

Postfach 1168, CH-8021 Zürich

## Einschreiben

Stiftung Zukunft CH



Zürich, 5. November 2019

Isabelle Häner  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin

Bratschi AG  
Bahnhofstrasse 70  
Postfach 1168  
CH-8021 Zürich  
Telefon +41 58 258 10 00  
Fax +41 58 258 10 99  
isabelle.haener@bratschi.ch  
www.bratschi.ch

Im Anwaltsregister eingetragen

108226 | IHA | LBU | Rechtsgutachten

## Rechtsgutachten

über Fragen im Zusammenhang mit der geplanten Erweiterung von Art. 261<sup>bis</sup>  
StGB (Anti-Rassismusstrafnorm) um das Merkmal der sexuellen Orientierung

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner  
Rechtsanwältin

unter Mitarbeit von Dr. iur. Livio Bundi  
Rechtsanwalt

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage und Fragestellung</b> .....	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Rechtliche Grundlagen, Literatur, Materialien</b> .....	<b>5</b>
<b>A.</b>	<b>Rechtliche Grundlagen</b> .....	<b>5</b>
<b>B.</b>	<b>Literatur</b> .....	<b>6</b>
<b>C.</b>	<b>Materialien</b> .....	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>Entstehungsgeschichte von Art. 261<sup>bis</sup> StGB</b> .....	<b>8</b>
1.	Anti-Rassismus-Artikel .....	8
2.	Erweiterung des Straftatbestands .....	8
<b>IV.</b>	<b>Die einzelnen Tatbestandsvarianten</b> .....	<b>9</b>
1.	Kriterium der sexuellen Orientierung .....	10
2.	Geschütztes Rechtsgut .....	10
3.	Geschützter Personenkreis .....	11
4.	Normstruktur .....	11
5.	Objektiver Tatbestand .....	11
5.1	Öffentliches Handeln.....	12
5.2	Absatz 1: Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung .....	13
5.2.1	Aufruf zu Hass.....	13
5.2.2	Aufruf zu Diskriminierung.....	14
5.3	Absatz 2: Verbreiten von Ideologien.....	15
5.3.1	Verbreiten.....	15
5.3.2	Ideologie.....	16
5.3.3	Herabsetzung und Verleumdung .....	16
5.4	Absatz 3: Organisation oder Förderung von Propagandaaktionen oder Teilnahme daran.....	16
5.4.1	Mit dem gleichen Ziel.....	17
5.4.2	Propagandaaktionen .....	17
5.4.3	Keine Öffentlichkeit der Hilfshandlungen erforderlich.....	17
5.4.4	Subjektiver Tatbestand im Besonderen .....	17
5.5	Absatz 4: Angriff auf die Menschenwürde .....	18
5.5.1	Tatmittel .....	19
5.5.2	Massgeblichkeit der Sicht des unbefangenen durchschnittlichen Dritten	19
5.5.3	Gegen die Menschenwürde verstossend.....	19

5.5.4	Herabsetzung und Diskriminierung.....	20
5.5.5	Herabsetzung: Typische Fälle .....	20
5.5.6	Diskriminierung: Typische Fälle .....	21
5.5.7	Leugnen von Völkermord.....	21
5.6	Absatz 5: Leistungsverweigerung .....	22
5.6.1	Angebotene Leistung.....	22
5.6.2	Für die Allgemeinheit bestimmt .....	22
5.6.3	Verweigern .....	25
5.6.4	Öffentlichkeit.....	25
5.6.5	Fehlen sachlicher Gründe.....	25
5.6.6	Bereitschaft zur Leistungsverweigerung vs. eigentliche Leistungsverweigerung .....	26
5.6.7	Zusammenfassung.....	26
6.	Subjektiver Tatbestand .....	27
7.	Verhältnis zum Grundrecht der Meinungsfreiheit.....	27
7.1	Schutzbereich der Meinungsfreiheit .....	27
7.2	Grundrechtskonforme Auslegung.....	29
7.2.1	Im Allgemeinen.....	29
7.3	Im Besonderen von Art. 261 <sup>bis</sup> StGB .....	29
7.4	Keine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter Strafe zu stellen.....	31
<b>V.</b>	<b>Beurteilung von Fallkonstellationen.....</b>	<b>31</b>

## I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

1 Mit Beschlüssen des National- und Ständerats vom 14. Dezember 2018 wurde die Änderung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB sowie Art. 171c Abs. 1 MStG und damit die Erweiterung des sogenannten Anti-Rassismus-Artikels um das Kriterium der „sexuellen Orientierung“ angenommen (vgl. BBI 2018 7861 ff.). Die Gesetzesänderungen beruhen auf der parlamentarischen Initiative 13.407 mit dem Titel „Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung“, welche am 7. März 2013 von Nationalrat Mathias Reynard (SP) eingereicht wurde.

2 Nachdem die Gesetzesänderungen am 28. Dezember 2018 im Bundesblatt veröffentlicht wurden (vgl. BBI 2018 7861 ff.), wurde gegen die Gesetzesvorlagen erfolgreich das Referendum ergriffen. Mit Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 7. Mai 2019 wurde das Zustandekommen des Referendums festgestellt (vgl. BBI 2019 3322).

3 Die erweiterten Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c Abs. 1 MStG lauten wie folgt:

### *„Diskriminierung und Aufruf zu Hass*

*Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung zu Hass oder zu Diskriminierung aufruft,*

*wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung dieser Personen oder Personengruppen 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, Religion oder sexuellen Orientierung 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, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert,*

*wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“*

- 4 Das vorliegende Gutachten hat in seinem ersten Teil zum Ziel, die in Art. 261<sup>bis</sup> nStGB geregelten Tatbestandsvarianten aufgrund der Lehre und Rechtsprechung zum heutigen Anti-Rassismus-Artikel zu analysieren.
- 5 Würde die Erweiterung der Anti-Rassismus-Strafbestimmungen in der kommenden Volksabstimmung angenommen, ergäben sich zahlreiche realistische Szenarien bzw. Fallkonstellationen, in welchen eine Strafwürdigkeit der Beteiligten nicht zum vornherein ausgeschlossen werden kann. Diese sind im zweiten Teil des Gutachtens einer Prüfung zu unterziehen.

## **II. RECHTLICHE GRUNDLAGEN, LITERATUR, MATERIALIEN**

### **A. Rechtliche Grundlagen**

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
- Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1994 (KV/BE; BSG 101.1)
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. Dezember 1950 (EMRK; SR 0.101)
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2)
- Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (RDK; SR 0.104)
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG, SR 321.0)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)

## B. Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV-BIAGGINI, Art. XX, Rz. XX)
- BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2007 - (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen) - Veröffentlicht in Band 133, ZBJV 2009, S. 916 ff. (zit. BOMMER, ZBJV 2009)
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich etc. 2017 (zit. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS)
- GUYAZ ALEXANDRE, L'incrimination de la discrimination raciale, Diss. Univ. Lausanne 1995, Bern 1996
- JOSITSCH DANIEL/VON ROTZ MADELEINE, Erweiterung des Straftatbestands des Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, Festschrift für Andreas Donatsch, Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Zürich 2017, S. 105 ff. (zit. JOSITSCH/VON ROTZ)
- KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht, 4. Aufl., Bern 2016
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. J.P. MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte)
- MÜLLER PETER, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, in: AJP 1996 659 ff. (zit. P. MÜLLER, AJP 1996)
- MÜLLER PETER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung - Zensur im Namen der Menschenwürde?, ZBJV 1994, S. 241 ff. (zit. P. MÜLLER, ZBJV 1994)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> 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. Aufl., Zürich 2007 (zit. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. XX)
- SCHLEIMINGER METTLER DORRIT, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup>, Rz. XX)

- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen das Gemeinwesen, 7. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/BOMMER)
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 261<sup>bis</sup>, Rz. X)
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, in Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. XX)
- VEST HANS, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258 – 261 StGB), Bern 2007 (zit. VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. XX)
- WEDER ULRICH, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG (WEDER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. XX)
- WILDHABER LUZIUS, Gedanken zu Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung in schweizerischen Recht, ZBI 1971, 465 ff. (zit. WILDHABER)

### **C. Materialien**

- Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Mai 2018 zur parlamentarischen Initiative 13.407 betreffend den Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (BBI 2018 3773 ff.)
- Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Mai 2018 zur parlamentarischen Initiative 13.407 betreffend den Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (BBI 2018 5231 ff.)
- Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992 (BBI 1992 III 269 ff.)
- Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (BBI 2009 2263 ff.)

### III. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART. 261<sup>BIS</sup> STGB

#### 1. Anti-Rassismus-Artikel

6 Der heute geltende Art. 261<sup>bis</sup> StGB (sowie der analoge Art. 171c Abs. 1 MStG, welcher im vorliegenden Gutachten jeweils mitgemeint ist), in Kraft seit dem 1. Januar 1995, wurden unter anderem im Hinblick auf die Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK; SR 0.104) geschaffen. In Art. 4 RDK werden die Vertragsstaaten ausdrücklich zur Schaffung strafrechtlicher Massnahmen verpflichtet. So haben sie unter anderem „jede Verbreitung von Ideen, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen, jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und jede Gewalttätigkeit oder Aufreizung dazu gegen eine Rasse oder eine Personengruppe anderer Hautfarbe oder Volkszugehörigkeit sowie jede Unterstützung rassenkämpferischer Betätigung einschliesslich ihrer Finanzierung zu einer nach dem Gesetz strafbaren Handlung zu erklären“ (Art. 4 lit. a RDK). Die Schweiz hat zu Art. 4 RDK den Vorbehalt angebracht, „die notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zur Umsetzung von Artikel 4 in gebührender Berücksichtigung der Meinungsäusserungs- und der Vereinsfreiheit zu ergreifen, welche unter anderem in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verankert ist“ (vgl. Vorbehalt a. der Schweiz zu Art. 4 RDK).

#### 2. Erweiterung des Straftatbestands

7 Mit parlamentarischer Initiative 13.407 „Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung“, welche am 7. März 2013 von Nationalrat Mathias Reynard (SP) eingereicht wurde, wurde eine Ergänzung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB um das Merkmal der sexuellen Orientierung gefordert. Zur Begründung der parlamentarischen Initiative wurde unter anderem angeführt, dass ein Handlungsbedarf mit Bezug auf die strafrechtliche Verfolgung von „allgemein gehaltenen homophoben Äusserungen“ durch die aktuelle Gesetzgebung bestehe. Ebenso könne sich eine homosexuelle Person nicht auf die Verletzung ihrer Ehre berufen, wenn die homophoben Äusserungen an die homosexuelle Gemeinschaft gerichtet seien (vgl. dazu auch BBI 2018 3773 ff., S. 3775; vgl. auch JO-SITSCH/VON ROTZ, S. 114 ff.).



8 Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) beschloss an ihrer Sitzung vom 3. Februar 2017, über die Forderung der parlamentarischen Initiative hinauszugehen und neben der Ergänzung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB mit dem Kriterium „sexuelle Orientierung“ zusätzlich das Kriterium „Geschlechtsidentität“ in die Bestimmung aufzunehmen. Dieses Kriterium wurde dann jedoch auf Empfehlung des Bundesrats (vgl. BBl 2018 5231 ff.) von den Räten wieder gestrichen.

9 Am 14. Dezember 2018 wurden Art. 261<sup>bis</sup> nStGB und Art. 171c Abs. 1 nStGB von National- und Ständerat in der Schlussabstimmung angenommen. Gegen die Gesetzesänderung wurde mit 67'494 gültigen Unterschriften erfolgreich das Referendum ergriffen. Die Volksabstimmung über die Gesetzesänderungen wird am 9. Februar 2020 stattfinden.

#### IV. DIE EINZELNEN TATBESTANDSVARIANTEN

10 Gemäss der vom Parlament verabschiedeten Gesetzesrevision sollen die Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MSTG durch das neue Kriterium der „sexuellen Orientierung“ ergänzt werden. Keine Änderung erfolgt hingegen an der strafbaren Handlung. Die Gliederung des in Frage stehenden, erweiterten Tatbestands der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass gestaltet sich somit analog zum derzeitigen Delikt der Rassendiskriminierung, womit auch die Tatbestandsmerkmale nach geltendem Recht und nach geltender Rechtsprechung ausgelegt werden (vgl. BBl 2018 5231 ff., S. 5235).

11 Die Tatbestandsgliederung kann als relativ komplex bezeichnet werden (vgl. TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 10; VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 20). So sind in fünf Absätzen die folgenden sechs Verhaltensweisen unter Strafe gestellt: Aufruf zur Diskriminierung bzw. Hass (Abs. 1), Verbreitung von systematisch herabsetzenden oder verleumderischen Ideologien (Abs. 2), Propagandaaktionen zur Verbreitung von systematisch herabsetzenden oder verleumderischen Ideologien (Abs. 3), Diskriminierung und „Auschwitzlüge“ (Abs. 4) und Leistungsverweigerung (Abs. 5).

