**

...
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe ~~Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit~~ [... es folgt eine Aufzählung von Völkermorden oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie z.B. den Holocaust ...] leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass dem Bestimmtheitsgebot besser Rechnung getragen würde;
- dass den Gerichten die Anwendung des Tatbestandes vereinfacht würde.

Dagegen spricht,

- dass die Erstellung einer solchen Liste mit gewissen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte. Welches sind die Kriterien nach welchen die Völkermorde aufgelistet werden sollen? Wie weit soll man in der Geschichte zurückgehen?
- dass die Konsensfindung über den Inhalt der Liste übermässig zeitaufwändig sein dürfte;
- dass die Aktualisierung der Liste stets mit der Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung des StGB verbunden wäre, womit unter Umständen nicht schnell genug auf die laufenden Entwicklungen reagiert werden könnte. Unter Effizienzkriterien scheint es ebenfalls wenig sinnvoll, die Bestimmung einem permanenten Revisionsprozess auszusetzen;
- dass es im Übrigen schwierig sein dürfte, eine gesetzliche Liste effektiv in Worte zu fassen; insbesondere bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Denn die Umschreibung von historischen Ereignissen (in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht) wird vor allem dann schwierig, wenn sie sich nicht - wie beim Holocaust - auf ein eingängiges Schlagwort reduzieren lassen.

⁴⁶ Die Variante der Nennung von typischen Beispielfällen im Gesetz (im Sinne einer *nicht abschliessenden* Aufzählung) wurde im Rahmen dieser Prüfung nicht weiterverfolgt. Eine solche Präzisierung würde die Rechtssicherheit zwar erhöhen, eine Einschränkung des Anwendungsbereichs - wie von den Kritikern gefordert - würde damit aber nicht erreicht werden.

Variante 4c: Einschränkung von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB auf Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von internationalen Gerichten anerkannt worden sind

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe den Holocaust oder einen anderen durch ein von der Schweiz anerkanntes internationales Gericht festgestellten Völkermord oder ein anderes durch ein von der Schweiz anerkanntes internationales Gericht festgestelltes Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass - wie bei den beiden vorgängigen Varianten - auch diese Gesetzesvariante die Arbeit der Gerichte erleichtern würde, da die Fälle, in denen die Norm zur Anwendung käme, zwar nicht explizit aufgezählt werden, aber aufgrund der begrenzten Anzahl ausgesprochener Urteile als abschliessend betrachtet werden können;
- dass auch diese Variante mehr Rechtssicherheit schaffen würde.

Dagegen spricht,

- dass sich mit Blick auf das geschützte Rechtsgut des öffentlichen Friedens die Frage stellt, ob das strikte Abstellen auf ein Urteil eines internationalen Gerichtes auch in denjenigen Fällen Sinn macht, wenn in der Schweiz überhaupt keine Angehörigen und Nachkommen der betroffenen Gruppe leben;
- dass die Delegation der Entscheidung an ein internationales Gericht immer auch mit einer gewissen Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit einhergeht. In einem solchen Fall wäre der schweizerische Richter nämlich auch dann an die Qualifikation im internationalen Urteil gebunden, wenn er den Urteilsspruch selbst für nicht haltbar hält.
- dass solche Urteile immer nur einen kleinen Ausschnitt eines Geschehens abdecken. Unter Umständen werden nur diejenigen historischen Sachverhalte beurteilt, die einem konkreten Täter zugerechnet werden können. Somit werden zwangsläufig Ereignisse ausgeblendet, die es im Rahmen einer Gesamtbeurteilung verdienen würden, berücksichtigt zu werden.

Variante 4d: Bezeichnung des Bundesrates in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB als Referenzinstanz

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe einen vom Bundesrat anerkannten Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass auch diese Variante die Rechtssicherheit stärken und zur Entlastung der Gerichte beitragen würde.

Dagegen spricht,

- dass sämtliche Gründe, die gegen eine "gesetzliche Liste" genannt wurden, auch bei dieser Variante gelten;
- dass der Bundesrat diese Aufgabe als Landesregierung ausüben würde, was die ausserpolitische Brisanz gewisser Anerkennungen nur unnötig verschärfen würde.

Variante 4e: Bezeichnung einer internationalen oder nationalen Historikerkommission in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB als Referenzinstanz

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe einen von der internationalen/nationalen Kommission [Name noch unbekannt] anerkannten Völkermord oder andere von dieser Instanz anerkannte Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass die Frage, welche historische Ereignisse als Völkermord oder als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB zu gelten haben, in vielen Fällen nicht ohne Beizug sachverständiger Historiker beantwortet werden kann und deshalb die Idee nahe liegt, eine entsprechende Kommission einzusetzen;
- dass eine solche Kommission vor allem in denjenigen Fällen nützliche Dienste leisten könnte, in denen weiter zurückliegende historische Ereignisse gewissermassen rückwirkend als Völkermord qualifiziert werden müssen (bekanntlich hat der Begriff des Völkermordes erst nach 1945 Einzug in die Rechtsterminologie gefunden).

Dagegen spricht,

- dass es nicht einfach sein dürfte, auf internationaler Ebene eine solche Kommission zu institutionalisieren. Dafür bräuchte es völkerrechtliche Verträge. Zudem ist unklar, wie gross das Interesse anderer Staaten an einer solchen Kommission wäre. Schliesslich dürfte es auch Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammensetzung der Kommission geben;
- dass aber auch eine Einsetzung einer nationalen Kommission mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre;
- dass sich der Aufwand für die Schaffung einer solchen Kommission unter dem Strich nicht wirklich lohnen würde.

Variante 5: Streichung des Passus "aus einem dieser Gründe"

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder ~~aus einem dieser Gründe~~ Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass die in der Lehre erhobene Forderung nach Streichung dieses Passus meist davon ausgeht, dass die in Absatz 4 aufgezählten Tathandlungen per se strafwürdig sind, weil sie quasi nur aus rassendiskriminierenden Motiven heraus begangen werden können;
- dass mit der Streichung auch die Beweisprobleme dahinfallen würden, die sich bei der Ergründung der Beweggründe ergeben können.

Dagegen spricht,

- dass diese Einschränkung keinesfalls nutzlos ist, sondern deutlich macht, dass die Strafbarkeit nur dann gegeben ist, wenn erstellt ist, dass die Leugnung eines Geschehens bloss Fassade für ein sich dahinter verbergen des Diskriminierungsmotiv bildet. Diese Einschränkung gewährleistet zudem, dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht unnötig beschränkt wird und der Bezug zu Artikel 261^{bis} StGB gewahrt bleibt.