



zu 13.407

Parlamentarische Initiative Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung

**Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
vom 3. Mai 2018**

Stellungnahme des Bundesrates

vom 15. August 2018

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Mai 2018¹ betreffend die parlamentarische Initiative 13.407 «Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung» nehmen wir nach Artikel 112 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes nachfolgend Stellung.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

15. August 2018

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Alain Berset

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

¹ BBl 2018 3773

Stellungnahme

1 Ausgangslage

1.1 Entstehungsgeschichte

Die parlamentarische Initiative 13.407 «Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung» wurde am 7. März 2013 von Nationalrat Mathias Reynard eingereicht. Sie schlägt vor, Artikel 261^{bis} des Strafgesetzbuchs (StGB)², der die Rassendiskriminierung unter Strafe stellt, um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung zu ergänzen.

An ihrer Sitzung vom 3. Februar 2017 entschied die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N), weiter zu gehen als die parlamentarische Initiative und neben der Ergänzung von Artikel 261^{bis} StGB mit dem Kriterium «sexuelle Orientierung» zusätzlich das Kriterium «Geschlechtsidentität» in die Bestimmung aufzunehmen. Am 11. Mai 2017 genehmigte sie den betreffenden Vorentwurf. Nach der Vernehmlassung, die vom 16. Juni bis zum 9. Oktober 2017 durchgeführt wurde, beschloss sie am 3. Mai 2018, einen dem Vorentwurf entsprechenden Entwurf an ihren Rat zu überweisen. Es wurden lediglich ein paar begriffliche Anpassungen im erläuternden Bericht vorgenommen.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2018 hat der Präsident der RK-N den Entwurf in Anwendung von Artikel 112 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002³ (ParlG) dem Bundesrat zur Stellungnahme bis am 17. August 2018 unterbreitet.

1.2 Vorschlag der Kommission

Die RK-N beantragt, Artikel 261^{bis} StGB sowie den entsprechenden Artikel 171c des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927⁴ (MStG) mit den Kriterien «sexuelle Orientierung» und «Geschlechtsidentität» zu ergänzen. Sie will damit den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen auf die Hasskriminalität und die Diskriminierungen wegen Hetero-, Homo- und Bisexualität sowie wegen Transidentität und Intergeschlechtlichkeit erweitern. Sie ist der Meinung, dass diese Menschen oft Opfer derselben Hasskriminalität und derselben Diskriminierungen sind. Sie stellt im Übrigen fest, dass die meisten ausländischen Rechtsordnungen die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität bestrafen. Schliesslich weist sie darauf hin, dass der Schweiz in verschiedenen Empfehlungen internationaler Gremien nahegelegt wird, Artikel 261^{bis} StGB um diese beiden Kriterien zu ergänzen.

² SR 311.0

³ SR 171.10

⁴ SR 321.0

Eine Minderheit der RK-N beantragt, auf den Entwurf nicht einzutreten. Sie ist der Ansicht, das Vorhaben gehe zu weit und löse auch nicht das Problem der Diskriminierung. In ihren Augen stellt eine solche Bestimmung ausserdem eine Gefahr für die Meinungsfreiheit dar. Schliesslich weist sie auf die Auslegungsprobleme rund um die beiden neuen Kriterien hin.

1.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Eine klare Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer hat sich für den Vorentwurf ausgesprochen, darunter vier politische Parteien (BDP, GPS, SP und GLP) und mit Ausnahme eines Kantons sämtliche Kantone, die Stellung genommen haben. Viele Teilnehmer forderten sogar, die Liste der Diskriminierungskriterien zu erweitern. Einige wiesen hingegen auf Auslegungsprobleme in Verbindung mit den beiden neuen Kriterien hin oder relativierten die präventive Wirkung der vorgeschlagenen Norm.

Abgelehnt wird die Vorlage unter anderem von zwei politischen Parteien (FDP und SVP) und einem Kanton (SZ). Als Hauptargumente werden die fehlende Notwendigkeit der neuen Strafnorm angeführt, die Umsetzungsschwierigkeiten, die Verletzung der Meinungs- und Informationsfreiheit sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit oder auch die Unangemessenheit der neuen Kriterien als Gründe für Diskriminierung.

Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sind Gegenstand eines Berichts.⁵

2 Stellungnahme des Bundesrates

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die Artikel 261^{bis} StGB und 171c MStG sind am 1. Januar 1995 in Kraft getreten. Hintergrund der Verabschiedung dieser Artikel war der Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen vom 21. Dezember 1965⁶ zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Auf die Aufnahme anderer Kriterien, wie «das Geschlecht, die sexuelle Ausrichtung, die Weltanschauung» wurde bewusst verzichtet. Zur Begründung wurde festgehalten, dass dies einerseits den Rahmen der Gesetzesrevision sprengen würde und es sich andererseits in erster Linie um eine Bestimmung zur Umsetzung des Übereinkommens im nationalen Recht handle.⁷ In den parlamentarischen Beratungen wurde der Entwurf des Bundesrates allerdings um das Verbot der Leugnung, gröblichen Verharmlosung oder Rechtfertigung eines Völkermords oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit erweitert (Art. 261^{bis} vierter Absatz *in fine* StGB und Art. 171c Abs. 1 vierter Absatz *in fine* MStG).