## 1. Kriterium der sexuellen Orientierung

12 Sämtlichen Formen der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass gemeinsam ist die Umschreibung des davon betroffenen Personenkreises. So werden die Betroffenen „wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung“ angegriffen (vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 24). Der Fokus des vorliegenden Gutachtens richtet sich auf das nunmehr neu eingeführte Anknüpfungsmerkmal der „sexuellen Orientierung“.

13 Das Kriterium der „sexuellen Orientierung“ umschreibt die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben (homosexuell) oder eines anderen Geschlechtes (heterosexuell) oder mehr als eines Geschlechtes (bisexuell) hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen (vgl. Bericht RK-N vom 3. Mai 2018, S. 3785, m.H. auf die Yogyakarta-Prinzipien der Hirschfeld-Eddy-Stiftung). Im Unterschied zum Begriff der sexuellen Orientierung steht der Begriff der sexuellen Präferenz bzw. sexuellen Neigung. Letzterer bildet ein Oberbegriff für sexuelle Vorlieben, Neigungen, Wünsche und Phantasien, die sich in entsprechenden Verhaltensweisen äussern können und auch eine pathologische, krankhafte Dimension annehmen können, wie z.B. die Pädophilie (vgl. Bericht RK-N vom 3. Mai 2018, S. 3785).

14 Ob die entsprechende Person wirklich die entsprechende sexuelle Orientierung aufweist, oder ob sie sich selber dazu rechnet oder es sich dabei um eine blosser Zuschreibung durch Dritte handelt, spielt für die Tatbestandsmässigkeit keine Rolle. Es kommt alleine auf den Beweggrund der Diskriminierung bzw. des Aufrufs zu Hass an (vgl. BGE 123 IV 202 E. 3a S. 206 f., m.w.H.).

## 2. Geschütztes Rechtsgut

15 Gemäss Praxis des Bundesgerichts bezweckt Art. 261<sup>bis</sup> StGB unter anderem, die angeborene Würde und Gleichheit aller Menschen zu schützen (vgl. BGE 133 IV 308 E. 8.2 S. 311). Obschon der Straftatbestand im Zwölften Titel des StGB unter „Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden“ aufgeführt ist, wird in erster Linie die Würde des einzelnen Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion geschützt und der öffentliche Friede bloss mittelbar oder akzessorisch (vgl. BGE 130 IV 111 E. 5.1

S. 118; 123 IV 202 E. 2 S. 206; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 8; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 328 ff. m.w.H.). Gemeinsame Voraussetzung der in Abs. 1–5 unter Strafe gestellten Tathandlungen ist somit die Verletzung der Menschenwürde, welche dann vorliegt, wenn einer einzelnen Person oder einer Personengruppe aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit die Gleichberechtigung als menschliches Wesen abgesprochen wird (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 431; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 10).

### 3. Geschützter Personenkreis

16 Von Art. 261<sup>bis</sup> nStGB geschützt sind entweder einzelne Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten rassischen, ethnischen, religiösen oder sexuell orientierten Gruppe oder unmittelbar die Gruppe selbst (vgl. BBI 2018 3773 ff., S. 3778).

### 4. Normstruktur

17 Das tatbestandsmässige Verhalten im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB lässt sich in drei Hauptvarianten unterteilen (vgl. dazu BBI 1992 III 269 ff., S. 311 ff.). Die erste Variante findet sich in den Absätzen 1–3 des Artikels und umfasst zufolge des Gesetzgebers die „rassistische Propaganda im weiteren Sinn“ oder auch die „Rassenhetze“ (vgl. Zimmerli, AB 1993 S. 96 f.). Angesichts der Erweiterung der Tatbestände durch das Merkmal der „sexuellen Orientierung“ erweist sich diese Umschreibung der Kategorie jedoch als zu eng und könnte daher mit Bezug auf Art. 261<sup>bis</sup> nStGB als „Diskriminierungs- bzw. Hasspropaganda im weiteren Sinn“ bezeichnet werden. Die zweite Hauptvariante umfasst sodann den „Angriff auf die Menschenwürde“ (vgl. Abs. 4). Die dritte Hauptvariante soll die eigentliche Diskriminierung betreffen und umfasst die Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung (vgl. Abs. 5).

### 5. Objektiver Tatbestand

18 Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestandsvarianten einer näheren Analyse unterzogen, wobei das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Handelns“, welches sich sowohl in den Absätzen 1, 2 und 4 findet, vorab abgehandelt wird.

## 5.1 Öffentliches Handeln

- 19 Das tatbestandsmässige Verhalten in den Absätzen 1, 2 und 4 von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfordert öffentliches Handeln (vgl. BGE 133 IV 308 E. 8.3 S. 311). Öffentlich im Sinne dieser Bestimmungen sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Äusserungen, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Als privat bezeichnet das Bundesgericht Äusserungen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönlichen Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen (vgl. BGE 130 IV 111 E. 5.2.2 S. 119). Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass etwa auch Veranstaltungen, bei denen eine Einlasskontrolle durchgeführt wird und die nur einem bestimmten Publikum offenstehen, dem Öffentlichen zugeschlagen werden, sofern die daran teilnehmenden Personen nicht alle durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden sind (vgl. BGE 130 IV 111 E. 6 S. 120; STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 31).
- 20 Mit dieser Praxis löste das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung ab, welche von einer Umschreibung der Öffentlichkeit ausging, die mit dem Verweis auf einen grösseren Personenkreis insbesondere der Zahl und der Adressaten ein ausschlaggebendes Gewicht einräumte (vgl. etwa BGE 126 IV 176 E. 2d/aa S. 179 f.).
- 21 Der Entscheid darüber, ob eine Handlung noch im privaten Kreis erfolgt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu treffen, wobei die Zahl der anwesenden Personen ebenfalls eine Rolle spielen kann bzw. den Entscheid über die Privatheit bzw. Öffentlichkeit mitbeeinflussen kann. So hält das Bundesgericht fest, dass je enger die anwesenden Personen miteinander verbunden sind, umso umfangreicher der Kreis sein könne, ohne den privaten Charakter zu verlieren. Umgekehrt sei etwa ein Gespräch unter vier Augen aufgrund der dadurch geschaffenen Vertraulichkeit auch dann dem privaten Kreis zuzurechnen, wenn sich die involvierten Personen nicht näher kennen (vgl. BGE 130 IV 111 E. 5.2.2 S. 119 f.).
- 22 Erfüllt ist das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit sowohl nach alter wie auch nach neuer Rechtsprechung etwa, wenn jemand in der Bahnhofspassarelle „Sieg Heil“ und „Ich hasse Juden“ schreit und dazu den Arm zum Hitlergruss erhebt. Die Bahnhofspassarelle ist ein von Menschen gut frequentierter Ort, womit eine

Vielzahl von Personen die Äusserungen und Handlungen des Angeklagten wahrnehmen können (vgl. EKR 2004-019N). Ebenfalls das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit sowohl nach alter wie auch nach neuer Rechtsprechung bejahte ein zweitinstanzliches kantonales Urteil, bei welchem es um rassistische Äusserungen bei einem Raufhandel ging, welche auch von vier nicht direkt involvierten weiteren Personen tatsächlich wahrgenommen wurden und von zahlreichen gänzlich unbeteiligten Personen aus der Nachbarschaft zumindest hätten wahrgenommen werden können (vgl. EKR 2016-022N). Nicht erfüllt war das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit hingegen, als eine Person eine E-Mail an die Busbetriebe Olten Gösigen Gäu versandte mit der Feststellung, dass die Sicherheitsstandards bei den Busbetrieben nicht mehr gewährleistet seien, zumal ein Bus, auf den der Schreibende gewartet habe, von einer dunkelhäutigen Busfahrerin mit Rastalocken gelenkt worden sei. Der Schreiber verband seine Feststellung mit der Forderung, die Busfahrerin sei per sofort freizustellen (vgl. EKR 2018-024N).

## **5.2 Absatz 1: Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung**

23 Strafbar ist gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 nStGB, wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung zu Hass oder zu Diskriminierung aufruft.

### **5.2.1 Aufruf zu Hass**

24 Unter die Tatvariante des Aufrufs zu Hass fallen jene Fälle, in denen andere durch das Schüren von Emotionen dazu gebracht werden sollen, an die Kriterien der Rasse, Ethnie, Religion oder – gemäss der geplanten StGB-/MStG-Erweiterung – sexuellen Orientierung anknüpfende Hassgefühle zu entwickeln bzw. vorhandenem Hass freien Lauf zu lassen (vgl. auch die differenzierte Betrachtung bei TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 17). Es geht mit anderen Worten um das Entfachen einer emotional gesteigerten Feindschaft und Verachtung (vgl. P. MÜLLER, AJP 1996, S. 665). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist „Aufrufen“ im Sinne der französischen und italienischen Fassung des Gesetzes („celui qui aura incité...“ bzw. „chiunque incita...“ auch als „aufreizen“ zu verstehen, womit auch die allgemeine Hetze oder das Schüren von Emotionen erfasst werden, die auch ohne hinreichend expliziten Aufforderungscharakter Hass und Diskriminierung hervorrufen können (vgl. BGE 123 IV E. 3b S. 207 m.H. auf

STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 33; BGer v. 13. April 2007, 6B\_610/2016). Tatbestandsmässig dürften sich vor diesem Hintergrund etwa Aussagen erweisen wie „die Juden fühlen sich der zionistischen Weltverschwörung und nicht unserem Land verpflichtet“ oder „alle Asylbewerber sind parasitäre Existenzen“ (vgl. P. MÜLLER, AJP 1996, S. 665). Verurteilt wegen Aufrufs zu Hass wurde sodann eine Person, welche auf ihrem Facebook-Profil den Beitrag „Scheiss Jude, keine macht öppis gege die huerekinder bette das en neue hitler gebore wird und scheisse usrotte tuet“ (vgl. EKR 2016-030N).

### 5.2.2 Aufruf zu Diskriminierung

25 Die andere von Abs. 1 erfasste Variante, der Aufruf bzw. das Anspornen zur Diskriminierung, umfasst jene Fälle, in denen zu einem Verhalten aufgerufen wird, das andere, anknüpfend an die Zugehörigkeit zu einer ethnisch, rassistisch oder religiös definierten Gruppe und nach dem erweiterten Artikel auch anknüpfend an die Zugehörigkeit zu einer sexuell in bestimmter Weise orientierten Gruppe, in ihrer Menschenwürde beeinträchtigt (vgl. BGE 124 IV 121 = Pra 87 (1998) Nr. 107, E. 2b; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 261<sup>bis</sup>, Rz. 2). Ein Teil der Lehre hält dafür, dass nur jene Handlungen mit Strafe bedroht sein können, die eine gewisse Intensität aufweisen und es namentlich unter dem Aspekt der Meinungsfreiheit unverhältnismässig wäre, auch geringfügige Benachteiligungen von Einzelnen oder Gruppen, so etwa geschmacklose Witze, als strafbar zu erklären (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 34; EKR 2000-056N). Unter das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung fällt demgemäss nicht jede Ungleichbehandlung, die ohne sachlichen Grund an eines der nach Art. 261<sup>bis</sup> unzulässigen Unterscheidungsmerkmale anknüpft, sondern nur solche, die eine grundrechtliche Position des Betroffenen beeinträchtigt (vgl. P. MÜLLER, AJP 1996, S. 665). Im Weiteren wird von einem Teil der Lehre die Auffassung vertreten, dass eine Diskriminierung dann besteht, wenn der Gleichheitsgrundsatz dadurch verletzt wird, dass eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund an den Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, und dies im Bestreben erfolgt oder die Wirkung hat, dass die Betroffenen die ihnen zustehenden Menschenrechte nicht ausüben können oder in dieser Ausübung beschränkt oder behindert werden (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1016 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 32). Der Aufruf zum Boykott von Geschäften oder der Aufruf, bestimmten

Personen oder Gruppen nichts zu verkaufen oder sie nicht zu bewirten, dürfte demnach den Tatbestand erfüllen (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1033 f.).

### 5.3 Absatz 2: Verbreiten von Ideologien

26 Z zufolge Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 nStGB ist strafbar, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung dieser Personen oder Personengruppen gerichtet sind.

#### 5.3.1 Verbreiten

27 Als (öffentliches) Verbreiten ist gemäss Lehre jede Handlung oder Äusserung zu verstehen, die sich an ein – in der Zahl bestimmtes oder unbestimmtes – Publikum richtet, wobei die Tathandlung darauf ausgerichtet sein muss, den Empfängern einen bestimmten Inhalt, einen Sachverhalt oder eine Wertung zur Kenntnis zu bringen und damit wenigstens implizit dafür zu werben (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1120 m.w.H.; VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 58; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 38). Tatbestandsmässig gemäss Abs. 2 ist etwa das Besprayen von diversen Bäumen mit einem Hakenkreuz und den Ziffern „88“.

28 Vom Verbreiten zu unterscheiden ist das blosses Bekenntnis. Letzterem fehlt der werbende Charakter. So gilt etwa das blosses Tragen einer nationalsozialistischen Armbinde – auch in der Öffentlichkeit – als strafloses Bekenntnis. Anders dürfte es dagegen aussehen, wenn entsprechende Symbole versendet werden, oder wenn eine Kumulation von Handlungen, Gesten und Symbolen vorliegt. In diesen Fällen dürfte eine werbende Handlung zu bejahen sein (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1194; einschränkend dagegen EKR 2002-004N). Die Durchführung des Hitler-Grusses ist selbst dann nicht bereits deshalb als werbendes Verbreiten einer Ideologie aufzufassen, wenn die Verwendung des fraglichen Grusses in der Öffentlichkeit unter Gesinnungsgenossen geschieht und (auch) an unbeteiligte Dritte gerichtet wird. Vielmehr muss dazu kommen, dass dadurch Dritte für die damit gekennzeichnete rassendiskriminierende Ideologie werbend beeinflusst werden sollen (vgl. BGE 140 IV 102 E. 2.2.5 S. 107; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1196).

### 5.3.2 Ideologie

29 Der Begriff der Ideologie bezeichnet Ideen, Werte oder Gedankengebäude, die vorgeben, Ausfluss der allgemeinen Suche nach Wahrheit und Allgemeingültigkeit zu sein, in Wahrheit jedoch Ausfluss eines eigennützigen Zweckstrebens, eines spezifischen Vorurteils oder eines Dogmas sind, das Allgemeingültigkeit beansprucht, aber selbst nicht weiter in Frage gestellt wird bzw. werden kann (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 40; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1129; EKR 2000-049N). Ein Text, welcher lediglich negative Eigenschaften einem bestimmten Personenkreis – auch wenn dies pauschal gemacht wird – unterstellt, verbreitet gemäss obiger Ausführungen noch keine Ideologie (vgl. EKR 2000-049N). Zur systematischen Herabsetzung und Verleumdung sind nur jene Ideologien geeignet, die ein ganzes Gedankengebäude darstellen (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 40; a.M. jedoch VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 56, der betont, dass die diskriminierende Ideologie selbst nicht systematisch sein müsse, sondern auf systematische Herabsetzung gerichtet sein müsse; ebenso STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 34; WEDER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 19).

### 5.3.3 Herabsetzung und Verleumdung

30 Zur Strafbarkeit ist alsdann erforderlich, dass die öffentlich verbreiteten Ideologien herabsetzend oder verleumdend sein müssen. Herabsetzend ist eine Ideologie stets dann, wenn sie ausdrücklich den ungleichen Zugang zu oder Anspruch auf die Menschenrechte postuliert bzw. die grundsätzliche Minderwertigkeit einer bestimmten Gruppe behauptet (vgl. VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 56; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 41). Verleumdend ist die Verbreitung einer Ideologie wider besseres Wissen. Damit ist der Fall gemeint, in welchem der Täter selbst nicht an die entsprechenden Dogmen glaubt und somit um deren Unwahrheit weiss (vgl. VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 57).

### 5.4 Absatz 3: Organisation oder Förderung von Propagandaaktionen oder Teilnahme daran

31 Nach Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 3 nStGB macht sich sodann strafbar, wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt.



#### 5.4.1 Mit dem gleichen Ziel

32 Der Ausdruck „mit dem gleichen Ziel“ bezieht sich auf Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und 2 StGB (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1218; a.M. GUYAZ, S. 275, der den Ausdruck ausschliesslich als Referenz auf Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB versteht). Erfasst werden demnach Propagandaaktionen, die darauf abzielen, zu Hass oder Diskriminierung aufzureizen oder Ideologien zu verbreiten, welche auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung gerichtet sind (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 44).

#### 5.4.2 Propagandaaktionen

33 Für den Begriff der Propaganda greifen Lehre und Rechtsprechung auf Art. 275<sup>bis</sup> StGB zurück und verstehen darunter ein Kommunikationsverhalten, zum Beispiel das Halten eines Vortrags, das Ausleihen oder Verteilen von Schriften, das Tragen von Abzeichen oder auch blosser Gebärden wie der Hitlergruss (vgl. BBl 1992 III 269 ff., 312; BGE 68 IV 145 E. 2 S. 147; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1223, m.w.H.; STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 35). Mit Abs. 3 werden alle denkbaren Formen einer strafbaren Beteiligung an Propaganda erfasst, womit die Teilnahme an den von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfassten Straftaten zu einem eigenständigen Delikt ausgeformt werden (vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 35; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1239). Nicht erfasst von Abs. 3 wird gemäss wohl herrschender Lehre die Anstiftung; hierfür ist vielmehr auf Art. 24 StGB zurückzugreifen (vgl. eingehend NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1240; STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 35).

#### 5.4.3 Keine Öffentlichkeit der Hilfshandlungen erforderlich

34 Was das Merkmal der Öffentlichkeit betrifft, so gilt in Bezug auf Abs. 3, dass die Hilfshandlungen selber nicht öffentlich vorgenommen werden müssen, solange die Propaganda, zu der Hilfe geleistet wird, sich auf die Öffentlichkeit bezieht (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Rz. 43).

#### 5.4.4 Subjektiver Tatbestand im Besonderen

35 Auf der subjektiven Seite erfordert Propaganda nicht bloss das Bewusstsein, dass eine Handlung von anderen wahrgenommen wird, sondern darüber hinaus

die Absicht zu werben, das heisst auf Personen oder Personengruppen einzuwirken, damit diese für die geäusserten Gedanken gewonnen werden oder, falls sie ihnen schon zugetan sind, in ihrer Überzeugung zu bestärken (vgl. WEDER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 20c; BGE 140 IV 102 E. 2.2.2 S. 105).

#### 5.5 **Absatz 4: Angriff auf die Menschenwürde**

36 Gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 nStGB ist strafbar, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung in einer gegen die Menschenwürde verstossende Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht.

37 Anders als die Tatbestandsvarianten in den Absätzen 1–3 geht es in den Absätzen 4 und 5 nicht um Diskriminierungs- bzw. Hasspropaganda im weiteren Sinn (vgl. dazu vorne, Rz. 17), sondern um direkte Angriffe gegen die betroffene Person oder Gruppe (vgl. BGE 126 IV 20 E. 1c S. 25; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 48). Während bei den Absätzen 1–3 der Aspekt des Werbens im Vordergrund steht, geht es bei den Absätzen 4 und 5 dem Täter nicht primär um die Schaffung eines feindseligen Klimas, das Menschenrechtsverletzungen hervorruft, sondern um die eigene Umsetzung seiner herabsetzenden oder diskriminierenden Ideen (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 7).

38 Die Botschaft umschreibt die zwei in Absatz 4 geregelten Tatbestandsvarianten mit dem Titel „Angriff auf die Menschenwürde“ (vgl. BBI 1992 III 269 ff., S. 313). In der Lehre wird als Hauptanwendungsfall von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Satzteil StGB neben der eigentlichen Herabsetzung und Diskriminierung die Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln, so zum Beispiel das Aussprechen eines Lokalverbots oder öffentliche Angebote, die bestimmte Gruppen ausschliessen, genannt (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1250 und 1627).

### 5.5.1 Tatmittel

39 Die Tatmittel in Abs. 4 (Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise) entsprechen denjenigen bei der Ehrverletzung gemäss Art. 176 StGB. Die Herabsetzung oder Diskriminierung kann damit auf beliebige Weise geäussert werden (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 49).

### 5.5.2 Massgeblichkeit der Sicht des unbefangenen durchschnittlichen Dritten

40 Die Äusserungen oder Verhaltensweisen müssen zur Erfüllung von Abs. 4 1. Satzteil vom unbefangenen durchschnittlichen Dritten aufgrund der gesamten konkreten Umstände als diskriminierender bzw. herabsetzender Akt erkannt werden. Dies ergibt sich auch aus dem Erfordernis der Öffentlichkeit (vgl. BGE 133 IV 308 E. 8.4 S. 312; a.M. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 26 m.w.H.). Das Bundesgericht hat in einem Fall, bei welchem der Täter aus rassistischen Beweggründen dreimal Ausländer schwer verprügelt hatte und dafür von der Vorinstanz wegen mehrfacher versuchter und vollendeter Körperverletzung sowie Rassendiskriminierung verurteilt worden war, die Verurteilung wegen Rassendiskriminierung aufgehoben. Es begründete dies damit, dass die Vorfälle den objektiven Tatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 erste Hälfte StGB erfüllen würden, wenn der Beschwerdeführer und sein Mittäter aufgrund ihrer Aufmachung als "Neonazis" beziehungsweise "Rechtsextreme" erkennbar gewesen wären. Aufgrund der von den Tätern getragenen Kleidern schlossfolgert das Bundesgericht, dass der Täter und sein Mittäter nach dem Gesamteindruck, den sie durch ihre Aufmachung vermittelten, für einen unbefangenen durchschnittlichen Dritten schon aus wenigen Metern Entfernung nicht mehr als "Neonazis" beziehungsweise als "Rechtsextreme" erkennbar waren (vgl. BGE 133 IV 308 E. 9.3.3 f. S. 321 ff.; kritisch hierzu BOMMER, ZBJV 2009, S. 931 f. und SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 26, welche eine öffentlich verübte Gewalttätigkeit als Rassendiskriminierung nach Abs. 4 qualifizieren, wenn dem Täter eine entsprechende Motivation nachgewiesen werden kann).

### 5.5.3 Gegen die Menschenwürde verstossend

41 Art. 261<sup>bis</sup> StGB schützt insgesamt die Menschenwürde und es wird bei allen Tatbestandsvarianten eine Verletzung der Menschenwürde vorausgesetzt (vgl.

dazu SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 50). Die im Tatbestand enthaltene Voraussetzung „in einer gegen die Menschenwürde verstossende Weise“ wird in einem Teil der Lehre als zusätzliches Erfordernis im Sinne einer Beschränkung auf besonders gravierende Fälle verstanden (so z.B. von P. MÜLLER, ZBJV 1994, S. 257). Der andere Teil und wohl überwiegende Teil der Lehre erachtet die ausdrückliche Erwähnung der Menschenwürde als überflüssig (so SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 50; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1270).

- 42 Jedenfalls kann festgehalten werden, dass ein Verstoß gegen die Menschenwürde nur dann besteht, wenn einer Person oder Gruppe von Personen die essentiell gleichwertige und gleichberechtigte Position abgesprochen wird, so beispielsweise unter Berufung auf ihre angeblich geringere Urteilskraft, die politische Rechte (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1271; STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 38).

#### **5.5.4 Herabsetzung und Diskriminierung**

- 43 Zum Begriff der Herabsetzung kann auf die Ausführungen zu Absatz 2 verwiesen werden (vgl. vorne, Rz. 30), zum Begriff der Diskriminierung auf die Ausführungen zu Absatz 1 (vgl. vorne, Rz. 25). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erscheinen im Lichte der Zielsetzung der Bestimmung von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB (Schutz der angeborenen Würde und Gleichheit aller Menschen) als Herabsetzung oder Diskriminierung alle Verhaltensweisen, durch welche den Angehörigen einer Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer Rasse, Ethnie oder Religion die Gleichwertigkeit als menschliche Wesen oder die Gleichberechtigung in Bezug auf die Menschenrechte abgesprochen oder zumindest in Frage gestellt werden und sie als Menschen zweiter Klasse behandelt werden (vgl. BGE 143 IV 77 E. 2.3 S. 79; 140 IV 67 E. 2.1.1 S. 69). Im Unterschied zu Absatz 1 wird zur Diskriminierung nicht aufgerufen, sondern diese wird praktiziert (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 58).

#### **5.5.5 Herabsetzung: Typische Fälle**

- 44 Herabsetzend im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB sind zunächst Fälle, in denen den Betroffenen die Menschenqualität oder Existenzberechtigung

schlechthin abgesprochen wird. Als Beispiel kann ein Tweet mit dem Inhalt „Vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht [...] diesmal für Moscheen“ genannt werden (vgl. BGer, U.v. 4. November 2015, 6B\_627/2015). Als nicht herabsetzend einzustufen sind dagegen Behauptungen, die lediglich Ungleichheiten in spezifischer Hinsicht zum Ausdruck bringen, so zum Beispiel die Behauptung „alle X sind faul“ (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1299; vgl. auch TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 34). Ebenso verletzt die Zuschreibung einzelner Verhaltensweisen und Eigenschaften oder die Kritik an einzelnen Bräuchen oder Verhaltensnormen die Menschenwürde nicht, solange damit keine Minderberechtigung bzw. die grundsätzliche Minderwertigkeit einer Gruppe impliziert wird (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 54). Gemäss Bundesgericht werden sodann Begriffe wie „Dreck“ und „Sau“ als Beschimpfungen verwendet und empfunden. Nichts anderes gelte bei der Verbindung solcher Begriffe mit bestimmten Nationalitäten bzw. Ethnien. Solche Äusserungen würden, jedenfalls soweit sie gegen konkrete einzelne Personen gerichtet seien, vom unbefangenen durchschnittlichen Dritten als mehr oder weniger primitive fremdenfeindlich motivierte Ehrverletzungen, aber nicht als rassistische Angriffe auf die Menschenwürde aufgefasst (vgl. BGE 140 IV 67 E. 2.5.2 S. 73).