⁵ www.admin.ch > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2017 > PK

⁶ SR **0.104**

⁷ Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision; BBI **1992** III 269, hier 311.

Seither ist die Schweiz keine weitere internationale Verpflichtung eingegangen, auf deren Grundlage sie zur Gesetzgebung im Sinne des Entwurfs gezwungen wäre. Wie im Bericht der RK-N erwähnt, wird sie lediglich durch zahlreiche, aber nicht zwingende Empfehlungen dazu angeregt. Die letzten Empfehlungen wurden am 9. November 2017 im Rahmen der dritten Allgemeinen regelmässigen Überprüfung durch den UNO-Menschenrechtsrat ausgesprochen.⁸

Die Aufgabe des Strafrechts liegt darin, den Bürgerinnen und Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben zu sichern, unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte. Mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sollte der Gesetzgeber das Strafrecht jedoch möglichst nur als *Ultima Ratio* einsetzen. Das heisst, dass er die Verletzung von Rechtsgütern nur dann mit Strafe bedrohen sollte, wenn die Sanktionsmöglichkeiten des Zivil- und des Verwaltungsrechts nicht ausreichen, um den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Das Strafrecht soll nicht jedes moralisch vorwerfbare Verhalten lückenlos erfassen, sondern lediglich einzelne, vom Gesetzgeber als besonders sozialschädlich erachtete Verhaltensweisen unter Strafe stellen.

Im vorliegenden Fall schützen die Artikel 28 ff. des Zivilgesetzbuchs (ZGB)⁹ vor Persönlichkeitsverletzungen. Wird eine Person wegen ihrer sexuellen Orientierung oder wegen ihrer Geschlechtsidentität in ihrer Persönlichkeit verletzt, kann sie dem Gericht beantragen, die Verletzung zu verbieten, zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.¹⁰ Sie kann auch das Recht auf Gegendarstellung beanspruchen, sofern die Verletzung durch die Medien begangen wurde.¹¹ Dazu kommen mehrere Bestimmungen des geltenden Strafrechts, die bei Hassreden und -taten gegenüber homosexuellen, bisexuellen, transidenten oder intergeschlechtlichen Menschen anwendbar sein können, ohne dass die geahndeten Handlungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität stünden. Zu nennen ist namentlich Artikel 177 StGB, nach welchem bestraft wird, wer jemanden durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten (z. B. durch abschätzige Äusserungen in Bezug auf die sexuelle Orientierung) in seiner Ehre angreift. Weiter relevant sind Artikel 173 StGB zur üblen Nachrede, Artikel 174 StGB zur Verleumdung, Artikel 180 StGB zur Drohung, Artikel 198 StGB zur sexuellen Belästigung oder die Artikel 122 ff. StGB zur Körperverletzung. Daraus geht hervor, dass zahlreiche Handlungen, die von der Vorlage der RK-N erfasst werden, gestützt auf das geltende Recht bereits geahndet werden können. Dabei ist zu präzisieren, dass das Strafgericht zur Anordnung einer angemessenen Strafe das Tatmotiv des Hasses berücksichtigen muss (Art. 47 StGB). Der Bedarf an einer Gesetzgebung im Sinne des Entwurfs ist jedenfalls nicht offensichtlich. Es trifft jedoch zu, dass die Artikel 173 ff. StGB zu den Ehrverletzungsdelikten die persönliche Ehre einer einzelnen Person bzw. einer bestimmten, konkreten Personengruppe schützen. Die ehrverletzende Äusserung muss sich somit auf einzelne, konkrete Personen beziehen. Eine Äusserung, die gegen ein Kollektiv gerichtet ist,

⁸ Für weitere Ausführungen und die Links auf die entsprechenden Unterlagen, siehe www.eda.admin.ch > Aussenpolitik > Internationale Organisationen > Vereinte Nationen > Die UNO und die Menschenrechte > Allgemeine regelmässige Überprüfung.

⁹ SR 210

¹⁰ Art. 28a ZGB

¹¹ Art. 28g ZGB

kann nur dann die Ehre der einzelnen Mitglieder dieses Kollektivs verletzen, wenn die Personengruppe, die angegriffen wird, so klein ist, dass die Behauptung auch auf einzelne Mitglieder dieser Gruppe bezogen werden können. Bei herabwürdigenden und diskriminierenden Äusserungen gegen eine grosse Gruppe als Ganzes sind die geltenden Strafbestimmungen der Ehrverletzungsdelikte somit nicht anwendbar.¹² In diesem Punkt geht der Entwurf der RK-N demnach weiter als das geltende Recht, da er auch Äusserungen erfasst, mit denen eine Personengruppe aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität angegriffen wird.