#### **5.5.6 Diskriminierung: Typische Fälle**

45 Diskriminierungen im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB sind typischerweise Fälle der Ungleichbehandlung, die keine Leistungsverweigerung im Sinne von Absatz 5 darstellen. Als Beispiele können diskriminierende Stellen- und Wohnungsanzeigen, Lokalverbote etc. genannt werden (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 58; vgl. jedoch zur zulässigen Beschränkung des Bestimmungskreises hinten, Rz. 53).

#### **5.5.7 Leugnen von Völkermord**

46 Die 2. Hälfte von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB stellt die Bestreitung eines Völkermordes oder Verbrechens gegen die Menschlichkeit unter Strafe. Unter dem Gesichtspunkt der Ausweitung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB bzw. Art. 171c Abs. 1 MStG um das Merkmal der sexuellen Orientierung und insbesondere mit Bezug auf die vorliegend zu analysierenden Fallkonstellationen ist diese Tatbestandsvariante – soweit ersichtlich – nicht von Bedeutung. Es wird daher im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher darauf eingegangen.

## 5.6 Absatz 5: Leistungsverweigerung

47 Gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 nStGB macht sich strafbar, wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert.

### 5.6.1 Angebotene Leistung

48 Unter den Begriff "angebotene Leistung" fallen jegliche Waren- oder Dienstleistungsangebote an die Öffentlichkeit, wobei die Vermittlung solcher Leistungen und das Angebot einer zweiseitigen Vertragsbeziehung, miteingeschlossen sind (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB Rz. 1523).

### 5.6.2 Für die Allgemeinheit bestimmt

49 Die angebotene Leistung muss sodann für die Allgemeinheit bestimmt sein. Was unter „für die Allgemeinheit bestimmt“ zu verstehen ist, ist in der Lehre umstritten. Es geht vor allem um die Frage, ob auch Rechtsgeschäfte im privaten Bereich, etwa Arbeits- oder Mietverträge, dem Diskriminierungsverbot von Absatz 5 unterliegen.

50 Die Lehre hat versucht, Kriterien zur Definition der Voraussetzung „für die Allgemeinheit bestimmt“ herauszuarbeiten. Dabei soll zum einen massgebend sein, dass der entsprechende Vertrag nicht auf zeitliche Dauer angelegt ist, die Person des Vertragspartners folglich in den Hintergrund tritt (vgl. TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 41; P. MÜLLER, AJP 1996, S. 666; WILDHABER, S. 470). Zum anderen stellt die Anonymität der Kundschaft bzw. die Standardisierung der Verträge ein Kriterium dar. Dieses Kriterium soll zeigen, dass die Persönlichkeit des Vertragspartners nicht massgeblich ist und damit die entsprechende Leistung für die Allgemeinheit bestimmt ist (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 74; TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 41; P. MÜLLER, AJP 1996, S. 666; WILDHABER, S. 470; VEST, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 109). Weiter wurde das Kriterium des Angebots an eine Personenmehrzahl bzw. Angebot einer Vielzahl von Leistungen entwickelt (vgl. GUYAZ, S. 291 f.).

51 Diese Kriterien erfahren von einem Teil der Lehre eine kritische Betrachtung. Würden lediglich Dienstleistungen, die von kurzer Dauer und die einer unbestimmten Anzahl von Personen in standardisierter Form angeboten werden, wobei es auf die Person des Vertragspartners nicht ankommt, das Kriterium der Bestimmung für die Allgemeinheit erfüllen, würden gewichtige Vertragsbeziehungen ausgenommen. So würde etwa die Verweigerung einer Mietwohnung oder einer Arbeitsstelle von vornherein nicht unter Absatz 5 fallen (vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 41; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 241; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1561). NIGGLI lehnt die Anwendung dieser Kriterien mit der Begründung ab, dass diese nicht praxistauglich seien und gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) bzw. gegen die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie überdies gegen das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (RDK) verstiesesen (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1557 ff., 1571 ff. u. 1583 ff.; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 75). Nach NIGGLI ist unter „Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist“ „grundsätzlich jede Leistung zu verstehen, die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist. Wer sich an eine anonyme, undifferenzierte Allgemeinheit wendet (Adressatenkreis), bestimmt seine Leistung für diese Allgemeinheit (Bestimmungskreis). (...) Aus dem Vorstehenden ergibt sich e contrario, dass derjenige, der sich nicht an die Allgemeinheit als solche wendet, sondern explizit nur an einen spezifischen abgrenzbaren Teil derselben (Adressatenkreis), seine Leistung auch nicht für die Allgemeinheit bestimmt, sondern ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen“ (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1609 ff. und 1638; gleicher Meinung auch SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 76; kritisch jedoch STRATENWERTH/BOMMER, § 39, Rz. 41).

52 Insofern weist diese Lehrmeinung auf die Unterscheidung zwischen negativer (Diskriminierung im eigentlichen Sinn) und positiver Diskriminierung hin (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1610). Bei einer negativen Diskriminierung wird ein Leistungsangebot grundsätzlich an eine unbestimmte Öffentlichkeit gerichtet, jedoch wird eine bestimmte Gruppe von Personen von diesem Angebot ausgeschlossen. Typischerweise wird hierbei eine Leistung mit dem Hinweis "Keine X" oder "Y unerwünscht" versehen (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1611). Eine

solche Leistungsverweigerung bzw. Bereitschaftserklärung fällt als negative Diskriminierung klar unter Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 bzw. 4 StGB (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1614). Von einer positiven Diskriminierung spricht man, wenn die Leistung von Anfang an nur einer bestimmten Gruppe angeboten wird (vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 17). Mit anderen Worten wird nicht eine bestimmte Gruppe, sondern die Allgemeinheit ausgeschlossen (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1618).

53 Gemäss einem Teil der Lehre wird eine positive Diskriminierung grundsätzlich weder von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 noch Abs. 5 StGB erfasst, weil die Beschränkung des Angebots auf eine spezifische Person oder Gruppe nicht per se zu einer Deklassierung oder Abwertung aller nicht erfassten Personen bzw. Gruppen führe. Dies entspreche auch dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Eine einzelfallweise Beurteilung sei jedoch unentbehrlich. Es wird auf die Problematik hingewiesen, wonach faktisch eine negative Diskriminierung vorliege, wenn die positive Diskriminierung den Ausschluss einer spezifischen Person oder Gruppe bezwecke. Zu denken sei insbesondere an den Fall, wo eine Gruppe im Gesamtverhältnis stark dominiert, weil sie etwa quantitativ die überwiegende Mehrheit darstellt (z.B. Angebot an hellhäutige Menschen im schweizerischen Gesamtverhältnis) (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 76; NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1619 ff.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 242). Eine solche positive Diskriminierung wird von der zitierten Literatur als unzulässig erachtet, wenn gleich eingestanden wird, dass die Zielsetzung einer konkreten Leistungsverweigerung sich nach den Umständen beurteile und in der Regel schwer nachweisbar sei (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1620; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 76; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 242).

54 Es muss damit gerechnet werden, dass die Praxis dem weiten Verständnis des Begriffs „für die Allgemeinheit bestimmt“ folgt und damit jede Leistung erfasst wird, die öffentlich angeboten wird und die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist. Insofern kann es etwa auf die zeitliche Dauer, auf welche der Vertrag angelegt ist, nicht ankommen. Wird der Bestimmungskreis des Angebots sodann positiv spezifiziert bzw. beschränkt erfordert unter anderem der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass weder Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 noch Abs. 5 StGB anwendbar sind. Eine (gewichtige) Ausnahme besteht jedoch für jene Fälle, in welchen die sogenannte positive



Diskriminierung den Ausschluss einer spezifischen Person oder Gruppe bezweckt, was im Einzelfall aufgrund der „Zielsetzung“ der jeweiligen Diskriminierung zu beurteilen ist (vgl. auch NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz.1622).

### 5.6.3 Verweigern

55 Eine Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB liegt vor, wenn die Leistung zu denjenigen Bedingungen verweigert wird, „wie er [der Täter] sie allen anderen gewährt“ (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1650). Sie kann durch Tun oder Unterlassung erfolgen. Auch das Vorenthalten von Informationen oder die Angabe von falschen Informationen stellen eine Verweigerung dar (SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 77).

### 5.6.4 Öffentlichkeit

56 Das Leistungsangebot muss sich an die Öffentlichkeit richten. Hingegen muss die eigentliche Leistungsverweigerung (Tathandlung) nicht öffentlich stattgefunden haben (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 78).

### 5.6.5 Fehlen sachlicher Gründe

57 Bestehen sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung, ist die fragliche Handlung nicht tatbestandsmässig. Die Ungleichbehandlung muss demnach einem legitimen Ziel dienen und verhältnismässig sein (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 80; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 8, Rz. 49). Darüber, ob schlechte Erfahrungen mit bestimmten Mitgliedern einer Gruppe aufgrund deren vorangegangenen ungebührlichen oder gar verbotenen Verhaltens genügen, den generellen Ausschluss dieser Gruppe zu rechtfertigen, besteht in der Lehre Uneinigkeit (bejahend DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 242; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 39, Rz. 42; WEDER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 40; EKR 2001-21; ablehnend hingegen NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1659 ff.; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 80).

58 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB auf sämtliche Leistungen anwendbar ist, die für die Allgemeinheit bestimmt sind und welche

einer Person oder einer Gruppe von Personen aufgrund eines verpönten Motivs und ohne sachlichen Grund verweigert werden.

#### **5.6.6 Bereitschaft zur Leistungsverweigerung vs. eigentliche Leistungsverweigerung**

59 Fraglich erscheint, ob bereits eine Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB vorliegt, wenn von Anfang an kommuniziert wird, die Leistung gegenüber bestimmten Personen oder Gruppen nicht (negativ; z.B. Lokalverbote im Sinne von: „X unerwünscht“, „Kein Zutritt für X“) oder nur gegenüber bestimmten Personen erbringen zu wollen (positiv; z.B. diskriminierende Wohnungsanzeigen) (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1623; SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 79). Auch dies erscheint in der Lehre umstritten. Nach einem Teil der Lehre stellen solche öffentlichen Absichtserklärungen keine Tat handlung im Sinne des Absatzes 5 dar, zumal die Verweigerung damit noch nicht verwirklicht ist. Nach dieser Lehrmeinung können solche öffentlichen Absichtserklärungen allenfalls unter Abs. 4 (Öffentliche Diskriminierung oder Herabsetzung) oder nach einer Minderheitsmeinung gar unter Abs. 1 (öffentlicher Aufruf zu Hass oder Diskriminierung) fallen (für die Anwendung von Abs. 4: NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1627 und 1654; SHK StGB-VEST, Art. 261<sup>bis</sup>, Rz. 116; TRECHSEL/VEST, Art. 261<sup>bis</sup>, Rz. 42; für die Anwendung von Abs. 1: GUYAZ, S. 292). Ein anderer Teil der Lehre hält dafür, dass die Ankündigung etwa eines Zutrittsverbots in ihrer Wirkung für die Betroffenen bereits eine Leistungsverweigerung bedeute und folglich unter Absatz 5 falle, da mit der Erklärung den Mitgliedern der unerwünschten Gruppe die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Leistung abgesprochen werde (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 79).

#### **5.6.7 Zusammenfassung**

60 Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB ist anwendbar auf sämtliche Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind und welche einer Person oder einer Gruppe von Personen aufgrund eines verpönten Motivs und ohne sachlichen Grund verweigert werden. Es muss damit gerechnet werden, dass die Praxis dem weiten Verständnis des Begriffs „für die Allgemeinheit bestimmt“ folgt und damit jede Leistung erfasst wird, die öffentlich angeboten wird und die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist.

Insofern kann es etwa auf die zeitliche Dauer, auf welche der Vertrag angelegt ist, nicht ankommen. Wird der Bestimmungskreis des Angebots sodann positiv spezifiziert bzw. beschränkt erfordert unter anderem der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass weder Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 noch Abs. 5 StGB anwendbar sind. Eine (gewichtige) Ausnahme besteht jedoch für jene Fälle, in welchen die sogenannte positive Diskriminierung den Ausschluss einer spezifischen Person oder Gruppe bezweckt, was im Einzelfall aufgrund der „Zielsetzung“ der jeweiligen Diskriminierung zu beurteilen ist (vgl. auch NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz.1622).

## 6. **Subjektiver Tatbestand**

61 Die in Art. 261<sup>bis</sup> StGB enthaltenen Tatbestände erfordern vorsätzliches Handeln, wobei Eventualvorsatz genügt (vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 StGB; BGE 123 IV 202 E. 4b S. 210; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 242). Dabei gilt, dass sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandselemente richten muss (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz.1665).

## 7. **Verhältnis zum Grundrecht der Meinungsfreiheit**

62 Die Meinungsfreiheit ist nach Art. 16 BV und Art. 10 EMRK geschützt. Hinzu kommen eine Reihe von Kantonsverfassungen, welche die Meinungsfreiheit ebenfalls schützen (vgl. z.B. Art. 17 KV/BE).

63 Nach ständiger Rechtsprechung sind die Schutzbereiche der erwähnten Bestimmungen gleich (vgl. statt vieler BGE 145 IV 23 E. 5.1 S. 33 f.). Von Bedeutung ist allerdings, dass Art. 10 EMRK als menschenrechtliche Garantie, welche self-executing-Charakter hat, entgegen dem üblichen Verständnis von Art. 190 BV auch einem Bundesgesetz vorgehen würde (sog. PKK-Praxis, BGE 125 II 417).

### 7.1 **Schutzbereich der Meinungsfreiheit**

64 Der Meinungsbegriff ist weit. Insbesondere gelten als Meinung alle „Ergebnisse von Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen“ (BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478). Auch inhaltlich falsche, provozierende oder schockierende Äusserungen geniessen grundrechtlichen

Schutz (EGMR, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urteil Nr. 5493/72 vom 7.12.1976, § 49).

65 Nicht in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK fällt der Missbrauch dieses Rechts nach Art. 17 EMRK. Nach dieser Norm kann die Konvention nicht so ausgelegt werden, als verleihe sie ein Recht auf Handlungen, welche darauf abzielen, die in der Konvention festgelegten Freiheiten abzuschaffen oder zu unterminieren. Art. 17 EMRK soll allerdings nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommen (vgl. MENSCHING, in: Karpenstein/Mayer [Hrsg.], EMRK Kommentar, Art. 17 Rz. 7, m.w.H.). In der Praxis wird dadurch Äusserungen, welche der Verherrlichung oder Verharmlosung des Nationalsozialismus dienen, der grundrechtliche Schutz versagt (EGMR, *Witzsch v. Deutschland*, Entscheid Nr. 7485/03 vom 13.12.2005, § 3; EGMR, *M'Bala v. Frankreich*, Entscheid Nr. 25239/13 vom 20.10.2015, § 33).

66 Interessant – gerade mit Blick auf die Schweiz – ist diesbezüglich die Prozessgeschichte in Sachen Dogu Perinçek. Dieser hatte 2005 anlässlich von Auftritten in der Schweiz den Völkermord an den Armeniern mehrfach als „internationale Lüge“ bezeichnet. Er wurde nach Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB verurteilt, der die Leugnung eines Völkermords unter Strafe stellt. Das Bundesgericht hielt diese Verurteilung aufrecht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) war aber der Ansicht, dass die Verurteilung von Herrn Perinçek durch die Schweiz eine Verletzung von Art. 10 EMRK darstelle. Zur Begründung wurde im Wesentlichen das Folgende festgehalten: Es bestehe kein Konsens unter den Vertragsstaaten der EMRK, ob und wie die Leugnung eines Genozids strafrechtlich verfolgt werden müsse. Es sei deshalb eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit von Dogu Perinçek und dem Schutz der Würde und Identität der armenischen Gemeinschaft vorzunehmen. Dabei sei in Rechnung zu stellen, dass mit den Auftritten von Herrn Perinçek kein Aufruf zu Hass gegen die armenische Gemeinschaft verbunden gewesen sei. Er habe keine beleidigenden Worte gebraucht, sondern seine historische Meinung geäußert. Zudem seien im Kontext der gemachten Aussagen keine ethnische Spannungen auszumachen. Eine strafrechtliche Verurteilung sei nicht verhältnismässig gewesen. Vielmehr sei Herr Perinçek für eine Ansicht bestraft worden, die nicht der in der Schweiz gängigen Meinung entspricht (EGMR, *Perinçek v. Schweiz*, Urteil Nr. 27510/08 vom 15.10.2015, §§ 145 ff.).

67 Zusammenfassend kann Folgendes gesagt werden: Der EGMR anerkennt zwar, dass es Gesetzesbestimmungen geben kann, welche mit dem Ziel des Schutzes von Rechten Dritter bestimmte Äusserungen unter Strafe stellen. Bei der Einschränkung der Meinungsfreiheit ist aber eine sorgfältige Verhältnismässigkeitsprüfung durchzuführen, wobei dem Grundrecht auf freie Meinungsäusserung ein hohes Gewicht zukommt. (vgl. für das Bundesverfassungsrecht entsprechend BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 12, m.w.H.). Ganz aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen regelmässig nur Äusserungen, welche den Nationalsozialismus verherrlichen oder verharmlosen, namentlich die Leugnung des Holocausts.

## 7.2 Grundrechtskonforme Auslegung

### 7.2.1 Im Allgemeinen

68 Es liegt nicht in der Kompetenz des EGMR ein Bundesgesetz (oder überhaupt eine innerstaatliche Norm) aufzuheben. Ebenso hält es das Bundesgericht – auch dann, wenn es einem EMRK-widrigen Bundesgesetz im Einzelfall die Anwendung versagt (vgl. BBI 2009 2263, 2310 ff.).

69 Von besonderer Bedeutung ist allerdings, die Praxis Bundesgesetze grundrechtskonform auszulegen. Wenn neben einer einschlägigen fachgesetzlichen Norm ein Rechtsgut oder ein Interesse mitbetroffen ist, das auch grundrechtlich geschützt ist, so muss die grundrechtskonforme Auslegung des entsprechenden Gesetzes geprüft werden (vgl. etwa BGE 128 IV 201 E. 1.2 S. 205). Ein Beispiel dafür ist die mögliche Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz bei der Auslegung von strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Ehre (vgl. zum Ganzen J.P. MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, S. 105 ff.). Von besonderer Bedeutung sind dabei die staatsvertraglich geschützten Grundrechte, wie etwa die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK, da sie von Art. 190 BV ebenfalls als massgebend erklärt werden (J.P. MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, S. 110 f.).

### 7.3 Im Besonderen von Art. 261<sup>bis</sup> StGB

70 Strafrechtliche Bestimmungen, welche die Persönlichkeitsrechte schützen, sind nach dem Gesagten im Licht der Meinungsfreiheit auszulegen (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 19 Rz. 14 f.). So erwägt das Bundesgericht in BGE 143 IV

193 („Kosovaren schlitzten Schweizer auf!“, E. 1 S. 198 f.): „Bei der Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist der Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK, Art 19 UNO-Pakt II [...] Rechnung zu tragen. In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken [...]. Die Strafbestimmung betreffend die Rassendiskriminierung bezweckt unter anderem die angeborene Würde und Gleichheit aller Menschen zu schützen“.

- 71 Die grundsätzliche Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit zur Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist auch in Teilen strafrechtlichen Literatur anerkannt, wenn auch nicht alle Details geklärt sind (vgl. WEDER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 26). Von einem Teil der Lehre wird jedoch klar die Meinung vertreten, dass zwischen Rassendiskriminierung und Meinungsäusserungsfreiheit kein Grundrechtskonflikt bestehen könne, weil die Menschenwürde eine notwendige Vorbedingung für die Ausübung von Menschenrechte darstelle (vgl. SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 28 m.w.H.). Dies würde mit anderen Worten bedeuten, dass Grundrechte nie zum Zwecke der Herabsetzung und Diskriminierung von Menschen aufgrund deren sexuellen Orientierung angerufen werden können.
- 72 In Anerkennung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte jedenfalls klar sein, dass Art. 261<sup>bis</sup> nStGB im Lichte der Meinungsfreiheit insbesondere bei politischen Äusserungen bzw. Äusserungen in politischen Diskussionen sehr zurückhaltend anzuwenden ist.
- 73 Ob auch das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK) bei der Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB eine Rolle spielen soll, ist in der schweizerischen Lehre und Praxis – soweit ersichtlich – nicht geklärt. Unseres Erachtens könnte argumentiert werden, dass insbesondere der von Art. 15 Abs. 2 BV geschützte Anspruch der Kultusfreiheit, das heisst die Freiheit einer in ritueller Form geäusserten Glaubensbezeugung, worunter etwa kollektive religiöse Handlungen wie Gottesdienste, Prozessionen, Predigten, Taufen, kirchliche Hochzeiten und Bestattungen fallen (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 29, Rz. 23), eine einschränkende Auslegung der objektiven Tatbestände von Art. 261<sup>bis</sup> StGB verlangt. Dasselbe gilt auch für den Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit, welche den Einzelnen davor schützt, dass der Staat ihn

dazu zwingt, in einer bestimmten Weise zu denken (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 29, Rz. 69).

#### **7.4 Keine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter Strafe zu stellen**

74 Anzumerken bleibt, dass die Schweiz keine völkerrechtliche Verpflichtung eingegangen ist, Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung speziell zu verfolgen (vgl. JOSITSCH/VON ROTZ, S. 106 f.). Die diesbezügliche Ausgangslage präsentiert sich also anders als etwa bei der Rassendiskriminierung, bei welcher die Schweiz das Internationale Übereinkommen zu Beseitigung jeder Form von Rassismus ratifiziert hat (vgl. vorne, Rz. 6). Immerhin richtet sich die „Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity“, CM/Rec(2010)5, auch an die Schweiz als Europaratsstaat. Das Dokument, in welchem unter anderem gesetzliche Massnahmen zur Bekämpfung entsprechender Diskriminierung empfohlen werden (recommendation no. 2), stellt jedoch klassisches soft-law dar (vgl. zum Begriff „soft law“ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 80 f.).

### **V. BEURTEILUNG VON FALLKONSTELLATIONEN**

75 Aufgrund der vorstehend erarbeiteten theoretischen Grundlagen zu den in Art. 261<sup>bis</sup> StGB bzw. Art. 171c Abs. 1 MStG enthaltenen Tatbeständen, ist nachfolgend auf spezifische Fragen und Fälle bezüglich der vorgesehenen Erweiterung der Tatbestände durch das Merkmal der sexuellen Orientierung einzugehen. Im vorliegenden Gutachten kann indes keine abschliessende Subsumtion der einzelnen Fälle unter Art. 261<sup>bis</sup> StGB vorgenommen werden, da jeweils eine Beurteilung im Einzelfall erforderlich ist, insbesondere auch was den subjektiven Tatbestand betrifft.

76 Auch kann lediglich die Tendenz ausgemacht werden, ob eine Aussage oder ein Verhalten möglicherweise als strafbar oder nicht strafbar taxiert werden kann, zumal die Auslegung von gewissen Tatbestandselementen bis heute weder in der Lehre noch in der Praxis im Detail geklärt sind (vgl. nur etwa die zahlreichen Unklarheiten beim Tatbestandsmerkmal „für die Allgemeinheit bestimmt“, vorne, Rz. 49 ff.). Es ist festzuhalten, dass auch die erweiterte Version von Art. 261<sup>bis</sup>

StGB, über welche das Volk im kommenden Jahr abstimmen wird, in gesetzestechnischer Hinsicht nicht überzeugt (vgl. bereits STRATENWERTH/BOMMER, § 29, Rz. 21). Insbesondere die potentiellen Konflikte mit Grundrechten wie der Meinungsfreiheit oder auch der Glaubens- und Gewissensfreiheit würden aber eine äusserst präzise Formulierung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfordern. Im Hinblick auf die Erweiterung des Strafartikels durch das Merkmal der sexuellen Orientierung stellt sich sodann die Frage, ob, wo und wie sich der Staat in Glaubensdogmas der Kirchen einmischen können soll.