Umsetzung

Gemäss dem Entwurf der RK-N sollen die Artikel 261^{bis} StGB und 171c MStG durch zwei neue Kriterien ergänzt werden. An den strafbaren Handlungen wird nichts geändert. Deren Tatbestandsmerkmale werden somit wie nach geltendem Recht und von der Rechtsprechung präzisiert definiert.

Die neuen Kriterien könnten zu zusätzlichen Auslegungsschwierigkeiten führen, da die beiden Begriffe relativ unbestimmt und im Schweizer Recht unbekannt sind.

Wie im Bericht der RK-N jedoch hervorgehoben wird, wird die Schweiz in zahlreichen Empfehlungen aufgefordert, Diskriminierungen aufgrund der beiden Kriterien des Entwurfs strafrechtlich zu ahnden. Diese oder ähnliche Kriterien sind ausserdem bereits in die Rechtsordnungen verschiedener ausländischer Staaten aufgenommen worden. Es existieren folglich Begriffsbestimmungen, über die ein Konsens besteht. Sie sind im erläuternden Bericht dargelegt und können von den Strafgerichten beigezogen werden.¹³

Die sexuelle Orientierung, als Anziehung zu einer anderen Person in Bezug auf das biologische Geschlecht verstanden, definiert die Hetero-, Homo- und Bisexualität. Dieser Begriff kann so ausreichend umrissen werden. Der Begriff der Geschlechtsidentität hingegen ist viel unklarer, da er einem individuellen und zutiefst privaten Gefühl entspringt, das unabhängig vom biologischen Geschlecht, dem Zivilstand und der sexuellen Orientierung besteht. Es gibt keine klare Grenze für ihren Umfang, was zu einer extensiven Auslegung führen und sich als problematisch in Hinblick auf die Vorhersehbarkeit des Strafrechts herausstellen könnte.

Dazu kommt, dass die Anwendung der neuen Kriterien mit Beweisschwierigkeiten verbunden sein wird. Wenn es darum geht, das die Diskriminierung begründende Motiv festzustellen, bestehen solche Schwierigkeiten jedoch bereits nach dem geltenden Recht und in Bezug auf zahlreiche Straftaten, insbesondere auf jene zum Schutz der Ehre und der Freiheit.

Abschliessende Einschätzung

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen kommt der Bundesrat zum Schluss, dass das geltende Recht weitgehenden Schutz vor Hassreden und -taten sowie Diskriminierungen gegenüber bestimmte Personen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität gewährt. Vor diesem Hintergrund ist ein weiterer

¹² Für ein Beispiel zu den Homosexuellen allgemein siehe das Urteil 6B_361/2010 des Bundesgerichts vom 1. Nov. 2010.

¹³ Siehe Ziff. 2.2 des Berichts der RK-N vom 3. Mai 2018.

Ausbau nicht vordringlich. Es sollte auf jeden Fall darauf verzichtet werden, die Artikel 261^{bis} StGB und 171c MStG um ein unbestimmtes Kriterium, dessen Tragweite nicht ausreichend voraussehbar ist, zu ergänzen. Wenn sich die Vorlage auf das Hinzufügen des Kriteriums der sexuellen Orientierung beschränken würde, so wie es die Initiative vorschlägt, würde der Anforderung an die Bestimmtheit einer strafrechtlichen Norm besser Rechnung getragen und es ergäben sich weniger Schwierigkeiten bei der Umsetzung.

3 Anträge des Bundesrates

Der Bundesrat hat den von der RK-N unterbreiteten Entwurf zur Kenntnis genommen. Im Lichte der Darlegungen unter Ziffer 2 hievore schlägt er vor, sich in der Vorlage auf das Hinzufügen des Kriteriums der sexuellen Orientierung zu beschränken, so wie es die Initiative vorgesehen hat, und auf das Kriterium der Geschlechtsidentität zu verzichten:

1. Strafgesetzbuch

Art. 261^{bis}

Diskriminierung
und Aufruf zu
Hass

Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung ~~oder Geschlechtsidentität~~ 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 ~~oder Geschlechtsidentität~~ 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 ~~oder Geschlechtsidentität~~ verweigert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2. Militärstrafgesetz

Art. 171c, Abs. 1

Diskriminierung
und Aufruf zu
Hass

Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion, oder sexuellen Orientierung ~~oder Geschlechtsidentität~~ 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 ~~oder Geschlechtsidentität~~ 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 ~~oder Geschlechtsidentität~~ verweigert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