- 77 Es wird nachfolgend sodann lediglich eine Aussage darüber getroffen werden, ob der objektive Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> nStGB erfüllt sein könnte und damit eine Strafbarkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> nStGB im Bereich des Möglichen liegt oder nicht. Keine Betrachtung erfährt insbesondere der subjektive Tatbestand, der für eine Strafbarkeit immer auch erfüllt sein muss. Ebenso werden weitere relevante Rechtsnormen, die durch die nachfolgend zu prüfenden Handlungen und Äusserungen ebenfalls verletzt sein könnten (Grundrechte in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, Persönlichkeitsrechte und Rechte des Arbeits- und Personalechts etc.) nicht geprüft.
- 78 Vorauszuschicken ist sodann, dass es sich bei den in Art. 261<sup>bis</sup> StGB aufgeführten Taten um Vergehen handelt (vgl. Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 6 StGB). Juristischen Personen, Gesellschaften oder Einzelfirmen wird ein Vergehen (wie auch ein Verbrechen) nur zugerechnet, wenn die Tat in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks erfolgt ist und sie wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden kann (vgl. Art. 102 Abs. 1 StGB). Nachfolgend wird jeweils angenommen, dass die Anlasstat einer natürlichen Person zugerechnet werden kann.
1. *Könnte eine Organisation für Adoptionsvermittlung, die ihre Dienstleistungen nur heterosexuellen Paaren anbieten will, weil sie die Ansicht vertritt, dass Kinder idealerweise einen Vater und eine Mutter brauchen, aufgrund von Absatz 5 strafrechtlich verfolgt werden? Wenn nein, warum nicht?*
- 79 In Frage steht vorliegend eine mögliche Strafbarkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 und 5 nStGB, je nachdem ob die Verweigerung der Leistung im Einzelfall lediglich öffentlich angekündigt wird (Abs. 4) oder im Einzelfall erfolgt (Abs. 5). Das



Anbieten einer Adoptionsvermittlung stellt dabei ohne Weiteres eine Leistung im Sinne von Abs. 5 StGB dar, welche öffentlich angeboten wird. Nicht eindeutig ist vorliegend die Beurteilung, ob das Tatbestandselement „für die Allgemeinheit bestimmt“ erfüllt ist oder nicht. Der Bestimmungskreis des Angebotes wird dabei positiv spezifiziert: Die Dienstleistung richtet sich ausschliesslich an heterosexuelle Partner. Damit liegt gemäss einem Teil der Lehre eine sogenannte positive Diskriminierung vor, welche grundsätzlich weder von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 noch Abs. 5 nStGB erfasst wird, weil die Beschränkung des Angebots auf eine spezifische Person oder Gruppe nicht per se zu einer Deklassierung oder Abwertung aller nicht erfassten Personen bzw. Gruppen führt. Das Diskriminierungsverbot darf jedoch nicht umgangen werden. So liegt faktisch eine negative Diskriminierung vor, wenn die positive Diskriminierung den Ausschluss einer spezifischen Person oder Gruppe bezweckt (vgl. vorne, Rz. 50).

80 Aufgrund der geäusserten Ansicht der Organisation, wonach Kinder idealerweise einen Vater und eine Mutter brauchen, könnte das Angebot so aufgefasst werden, dass es darauf abzielt, homosexuelle Paare vom Angebot aufzuschliessen. Da wohl heterosexuelle Paare im Vergleich zu homosexuellen Paaren in der Schweiz in der klaren Mehrheit sind, dürfte dies der Fall sein.

81 Würde man jedoch jener – u.E. nicht überzeugenden – Lehrmeinung folgen, welche lediglich Dienstleistungen, die von kurzer Dauer sind und die einer unbestimmten Anzahl von Personen in standarisierter Form angeboten werden als „für die Allgemeinheit bestimmt“ betrachten, dürfte die Adoptionsvermittlung kaum darunter fallen. Weil bei ihr die einzelnen Personen im Vordergrund stehen – so könnte man argumentieren – richtet sich das Angebot der Adoptionsvermittlung nicht an die Allgemeinheit.

82 Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung bestehen. Ob solche vorgebracht werden können, erscheint fraglich.

83 Die Fallkonstellation könnte somit die objektiven Tatbestände von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 oder 5 nStGB erfüllen.

2. *Wäre es künftig strafbar, wenn eine Partnervermittlungsplattform die Möglichkeit ausschliesst, nach Partnern des gleichen Geschlechts zu suchen?*

84 Diese Fallkonstellation ist mit der vorangehenden (1) vergleichbar. Auch hier liegt die Ankündigung einer Leistungsverweigerung bzw. die direkte Leistungsverweigerung vor und dürfte das Kriterium zumindest nach einem gewichtigen Teil der Lehre „für die Allgemeinheit bestimmt“ tendenziell erfüllt sein. Auch in dieser Fallkonstellation könnten somit die objektiven Tatbestände von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 oder 5 nStGB erfüllt sein.

3. *Könnte ein Konditor belangt werden, der sich weigert, für ein gleichgeschlechtliches Paar eine Hochzeitstorte zu backen, weil er die gleichgeschlechtliche Ehe ablehnt und aus Gewissensgründen eine solche nicht unterstützen will?*

a) *Kommt es dabei darauf an, ob es sich um eine Spezialanfertigung für das Paar oder um allgemeine Ware aus der Auslage handelt?*

b) *Täte es etwas zur Sache, wenn auf der Hochzeitstorte ein Schriftzug anzubringen wäre wie „Ja zur ‚Ehe für alle‘“, was den Konditor beim Anfertigen der Torte zu einem expliziten Bekenntnis zur gleichgeschlechtlichen Ehe nötigen würde, die er ja ablehnt?*

85 In Frage steht vorliegend eine mögliche Strafbarkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 nStGB. Das Anbieten von Torten bzw. Hochzeitstorten stellt eine Leistung im Sinne von Abs. 5 dar, welche öffentlich angeboten wird und für die Allgemeinheit bestimmt ist. Wird die Ausrichtung der Leistung – wie hier – an ein gleichgeschlechtliches Paar verweigert, stellt sich die Frage, ob diese Verweigerung auf sachlichen Gründen beruht. Die Ablehnung der gleichgeschlechtlichen Ehe aus „Gewissensgründen“ dürfte nicht als sachlicher Grund gelten, zumal ansonsten Artikel 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB mit Berufung auf das Gewissen vollständig ausgehebelt werden könnte. Der Konditor könnte sich demzufolge durch die Leistungsverweigerung strafbar machen.

86 a) Solange das entsprechende Angebot öffentlich ist und sich an die Allgemeinheit richtet, kommt es zur Beurteilung der Strafbarkeit nicht darauf an, ob es sich bei der Hochzeitstorte um eine Spezialanfertigung für das Paar oder um allgemeine Ware aus der Auslage handelt. Der Konditor kann indes nicht zu einem Angebot gezwungen werden. Das heisst: Solange kein öffentliches Angebot vorliegt, kann auch keine Leistungsverweigerung vorliegen.

87 b) Solange der Konditor das Anbringen von Schriftzügen auf Torten als öffentliches Angebot, welches sich an die Allgemeinheit richtet, führt, würde grundsätzlich eine Leistungsverweigerung vorliegen. Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist jedoch nach der Gerichtspraxis im Licht des Grundrechts der Meinungsfreiheit auszulegen (vgl. vorne, Rz. 70 f.). Da vorliegend der Konditor dazu gezwungen würde, eine politische Meinung widerzugeben, dürfte die Weigerung unseres Erachtens auf sachlichen Gründen beruhen bzw. die Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht mehr verhältnismässig sein.

4. *Wie stünde es um ein Restaurant, das seine Räume nicht für gleichgeschlechtliche Hochzeitsfeiern oder LGBT-Anlässe (z.B. eine Sitzung einer LGBT-Organisation) zur Verfügung stellt?*

88 Auch in diesem Fall liegt ein klassischer Fall der sogenannten negativen Diskriminierung vor. Eine solche ist – je nachdem ob die Bereitschaft zur Leistungsverweigerung angekündigt wird oder in casu erfolgt – gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 und Abs. 5 nStGB strafbar, falls keine sachlichen Gründe für die Ungleichbehandlung bestehen. Die Ungleichbehandlung muss demnach einem legitimen Ziel dienen und verhältnismässig sein. Angeführt werden könnten etwa vorangegangene schlechte Erfahrungen mit dieser Bevölkerungsgruppe, was aber in der Rechtslehre sehr umstritten ist (vgl. vorne, Rz. 57).

5. *Wie steht es um ein Hotel, das in seiner Hausordnung stehen hat, dass es Doppelzimmer nur an verheiratete heterosexuelle Paare vermietet?*

89 Durch die Kundgebung der Absicht, eine öffentliche und sich an die Allgemeinheit richtende Leistung lediglich an verheiratete heterosexuelle Paare zu erbringen, wird implizit die Minderwertigkeit bzw. Minderberechtigung von Homosexuellen zum Ausdruck gebracht. Ihnen wird das Recht abgesprochen, gleichwertig am sozialen Leben teilzuhaben. Damit ist nach einem gewichtigen Teil der Lehre der objektive Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB erfüllt.

6. *Wie wäre es bei einem Wohnungsvermieter, der seine Wohnung nicht an gleichgeschlechtliche Paare vermieten will?*

90 Auch in diesem Fall liegt ein klassischer Fall der sogenannten negativen Diskriminierung vor. Eine solche ist – je nachdem ob die Bereitschaft zur Leistungsverweigerung angekündigt wird oder in casu erfolgt – gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 und Abs. 5 nStGB strafbar, falls keine sachlichen Gründe für die Ungleichbehandlung bestehen. Der Fall wäre sodann dann nicht tatbestandsmässig, wenn man der älteren Lehre bezüglich der Umschreibung des Tatbestandsmerkmals „für die Allgemeinheit bestimmt“ folgt, zumal hier ein Dauerrechtsverhältnis eingegangen wird.

7. *Wie wäre es beim Bierlieferanten, der die Bestellung der Organisatoren eines Queer-Festivals ablehnt, mit der Begründung, dass er den gleichgeschlechtlichen Lebensstil nicht unterstützen möchte?*

91 Die vom Bierlieferanten angeführte Begründung wird als sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung nicht dienen, zumal sie einem legitimen Ziel dienen und verhältnismässig sein muss. Es würde sich um eine Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 nStGB handeln.

8. *Könnte eine christliche Pfarrei oder Gemeinde, die einen Organisten oder Sakristan entlässt, weil er sich als in einer homosexuellen Beziehung lebend outet (und dieser Lebensentscheid nicht mit der Lebensführung übereinstimmt, die die Kirche von ihren Mitarbeitern erwartet), aufgrund von Art. 261<sup>bis</sup> StGB strafrechtlich belangt werden?*

92 In casu könnte der objektive Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Satzteil 1 nStGB in Form der Diskriminierung erfüllt sein. Da vorliegend eine grundrechtliche Position des Betroffenen beeinträchtigt wird (in casu die Wirtschaftsfreiheit) dürfte das Tatbestandselement der Diskriminierung erfüllt sein, womit die Strafbarkeit der kündigenden Personen – zumal auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein dürfte und weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich sind – grundsätzlich gegeben wäre. Allerdings ist fraglich, ob vorliegend das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit gegeben ist, zumal die Kündigung mit entsprechender Begründung in einem von besonderem Vertrauen geprägten Umfeld ausgesprochen werden dürfte. Arbeitsrechtlich hingegen würde eine solche

Kündigung wohl als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR eingestuft und bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis läge eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV vor.

9. *Die Kirchen in der Schweiz sind unseres Wissens nach dem Prinzip des Vereinigungsrechts organisiert (Art. 60 ff. Zivilgesetzbuch ZGB). Ein Verein kann in seinen Statuten Ausschlussgründe vorsehen (Art. 72 ZGB). Ist der Ausschlussgrund, dass Angestellte nicht in einer homosexuellen Partnerschaft leben dürfen, diskriminierend nach Art 261bis StGB?*
- 93 Unabhängig von der Organisationsform gilt, dass derjenige, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung in einer gegen die Menschenwürde verstossende Weise herabsetzt oder diskriminiert, gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Satzteil 1 nStGB strafbar ist. Die Öffentlichkeit dürfte selbst bei privaten Vereinen dann gegeben sein, wenn nicht alle durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden sind (vgl. vorne, Rz. 19). Vorliegend würde wiederum die grundrechtliche Position des Betroffenen beeinträchtigt (in casu die Wirtschaftsfreiheit und wohl auch die Religionsfreiheit) und es dürfte demnach der objektive Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Satzteil 1 nStGB erfüllt sein.
10. *Wäre es im Falle eines Seelsorgers nochmals anders, da der Seelsorger die Werte einer Kirche unmittelbar vertritt? Wie z.B. würde der Fall von 2017 beurteilt, in dem das Bistum Basel eine Bewerbung eines homosexuellen Seelsorgers auf eine Stelle mit der Begründung ablehnte, dieser lebe in einer eingetragenen Partnerschaft?*
- 94 Ein gewichtiger Teil der Lehre geht davon aus, dass Arbeitsangebote grundsätzlich an die Allgemeinheit gerichtet sind und nicht mehr vom Schutz der Privatsphäre umfasst sind (vgl. vorne, Rz. 51; vgl. auch BBI 1992 III 269, S. 314). In casu dürfte wiederum eine negative Diskriminierung vorliegen, für deren Rechtfertigung kaum sachliche Gründe vorgebracht werden könnten.

11. *Wie steht es um einen katholischen Bischof, der einem Menschen mit homosexueller Ausrichtung die Aufnahme zur Priesterausbildung verweigert bzw. einem solchen Kandidaten die Priesterweihe nicht spendet?*

95 Bei diesem Fall geht es wiederum um die Frage, ob eine strafbare Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 nStGB sein könnte. Zuzugleich eines Teils der Lehre liegt in der Verweigerung einer Dienstleistung (Priesterausbildung und Priesterweihe) eine negative bzw. eine Diskriminierung im eigentlichen Sinn vor. Allenfalls liesse sich vorliegend für die Priesterweihe anhand der Kulturfreiheit, die ja auch kollektive religiöse Handlungen erfasst, argumentieren, dass die fraglichen Leistungen nicht auf dem „öffentlichen Markt“ angeboten werden und es sich demzufolge nicht um öffentlich angebotene Leistungen handelt. Der Erfolg einer solchen Argumentation ist jedoch ungewiss und weder der Lehre noch der Praxis lassen sich entsprechende Hinweise entnehmen (vgl. vorne, Rz. 73).

12. *Jean-Marie Lovey, der Bischof von Sion, bezeichnete 2015 in einem Zeitungsin-  
terview Homosexualität als eine „Schwäche der Natur“, die „geheilt werden  
kann“. Hätte in einem solchen Fall künftig eine Strafanzeige Aussicht auf Erfolg?*

a) *Würde es einen Unterschied machen, wenn ein Psychiater oder Psychologe  
(der nicht durch die Religionsfreiheit geschützt ist) solche Äusserungen ma-  
chen würde?*

96 Es fragt sich, ob der Bischof sich mit seiner Aussage künftig strafbar machen würde im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Satzteil 1 nStGB. Die Äusserungen oder Verhaltensweisen müssen zur Erfüllung von Abs. 4 1. Satzteil vom unbefangenen durchschnittlichen Dritten aufgrund der gesamten konkreten Umstände als diskriminierender bzw. herabsetzender Akt erkannt werden. Dabei gilt, dass auch Äusserungen herabsetzend sind, die die Minderwertigkeit einer Gruppe nur indirekt ausdrücken (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1286). Die Aussage, Homosexualität sei eine Schwäche der Natur, die geheilt werden könne, impliziert, dass Homosexualität eine Krankheit ist und damit alle Homosexuellen krank sind. Die Aussage könnte als Herabsetzung gewertet werden, wenn man argumentiert, dass Homosexuelle implizit als „Ausrutscher der Natur“ bezeichnet werden und ihnen ihre grundsätzliche Minderwertigkeit behauptet wird. Im Weiteren wurde auch in der Praxis schon entschieden, dass Aussagen herabsetzend sind,

die eine Gruppe in Verbindung mit bestimmten Krankheiten bringen (vgl. EKR 2004-4).

97 Im Übrigen könnte die Aussage des Bischofs in einem Zeitungsinterview auch als öffentliche Verbreitung einer Ideologie qualifiziert werden, die auf die systematische Herabsetzung der Angehörigen einer sexuellen Orientierung ausgerichtet ist (vgl. Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB; vgl. dazu vorne, Rz. 27 ff.).

98 a) Die Urheberschaft der Aussage spielt lediglich dann eine Rolle, wenn man aufgrund des religiösen Hintergrunds des Bischofs einen anderen Massstab bei der Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB anwenden wollte. Dies wäre mit Blick auf die Praxis bei der Meinungsfreiheit denkbar (vgl. vorne, Rz. 70 f.).

13. *Wäre die Mitteilung der Jungen SVP Wallis von 2009 zum Welttag gegen Homophobie künftig strafbar? (Das Bundesgericht sprach 2010 die Junge SVP frei)*

a) Welche Rolle würde in einem Urteil die bildliche Darstellung des Amöben-Vergleichs spielen?

b) Wirkt es entlastend, dass die Junge SVP ihre Kritik nur auf homosexuelles Verhalten bezieht, und nicht „die Homosexuellen“ als Menschengruppe angreift?

c) Dazu die allgemeine Frage: Wann gilt im Sinne des Strafrechts eine Äusserung als Angriff auf die Menschenwürde einer Person?

99 Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 193 („Kosovaren schlitzten Schweizer auf!“, E. 1 S. 198 f.) erwogen, dass Äusserungen im Rahmen politischer Auseinandersetzungen nicht strikt nach ihrem Wortlaut zu messen seien, da bei solchen Auseinandersetzungen Vereinfachungen und Übertreibungen üblich seien. Im Weiteren merkt es an „Bei der Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist der Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK, Art 19 UNO-Pakt II [...] Rechnung zu tragen. In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken [...]. Die Strafbestimmung betreffend die Rassendiskriminierung bezweckt unter anderem die angeborene Würde und Gleichheit aller Menschen zu schützen“. Diese Rechtsprechung dürfte auch mit der Erweiterung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB auf das Merkmal der sexuellen Orientierung weiterhin gelten. Die politischen Äusserungen in der Mitteilung sind relativ zurückhaltend

und behaupten nicht die grundsätzliche Minderwertigkeit der Homosexuellen. Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit wäre unseres Erachtens somit als unverhältnismässig zu taxieren. Demzufolge dürfte kein Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> nStGB erfüllt sein.

- a) Der Amöbenvergleich spielt insofern eine Rolle, als es in Verbindung mit dem Mitteilungstext zu einer Herabsetzung der Gruppe der homosexuellen Menschen führen kann (vgl. zur Berücksichtigung des gesamten Erscheinungsbildes auch EKR 2001-45). Massgebend ist jedenfalls der Sinn, welchen der unbefangene Durchschnittsleser der Mitteilung unter den gegebenen Umständen beilegt. In Verbindung mit der Graphik – so könnte argumentiert werden – wird beim durchschnittlichen Leser das Bild hervorgerufen, dass Homosexuelle im Vergleich zu Heterosexuellen grundsätzlich minderwertig sind. Damit könnten sowohl die objektiven Tatbestände von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 (und allenfalls Abs. 3) als auch von Abs. 4 1. Hälfte StGB erfüllt sein.
  - b) Das Tatbestandsmerkmal der Herabsetzung kann unseres Erachtens auch auf indirekte Art erfüllt werden, zumal die Menschengruppe der Homosexuellen auch hierdurch in ihrer Menschenwürde getroffen werden.
  - c) Eine Verletzung der Menschenwürde liegt dann vor, wenn einer einzelnen Person oder einer Personengruppe aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit die Gleichberechtigung als menschliches Wesen abgesprochen wird (vgl. vorne, Rz. 15).
14. *Darf öffentlich noch gesagt werden, dass homosexuelles Verhalten „menschens-unwürdig“ ist? Oder würde ein Richter keinen Unterscheid machen zur Aussage: „Homosexuelle sind keine Menschen“?*
- 100 Eine solche Aussage würde wohl den objektiven Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB erfüllen, weil damit der Menschengruppe der Homosexuellen gerade die Menschenwürde abgesprochen würde und dadurch das von Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützte Rechtsgut verletzt würde. Dass der Richter einen Unterschied machen würde zur Aussage „Homosexuelle sind keine Menschen“ ist somit unwahrscheinlich.



15. *Der französische Politiker Christian Vanneste hatte sich 2005 in den Medien dahingehend geäußert, dass homosexuelles Verhalten heterosexuellem Verhalten moralisch unterlegen sei. Vanneste kritisierte nur ein bestimmtes Verhalten, nicht die Menschengruppe der Homosexuellen. Dennoch verklagten ihn drei Lobbyverbände. Er wurde 2006 in erster Instanz zu einer Geldstrafe von 9'000 Euro „wegen öffentlicher Beleidigung einer Personengruppe aufgrund ihrer sexuellen Orientierung“ verurteilt. Die letzte Instanz hob das Urteil auf. Wie würden diese Äusserungen künftig in der Schweiz beurteilt?*

101 Auch in der Schweiz wird durch die Zuschreibung einzelner Verhaltensweisen und Eigenschaften die Menschenwürde in der Regel nicht verletzt (vgl. vorne, Rz. 44). Vorliegend besteht indes die Frage, ob „homosexuelles Verhalten“ als „einzelne Verhaltensweise“ dieser Gruppe verstanden werden kann. Dies dürfte kaum zutreffen. Vielmehr dürfte die Aussage künftig so ausgelegt werden, dass sie die prinzipielle Minderwertigkeit der Gruppe der Homosexuellen impliziert und damit als herabsetzend im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 oder 4 1. Hälfte StGB zu qualifizieren sind.

16. *Gegen die finnische Parlamentarierin Päivi Räsänen wird gegenwärtig ermittelt. Am 17. Juni 2019 hatte Räsänen ein Foto der Bibelstelle „Römer, 1, 24-27“ gepostet, in der gleichgeschlechtliche Beziehungen als „Verirrung“ und „widernatürlich“ bezeichnet werden. Zu dem Foto schrieb die Abgeordnete ein paar Zeilen und kritisierte darin die Ankündigung der Lutherischen Kirche Finnlands (ELCF), offizieller Partner des LGBTI-Events Helsinki Pride 2019 zu werden. Sie fragte: „Wie kann die doktrinale Grundlage der Kirche, die Bibel, vereinbar damit sein, Scham und Sünde als etwas emporzuheben, worauf man stolz ist?“ Wie ist dieser Fall auf Grundlage der erweiterten Diskriminierungsnorm Art. 261<sup>bis</sup> StGB zu beurteilen?*

102 Vorliegend vermögen die einzelnen Bibelzitate und zusammen mit den Fragen der Parlamentarierin beim Durchschnittsleser wohl nicht den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei der Gruppe der Homosexuellen um nicht gleichwertige Menschen handelt. Denn ob eine Ungleichberechtigung mit Bezug auf die Freiheit des Beziehungslebens bereits gegeben ist, wenn man sie als „Sünde“ bezeichnet, ist fraglich. Eine Strafbarkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte (und allenfalls auch Abs. 1) StGB ist daher eher zu verneinen. Abgesehen davon

spricht vorliegend gegen die Tatbestandsmässigkeit, dass es um eine kirchenpolitische Diskussion geht.

17. *Bischof Vitus Huonder hat 2015 in einem Vortrag mit dem Titel „Die Ehe – Geschenk, Sakrament und Auftrag“ in Fulda Textstellen aus dem Alten Testament, u.a. Lev. 20, 13, zitiert: „Schläft einer mit einem Mann, wie man mit einer Frau schläft, dann haben sie eine Gräueltat begangen; beide werden mit dem Tod bestraft; ihr Blut soll auf sie kommen. (...) Die beiden Stellen allein würden genügen, um der Frage der Homosexualität aus der Sicht des Glaubens die rechte Wende zu geben.“. Der Schweizer Verband Pink Cross hat daraufhin bei der Staatsanwaltschaft Graubünden Strafanzeige gegen Bischof Huonder gestellt und zur Begründung sinngemäss ausgeführt, dass das Zitieren von Hass und Gewalt legitimierenden Bibelworten aus einer Gesetzesordnung aus dem Alten Testament ohne nähere Auslegung nicht hinnehmbar sei. Ein solches Vorgehen säe Hass. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren ein. Eine gegen die Einstellung gerichtete Klage vor dem Kantonsgericht Graubünden wurde im Mai 2016 abgewiesen mit der Begründung, nach Würdigung des Gesamtkontextes sei in den Äußerungen Huonders „weder eine explizite noch eine implizite Aufforderung zur Tötung von Homosexuellen“ zu erkennen. Eine Inkaufnahme von Tötungen homosexueller Menschen durch Bischof Huonder zu unterstellen, sei „nicht nachvollziehbar“. Könnte Bischof Huonder aufgrund solcher Äusserungen künftig strafrechtlich belangt werden?*

- 103 Es ist nicht auszuschliessen, dass eine solche Äusserung unter der Geltung von Art. 261<sup>bis</sup> nStGB strafbar würde, zumal die Aussage des Bischofs unter Verwendung dieser einzelnen Bibelzitate beim Durchschnittsleser den Eindruck hinterlassen dürfte, die Gruppe der Homosexuellen seien unterwertige Wesen, denen nicht die gleichen Grundrechte, in casu das Recht auf Freiheit des Beziehungslebens (vgl. Art. 13 BV) wie anderen zukommen. In Frage kommt die Subsumtion unter Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 4 1. Hälfte StGB.

18. *Der österreichische Weihbischof Andreas Laun schrieb 2018 in einem Kommentar im Internet zur Frage, ob die Kirche gleichgeschlechtliche Paare segnen könne: „Die Antwort ist einfach: Den Segen Gottes kann man für Sünder, aber nicht für die Sünde erbitten. Also könnte man kein Bordell einweihen, kein KZ oder Waffen segnen, die nicht ausschliesslich zur Jagd oder zur legitimen Verteidigung bestimmt sind. Darum ist klar, man darf auch nicht eine Verbindung segnen, die sündhaft ist, nicht die Mafia, keinen Segen für Vereinigungen oder Einrichtungen geben, die Abtreibung fördern und durchführen oder glaubensfeindliche Ideologien verbreiten, antisemitische Inhalte und andere Formen rassenfeindlichen Denkens. Wenn man das auf die Waagschale legt weiss man: Man kann eine Verbindung zweier homosexueller Männer oder lesbischer Frauen nicht segnen.“ Wären solche Äusserungen in der Schweiz künftig strafbar?*

104 Ob eine solche Äusserung unter der Geltung von Art. 261<sup>bis</sup> nStGB in der Schweiz strafbar sein könnte, hängt davon vornehmlich davon ab, ob damit eine Herabsetzung der Gruppe der Homosexuellen verbunden ist. Vorliegend wird hervorgehoben, dass die Verbindung zweier homosexueller Männer oder lesbischer Frauen sündhaft sei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind herabsetzend und diskriminierend alle Verhaltensweisen, durch welche den Angehörigen einer Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer Rasse, Ethnie oder Religion die Gleichwertigkeit als menschliche Wesen oder die Gleichberechtigung in Bezug auf die Menschenrechte abgesprochen oder zumindest in Frage gestellt werden und sie als Menschen zweiter Klasse behandelt werden (vgl. BGE 143 IV 77 E. 2.3 S. 79; 140 IV 67 E. 2.1.1 S. 69). Ob eine Ungleichberechtigung mit Bezug auf die Freiheit des Beziehungslebens bereits gegeben ist, wenn man sie als „Sünde“ bezeichnet, ist fraglich.

19. *Der Zürcher SVP-Nationalrat Toni Bortoluzzi bezeichnete 2014 gegenüber dem „Beobachter“ Schwule und Lesben als „Fehlgeleitete“ mit „unnatürlichem Verhalten“. Toleranz dürfe nicht so weit gehen, dass man „unnatürliches Verhalten natürlichem Verhalten“ gleichstelle. Gleichgeschlechtliche Paare hätten „einen Hirnlappen, der verkehrt läuft“, sagte Bortoluzzi weiter. Wenn man „jeden Blödsinn zur Normalität erhebt“, werte man die Ehe als ideale Beziehungsform ab und gefährde die Stabilität der Gesellschaft. Welche dieser Äusserungen wären künftig strafbar?*

105 Die Äusserungen „Fehlgeleitete“ mit „unnatürlichem Verhalten“ enthalten stark negative Wertungen, doch wird den homosexuellen Menschen damit im Vergleich zu den heterosexuellen Menschen nicht grundsätzlich die gleichwertige Stellung abgesprochen. Auch die Wendung „jeden Blödsinn zur Normalität“ machen im Zusammenhang mit der Homosexualität dürfte lediglich als gewöhnliche Beleidigung und noch nicht als Herabsetzung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte qualifiziert werden. Hingegen könnte die Aussage „Hirnlappen, der verkehrt verläuft“ durchaus so eingestuft werden, als dass die gleichwertige Stellung den homosexuellen Menschen grundsätzlich abgesprochen wird. Aufgrund der politischen Dimension dürften die Aussagen jedoch keiner Strafbarkeit nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB unterliegen. In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken (vgl. vorne, Rz. 70; vgl. sodann zum Vergleich die Rechtsprechung zu den rassendiskriminierenden Beschimpfungen bei SCHLEIMINGER METTLER, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 56 f.).

20. *Wäre künftig die Äusserung strafbar: „Gleichgeschlechtliche Elternschaft ist schädlich für ein Kind, da jedes Kind für seine gesunde Entwicklung eines Vaters und einer Mutter bedarf“?*

106 Diese Äusserung – sollte sie denn auch öffentlich erfolgen – dürfte nicht unter Art. 261<sup>bis</sup> StGB fallen, insbesondere deshalb nicht, weil damit keine gleichwertige Position der Gruppe der Homosexuellen in Bezug auf die Grundrechte verletzt wird.

21. *Wäre künftig die Äusserung strafbar: „Die Einführung der Ehe für alle wäre ein gewaltiger Rückschritt in der Menschheitsgeschichte“?*

107 Es stellt sich die Frage, ob mit einer solchen Äusserung, wenn sie öffentlich erfolgen würde, die Gleichwertigkeit der Homosexuellen als menschliche Wesen oder ihre Gleichberechtigung in Bezug auf die Menschenrechte abgesprochen wird und sie als Menschen zweiter Klasse behandelt werden (vgl. vorne, Rz. 43). Vorliegend geht es um die legitime Meinungsäusserung zu einer politischen Frage, ob das Eheinstitut auch homosexuellen Paaren offen stehen sollte. Eine grundsätzliche Minderwertigkeit der homosexuellen Paare wird dadurch nicht zum Ausdruck gebracht.

22. *Dürfte künftig noch von der Kanzel gepredigt werden: „Homosexuelles Verhalten ist sündhaft und führt, wenn es nicht bereut wird, in die Hölle“?*

108 Die Bezeichnung von homosexuellem Verhalten als sündhaft bringt unseres Erachtens keine grundsätzliche Minderwertigkeit der Gruppenangehörigen der Homosexuellen als Menschen zum Ausdruck. Eine Verletzung des von Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützten Rechtsguts der Menschenwürde liegt somit nicht vor.

23. *Dürfte noch gesagt werden: „Aids ist eine Strafe Gottes für das Laster der Homosexualität“?*

109 Diese Aussage ist – sollte sie öffentlich erfolgen – insofern kritisch, als sie Aids als gerechte Strafe für die Homosexualität bezeichnet. Unseres Erachtens wird dadurch die gleichwertige Existenzberechtigung den homosexuellen Menschen abgesprochen. Es könnte damit eine Herabsetzung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB vorliegen.

24. *Dürfte noch gesagt werden: „Gott hasst die Homosexualität, aber er liebt die Homosexuellen“?*

110 Unseres Erachtens erfüllt diese Aussage keinen der Tatbestände in Art. 261<sup>bis</sup> StGB, da der Gruppe der Homosexuellen aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit die Gleichwertigkeit als menschliches Wesen nicht abgesprochen wird.

25. *Dürfte noch gesagt werden: „Die Gay Pride in Zürich ist ein dekadenter Anlass“?*

111 Die Bezeichnung des Anlasses „Gay Pride“ als dekadent impliziert weder eine Minderberechtigung noch die umfassende Minderwertigkeit der Gruppe homosexueller Menschen. Es liegt somit keine Herabsetzung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB vor.

26. *Dürfte noch gesagt werden: „Wir müssen unsere Jugend schützen vor dem Abgleiten in den Sumpf der Homosexualität“?*

112 Hier dürfte es auf den Zusammenhang ankommen, in welchem die Aussage gemacht wurde. Die Aussage vermag isoliert noch keine Herabsetzung der Gruppe der Homosexuellen darzustellen und damit weder Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 oder 4 1. Hälfte StGB zu erfüllen.

27. *Dürfte noch gesagt werden: „Es ist wissenschaftlich erwiesen, dass Homosexuelle sich häufiger an Minderjährigen vergreifen“, wenn die Aussage durch eine Studie belegt wird? Und ohne Studie?*

113 Wird diese Aussage öffentlich verbreitet und durch eine Studie belegt, liegt keine Strafbarkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> StGB vor. Wird die Aussage ohne belegende Studie gemacht, dürfte die systematische Verleumdung durch öffentliche Verbreitung von Ideologien nicht einschlägig sein, wenn man der Lehre folgt, die als auf systematische Verleumdung ausgerichtete Ideologien nur solche betrachtet, die ein ganzes Gedankengebäude darstellen. Eine Herabsetzung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 1. Hälfte StGB dürfte sodann ebenfalls nicht einschlägig sein, da die Aussage keine grundsätzliche Minderwertigkeit homosexueller Menschen zum Ausdruck bringt. Allenfalls ist der Tatbestand nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB einschlägig, falls eine Äusserung aus einer Kumulation zugeschriebener negativer Eigenschaften besteht.

28. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist in nicht wenigen Fällen das Ergebnis von sexuellem Missbrauch“, wenn eine Studie zitiert wird, die aussagt, dass Homosexuelle sehr viel häufiger angeben, in der Kindheit oder Jugend sexuell missbraucht worden zu sein? Und ohne Studie?*

114 Vgl. soeben, Rz. 113.

29. *Dürfte noch gesagt werden: „Die Rede vom sexuell treuen Homosexuellen ist ein Märchen“, wenn die Aussage mit einer Studie belegt wird, die sagt, dass sexuelle Treue in homosexuellen Partnerschaften kaum vorkommt? Und ohne Studie?*

115 Durch die Zuschreibung einzelner Verhaltensweisen und Eigenschaften einer Gruppe von Menschen wird die Menschenwürde der Gruppenangehörigen in der Regel nicht verletzt (vgl. vorne, Rz. 44), womit kein Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfüllt sein dürfte. Möglich wäre jedoch, dass die Kumulation zugeschriebener negativer Eigenschaften als Hetze im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB eingestuft wird.

30. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist pervers“?*

116 Der Ausdruck „pervers“ bedeutet gemäss Duden „abartig, abnorm, abseitig, anormal, krankhaft, unnatürlich, widernatürlich“ etc. Die Bezeichnung der Homosexualität als pervers enthält keine Behauptung des ungleichen Anspruchs auf die Menschenrechte. Es wird damit unseres Erachtens kein Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfüllt.

31. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist ein anthropologisches Manko“?*

117 Auch die Bezeichnung der Homosexualität als ein anthropologisches Manko enthält keine Behauptung des ungleichen Anspruchs auf die Menschenrechte. Es wird damit unseres Erachtens kein Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfüllt.

32. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist unnatürlich“?*

118 Vgl. vorne, Rz. 116.

33. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist dysfunktional“?*

119 Das Adjektiv dysfunktional bringt zum Ausdruck, dass etwas über unzureichende oder fehlende Funktionen verfügt. Eine grundsätzliche Minderwertigkeit wird mit dieser Aussage noch nicht zum Ausdruck gebracht und sie dürfte von einem unbefangenen Durchschnittsempfänger nicht als herabsetzender Akt erkannt werden. Eine Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 261<sup>bis</sup> StGB liegt unseres Erachtens nicht vor.

34. *Dürfte noch gesagt werden: „Homosexualität ist eine psychische Störung“?*
- 120 Die Aussage, Homosexualität sei eine psychische Störung, impliziert, dass Homosexualität eine Krankheit ist und damit alle Homosexuellen krank sind. Die Aussage könnte als Herabsetzung gewertet werden, zumal in der Praxis auch schon entschieden wurde, dass Aussagen herabsetzend sind, die eine Gruppe in Verbindung mit bestimmten Krankheiten bringen (vgl. EKR 2004-4).
35. *Dürfte noch gesagt werden: „Die Homo-Lobby ist ein Geschwür in der Gesellschaft“? (ohne Nennung einer konkreten Organisation)*
- 121 Bei dieser Aussage ist der Kontext, in welchem sie gemacht wird, bedeutend. Grundsätzlich sind auch Aussagen, welche die Minderwertigkeit einer Person oder einer Gruppe von Personen nur indirekt ausdrücken, so etwa die Bezeichnung als Schädlinge, Ungeziefer oder Brut für die Nachkommen der Betroffenen, herabsetzend (vgl. NIGGLI, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Rz. 1286). Obschon vorliegend lediglich von „Lobby“ der Homosexuellen die Sprache ist, dürfte diese Aussage beim Durchschnittsleser als Herabsetzung der Gruppe der Homosexuellen verstanden werden, womit Art. 261<sup>bis</sup> Abs.4 1. Hälfte StGB zur Anwendung gelangen dürfte.
36. *Wie verhielte es sich, wenn von „Pink Cross“ die Rede wäre?*
- 122 Auch hier ist der Kontext, in dem die Aussage gemacht wird, massgebend. Erfolgt sie im Rahmen der politischen Auseinandersetzung dürfte eine solche Aussage nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB sein.
37. *Wäre das Bewerben bzw. die Durchführung von Gebetsanlässen, bei denen um Befreiung für Homosexuelle gebetet wird, strafbar?*
- 123 Die potentiellen Strafbarkeit des Bewerbens von Gebetsanlässen, bei denen um die Befreiung für Homosexuelle gebetet wird, bestimmt sich nach Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB). Erfasst werden Propagandaaktionen, die darauf abzielen, zu Hass oder Diskriminierung aufzureizen oder Ideologien zu verbreiten, welche auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung gerichtet sind (vgl. vorne, Rz. 32). Der Zweck der Gebetsanlässe, für die „Befreiung“ von Homosexuellen



zu beten, könnte vom Durchschnittsleser so aufgefasst werden, dass Homosexuelle aufgrund ihrer sexuellen Orientierung krank sind. Eine Strafbarkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB ist demzufolge nicht auszuschliessen. Die Durchführung des Gebetsanlasses selber könnte gemäss Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 oder 4 1. Hälfte StGB strafbar sein. Zu bedenken gilt indes, dass eine grundrechtskonforme Auslegung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB gebieten könnte, die Kultusfreiheit von religiösen Gemeinschaften zu respektieren und damit in casu eine Herabsetzung und Verleumdung zu verneinen wäre (vgl. vorne, Rz. 73).

38. *Wäre das Bewerben von Hilfsangeboten (Beratung, Therapie) für veränderungswillige Homosexuelle strafbar?*

124 Vgl. soeben, Rz. 123.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner