



Bericht und Vorentwurf über die Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes

betreffend

Rassistische Symbole

Juni 2009

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Vorgeschichte	3
2.1	Rechtsextreme Aktivitäten	3
2.2	2000: Arbeitsgruppe "Rechtsextremismus"	3
2.3	Beschlüsse des Bundesrats von Anfang Oktober 2000	4
2.4	2001: Arbeitsgruppe "Koordination und Umsetzung von Massnahmen im Bereich des Rechtsextremismus" (AG REX)	4
2.5	Beschlüsse des Bundesrats vom Juni 2002	5
2.6	Vernehmlassungsverfahren von 2003 zu einem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda.....	6
2.7	Motion 04.3224 vom 29. April 2004 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats betreffend Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen, als Straftatbestand	8
2.8	Die Beschlüsse des Bundesrats vom Dezember 2004.....	9
2.9	2005 – 2007 Prüfung einer Gesamtvorlage zur Änderung von Artikel 261 ^{bis} StGB einerseits und zur Strafbarkeit der Verwendung rassistischer Symbole anderseits	9
3	Grundsatzfragen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Motion.....	10
3.1	Heutige Rechtslage	10
3.1.1	StGB	10
3.1.2	BWIS.....	12
3.2	Künftige Regelungsmöglichkeiten	12
3.2.1	Präventive Regelung im BWIS	12
3.2.2	Im kantonalen Polizeirecht.....	13
3.2.3	Repressive Regelung: StGB.....	13
3.2.3.1	Bestimmtheitsgebot	14
3.2.3.2	Meinungsäusserungsfreiheit.....	15
3.2.3.3	Handlungsbedarf	16
4	Regelungen im Ausland.....	18
5	Schlussfolgerung	21
6	Strafnorm betreffend die öffentliche Verwendung rassistischer Symbole	22
6.1	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	22
6.2	Systematische Einordnung	22
6.3	Was sind rassistische Symbole, Abwandlungen davon oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten?	22
6.4	Öffentliches Verwenden oder Verbreiten rassistischer Symbole, Abwandlungen davon oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten (Ziff. 1 Abs. 1).....	24
6.5	Herstellung, Lagern, Ein-, Durch- oder Ausfuhr zur öffentlichen Verwendung oder Verbreitung von rassistischen Symbolen, Abwandlungen davon oder Gegenständen, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten (Ziff. 1 Abs. 2)	25
6.6	Strafdrohung (Ziff. 1 Abs. 3)	25
6.7	Einziehung der Gegenstände (Ziff. 2).....	26
6.8	Schutzwürdige kulturelle oder wissenschaftliche Zwecke (Ziff. 3).....	26
7	Militärstrafgesetz (MStG).....	27
7.1	Vorgeschlagener Gesetzestext.....	27
7.2	Erläuterungen zu Artikel 171d VE-MStG	27

1 Einleitung

Der Bundesrat unterbreitet Ihnen einen Vorentwurf zur Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs bzw. des Militärstrafgesetzes mit neuen Bestimmungen, welche die öffentliche Verwendung, Verbreitung, Herstellung, Lagerung sowie Ein- und Ausfuhr von rassistischen Symbolen unter Strafe stellen sollen. Wie im Folgenden erläutert wird, hat die Vorlage eine lange, vielschichtige und nicht immer geradlinige Vorgeschichte. Dazu gehört namentlich die Motion 04.3224 vom 29. April 2004 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N), die den Bundesrat beauftragt, die öffentliche Verwendung von Symbolen – welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen – unter Strafe zu stellen. Aus den im Folgenden dargelegten Gründen erweist sich eine wortwörtliche Umsetzung der besagten Motion als schwierig. Um den Auftrag der Motion aber zumindest teilweise zu erfüllen, schlägt der Bundesrat eine Strafnorm vor, die sich auf die öffentliche Verwendung und Verbreitung rassistischer Symbole beschränkt und auf den Bezug dieser Symbole zu einer bestimmten Bewegung verzichtet. Der Bundesrat hat auch eine bundesrechtliche präventive Regelung geprüft. Solch präventive Massnahmen beschlagen indessen das Polizeirecht, welches aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung in die Zuständigkeit der Kantone fällt. Eine Regelung auf Bundesebene ist daher abzulehnen. Aus all diesen Gründen und um eine differenzierte politische Willensbildung zu gewährleisten, lädt der Bundesrat die Kantone, die Bundesgerichte, die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien und alle interessierten Organisationen, noch einmal zur Stellungnahme ein, nachdem bereits 2003 ein Vernehmlassungsverfahren zu einer ähnlichen Vorlage durchgeführt wurde.

2 Vorgeschichte

2.1 Rechtsextreme Aktivitäten¹

Zu Beginn der 1990er-Jahre ereigneten sich verschiedene Vorfälle mit Exponenten der rechtsextremen Szene. Sie gingen einher mit der Verbreitung rassistischer oder gewaltpropagierender Ideologien, verbunden mit einem erheblichen Anstieg des Handels mit entsprechenden Büchern, Videos, CDs und Symbolen wie Fahnen oder Emblemen. Besonderes Aufsehen erregte der Vorfall am 1. August 2000 auf dem Rütli, bei dem gegen 100 Rechtsextreme eine Rede von Bundesrat Villiger störten.

2.2 2000: Arbeitsgruppe “Rechtsextremismus“

Die geschilderten Ereignisse veranlassten die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) im Sommer 2000, der damaligen Bundespolizei den Auftrag zu erteilen, die Lage zu analysieren, die Schwachstellen aufzudecken und entsprechende Massnahmen zur Entschärfung des Problems vorzuschlagen. Zur Erfüllung dieses Auftrags wurde die Arbeitsgruppe “Rechtsextremismus“² ins Leben gerufen. Deren Bericht vom Sep-

¹ Vgl. in diesem Bereich auch: MARCEL ALEXANDER NIGGLI (Hrsg.), Right-wing Extremism in Switzerland, National and international Perspectives, Baden-Baden 2009. Diese Publikation vereint verschiedene Forschungsprojekte im Rahmen des nationalen Forschungsprogramms „Rechtsextremismus – Ursachen und Gegenmassnahmen“ (NFP 40+). Das NFP 40+ wurde in Erfüllung des Bundesrats-Auftrags an das eidgenössische Departement des Innern (EDI) durchgeführt (vgl. dazu die Beschlüsse des Bundesrats in Ziff. 2.3 des Berichts). Für eine kurze Zusammenfassung siehe <http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/medienmitteilungen/MK_240209/mm_09feb24_zfbuch_d.pdf>.

² Sie setzte sich unter der Leitung von Urs von Däniken, Chef der damaligen Bundespolizei, aus Vertretern der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS), der Kantonspolizeien Thurgau und Bern, sowie verschiedener Bundesstellen (Bundesamt für Polizei [fed-pol]; Bundesamt für Justiz [BJ]; Eidgenössische Zollverwaltung [EZV]; Zentrales Kommando Grenzwachtkorps [GWK]; Direktion für Völkerrecht [DV]; Eidgenössische Kommission gegen Ras-

tember 2000³ enthielt eine detaillierte Schwachstellenanalyse und verschiedene Empfehlungen in den Bereichen Prävention, Repression, Koordination, Information usw. Als repressive Massnahmen empfahl die Arbeitsgruppe unter anderem die Vornahme rechtsextremistischer Gesten und den Gebrauch von rechtsextremistischen Insignien oder Emblemen in der Öffentlichkeit mit einem Übertretungstatbestand (evtl. mit einem neuen Art. 261^{ter} VE-StGB) zu verbieten.

2.3 Beschlüsse des Bundesrats von Anfang Oktober 2000

Der Bundesrat nahm am 2. Oktober 2000 vom Bericht der Arbeitsgruppe "Rechtsextremismus" Kenntnis und erteilte den betroffenen Departementen folgende Aufträge:

- Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) wurde beauftragt, den Forschungsbedarf zu Fragen des Rassismus und Rechtsextremismus sowie allfällige Möglichkeiten zur Auftragserteilung abzuklären und gegebenenfalls vorzuschlagen sowie dem Bundesrat ein Konzept zur Umsetzung der gesellschafts- und bildungspolitischen Empfehlungen zu unterbreiten.
- Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) wurde beauftragt, alle Möglichkeiten zur internationalen Bekämpfung des Gewaltextremismus zu unterstützen und insbesondere die Thematisierung von "Rassismus/Rechtsextremismus und Internet" in geeigneten Gremien zu fördern.
- Das EJPD wurde beauftragt, die präventiven Massnahmen zusammen mit den Kantonen und ausländischen Behörden intensiv weiterzuführen, die Gesetzgebung zu überprüfen und allenfalls konkrete Vorschläge im Sinne der Empfehlungen der Arbeitsgruppe "Rechtsextremismus" zu unterbreiten. Dies in den Bereichen des StGB (Gesten, Symbole und Propagandamaterial), des internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Aufhebung des schweizerischen Vorbehalts zu Art. 4), des Bundesgesetzes vom 21. März 1997⁴ über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) und des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000⁵ betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF).

Das EJPD wurde mit der Koordination der Umsetzung der Massnahmen und einem Rechenschaftsbericht an den Bundesrat innert Jahresfrist beauftragt. Die Aktualität der Thematik wurde durch weitere parlamentarische Vorstösse unterstrichen⁶.

2.4 2001: Arbeitsgruppe "Koordination und Umsetzung von Massnahmen im Bereich des Rechtsextremismus" (AG REX)

Für die Umsetzung des Koordinationsauftrags beauftragte das EJPD am 17. Januar 2001 eine neue Arbeitsgruppe (AG REX). Sie setzte sich mehrheitlich aus den Mitgliedern der

sismus [EKR]) zusammen. Professor Marcel Alexander Niggli von der Universität Freiburg i.Ü. nahm als externer Experte teil.

³ Bericht der Arbeitsgruppe Rechtsextremismus abrufbar unter: http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/extremismus_rassismus.Par.0004.File.tmp/bericht-d-ag-rex-d-01-s.pdf.

⁴ SR 120.

⁵ SR 780.1.

⁶ Interpellationen Grüne Fraktion (00.3426), Rechtsextremismus; Sozialdemokratische Fraktion (00.3429), Rechtsextremismus; Christlich-demokratische Fraktion (00.3432), Massnahmen gegen Rechtsradikalismus.

früheren Arbeitsgruppe "Rechtsextremismus"⁷ zusammen, wurde aber durch Vertreter der Kantone aus dem Justiz-, Polizei- und Erziehungsbereich ergänzt⁸.

In ihrem Bericht vom Oktober 2001⁹ stellte die AG REX fest, dass alle Aufträge des Bundesrats gemäss Beschluss vom 2. Oktober 2000 von den betroffenen Departementen bearbeitet und mehrheitlich auch erfolgreich umgesetzt wurden.

Nebst dieser Feststellung und zahlreichen Anträgen in den verschiedenen Bereichen der polizeilichen Prävention, Koordination, Information, Forschung und Gesellschaft, beantragte die AG REX im Bereich der Repression unter anderem, das StGB mit zwei neuen Straftatbeständen zu ergänzen. Der von der AG REX ausformulierte Artikel 261^{ter} VE-StGB betraf die "Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung"¹⁰, der Artikel 261^{quater} VE-StGB die "Rassendiskriminierende Vereinigung"¹¹. Gleichzeitig empfahl die AG REX den Deliktskatalog des BÜPF zu ergänzen. Ferner empfahl sie, den Leitfaden¹² zur polizeilichen und richterlichen Anwendung von Artikel 261^{bis} StGB durch den Dienst für Analyse und Prävention (DAP) im Bundesamt für Polizei (fedpol) revidieren zu lassen¹³.

2.5 Beschlüsse des Bundesrats vom Juni 2002

Am 27. März 2002 nahm der Bundesrat vom Bericht der AG REX Kenntnis und beauftragte das EJPD, dem Bundesrat einen Antrag für das weitere Vorgehen zur Umsetzung der konkreten Vorschläge zu unterbreiten. Am 18. und 26. Juni 2002 beriet der Bundesrat über den

⁷ Vgl. Fussnote 2.

⁸ Die AG REX setzte sich unter dem Vorsitz von Urs von Däniken, Chef des Dienstes für Analyse und Prävention (DAP), vom damaligen Bundesamt für Polizeiwesen (fedpol) aus Vertretern der schweizerischen Koordinationsstelle für Verbrechensprävention und dem Sekretär der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), der Kantonspolizeien TG und Bern, einem Vorstandsmitglied der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS), der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) sowie der folgenden Bundesstellen (Fachstelle für Rassismusbekämpfung, EDI; BJ; Generalsekretariat EJPD; DV) zusammen.

⁹ Bericht der Arbeitsgruppe "Koordination und Umsetzung von Massnahmen im Bereich des Rechtsextremismus" an den Bundesrat vom Oktober 2001, abrufbar unter: http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis/extremismusbericht.Par.0007.File.tmp/020327a_ber_01-d.pdf.

¹⁰ "Artikel 261^{ter} VE-StGB (Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung)
1. Wer öffentlich Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung, wie namentlich Fahnen, Abzeichen, Insignien oder Embleme, anpreist, ausstellt, anbietet, trägt, zeigt, überlässt oder sonst wie zugänglich macht,
wer Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung oder Gegenstände mit derartigen Kennzeichen zur Verbreitung oder Verwendung im Sinne von Absatz 1 herstellt, einführt, lagert oder in Verkehr bringt,
wer öffentlich Parolen, Gesten oder Grussformeln mit rassendiskriminierender Bedeutung verwendet,
wird mit Haft oder mit Busse bestraft.
2. Die Gegenstände werden eingezogen.
3. Die Ziffern 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn die Verwendung der Kennzeichen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Zwecken dient."

¹¹ "Artikel 261^{quater} VE-StGB (Rassendiskriminierende Vereinigung)
Wer eine Vereinigung gründet, die bezweckt oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, Handlungen vorzunehmen, die gemäss Artikel 261^{bis} mit Strafe bedroht sind,
wer einer solchen Vereinigung beitrifft,
wer zur Bildung solcher Vereinigungen auffordert,
wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft."

¹² Im Interesse der Anwendung und Durchsetzung des geltenden Rassismuskartikels erstellte der DAP einen Leitfaden mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zuhanden der zuständigen Behörden.

¹³ Diese Empfehlung war das Ergebnis einer Umfrage vom 24. August 2000 bei den Polizeikommandanten sämtlicher Kantone, der Städte Zürich und Bern sowie der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt.

Vorschlag des EJPD und beschloss, die anstehenden Rechtsetzungsvorhaben thematisch in zwei Pakete aufzuteilen:

- Ein erstes Paket sollte die von der AG REX vorgeschlagenen Rechtsetzungsarbeiten in den Bereichen Rassismus/Hooliganismus/Gewaltpropaganda umfassen. Im Vordergrund standen Änderungen des BWIS, des StGB und des BÜPF. Für dieses erste Paket sollte eine Vernehmlassungsvorlage erarbeitet und dem Bundesrat 2003 eine Botschaft unterbreitet werden.
- Das zweite Paket sollte die Überprüfung des BWIS betreffend Massnahmen im Bereich Extremismus/Terrorismus umfassen.

2.6 Vernehmlassungsverfahren von 2003 zu einem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda

Am 12. Februar 2003 nahm der Bundesrat das Resultat des ersten Pakets betreffend "Bundesgesetz über Massnahmen gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda" zur Kenntnis und beauftragte das EJPD bei den eidgenössischen Gerichten, den Kantonen, den politischen Parteien und interessierten Organisationen ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Ziel und Zweck der Vorlage war die Schaffung der notwendigen Rechtsgrundlagen für eine stärkere Bekämpfung des Rassismus, des Hooliganismus und der Gewalt sowie der entsprechenden Propaganda. Die Vernehmlassungsvorlage¹⁴ sah dafür drei Gesetzesrevisionen vor: Im BWIS sollte die Sicherstellung, Beschlagnahme und Einziehung von rassendiskriminierendem oder zu Gewalt aufrufendem Propagandamaterial geregelt werden. Gleichzeitig enthielt das BWIS die im Hinblick auf die Austragung der EURO 2008 in der Schweiz und Österreich erforderliche Rechtsgrundlage für die Schaffung eines nationalen Hooligan-Informationssystems. Im StGB wurden zwei neue Straftatbestände vorgeschlagen: Artikel 261^{ter} VE-StGB betreffend "Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung" und Artikel 261^{quater} VE-StGB betreffend die "Rassendiskriminierende Vereinigung". Schliesslich sollten im BÜPF die rassendiskriminierenden Delikte in den Katalog der überwachenfähigen Delikte aufgenommen werden, um damit den Strafuntersuchungsbehörden auch bei diesen Delikten eine Überwachung zu ermöglichen. Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis zum 31. Mai 2003.

Insgesamt äusserten sich 79 Vernehmlassungsteilnehmer¹⁵. Die Stellungnahmen wurden ausgewertet und in einem Bericht vom November 2004¹⁶ folgendermassen zusammengefasst:

Die Vernehmlassungsvorlage wurde grossmehrheitlich, namentlich von zweiundzwanzig Kantonen, grundsätzlich begrüsst. Der Vorentwurf wurde von drei politischen Parteien¹⁷, dem Kanton AI sowie fünf interessierten Organisationen¹⁸ in seiner Gesamtheit abgelehnt.

¹⁴ Vernehmlassungsvorlage abrufbar unter:
<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0016.File.tmp/030212c_berd.pdf> und
<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0017.File.tmp/030212c_gesd.pdf>.

¹⁵ Stellung genommen haben: Bundesgericht; 9 politische Parteien; 25 Kantone; 8 kantonale Polizeikommandos; Konferenz der städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren (KSPD); Verband schweizerischer Polizei-Beamter (VSPB); Konsultative Sicherheitskommission (KSK); 28 interessierte Organisationen und 2 Privatpersonen.

¹⁶ Vernehmlassungsbericht abrufbar unter:
<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/57/Ergebnisse_d.pdf>.

¹⁷ SVP; GPS; SD.

Der vorgeschlagene Artikel 261^{quater} VE-StGB betreffend die rassendiskriminierenden Vereinigungen wurde nur zum Teil befürwortet. Die Kantone BE, ZG, AI, fünf politische Parteien¹⁹ und zwei Organisationen²⁰ lehnten diese vorgeschlagene Norm strikt ab. Die Norm wurde als nicht durchsetzbar beurteilt, zudem verstosse sie gegen das Bestimmtheitsgebot und laufe auf ein Vereinsverbot hinaus.

Die im vorliegenden Zusammenhang interessierende neue Strafnorm betreffend die strafrechtliche Erfassung von "Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung" (Art. 261^{ter} VE-StGB) wurde von vier Parteien²¹, zwanzig Kantonen²² sowie den Polizeikommandos ZH, NE und AG und vier weiteren Vernehmlassungsteilnehmern²³ ausdrücklich begrüsst.

Abgelehnt wurde sie von den Kantonen AI und ZG, drei politischen Parteien²⁴ und drei interessierten Organisationen²⁵ mit der Begründung, Artikel 261^{bis} StGB reiche aus. Es handle sich lediglich um blosses "Deklarationsstrafrecht". Obwohl als Offizialdelikt ausgestaltet, werde die Norm weit gehend unbeachtet bleiben, da die Strafverfolgungsbehörden nur auf Anzeige hin tätig würden.

Einige Vernehmlasser²⁶ waren der Ansicht, dass sich die neue Strafnorm auch gegen Kennzeichen anderer Organisationen (Terrorgruppen) richten sollte. Vorgeschlagen wurde deshalb eine Ausweitung des Straftatbestands auf Kennzeichen mit gewaltverherrlichendem Charakter. Das Centre Patronal hielt es für unlogisch, nicht auch Hammer und Sichel zu pönalisieren. Es sollten alle Kennzeichen erfasst werden, die an Gewalt appellieren.

SP und FDP, sechs Kantone²⁷, die Polizeikommandos ZH und UR sowie drei Vernehmlassungsteilnehmer²⁸ befürchteten bei der Anwendung der neuen Norm Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten.

Die Kantone SH, GR und TG beantragten, dass die Norm nicht als Übertretung, sondern als Vergehen ausgestaltet werde.

Die schweizerische Buddhistische Union beantragte, das seitenverkehrte Hakenkreuz ausdrücklich von der Strafbarkeit auszunehmen und nebst den schutzwürdigen kulturellen und wissenschaftlichen Zwecken explizit auch die Verwendung für religiöse Zwecke zu erwähnen.

Zudem wurde zur Gewährleistung einer rechtsgleichen und wirkungsvollen Anwendung der Bestimmung beantragt, dass eine geeignete Bundesstelle mit entsprechendem gesetzlichen Auftrag eine stets aktualisierte Liste mit Kennzeichen, Parolen, Gesten und Grussformeln mit rassendiskriminierender Bedeutung führen und

¹⁸ Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz; Schweizerischer Gewerkschaftsbund; Gemeinsam gegen Rassismus; Identität Schweiz; Fanprojekt; WOZ.

¹⁹ FDP; SP; SVP; SD; GPS.

²⁰ Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz; Schweizerischer Gewerkschaftsbund.

²¹ FDP; SP; CVP; PCS.

²² GL; JU; UR; AG; BE; ZG; LU; ZH; TG; SH; NE; BL; BS; FR; SO; SZ; NW; OW; SG; TI.

²³ EKR; VSPB; KSPD; Professor Marcel Alexander Niggli von der Universität Freiburg i.Ü.

²⁴ SVP; SD; GPS.

²⁵ Konsultative Sicherheitskommission; Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz; Dachorganisation der kleineren und mittleren Unternehmen.

²⁶ ZG; ZH; VD; GL; AR; Polizeikommandos BE, VD, BE, AR sowie Avalon-Gemeinschaft; Identität Schweiz; SGB und Centre Patronal.

²⁷ VD; AG; ZH; VS; SZ; SH.

²⁸ Centre Patronal; Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz und Professor Marcel Alexander Niggli von der Universität Freiburg i.Ü.

entsprechende Meldungen aus den Kantonen entgegennehmen und überprüfen würde.

2.7 Motion 04.3224 vom 29. April 2004²⁹ der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats betreffend Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen, als Straftatbestand

Während die Arbeiten zur Auswertung des Vernehmlassungsverfahrens von 2003 noch im Gange waren, prüfte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) am 29. April 2004 die von der Jugendsession im Jahr 2003 eingereichte Petition 04.2010³⁰, die von der Bundesversammlung die Durchsetzung des Verbots jeglicher Symbole verlangte, welche den Nationalsozialismus und den Faschismus öffentlich verherrlichen. Aufgrund der Tatsache, dass das Gesetzgebungspaket "Bundesgesetz über Massnahmen gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda" bereits einen entsprechenden neuen Straftatbestand vorsah beschränkte sich die RK-N darauf, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf in diesem Bereich zu bejahen. Sie wollte aber die neue strafrechtliche Gesetzgebung nicht auf den Gebrauch rechtsextremistischer Symbole beschränken. Die RK-N unterbreitete deshalb im Sinne von Artikel 126 Absatz 2 Parlamentsgesetz (ParlG)³¹ eine Kommissionsmotion (04.3224)³², welche den Bundesrat beauftragte, dem Parlament möglichst schnell eine Vorlage über Massnahmen zur Bekämpfung des Rassismus, des Hooliganismus und der Gewaltpropaganda zu unterbreiten, wobei die Vorlage namentlich die öffentliche Verwendung von Symbolen, welche extremistische zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen, unter Strafe stellen sollte.

Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 25. August 2004 die Motion anzunehmen. Er begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Motion mit dem bereits 2003 in der Vernehmlassung gewesenen Gesetzgebungspaket "Bundesgesetz gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda" weit gehend entsprochen werde³³.

Am 7. März bzw. 15. Juni 2005 nahmen der Nationalrat, bzw. der Ständerat die Motion an. In der parlamentarischen Debatte³⁴ wurde unter anderem bemerkt, dass nicht jede Organisation, die als extremistisch gilt, gleichzeitig auch Gewalt verherrlicht oder zu Rassismus aufruft. Es sei deshalb notwendig, dass der neue Straftatbestand die drei Begriffe der Motion "extremistisch", "gewaltverherrlichend" und zu "Rassendiskriminierung aufrufend" kumulativ vorsehen sollte. Denn ohne eine solche Kumulation würden auch jene Gruppierungen erfasst, die ohne Gewalt und ohne Rassendiskriminierung die Demokratie und den Rechtsstaat infrage stellen. Solche Bewegungen müssten in einem freiheitlichen Staat möglich sein. Die neue Strafnorm sollte vielmehr die Kennzeichen jener extremistischen Bewegungen erfassen, welche die Demokratie, die Menschenrechte oder den Rechtsstaat ablehnen und bereit seien, zum Erreichen ihrer Ziele Gewalttaten zu verüben und zu Rassendiskriminierung aufzurufen.

²⁹ Wortlaut der Motion 04.3224: "Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament möglichst schnell eine Vorlage über Massnahmen zur Bekämpfung des Rassismus, des Hooliganismus und der Gewaltpropaganda zu unterbreiten. Die Vorlage soll namentlich die öffentliche Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen, unter Strafe stellen". Abrufbar unter:

<http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20043224>.

³⁰ AB 2005 N 166 ff.; AB 2005 S 641.

³¹ SR 171.10.

³² AB 2005 N 166 ff.; AB 2005 S 641 ff.

³³ AB 2005 N 166 ff.

³⁴ AB 2005 N 166 ff.; AB 2005 S 641 ff.

2.8 Die Beschlüsse des Bundesrats vom Dezember 2004

Am 22. Dezember 2004 nahm der Bundesrat vom Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens von 2003 (vgl. Ziff. 2.6) Kenntnis und beschloss, die Revision in zwei getrennte Vorlagen aufzuteilen und weiterzuführen:

- Eine Vorlage sollte die gesetzlichen Grundlagen für Massnahmen gegen Gewaltpropaganda und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen³⁵ enthalten. Eine entsprechende Änderung des BWIS trat am 1. Januar 2007 in Kraft³⁶.
- Die zweite Vorlage sollte unter dem Titel "Bundesgesetz über Massnahmen gegen Rassismus" Artikel 261^{ter} VE-StGB, bzw. Artikel 171d VE-MStG betreffend "Kennzeichen mit rassendiskriminierender Bedeutung" enthalten. Bei deren Ausgestaltung musste nach dem Willen des Bundesrats die in Ziffer 2.7 erläuterte Motion 04.3224 der RK-N vom 29. April 2004 berücksichtigt werden. Da rassendiskriminierende Delikte häufig unter Benützung des Post- und Fernmeldeverkehrs, namentlich im Internet begangen werden, sollte die Vorlage ferner den geltenden Artikel 261^{bis} StGB in den Katalog der überwachungsfähigen Delikte des BÜPF aufnehmen. Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse entschied der Bundesrat schliesslich auf die Schaffung eines Straftatbestands betreffend rassendiskriminierende Vereinigungen (Art. 261^{quater} VE-StGB) zu verzichten.

2.9 2005 – 2007 Prüfung einer Gesamtvorlage zur Änderung von Artikel 261^{bis} StGB einerseits und zur Strafbarkeit der Verwendung rassistischer Symbole andererseits

2005 wurde anlässlich der Beratung der Motion der RK-N in den Räten darauf hingewiesen, dass die Umsetzung des Motionsauftrags alles andere als einfach sein werde³⁷. Der Vorsteher des EJPD beauftragte deshalb im Februar 2006 das Bundesamt für Justiz (BJ) in einem Bericht, eine Problemanalyse vorzunehmen und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Der Abschluss der diesbezüglichen Arbeiten hat sich aber dann, wie im Folgenden erläutert wird, verzögert.

Anlässlich eines Arbeitsbesuchs im Oktober 2006 in Ankara, sprach sich der Vorsteher EJPD im Zusammenhang mit den gegenüber den Armeniern vor mehr als 90 Jahren begangenen Massendeportationen und Massakern in der Endphase des Osmanischen Reichs dafür aus, dass es primär eine Aufgabe der historischen Forschung sei, solche Ereignisse zu beleuchten, sie in ihrem geschichtlichen Kontext einzubetten und zu beurteilen, ob es sich dabei um Völkermord handelte. Dies sei nicht Sache des Richters. Artikel 261^{bis} StGB werde deshalb in diesem Zusammenhang überprüft – namentlich auch mit Blick auf das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Bundesrat hielt im Zusammenhang mit diesen Äusserungen des Vorstehers EJPD in einer vor den Medien vorgetragenen Erklärung vom 18. Oktober 2006³⁸ fest, dass eine ersatzlose Streichung der Rassismusstrafnorm nach wie vor nicht in Frage komme. Andererseits sei es legitim und einem Departementsvorsteher nicht verwehrt, über Verbesserungen eines Gesetzes nachzudenken und im Bundesratskollegium einen entsprechenden Antrag zu stellen.

³⁵ Im Zentrum der Massnahmen zur Bekämpfung des Hooliganismus steht die zentrale Erfassung von Daten notorischer Gewalttäter bei Sportveranstaltungen in einer nationalen Hooligandatenbank. Neue präventive Massnahmen wie Rayonverbote, Ausreisebeschränkungen, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam sollen zudem verhindern, dass sich Personen anlässlich von Sportveranstaltungen gewalttätig verhalten.

³⁶ AS 2006 3709.

³⁷ AB 2005 N 166 ff.; AB 2005 S 641 ff.

³⁸ Vgl. dazu: <http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20063587>.

In der Folge erstellte das BJ im Auftrag des Vorstehers EJPD im Mai 2007 ein Arbeitspapier³⁹, welches im Sinne einer Gesamtvorlage zur Änderung von Artikel 261^{bis} StGB sich zunächst mit der an der Rassismusstrafnorm geübten Kritik auseinandersetzte. Danach wurden im Lichte dieser Kritik verschiedene Varianten zur Änderung von Artikel 261^{bis} StGB erörtert. Die meisten Varianten zielten allerdings nur auf eine Änderung des sogenannten Leugnungstatbestands in Artikel 261^{bis} Absatz 4 zweite Satzhälfte StGB ab, weil dieser Tatbestand mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit besonders umstritten ist. Am 23. Mai⁴⁰ und am 3. Juli 2007 fanden unter der Leitung des Vorstehers EJPD Aussprachen mit Experten zur Frage einer allfälligen Streichung oder Änderung der Rassismusstrafnorm statt. Als Diskussionsgrundlage diente das erwähnte Arbeitspapier. Die Experten vertraten sehr unterschiedliche und teilweise entgegengesetzte Ansichten. Von verschiedenen Experten wurde allerdings darauf hingewiesen, dass es wünschbar wäre, die Rassismusstrafnorm präziser zu fassen.

Entgegen der ursprünglichen Absicht, in einem Bericht im Sinne einer Gesamtvorlage einerseits die Streichung oder Änderung von Artikel 261^{bis} StGB und andererseits die Strafbarkeit der Verwendung rassistischer Symbole darzulegen, beantragte der Vorsteher EJPD im Dezember 2007 dem Bundesrat das EJPD zu beauftragen, hinsichtlich des Leugnungstatbestands (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB) einen Vernehmlassungsentwurf für eine Begrenzung des Tatbestands auf Völkermorde oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von internationalen Gerichten anerkannt wurden⁴¹, zu erarbeiten. Am 21. Dezember 2007 nahm der Bundesrat das Arbeitspapier des BJ betreffend die Frage des Revisionsbedarfs von Artikel 261^{bis} StGB zur Kenntnis und beschloss, dass zurzeit kein Handlungsbedarf zur weiteren Konkretisierung dieser Strafnorm bestünde.

3 Grundsatzfragen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Motion

3.1 Heutige Rechtslage

3.1.1 StGB

Die Verwendung und Verbreitung von rassistischen Symbolen sind nach Artikel 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) strafbar, wenn diese eine Ideologie symbolisieren, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet ist und dafür in der Öffentlichkeit geworben wird⁴² (Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB). Dies kann mittels Wort, Schrift, Bild, Geste usw. erfolgen. Massgeblich ist die Zielrichtung der Tathandlung. Der Täter muss sich an einen öffentlichen Adressatenkreis wenden im Bestreben, diesen zu beeinflussen. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, handelt es sich um ein strafloses Bekenntnis⁴³. Wer etwa eine für jedermann sichtbare Hakenkreuzfahne aus

³⁹ Abrufbar unter:
<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/rassismus.Par.0001.File.tmp/D_Bericht_16-05-07.pdf>.

⁴⁰ Vgl. dazu die Medienmitteilung, abrufbar unter:
<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2007/ref_2007-05-23.html>.

⁴¹ Variante 4c Arbeitspapier des BJ.

⁴² MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Artikel 261^{bis} StGB und Artikel 171c MStG, N 1120, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, (nachstehend zit. NIGGLI, Rassendiskriminierung); DORRIT SCHLEIMINGER in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI / HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch II, 2. Aufl., Basel 2007, N 36 und 40 zu Artikel 261^{bis} StGB.

⁴³ Zur Hakenkreuz-Armbinde und Hakenkreuzfahne: NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1194; zum Hitlergruss: NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1196. Niggli hält allerdings in diesem Zusammenhang fest: "Wollte man dagegen das blosses Tragen solcher Symbole und Embleme strafbar machen, so wäre de lege ferenda eine Regelung analog der deutschen Regelung in § 86a deutsches StGB ins Auge zu fassen. Dies ist ja mit dem Entwurf eines Bundesgesetzes über Massnahmen

der Lukarne seines Hauses hängt, bekundet grundsätzlich noch keinen Willen, in der Öffentlichkeit dafür zu werben⁴⁴.

Unklar ist nach geltendem Recht die Qualifizierung jener Symbole, die den zurzeit als klar rassistisch bekannten Symbolen (Hakenkreuz, Hitlergruss) ähnlich sind oder in rechtsextremen Kreisen als Ersatz verwendet werden, wie z.B. der so genannte Kühnengruss⁴⁵. Dieser ist eine Abwandlung des Hitlergrusses. Bei rechtsextremen Auftritten wird oft auch der erhobene rechte Arm mit den drei gespreizten Fingern, wie er vom Rütlichschwur her bekannt ist anstelle des Kühnen- oder des Hitlergrusses verwendet. In diesen Zusammenhang gehören auch folgende Zeichen: Zahlendarstellungen wie 88 für "Heil Hitler" (8 steht für den 8. Buchstaben des Alphabets), 18 (Adolf Hitler), 14 (Synonym für die 14 Worte "We must secure the existence of our people and a future for white children") usw.

Nicht strafbar ist die öffentliche Verwendung und Verbreitung von rassistischen Symbolen, die eine Ideologie symbolisieren, welche auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion im Sinn von Artikel 261^{bis} StGB gerichtet ist, wenn für diese Ideologie in der Öffentlichkeit nicht geworben wird.

Straflos ist auch die öffentliche Verwendung oder Verbreitung von extremistischen und gewaltverherrlichenden Symbolen, ob mit oder ohne werbendes Element.

gegen Rassismus, Hooliganismus und Gewaltpropaganda auch geschehen. Obwohl der Entwurf bereits 2003 in die Vernehmlassung gegangen ist und die bis Ende Mai 2003 eingegangenen Äusserungen zur Einführung einer entsprechenden Strafnorm fast durchwegs positiv waren, liegt allerdings bis heute noch keine Botschaft vor."

⁴⁴ Siehe zum straflosen Bekenntnis auch die nachfolgende von fedpol zusammengestellte kantonale Rechtsprechung:

Entscheid im Kanton Zürich vom Jahr 2001: Eine Skinheadgruppe hielt sich an einem öffentlich zugänglichen Grillplatz auf. Gemäss den Aussagen der Anzeigerstatter wurde eine Schweizerfahne mit abgeändertem Kreuz und Standarten ausgerollt, auf welchen auf schwarzem Grund ein weisses oder gelbes Kreuz, eventuell ein Hakenkreuz, zu sehen gewesen sei und zu lauter Marschmusik wie zu Hitlers Zeiten unter anderem ein Lied mit dem Thema "Widerstand" gesungen. Einer der jungen Männer habe ausserdem die Beine im Stehschritt bewegt sowie den linken Arm zum Hitlergruss erhoben. Zudem hätten die fünf Beteiligten aus Ästen ein Hakenkreuz auf dem Boden verankert;

Entscheid im Kanton Basel-Stadt vom Jahr 2003: Der Beschuldigte hängte eine Hakenkreuzfahne von 120 x 75 cm Grösse aus seiner Lukarne, welche bis zur Entfernung durch die Berufsfeuerwehr am kommenden Vormittag für jedermann sichtbar auf dem Dach liegen blieb. Damit propagierte der Beschuldigte, der sich im E-Mail-Verkehr auch "SS-Obergasmeister" nennen liess und dort selbst statt Gruss "GruSS" schrieb, die rassendiskriminierenden Ideen des Nationalsozialismus;

Entscheid im Kanton Solothurn vom Jahre 2004: Der Beschuldigte rief am 11. September 2001 "Sieg Heil" und "PLO Heil" in verschiedenen Gaststätten, nachdem im Fernsehen über die Terroranschläge in New York berichtet wurde. Im Weiteren kann davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte die folgenden Äusserungen gemacht hat: In einer Gaststätte sagte der Beschuldigte sinngemäss, dass die Amerikaner selber schuld am Attentat seien. Das sei ihren Kontakten mit den Juden und Israelis zuzuschreiben und sie hätten diesen Leuten zu viel geholfen. In einer anderen Gaststätte sagte der Beschuldigte, die Amerikaner seien selber schuld, die Israelis hätten das Ganze angezettelt;

Entscheid im Kanton Waadt vom Jahr 2005: Auf einer Website hatte es Fotos von jungen Leuten mit rasierten Schädeln. Einer dieser Jungen trug ein Kleidungsstück mit einem Hakenkreuz;

Entscheid im Kanton Graubünden vom Jahr 2005: Beamte der Bahnpolizei waren im Bahnhof Landquart im Einsatz, um die heimkehrenden Besucher eines Eishockeyspiels zu kontrollieren. Anlässlich dieses Eishockeymatches skandierten verschiedene Personen "Sieg Heil" sowie "Heil Hitler". Dabei wurden die Beamten von einer Gruppe von 15 bis 20 verummten Personen bedrängt. Ein Beschuldigter hob den rechten Arm mit gestreckter Hand zum Hitlergruss und schrie mehrmals lautstark "Sieg Heil" sowie "Heil Hitler".

⁴⁵ Der Kühnengruss (abgespreizter Daumen sowie Zeige- und Mittelfinger, symbolisches "V") trat im Zusammenhang mit der rechtsradikalen Bewegung erstmals in den 1970er-Jahren unter der Bezeichnung "Widerstandsgross" auf. Die Abwandlung sollte das Hitlergruss-Verbot umgehen. 1992 wurde der Widerstandsgross nach dem ehemaligen Neonazi-Führer Michael Kühnen umbenannt.

3.1.2 BWIS

Artikel 13a BWIS⁴⁶ ermöglicht die Sicherstellung, Beschlagnahme und Einziehung von zu Gewalt aufrufendem Propagandamaterial. Diese verwaltungsrechtliche Massnahme ermöglicht es, derartiges Material auch ohne Strafurteil zu beschlagnahmen. Die verfassungsmässige Grundlage für diese Massnahme ist in der inhärenten Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit zu erblicken. Es geht um vorbeugende Massnahmen zur Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie zum Schutz der Freiheitsrechte der Bevölkerung. Nicht erfasst werden hingegen Propagandaerzeugnisse mit extremistischen oder rassistischen Inhalten, aber ohne Gewaltappell. Propagandamaterial wird dann eingezogen, wenn der Aufruf zur Gewalt konkret und ernsthaft ist⁴⁷. Das heisst, dass beispielsweise Hakenkreuzfahnen, -sticker, -T-Shirts oder andere Gegenstände mit solchen oder ähnlichen rassistischen Symbolen nicht gestützt auf Artikel 13a BWIS eingezogen werden können.

3.2 Künftige Regelungsmöglichkeiten

Bei der Umsetzung der oben erwähnten Motion der RK-N (vgl. Ziff. 2.7) stellt sich die Frage, ob eine repressive und/oder eine präventive Lösung angezeigt ist. Im Bereich der Prävention hat der Bund allerdings nur eine beschränkte Gesetzgebungskompetenz.

Gemäss Artikel 57 BV sorgen der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung. Welcher Art die Aufgaben dieses gemeinsamen Schutzauftrags sind und welche staatliche Ebene für welchen Teilbereich zuständig ist, besagt Artikel 57 BV aber nicht. Dies bedeutet, dass eine andere explizite oder implizite Verfassungsbestimmung⁴⁸ die Befugnisse des Bundes im Bereich der Sicherheit umschreiben muss, damit er auf diesem Gebiet legislieren kann. Denn wo die BV keine Kompetenzzuweisung an den Bund vornimmt, sind primär die Kantone zuständig. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ist demgegenüber Sache des Bundes (Art. 123 BV).

3.2.1 Präventive Regelung im BWIS

Das BWIS stützt sich auf die inhärente Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren Sicherheit. Dem Bund kommt die Kompetenz zu, die notwendigen Massnahmen zu seinem Schutz bzw. zum Schutz seiner Institutionen und Organe zu treffen. Dies erlaubt ihm, im Bereich der inneren Sicherheit ohne explizite verfassungsmässige Kompetenzgrundlage tätig zu werden. Die inhärente Kompetenz des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit kann indessen nur angerufen werden, wenn es gilt, Gefahren abzuwehren, welche für den Staat existentiellen Charakter haben. Von der Verbreitung von Material mit extremistischem oder rassendiskriminierendem Inhalt (ohne Gewaltelemt) zu Propagandazwecken geht grundsätzlich keine gravierende oder existenzielle Gefahr für den Staat und seine Grundordnung aus. Eine solche Schwere der Gefährdung wird aber als unabdingbares Kriterium für ein Handeln des Bundes, gestützt auf dessen inhärente Kompetenz, gefordert. Entsprechend werden, wie bereits in Ziffer 3.1.2 ausgeführt, Propagandaerzeugnisse mit extremistischen oder rassistischen Inhalten, aber ohne Gewaltappell, von der geltenden BWIS-Regelung

⁴⁶ AS 2006 3703 3709; BBI 2005 5613.

⁴⁷ Artikel 17a VWIS; vgl. auch Botschaft zum BWIS, BBI 2005 5613 ff.

⁴⁸ Zu den impliziten Verfassungsgrundlagen gehören einerseits Kompetenzen, die zwar nicht ausdrücklich genannt werden, welche aber mit ausdrücklichen Kompetenzen eng verbunden oder praktisch notwendig sind, damit der Bund die jeweiligen ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann. Den impliziten Kompetenzen zugeordnet werden können im Weiteren die inhärenten Kompetenzen des Bundes, die ihm im Bereich der inneren Sicherheit erlauben, ohne ausdrückliche Kompetenzgrundlage die notwendigen Massnahmen zu seinem Schutz bzw. zum Schutz seiner Organe und Institutionen zu treffen.

nicht erfasst. Die Verbreitung extremistischen oder rassistischen Gedankenguts allein ist nicht geeignet, den Staat in seiner Existenz massiv zu bedrohen und die demokratische Grundordnung aus den Angeln zu heben. Artikel 57 BV vermag demnach keine Kompetenz für eine gesetzgeberische Lösung im Sinne von Präventivmassnahmen auf Bundesebene zu begründen.

3.2.2 Im kantonalen Polizeirecht

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Verbot extremistischer, gewaltverherrlichender und rassistischer Symbole unter das Polizeirecht der Kantone fällt, ist vorab von der Definition des Polizeibegriffs auszugehen. Zu den klassischen Aufgaben der Polizei gehören die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Beseitigung bereits eingetretener Störungen. Zu den traditionellen Aufgaben der polizeilichen Gefahrenabwehr tritt nach neuem Verständnis die Gefahrenvorsorge, welche darauf ausgerichtet ist, künftige Gefährdungslagen und Bedrohungen durch vorausschauendes Handeln besser abzuwehren oder zu verhindern (Präventivmassnahmen). Das Polizeirecht ist nach dem Gesagten im Wesentlichen darauf ausgerichtet, konkrete oder vorhersehbare Gefahrensituationen – in der Regel durch ein polizeiliches Tätigwerden, nötigenfalls sogar mit äusserem Zwang – in den Griff zu bekommen oder bereits eingetretene Beeinträchtigungen zu bewältigen⁴⁹. Wie bereits erwähnt, gehört somit die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu den klassischen Aufgaben der Polizei. Die öffentliche Verwendung und Verbreitung von extremistischen, gewaltverherrlichenden und rassistischen Symbolen könnte als solche Gefahr betrachtet werden. Wird eine präventive Lösung in Betracht gezogen, wären nach dem Gesagten allein die Kantone zuständig, welche entsprechende Bestimmungen in den kantonalen Polizeigesetzen bzw. Sicherheitsgesetzen statuieren könnten. Wird hingegen dem Bedürfnis nach einer landesweit einheitlichen Regelung ein hoher Stellenwert eingeräumt, so ist ein strafrechtliches Verbot ins Auge zu fassen. In diesem Fall wäre eine Regelung im StGB angezeigt.

3.2.3 Repressive Regelung: StGB

Im Gegensatz zu verwaltungsrechtlichen Bestimmungen haben strafrechtliche Normen eine andere Funktion: Nicht die präventive Gefahrenabwehr ist das primäre Ziel, sondern die gesellschaftliche Desavouierung und nötigenfalls die Sanktionierung bestimmter unerwünschter Verhaltensweisen. Strafnormen haben auch immer den Schutz von Rechtsgütern zum Ziel, die von einer Mehrheit der Rechtsgemeinschaft als schützenswert erklärt werden. In diesem Sinne sind die Normen des StGB Ausdruck der Überzeugungen einer Rechtsgemeinschaft. Nicht unter Strafe gestellt werden darf dabei aber eine blosse Gesinnung. Unter „Gesinnungsstrafrecht“ versteht man ein Strafrecht, das eine Sanktion allein an die innere Einstellung des Bürgers zu einem Problemkreis knüpft⁵⁰. Solche „Gesinnungsschnüffelei“ ist in jedem freiheitlichen Staat zu Recht verpönt. Denn der Bürger soll sich unbeeinflusst von staatlichen Einwirkungen seine Gedanken machen und seine Meinung bilden dürfen. Der alte Grundsatz "Fürs Denken kann niemand henken" bringt dies treffend zum Ausdruck. Deshalb werden auch im schweizerischen Strafrecht nur von aussen erkennbare, "geäusserte" Handlungen sanktioniert⁵¹. Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch für den vorgeschlagenen Artikel 261^{ter} VE-StGB. Mit Strafe ist nur bedroht, wer bestimmte Auffassungen öffentlich kundtut, sich also nicht nur seine Gedanken macht, sondern diese auch äussert und da-

⁴⁹ Siehe zum Ganzen: ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 35 N 2431 ff., 5. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2006.

⁵⁰ MAGDALENA RUTZ, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Dissertation 1968, S. 236; ebenso das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24.11.1987, BJM 1988, S. 210.

⁵¹ Es handelt sich um ein Wesensmerkmal des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, vgl. statt vieler: FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Zürich 2007, § 12 N 13; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 7 N 2.

mit andere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet (z.B. den öffentlichen Frieden oder die Menschenwürde bei der Rassendiskriminierung).

3.2.3.1 Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot ist in Artikel 1 StGB verankert (*nulla poena sine lege certa*). Dieser Grundsatz, welcher Verfassungsrang genießt⁵² besagt, dass nur Verhaltensweisen sanktioniert werden dürfen, die im Gesetz ausdrücklich umschrieben sind. Dies damit für jedermann klar erkennbar ist, was strafbar ist und was nicht. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann⁵³. Denn nur Gesetze, deren Wortlaut eine hinreichend feste Basis für die Rechtsanwendung bilden, vermögen richterliche Entscheidungen berechenbar zu machen. Lehre und Rechtsprechung verlangen zwar nicht, dass jeder Rechtsunterworfenen in der Lage sein muss, die Auslegung sämtlicher Tatbestandsmerkmale juristisch exakt zu erfassen. Es muss ihm aber möglich sein, den wesentlichen Gehalt einer Strafnorm zu erkennen. Im vorliegenden Fall ist eine klare Definition von extremistischen, gewaltverherrlichenden und rassistischen Symbolen nicht möglich und demzufolge eine entsprechende Einordnung von bekannten, weniger bekannten und unbekanntenen, von neuen und zum Verwechseln ähnlichen Symbolen unter die drei Begriffe praktisch unmöglich. Obschon die Verwendung von offenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in einem neuen Artikel 261^{ter} StGB oder 171d MStG juristisch wohl kaum als Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot gewertet werden kann, müssen die grundsätzlichen Bedenken gegen solch offene Tatbestandsformulierungen sehr ernst genommen werden. Im Interesse einer bestmöglichen Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots ist es immer opportun, eine Präzisierung der Norm zu fordern, wenn dadurch deren Anwendung vereinfacht wird. Denn je unklarer eine Strafnorm formuliert ist, desto eher besteht die Gefahr, dass sich die Rechtsunterworfenen aus Angst vor möglicher Bestrafung selber stärker einschränken, als dies die Strafnorm von ihnen effektiv verlangt, oder dass Personen zu Unrecht in Strafverfahren verwickelt werden, die für die Betroffenen selbst dann eine Belastung darstellen, wenn sie von den Gerichten später freigesprochen werden.

Eine Regelung, welche den Motionsauftrag wortwörtlich erfüllen würde, enthielte gezwungenermassen viele unbestimmte Rechtsbegriffe. Wie schwierig Begriffe wie "Bewegungen", "extremistisch" oder "gewaltverherrlichend" zu definieren sind, zeigen der Extremismusbericht⁵⁴ des Bundesrats vom 25. August 2004 und die parlamentarische Debatte über die Petition 04.2010 der Jugendsession 2003 und der Motion 04.3224 der RK-N⁵⁵. Es dürfte deshalb auch kaum möglich sein, einen Konsens darüber zu finden, was als extremistisches Symbol zu gelten hat. Fällt z.B. das Porträt von Che Guevara⁵⁶, der mit einem Kreis umgebene Buchstabe A⁵⁷ oder eine schwarze Fahne⁵⁸ darunter? Nebst der Tatsache, dass viele dieser Symbole in der Öffentlichkeit nicht oder nur beschränkt bekannt sind, können diese auch gewechselt oder durch zum Verwechseln ähnliche Symbole ersetzt werden. Die gleichen Schwierigkeiten gibt es bei den gewaltverherrlichenden Symbolen. Sind Bomberjacken, Kampfstiefel oder kurz geschorene Haare, die in der rechtsextremen Szene verbreitet sind,

⁵² Artikel 5 Abs. 1 BV.

⁵³ Vgl. statt vieler: BGE **132** I 49; **128** I 327; **119** IV 242.

⁵⁴ Vgl. BBI **2004** 5019 ff.

⁵⁵ AB **2005** N 166 ff.; AB **2005** S 641 f.

⁵⁶ Ernesto Rafael Guevara de la Serna, genannt Che Guevara (* 14. Mai 1928 in Rosario, Argentinien; † 9. Oktober 1967 in La Higuera, Bolivien) war ein argentinischer Arzt und kubanischer Revolutionär, Politiker und Guerillaführer. Che Guevara begründete neben Mao Zedong theoretisch die Methodik, Strategie und Taktik des modernen Guerillakampfes und versuchte mit wechselndem Erfolg, seine revolutionären Thesen auch in die Praxis umzusetzen.

⁵⁷ Symbol der Autonomen.

⁵⁸ Als ein weiteres Symbol der Autonomen.

bereits gewaltverherrlichende Symbole oder nur eine Modeerscheinung⁵⁹? Ähnliche Schwierigkeiten sind hinsichtlich Symbolen aus der linksextremen Szene zu erwarten. Dazu gehören u.a. der tonangebende Revolutionäre Aufbau Schweiz (RAS, Symbol: 5-eckiger Stern auf rotem Balken), die Anti-WTO-Koordination und der Schwarze Block, dessen Symbole seine schwarze Kleidung, die Vermummung und das Mitführen einschlägiger Symbole sind. Dazu gehören etwa rote, schwarze, schwarz-rote oder mit dem Anarchisten-Symbol (Grossbuchstaben A in Kreis) versehene Fahnen, Transparente und Sterne.

Die Forderung, Strafnormen so bestimmt wie möglich zu fassen, erhält auch insofern ein besonderes Gewicht, als die entsprechenden Verhaltensweisen in den Schutzbereich eines für unsere Demokratie zentralen Grundrechts fallen – nämlich der Meinungsäusserungsfreiheit.

3.2.3.2 Meinungsäusserungsfreiheit

Es ist unbestritten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu denjenigen Menschenrechten gehört, denen auch international eine Vorrangstellung zukommt. Dieses Grundrecht ist für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft von fundamentaler Bedeutung und wird daher auch in Artikel 16 BV und in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁶⁰ ausdrücklich gewährleistet. Die Freiheit der Meinungsäusserung gilt aber weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene absolut. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es unbestritten, dass keinem Grundrecht eine absolute Vorrangstellung zukommt. So sind Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit im Rahmen von Artikel 36 BV, bzw. von Artikel 10 Absatz 2 EMRK, unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr;
- sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein;
- sie müssen verhältnismässig sein und der Kerngehalt der Grundrechte darf nicht angetastet werden.

Eine Strafnorm wie sie von der Motion der RK-N verlangt wird, könnte zwar ein Mittel sein, den öffentlichen Frieden, bzw. die Würde des Menschen in der Schweiz besser zu schützen. Es stellt sich dabei aber die Frage, ob die damit einhergehende Einschränkung der Mei-

⁵⁹ Zur rechtsextremen Szene in der Schweiz gehören verschiedene Gruppierungen und Bewegungen wie Vérité et justice, Avalon-Gemeinschaft, die Partei National Orientierter Schweizer (PNOS, Symbol: alte Schweizerfahne mit einem Morgenstern), die Nationale Ausserparlamentarische Opposition, die Skinheads mit den bekannten Gruppierungen wie Schweizerische Hammerskins (SHS, Symbol: zwei gekreuzte Hämmer), Blood & Honour (Symbol: Triskele/Totenkopf mit C18) und Morgenstern (Symbol: Schweizerkreuz mit zwei gekreuzten Morgensternen im Hintergrund)⁵⁹. Mit zum Teil gut sichtbaren äusseren Zeichen grenzen sich diese Bewegungen gesellschaftlich ab. Besonders auffällig sind Kleidung und Haarschnitt der Skinheads. Ein weiteres zentrales Element der Selbstdarstellung dieser Bewegungen ist der eigene Musikstil mit harten und aggressiven Rhythmen. Die Musik ist ein wichtiges verbindendes Element, das bei der Rekrutierung neuer Anhänger sowie bei der Entstehung und Verfestigung derartiger Gruppen eine bedeutende Rolle spielt. Die in der rechtsextremen Szene gebräuchlichen Musiktexte sprechen mehrheitlich fremdenfeindliche und rassistische Affekte an und bestätigen oder erzeugen damit Feindbilder. Diese Art von Musik fördert so je nachdem auch die Gewaltbereitschaft. Vgl. dazu Bericht innere Sicherheit der Schweiz 2006, Publikation des Bundesamts für Polizei, Mai 2007, S. 20 ff. Abrufbar unter: http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bericht_innere_sicherheit.Par.0042.File.tmp/d_s01_s92.pdf.

⁶⁰ SR 0.101.

nungsäusserungsfreiheit ein zu weit gehender Eingriff wäre. Es würden nämlich – anders als z.B. in Deutschland⁶¹ – Symbole von Gruppierungen verboten, ohne dass diese Gruppierungen selber verboten sind. In der Schweiz muss es auch möglich sein, die Demokratie in Frage zu stellen, über die Menschenrechte oder über den Rechtsstaat zu diskutieren. "In einer Demokratie" – so das Bundesgericht⁶² – "ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen und für viele schockierend wirken. Kritik muss dabei in einer gewissen Breite und bisweilen auch in überspitzter Form zulässig sein. Denn in öffentlichen Debatten ist es oft nicht von Anfang an möglich, eindeutig zwischen unwahrer, halbwarer und begründeter Kritik zu unterscheiden. Eine Herabsetzung oder Diskriminierung ist daher in der politischen Auseinandersetzung nicht leichthin zu bejahen".

So sah auch der in der Vernehmlassung von 2003 vorgeschlagene Artikel 261^{quater} VE-StGB kein eigentliches Verbot solcher Gruppierungen vor, sondern wollte lediglich die Gründung, Mitgliedschaft oder eine anderweitige Beteiligung in rassendiskriminierenden Vereinigungen unter Strafe stellen. Damit wollte man bewusst von schweren Eingriffen in die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV), aber auch in andere Grundrechte wie die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) oder die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) absehen. Ein Verbot einer extremistischen, gewaltverherrlichenden oder rassistischen Gruppierung wäre denn auch gestützt auf Artikel 185 BV nur bei unmittelbar drohenden, schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit – wie dies beim Verbot der Al-Qaida⁶³ angenommen wurde – gerechtfertigt.

Als schutzwürdige öffentliche Interessen anerkennt Artikel 10 Absatz 2 EMRK insbesondere auch den "Schutz der Moral"⁶⁴, den Schutz der "Rechte anderer", sowie der "öffentlichen Ordnung". Dass die "Wahrung des öffentlichen Friedens" und der "Schutz vor Diskriminierung" schützenswerte öffentliche Interessen darstellen, wird allgemein anerkannt.

Schliesslich muss die Strafnorm das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren. Sie muss demnach ein geeignetes und notwendiges Mittel sein, den öffentlichen Frieden, bzw. die Würde des Menschen in der Schweiz zu wahren. Dies dürfte bei einer Verbotsnorm von rassistischen Symbolen, welche auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind, zutreffen. Eine solche Strafnorm würde zweifellos das Verhältnismässigkeitsprinzip auch wahren, wenn dem hohen Stellenwert der Meinungsäusserungsfreiheit in interpretatorischen Zweifelsfällen bei der Rechtsanwendung Rechnung getragen wird.

3.2.3.3 Handlungsbedarf

Wie bereits erwähnt (vgl. oben Ziff. 3.1.1) ist die Verwendung von rassistischen Symbolen heute nach Artikel 261^{bis} StGB nur dann strafbar, wenn diese eine Ideologie symbolisieren,

⁶¹ In *Deutschland* wird die Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen wie Hakenkreuze und andere Nazisymbole durch § 86a StGB unter Strafe gestellt. Nach dieser Norm wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer in Deutschland Kennzeichen von in § 86 Absatz 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften verwendet oder aber Gegenstände, die solche Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im In- oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.

⁶² BGE **131** IV 23.

⁶³ Das einzige Verbot, das die Schweiz kennt, betrifft die Gruppierung Al-Qaida und verwandte Organisationen und Gruppierungen, welche in Führung, Zielsetzung und Mitteln mit der Al-Qaida übereinstimmen oder in deren Auftrag handeln. Siehe die entsprechende Verordnung vom 7. November 2001, welche sich auf Artikel 184 Absatz 3 und 185 Absatz 3 BV abstützt (SR **122**).

⁶⁴ Unter dem "Schutz der Moral" hat der Europäische Gerichtshof bisher grosses Verständnis gezeigt für staatliche Strafnormen insbesondere zum Schutz vor Obszönitäten oder Blasphemie (vgl. die zitierten Gerichtsentscheide bei Poncet, *medialex* 2001/2, S. 85).

die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet ist und dafür in der Öffentlichkeit geworben wird. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, wie z.B. das werbende Verbreiten oder die Öffentlichkeit, handelt es sich um ein strafloses Bekenntnis. Will man im Sinne der Motion auch dieses strafbar erklären, ist eine neue Strafnorm notwendig⁶⁵.

Nach geltendem Recht ist es für die Polizeibehörden beispielsweise schwierig, anlässlich einer öffentlichen Versammlung von mehreren Rechtsextremen einzuschätzen, ab wie vielen Personen ein solches Gebaren eine Propagandaaktion im Sinne der Antirassismus-Strafnorm darstellt. Auslegungsprobleme gibt es auch, wenn sich in der Öffentlichkeit eine Ansammlung mehrerer Rechtsextremer bildet, die sich zwar durch entsprechendes Outfit klar zu dieser Szene bekennen, aber diese Zugehörigkeit weder mit Parolen noch mit Gesten kundtun. Unklar ist auch, ob das rassendiskriminierende Verhalten einiger Teilnehmerinnen und Teilnehmer den anderen angerechnet werden kann. Sofern sich Rechtsextreme beispielsweise darauf beschränken, Armbinden mit Hakenkreuz zu tragen oder untereinander den Hitlergruss auszuführen, bleiben sie nach geltendem Recht straflos, da die Tathandlung des Verbreitens mit seinem werbenden Element nicht erfüllt ist. Eine neue Strafnorm, welche bereits die öffentliche Verwendung von rassistischen Symbolen unter Strafe stellt, würde die Polizei zwingen, aktiv zu werden, wenn an einer rechtsextremen Veranstaltung einschlägige Symbole getragen werden.

Ferner gibt es in diesem Bereich heute auch zahlreiche Beweisschwierigkeiten. So ist eine Propagandahandlung in der Praxis schwierig zu beweisen. Der subjektive Tatbestand von Artikel 261^{bis} Absatz 2 StGB verlangt nämlich, dass der Beschuldigte die Öffentlichkeit werbend beeinflussen will. Hinsichtlich des Tatbestandselements der Öffentlichkeit genügt Eventualvorsatz aber nicht⁶⁶. Auch diese Schwierigkeit würde durch eine neue Strafnorm, welche schon das blosse Tragen von rassistischen Symbolen unter Strafe stellt, beseitigt.

Aus diesen Ausführungen könnte der Schluss gezogen werden, dass die Schaffung einer neuen Strafnorm bezüglich der öffentlichen Verwendung von rassistischen Symbolen die Handlungsmöglichkeiten der Polizei erhöhen würde und somit einem Bedürfnis entsprechen könnte. Allerdings haben die Kantone – trotz bestehender Zuständigkeit (vgl. Ziff. 3.2.2) – bisher keine entsprechenden Bestimmungen in ihren Polizeigesetzen statuiert. Abklärungen bei der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS) haben auch ergeben, dass aus polizeilicher Sicht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Zwar ist unbestritten, dass der Rassismus bekämpft werden soll. Ein Verbot rassistischer Symbole wäre allerdings in der Praxis mit grossen Vollzugsproblemen verbunden und würde die tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten der Polizei nicht verbessern.

⁶⁵ Die Schweiz hat regelmässig über die Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus dem UNO-Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung zu berichten und ist Gegenstand der Aufsichtstätigkeit weiterer internationaler Organe, etwa des UNO-Menschenrechtsrats (vgl. dazu namentlich den 4.-6. periodischen Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung gemäss Artikel 9 des internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, CERD/C/CHE/6, Paragraph 109). Dabei wurde wiederholt auch die Komplettierung von Artikel 261^{bis} StGB durch ein Verbot einschlägiger Symbole und Gesten sowie insbesondere ein Verbot rassendiskriminierender Vereinigungen empfohlen (so etwa die europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, ECRI, in ihrem aktuellen Draft Report on Switzerland vom 2. April 2009 oder die Schlussempfehlungen des CERD-Ausschusses zum letzten Staatsbericht der Schweiz, CERD/C/CH/CO/6, Paragraph 15).

⁶⁶ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1670.

4 Regelungen im Ausland⁶⁷

In der *Europäischen Union* (EU) ist die justizielle Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit Gegenstand einer Gemeinsamen Massnahme vom 15. Juli 1996⁶⁸. Hauptziel war die Gewährleistung einer wirksamen rechtlichen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit. Mit dieser Gemeinsamen Massnahme sollte verhindert werden, dass die Täter sich divergierende strafrechtliche Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zunutze machen können, indem sie einfach ihren Aufenthaltsort wechseln um sich der Strafverfolgung zu entziehen. Ebenfalls vorgesehen wurden die Beschlagnahme und Einziehung von rassistischem und fremdenfeindlichem Schrift- und Bildmaterial sowie ein zwischenstaatlicher Informationsaustausch⁶⁹. Anstelle der Gemeinsamen Massnahme von 1996⁷⁰ trat am 28. November 2008 der Rahmenbeschluss des Rats zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit. Mit diesem Rahmenbeschluss sollen die strafrechtlichen Massnahmen im Hinblick auf eine Angleichung der Gesetze und Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend rassistische und fremdenfeindliche Delikte verstärkt und die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zur Bekämpfung solcher Delikte erleichtert werden. Sowohl die Gemeinsame Massnahme 1996 als auch der Rahmenbeschluss des Rats gehen nicht auf ein mögliches Verbot von extremistischen oder rassistischen Zeichen, Insignien und Symbolen ein⁷¹.

In *Deutschland* wird die Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen wie Hakenkreuze und anderen Nazisymbolen durch § 86a StGB unter Strafe gestellt. Nach dieser Norm wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer in Deutschland Kennzeichen von in § 86 Absatz 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften verwendet oder aber Gegenstände, die solche Kennzeichen darstellen oder enthalten zur Verbreitung oder Verwendung im In- oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt. Nach Absatz 2 dieser Norm sind Kennzeichen im Sinn dieses Gesetzes namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grussformen derartiger Organisationen. Aufgrund der strengen Linie der Rechtsprechung, welche die Verwendung von "ähnlichen" Kennzeichen nicht unter den Tatbestand subsumierte⁷², wurde durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz⁷³ den beschriebenen Kennzeichen solche Zeichen gleichgesetzt, die den beschriebenen zum Verwechseln ähnlich sehen. Ebenso wurde durch dieses Gesetz, § 86a Absatz 1 StGB in Bezug auf die Ausfuhr und die Verwendung der Kennzeichen im Ausland erweitert.

⁶⁷ Beim vorliegenden Rechtsvergleich handelt es sich um eine Zusammenfassung eines vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne am 31. Oktober 2008 aktualisierten Gutachtens vom 16. Mai 2001 und 24. April 2006 über Rassismus und Extremismus in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich.

⁶⁸ Gemeinsame Massname 96/443/JI vom 15. Juli 1996 - vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen - betreffend die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

⁶⁹ Begründung der Kommission zum Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rats zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, S. 5.

⁷⁰ Erwägung (16) zum Rahmenbeschluss des Rats zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

⁷¹ Abrufbar unter: <<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,478352,00.html>>.

⁷² Vgl. BGHSt 25, 128 zur Darstellung eines Menschen in Hakenkreuzform.

⁷³ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz – VerbrBekG).

Geschützte Rechtsgüter dieser Tatbestände sind der demokratische Rechtsstaat und der politische Frieden⁷⁴. Erfasst werden von diesem allgemeinen Schutzgut nicht nur rechtsextremistische Kennzeichen, sondern die Vorschrift ist allgemein auf die Bekämpfung bestimmter symbolträchtiger Kennzeichen gerichtet "deren Verwendung den Eindruck vermitteln könnte, verfassungswidrige, das heisst *extremistische* oder ausländerfeindliche Organisationen könnten trotz ihres Verbotes ungehindert die Wiederbelebung betreiben"⁷⁵. Auch im deutschen Recht wird somit der Verbreitung von sowohl rechts- wie auch linksextremistischer Gewalt Einhalt zu gebieten versucht. Aus der jüngeren Rechtsprechung zu dieser Norm geht hervor, dass ein Verwenden im Tatbestandssinn jeder Gebrauch darstellt, der das Kennzeichen optisch oder akustisch wahrnehmbar macht, ohne dass es einer körperlichen Überlassung bedarf. Für den Begriff der Öffentlichkeit kommt es nicht auf die Öffentlichkeit des Ortes sondern darauf an, dass die abrufbereiten Informationen von einem grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden können⁷⁶. Die Vorschrift wird, wie auch schon § 86 StGB eingeschränkt, indem die Absätze 4 und 5 des § 86 StGB hier analog anwendbar sind.

Während sich § 86a StGB auf das Verwenden von Kennzeichen von bereits verbotenen Organisationen und Parteien richtet, wendet sich das Vereinsgesetz⁷⁷ selbst in § 9 Absatz 1 gegen die Verwendung von Kennzeichen eines Vereins während der Dauer des Verbotsverfahrens. Kennzeichen sind insbesondere Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grussformen. Mit Wirkung auf den 1. Januar 2002 (BGBl. I S. 361) wurde in § 9 Absatz 2 Satz 2 neu eingefügt. Dieser bestimmt, dass den in Satz 1 genannten Kennzeichen solche gleichstehen, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind. Ein neuer Absatz 3 regelt, dass für Kennzeichen eines verbotenen Vereins, die in im Wesentlichen gleicher Form von anderen nicht verbotenen Teilorganisationen oder von selbständigen die Zielrichtung des verbotenen Vereins teilenden Vereinen verwendet werden, ebenfalls Absatz 1 Anwendung findet. In § 20 Absatz 1 Nr. 5 VereinsG⁷⁸ ist die Zuwiderhandlung gegen ein solches Verbot mit Strafe von bis zu einem Jahr bedroht, wenn sich die Strafbarkeit nicht bereits aus den §§ 84, 85, 86 a oder 129 StGB ergibt. Das Gericht kann nach Absatz 2 von einer Bestrafung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering einzustufen ist.

In *Österreich* gilt es bezüglich extremistischer oder rassistischer Gesten, Symbole, Insignien oder Embleme vorab den Tatbestand des § 115 StGB⁷⁹ zu erwähnen, der die Beleidigung

⁷⁴ Bay NJW 1988, 2902.

⁷⁵ TRÖNDLE/FISCHER, Kommentar zum StGB, 2001, § 86a Rn. 1.

⁷⁶ Siehe OLG Frankfurt, NStZ 1999, S. 357, zur Verbreitung von Hakenkreuzen in einer Mailbox.

⁷⁷ Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz – VereinsG).

⁷⁸ § 20 VereinsG in der Fassung vom 21.12.2007 "Zuwiderhandlungen gegen Verbote" lautet:
"(1) Wer im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes durch eine darin ausgeübte Tätigkeit (...) Nr. 5 Kennzeichen einer der in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Vereine oder Parteien oder eines von einem Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 Abs. 3 Satz 1 betroffenen Vereins während der Vollziehbarkeit des Verbots oder der Feststellung verbreitet oder öffentlich oder in einer Versammlung verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in den §§ 84, 85, 86 a oder den §§ 129 bis 129 b des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist. In den Fällen der Nummer 5 gilt § 9 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 entsprechend.
(...) (3) Kennzeichen, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nr. 5 bezieht, können eingezogen werden."

⁷⁹ "§ 115 (1) Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen anderen beschimpft, vespottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Misshandlung bedroht, ist, wenn er deswegen nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.
(2) Eine Handlung wird vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können.
(3) Wer sich nur durch Entrüstung über das Verhalten eines anderen dazu hinreissen lässt, ihn in einer den Umständen nach entschuldbaren Weise zu beschimpfen, zu misshandeln oder mit

regelt. Die Bestimmung verpönt öffentliche oder zumindest vor mehreren Leuten geschehene Beleidigungen. Unter Beleidigungen sind die Beschimpfung, Verspottung, körperliche Misshandlung und die Bedrohung mit solchen Misshandlungen zu verstehen. Beschimpfung ist nicht allein das Belegen mit Schimpfwörtern, sondern auch die Bekundung der *Missachtung durch Zeichen und Gebärden* oder Handlungen⁸⁰.

Des Weiteren ist das Abzeichengesetz⁸¹ zu beachten, wonach bestimmte Abzeichen, Uniformen, Embleme und Symbole verboten sind. Gemäss § 2 Absatz 1 Abzeichengesetz finden die Verbote des Absatzes 1 nur unter bestimmten Voraussetzungen auf Druckwerke und Ähnliches Anwendung.

Abschliessend ist auch auf das Uniform-Verbotsgesetz⁸² hinzuweisen, wonach das Tragen von Uniformen der deutschen Wehrmacht verboten ist und mit einer Geldstrafe von bis zu 2000 ATS (das Gesetz ist in der Fassung von 1974 in Kraft) oder mit einer Gefängnisstrafe bis zu zwei Monaten belegt ist.

In *Frankreich* gibt es keine Bestimmungen, welche das öffentliche Tragen oder die Verwendung rassistischer oder extremistischer Gesten, Symbole, Insignien oder Embleme generell bestrafen. Hingegen gibt es einzelne Bestimmungen, welche ausdrücklich das Tragen ganz bestimmter Insignien oder Embleme verbieten und deren Einziehung vorsehen. So bestraft Artikel R 645-1 des Strafgesetzbuchs das Tragen oder Zurschaustellen von Uniformen, Insignien oder Emblemen die an gewisse für Verbrechen gegen die Menschlichkeit verantwortliche Organisationen oder Personen erinnern⁸³. Da ferner das französische Recht die Teilnahme an einer Kampftruppe oder an einer in Anwendung des Gesetzes vom 10. Januar 1936 aufgelösten Gruppierung verbietet, sieht das Strafgesetzbuch ausdrücklich als Zusatzstrafe die Möglichkeit vor, Uniformen, Insignien, Embleme, Waffen und sämtliches Material solcher Truppen oder Gruppierungen einzuziehen⁸⁴. Auf der sportlichen Ebene wird das Mitführen von Insignien, Zeichen oder Symbolen, welche an eine rassistische oder ausländerfeindliche Ideologie erinnern in den Bereich wo ein sportliches Ereignis ausgetragen oder ein

Misshandlungen zu bedrohen, ist entschuldigt, wenn seine Entrüstung, insbesondere auch im Hinblick auf die seit ihrem Anlass verstrichene Zeit, allgemein begreiflich ist.“

⁸⁰ ERNST E. FABRIZY, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Wien, 9. Aufl. 2006, § 115 Rn. 1.

⁸¹ Bundesgesetz vom 5. April 1960, mit dem bestimmte Abzeichen verboten werden (Abzeichengesetz 1960).

“§ 1 (1) Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile einer in Österreich verbotenen Organisation dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt, dargestellt oder verbreitet werden. Als Abzeichen sind auch Embleme, Symbole und Kennzeichen anzusehen.

(2) Das Verbot des Abs. 1 erstreckt sich auch auf Abzeichen, Uniformen und Uniformteile, die aufgrund ihrer Ähnlichkeit oder ihrer offenkundigen Zweckbestimmung als Ersatz eines der in Abs. 1 erwähnten Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile gebraucht werden.

(3) Orden und Ehrenzeichen, die eines der im Abs. 1 oder Abs. 2 erwähnten Embleme aufweisen, dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt werden.

§ 2 (1) Die Verbote des § 1 finden, *wenn nicht das Ideengut einer verbotenen Organisation gutgeheissen oder propagiert wird*, keine Anwendung auf Druckwerke, bildliche Darstellungen, Aufführungen von Bühnen- und Filmwerken sowie Ausstellungen, bei denen Ausstellungsstücke, die unter § 1 fallen, keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung darstellen.“

⁸² Bundesgesetz vom 21. Dezember 1945, womit ein Verbot des Tragens von Uniformen der deutschen Wehrmacht erlassen wird (Uniform-Verbotsgesetz).

⁸³ Il prévoit une amende de 1500 euros, assortie de peines complémentaires, telle l'interdiction de détenir, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation. Des sanctions sont également prévues à l'encontre des personnes morales. Le Tribunal de Grande Instance (TIG) de Paris, statuant en référé a, par ordonnance en date du 22 mai 2000 (D. 2000 IR 172), tiré des conclusions de cet article sur le plan civil. Il a ainsi considéré que l'exposition sur un site internet, en vue de leur vente, d'objets nazis constitue une infraction à la loi française et a enjoint à l'extension française du site de prendre toutes les mesures afin de prévenir tout internaute que ce type de site constitue une infraction et d'interrompre la consultation du site concerné.

⁸⁴ Article 431-21.

solches öffentlich übertragen wird, mit Gefängnis und einer Busse von 15000 Euro bestraft⁸⁵. Zu dieser Busse werden Zusatzstrafen wie Zutrittsverbot zum Austragungsort eines sportlichen Ereignisses oder ein Verbot sich in die Nähe dieses Austragungsorts zu begeben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen⁸⁶. Ist die verurteilte Person ausländischer Herkunft und hat sie ihren Wohnsitz nicht in Frankreich, kann das Gericht eine Einreisesperre für eine maximale Dauer von zwei Jahren aussprechen⁸⁷. Schliesslich stellt das Tragen von Gegenständen, welche die Ehre oder den Ruf einer Person aufgrund ihrer Ethnie, Nationalität, Rasse oder Religion verletzen einen erschwerenden Umstand der Straftat dar⁸⁸.

In *Italien* gibt es keine Strafbestimmungen über den politischen Extremismus im weitesten Sinn, aber eine Palette von Regelungen zur Bekämpfung politischer Parteien oder Gruppierungen mit einem faschistischen oder nationalsozialistischen Hintergrund sowie rassistischer oder ausländerfeindlicher Kundgebungen. Die bestehenden Instrumente wurden 1993 verstärkt, um dem Aufkommen gewalttätiger und von rassistischer Intoleranz geprägter Kundgebungen, namentlich anlässlich sportlicher Anlässe, Einhalt zu gebieten. Das Gesetz von 1993 sah zwei neue Straftatbestände vor: Einerseits geht es um rassistisches Verhalten an einer öffentlichen Versammlung oder das Zurschaustellen von Emblemen oder Symbolen rassistischer Bewegungen in auffälligen Art und Weise und andererseits um den Zutritt zu sportlichen Veranstaltungen mit solchen Emblemen oder Symbolen. Das Tragen rassistischer Symbole, Insignien oder Embleme kann auch Tatbestandsmerkmal anderer Straftatbestände des Strafgesetzbuchs sein: Verherrlichung des Faschismus, Anstiftung zur Verherrlichung des Völkermords und Verbreitung von Ideologien, die auf die Überlegenheit einer Rasse oder auf den Hass anderer wegen ihrer Rasse oder Ethnie gründen sowie die Anstiftung zu rassistischen Taten. Der objektive Tatbestand ist namentlich bei den zwei letztgenannten Straftaten – so der Kassationshof – gegeben, wenn eine Reihe aufschlussreicher Indizien in Form von Worten, Gesten, Zeichen oder Emblemen mit einem eindeutigen Bezug zu Rasse, Nationalität, Hautfarbe usw. vorliegen.

5 Schlussfolgerung

Gegen eine Bestimmung, wie sie die Motion der RK-N verlangt, bestehen zunächst verfassungsrechtliche Bedenken. Eine solche Strafnorm würde zu einer zu weit gehenden Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit führen. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen nämlich nicht nur einer formellgesetzlichen Grundlage (Art. 36 BV), sondern die gesetzliche Grundlage muss auch genügend bestimmt und verhältnismässig sein (vgl. Ziff. 3.2.3.1 und 3.2.3.2). Mit dem von der Motion der RK-N verlangten Bezug dieser Symbole zu einer extremistischen, rassistischen und gewaltverherrlichenden Bewegung, würden Symbole von Gruppierungen verboten, ohne dass diese Gruppierungen selber verboten sind. Gegen eine solche Strafnorm spricht aber auch die Tatsache, dass es aus polizeilicher Sicht keine solche Strafnorm braucht (vgl. Ziff. 3.2.3.3), um Rassismus effizient zu bekämpfen.

Um den Auftrag der Motion der RK-N trotzdem zumindest teilweise zu erfüllen, schlägt der Bundesrat eine Strafnorm vor, die sich auf die öffentliche Verwendung und Verbreitung rassistischer Symbole beschränkt und auf den Bezug dieser Symbole zu einer bestimmten Bewegung verzichtet. Damit wären die geschützten Rechtsgüter wie beim geltenden Artikel 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) die Menschenwürde und der öffentliche Friede. Verwendung und Verbreitung von rassistischen Symbolen sind – wie schon erwähnt (vgl. Ziff. 3.1.1) – nach Artikel 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) bereits heute strafbar, wenn diese eine Ideologie symbolisieren, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung

⁸⁵ Article L. 332-7 du Code du sport.

⁸⁶ Article L. 332-11.

⁸⁷ Articles L. 332-14 et L. 332-15.

⁸⁸ Article 132-76 du Code pénal, modifié par les lois n°2003-88 du 3 février 2003 et n°2004-204 du 9 mars 2004.

von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet ist und dafür in der Öffentlichkeit geworben wird. Neu würde auch die öffentliche Verwendung und Verbreitung von rassistischen Symbolen strafbar, wenn für deren Ideologie im Sinne von Artikel 261^{bis} StGB in der Öffentlichkeit nicht geworben wird. Mit dieser auf rassistische Symbole beschränkten Strafnorm würde der bei der Bekämpfung der Rassendiskriminierung mit Artikel 261^{bis} StGB eingeschlagene Weg weiterverfolgt. Ferner würde die Meinungsäusserungsfreiheit mit der neuen Strafnorm zwar eingeschränkt, aber in einem verhältnismässigen Rahmen und auch gesetzestechnisch konsequent. Diese Einschränkung würde mit der vorgeschlagenen Strafnorm auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen.

6 Strafnorm betreffend die öffentliche Verwendung rassistischer Symbole

6.1 Vorgeschlagener Gesetzestext

Strafgesetzbuch

Art. 261^{ter} VE-StGB Verwendung rassistischer Symbole

1. Wer rassistische Symbole, insbesondere Symbole des Nationalsozialismus, oder Abwandlungen davon, wie Fahnen, Abzeichen, Embleme, Parolen oder Grussformen, oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen, öffentlich verwendet oder verbreitet,

wer derartige Symbole oder Abwandlungen davon, oder derartige Gegenstände, zur öffentlichen Verwendung oder Verbreitung herstellt, lagert, ein-, durch- oder ausführt,

wird mit Busse bestraft.

2. Die Gegenstände werden eingezogen.

3. Die Ziffern 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn die öffentliche Verwendung oder Verbreitung der Symbole oder Gegenstände schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Zwecken dient.

6.2 Systematische Einordnung

Geschützte Rechtsgüter des neuen Artikels 261^{ter} VE-StGB sind wie beim geltenden Artikel 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) die Würde des Menschen und der öffentliche Friede. Wer öffentlich rassistische Symbole, namentlich Symbole des Nationalsozialismus oder Abwandlungen davon verwendet oder verbreitet, verletzt die Menschenwürde. Geht es doch darum, Angehörige einer Rasse, Ethnie oder Religion öffentlich zu diskriminieren. Diese Form der Rassendiskriminierung stellt aber auch eine Gefährdung des öffentlichen Friedens dar. Deshalb wird vorgeschlagen, Artikel 261^{ter} VE-StGB im Anschluss an Artikel 261^{bis} im zwölften Titel des StGB zu platzieren.

6.3 Was sind rassistische Symbole, Abwandlungen davon oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten?

Zum Begriff "Symbole" gehören nicht nur Fahnen, Abzeichen usw., sondern auch nichtkörperliche Symbole wie der Hitlergruss oder andere Gruss- oder Ausdrucksformen. Was sind rassistische Symbole? Dass die aus der Zeit des Nationalsozialismus stammenden und bekannten Symbole wie das Hakenkreuz (auch seitenverkehrt) oder die Sigrunen, insbesondere die Doppelsigrune als Zeichen der SS, oder der Hitlergruss unter den Begriff "rassistische

Symbole" fallen, dürfte weit gehend unbestritten sein. Als von der neuen Norm anvisierter Hauptanwendungsfall werden diese auch ausdrücklich im neuen Artikel 261^{ter} VE-StGB genannt. Artikel 261^{ter} VE-StGB nennt auch *Gegenstände*, die rassistische Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten. Zu denken ist dabei z.B. an die Abbildung eines Symbols auf einer CD/DVD-Hülle oder einem Buchumschlag. Es könnte beispielsweise auch eine Büste des "Führers", eine Armbinde mit Hakenkreuz oder ein auf ein Kleidungsstück aufgenähtes Emblem sein. Der Normtext nennt auch ausdrücklich *Abwandlungen* davon. Es geht dabei um jene Symbole, die den zurzeit als klar rassistisch bekannten Symbolen (Hakenkreuz, Hitlergruss) ähnlich sind oder in rechtsextremen Kreisen als Ersatz verwendet werden, wie z.B. der so genannte Kühnengruss. Dieser ist eine Abwandlung des Hitlergrusses. Bei rechtsextremen Auftritten wird oft auch der erhobene rechte Arm mit den drei gespreizten Fingern, wie er vom Rütlichswur her bekannt ist, anstelle des Kühnen- oder Hitlergrusses verwendet. Diese Zeichen gilt es künftig auch zu erfassen, wenn sie öffentlich und in einem rassistischen Kontext verwendet werden.

Problematischer dürfte es sein, wenn Symbole für Gleichgesinnte eine Bedeutung haben, sich ihr Sinn aber Aussenstehenden verschliesst. In diesen Zusammenhang gehört z.B. der "Skinhead-Look"⁸⁹. Dazu gehören Kurzhaar-Frisur, Kampfstiefel, Bomberjacke sowie Pullover oder T-Shirt z.B. der Londoner Sportbekleidungs-Marke "Lonsdale" als Zeichen einer nationalistischen Gesinnung. Der Grund der Verwendung der Marke "Lonsdale" liegt darin, dass sich im Namen "Lonsdale" die Buchstabenkombination "nsda" findet, die als Anspielung auf die deutsche NSDAP (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei) verstanden werden kann. Es versteht sich von selbst, dass das Verwenden solcher Symbole für sich allein noch nicht rassistisch ist. Zumal wie hier am Beispiel "Lonsdale" keine Verbindung zwischen dem seit 1909 existierenden Firmennamen und der NSDAP ausgemacht werden kann. Das Gleiche gilt für folgende Zeichen: Zahlendarstellungen wie 88 für "Heil Hitler" (8 steht für den 8. Buchstaben des Alphabets), 18 (Adolf Hitler), 14 (Synonym für die 14 Worte "We must secure the existence of our people and a future for white children") usw. Der unbefangene Dritte weiss nicht, falls er diese Symbole überhaupt wahrnimmt, was diese bedeuten. Es könnte sich ja um Zahlen handeln, die von bekannten Sportlern auf ihren Trikots getragen werden. Die gleichen Schwierigkeiten ergeben sich auch bei den diversen Symbolen der sogenannten neo-paganistischen Szene⁹⁰. Auch die Haltung der Finger eines erhobenen Arms z.B. darf für sich allein noch nicht über die Strafwürdigkeit entscheiden. In solchen Fällen ist bei der Beurteilung der Strafbarkeit immer auch der Gesamtkontext massgebend. So hat das Bundesgericht in BGE 133 IV 323 in diesem Zusammenhang entschieden: "Der Beschwerdeführer und sein Mittäter waren nach dem Gesamteindruck, den sie durch ihre Aufmachung..." (sie trugen eine schwarze Jacke, einen grauen Pullover auf dem in grosser Schrift die Marke "Lonsdale" aufgenäht war) "...vermittelten für einen unbefangenen durchschnittlichen Dritten schon aus wenigen Metern Entfernung nicht mehr als "Neonazis" beziehungsweise als "Rechtsextreme" erkennbar. In Anbetracht der gesamten Umstände erscheinen die beiden Vorfälle für einen unbefangenen durchschnittlichen Dritten nicht klar erkennbar als rassistische Akte, durch welche die Opfer wegen ihrer Rasse als minderwertige Menschen hingestellt werden sollten".

⁸⁹ Wobei die Skinhead-Szene äusserst heterogen ist und sich z.B. die traditionellen Skinheads von den sogenannten "Boneheads" (eine Bezeichnung für rassistische Skinheads) deutlich distanzieren. Diese Unterschiede sind für Laien jedoch schwer zu erkennen. Siehe zum Ganzen die gute Einführung von KLAUS FARIN / EBERHARD SEIDEL-PIELEN, *Skinheads*, 5. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 2002.

⁹⁰ Unter Neo-Paganismus oder Neuheidentum versteht man neuzeitliche Formen des Heidentums, deren Anhänger sich auf vorchristliche Traditionen berufen. Meist ohne eindeutige Zuordnung zur rechtsextremen Szene. Zum Neo-Paganismus siehe: ANDREAS SPEIT (Hrsg.), *Ästhetische Mobilisierung, Dark-Wave, Neofolk und Industrial im Spannungsfeld rechter Ideologien*, Münster 2001; RICHARD FABER / RENATE SCHLESIER (Hrsg.), *Die Restauration der Götter, Antike Religion und Neo-Paganismus*, Würzburg 1986; Forum der u.a. neo-paganistischen Szene in Deutschland abrufbar unter: <<http://www.paganforum.de>>.

Damit obliegt der Entscheid, ob solche Symbole rassistisch sind, weitgehend dem Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. In den Graubereichen werden deswegen juristische Auseinandersetzungen nicht zu vermeiden sein. Auf einen gesetzlichen Katalog – als mögliche Variante der unter die Strafnorm fallenden Symbole – wird verzichtet, da ein solcher der Realität stets nachhinken und einer kontinuierlichen Anpassung unterliegen würde. Auch in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot (siehe Ziff. 3.2.3.1) wäre ein solches Vorgehen bedenklich. Zur Erleichterung und zugleich Gewährleistung einer rechtsgleichen Anwendung der Strafnorm beabsichtigt der Bundesrat, den Dienst für Analyse und Prävention (DAP) bzw. ab 2010 das neue nachrichtendienstliche Bundesamt im eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) zu beauftragen, z.Hd. der Kantone ein laufend zu aktualisierendes Verzeichnis über rechtskräftig beurteilte Sachverhalte zu Symbolen im Sinne von Artikel 261^{ter} VE-StGB zu führen. Dies bedingt, dass Artikel 1 Ziffer 9 der Verordnung vom 10. November 2004 über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide⁹¹ in dem Sinne ergänzt wird, dass die Kantone verpflichtet werden, gestützt darauf dem VBS sämtliche Urteile, Strafentscheide der Verwaltungsbehörden und Einstellungsbeschlüsse zu Artikel 261^{ter} VE-StGB mitzuteilen. Dies hätte zudem den positiven Nebeneffekt, dass damit gleichzeitig auch die mit der vorliegenden Gesetzesänderung angestrebte öffentliche Ächtung solcher Symbole noch verstärkt würde.

6.4 Öffentliches Verwenden oder Verbreiten rassistischer Symbole, Abwandlungen davon oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten (Ziff. 1 Abs. 1)

Um unnötige Auslegungs- oder Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, wird in Ziffer 1 Absatz 1 von Artikel 261^{ter} VE-StGB statt einer auf Vollständigkeit bedachten Liste von Tathandlungen die öffentliche *Verwendung* oder *Verbreitung* rassistischer Symbole, Abwandlungen davon oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten genannt.

"Verwenden" bedeutet im vorliegenden Zusammenhang tragen, anpreisen, anbieten, zeigen, ausstellen oder sonst wie zugänglich machen⁹². Es ist in der Tat nicht einzusehen, welche Bedeutung z.B. ein öffentliches Zeigen haben könnte, das sich vom öffentlichen Ausstellen unterscheiden würde. So dürfte es fraglich sein, ob es sich beim Anbringen eines Hakenkreuzes z.B. auf dem eigenen öffentlich sichtbaren Briefkasten um ein Ausstellen oder ein Zeigen handelt. Mit der vorliegenden Formulierung fallen solche subtilen und zum Teil rein theoretischen Unterscheidungen weg. "Verwenden" bedeutet ein öffentliches Benutzen von Symbolen, die ein rassistisches Bekenntnis darstellen.

"*Verbreiten*" bedeutet die elektronische, mündliche oder schriftliche Weitergabe z.B. durch Vorlesen, Abspielen, Anschlagen, Ausstellen, Verteilen oder Verkaufen der genannten Symbole oder Gegenstände an einen öffentlichen Adressatenkreis, ohne das nach geltendem Recht in Absatz 2 von Artikel 261^{bis} StGB verlangte werbende Element. Damit würde auch das gruppeninterne Grüssen mit dem Hitlergruss unter Gleichgesinnten, wenn es in der Öffentlichkeit geschieht, strafbar.

Der Begriff "*öffentlich*" wird vom Bundesgericht in BGE 130 IV 111 definiert. In diesem Urteil ging es um einen Vortrag über die Entstehung der SS und der Waffen-SS der in einer Waldhütte vor 40 bis 50 eingeladenen Personen aus der Skinhead-Szene abgehalten wurde. Das Bundesgericht hat dieser Veranstaltung den privaten Charakter abgesprochen und dabei den Kreis privater Versammlungen, in deren Rahmen man sich rassistische Äusserungen ohne strafrechtliche Folgen erlauben kann, allgemein enger gezogen. Nach diesem Urteil gelten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen ge-

⁹¹ SR 312.3.

⁹² Vgl. dazu auch: § 86a deutsches StGB.

prägten Umfeld erfolgen⁹³. Eine Pönalisierung des privaten Verwendens rassistischer Symbole im Sinne von Artikel 261^{ter} VE-StGB wäre als ein zu schwerer und damit zu weit reichender Eingriff in die Grundrechte der persönlichen Freiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit abzulehnen.

6.5 Herstellung, Lagern, Ein-, Durch- oder Ausfuhr zur öffentlichen Verwendung oder Verbreitung von rassistischen Symbolen, Abwandlungen davon oder Gegenständen, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten (Ziff. 1 Abs. 2)

Absatz 2 von Ziffer 1 erfasst das Herstellen, Lagern und die Ein-, Durch- oder Ausfuhr zur öffentlichen Verbreitung oder Verwendung von rassistischen Symbolen und Gegenständen im Sinne des Absatzes 1.

"Herstellen" bedeutet Anfertigen der im neuen Artikel 261^{ter} VE-StGB genannten Symbole. Hersteller ist zunächst, wer solche Symbole originär erzeugt, z.B. eine Fahne oder ein Video produziert, das die in Artikel 261^{ter} VE-StGB verpönten Darstellungen enthält. Ein Herstellen liegt darüber hinaus nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber auch vor, wenn von entsprechenden Vorlagen weitere inhaltlich identische Gegenstände angefertigt werden. Etwa durch blosses Vervielfältigen oder Kopieren, bzw. Duplizieren oder wenn durch Eingriffe in die Vorlage wie Vergrösserungen, andere inhaltliche Bildverarbeitungen, Kollagen usw. neue, andersartige Gegenstände hervorgebracht werden. Unerheblich ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, auf welche Weise ein bestehendes Werk technisch kopiert wird. Eine auf Dauer ausgerichtete, gezielt vorgenommene elektronische Speicherung eines Werks auf der Festplatte eines PC, einer Diskette, einer CD-Rom, DVD oder auf anderen Datenträgern, ist eine Herstellungshandlung. Genau so wie etwa das Einscannen und Abspeichern von Bildern. Das trifft auch auf das aktive Herunterladen zu. Herstellen umfasst insofern das gesamte von Menschen bewirkte Geschehen, das ein im Tatbestand umschriebenes Endprodukt zur öffentlichen Verbreitung oder Verwendung hervorbringt⁹⁴.

Unter den Begriff *"Lagern"* fällt jedes Aufbewahren oder Vorrätighalten von strafbaren Symbolen in der Absicht, diese öffentlich zu verwenden oder zu verbreiten. Diese Absicht dürfte allerdings in der Praxis meist schwer zu beweisen sein.

"Einfuhr" ist jedes Verbringen eines Symbols in die Schweiz. Umgekehrt ist *"Ausfuhr"* jedes Verbringen eines Symbols aus der Schweiz. Die Durchfuhr ist das Befördern von rassistischen Symbolen durch das Zollgebiet der Schweiz. Die Einfuhr zum privaten Gebrauch soll straflos bleiben. Die Einfuhr von mehreren identischen Symbolen stellt allerdings ein gewichtiges Indiz für eine öffentliche Verwendung oder Verbreitung dar.

6.6 Strafdrohung (Ziff. 1 Abs. 3)

Um der mit einer solchen Strafnorm anvisierten generalpräventiven Wirkung – aber auch der gesellschaftlichen Ächtung derjenigen, die gegen diese Norm verstossen – Nachachtung zu verschaffen, erachtet der Bundesrat eine Ausgestaltung der neuen Strafnorm als *Übertre-*

⁹³ Aufgrund dieses Urteils wurde die Befürchtung laut, dass Artikel 261^{bis} StGB künftig auf Stammtischrunden Anwendung finden werde. Der Bundesrat ist aber davon überzeugt, dass auch nach dieser neuen Rechtsprechung rassistische Äusserungen am Stammtisch weiterhin nicht strafbar sind, so lange sie nicht problemlos von Dritten wahrgenommen werden. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil betont, dass eine gemeinsame Gesinnung der Teilnehmer den öffentlichen Charakter einer Veranstaltung im Sinne von Artikel 261^{bis} StGB nicht auszuschliessen vermag. Denn Artikel 261^{bis} StGB will gerade auch verhindern, dass sich rassistisches Gedankengut in Zirkeln die ihm zuneigen weiter verfestigt und ausweitet.

⁹⁴ Vgl. BGE 131 IV 16.

tung, d.h. mit Busse⁹⁵ bedroht, als angemessen. Damit soll auch ein Einschreiten der Strafbehörden ermöglicht werden, das die Betroffenen nicht unverhältnismässig stigmatisiert und zu einer Abkehr von der Szene bewegen soll.

Vom thematischen Kontext zur geltenden Strafnorm der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) wäre zwar auch eine Ausgestaltung als Vergehen eine denkbare Möglichkeit. Dagegen spricht aber, dass im Vergleich zur Schwere des Unrechts in Artikel 261^{bis} StGB klar minderes Unrecht vorläge und dass die überwiegende Mehrheit der Vernehmlasser im Jahre 2003 der Ausgestaltung als Übertretung bereits zugestimmt hat. Auch würde der relativ hohe Strafraum der Bildung von Märtyrern Vorschub leisten. Die Bestrafung als Vergehen für ein Delikt mit doch relativ geringem Unrechtsgehalt (z.B. öffentliches Tragen eines Abzeichens) und die damit verbundene Stigmatisierung (u.a. mittels Strafregistereintrag) käme in dieser Szene u.U. einem Ritterschlag gleich.

6.7 Einziehung der Gegenstände (Ziff. 2)

Voraussetzung der Sicherungseinziehung nach Artikel 69 StGB bildet eine Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sind die Gegenstände die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder dazu bestimmt waren, obligatorisch einzuziehen. Einziehungsbestimmungen des Besonderen Teils des StGB, wie auch entsprechende Bestimmungen des Nebenstrafrechts, gehen der allgemeinen Bestimmung von Artikel 69 StGB vor. Der Unterschied besonderer Einziehungsbestimmungen zu Artikel 69 StGB – wie vorliegend in Ziffer 2 vorgeschlagen – liegt darin, dass keine konkrete Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung nachgewiesen werden muss. Eine Gefährdung der Rechtsordnung wird vom Gesetz vermutet und die Gegenstände müssen unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. Als Voraussetzung für die Einziehung genügen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat. Die vorgeschlagene Regelung entspricht weitgehend jener von Artikel 197 Ziffer 3 StGB (“harte“ Pornografie). Während die Beschlagnahme als strafprozessuale Massnahme den Strafverfolgungsbehörden obliegt, muss die Einziehung vom Strafrichter verfügt werden.

6.8 Schutzwürdige kulturelle oder wissenschaftliche Zwecke (Ziff. 3)

Nicht strafbar sollen die in Ziffer 1 genannten Tathandlungen sein, wenn die Verwendung oder Verbreitung der Symbole *oder* Gegenstände *schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Zwecken* dient.

Dabei wird der Begriff “kulturell“ wie bei den Artikeln 135 und 197 StGB als Oberbegriff verstanden. Er erfasst die Gesamtheit der geistigen, künstlerischen, politischen, literarischen, historischen, religiösen und zeitgeschichtlichen Lebensäusserungen⁹⁶. Der kulturelle Zweck kann sich demnach z.B. aus einem informativen (z.B. Kriegsberichterstattung), dokumentarischen (z.B. Aufbewahrung verschiedener Symbole aus der Nazi-Zeit), historischen (z.B. Darstellung des Hitlergrusses), moralischen (z.B. Ausstiegshilfen aus der Szene) oder religiösen (z.B. Darstellung der Swastika im Buddhismus) Gehalt ergeben. Im Übrigen erfüllen auch z.B. Kriegsfilme, in denen die Schauspieler aus Authentizitätsgründen rassistische Symbole tragen, einen kulturellen Zweck. Problematisch könnten aber Darstellungen von solchen Symbolen in Spielfilmen oder auf Schallplattenhüllen sein, welche der blossen Unterhaltung dienen und im historischen Kontext nicht notwendig sind. Denkbar ist z.B. dass in einem Spielfilm eine Rockerbande Hakenkreuz-Armbinden trägt⁹⁷.

⁹⁵ Vgl. dazu Artikel 103 ff. StGB.

⁹⁶ AB 1989 N 723; AB 1990 N 2330 f.

⁹⁷ So z.B. im Spielfilm “Mad Foxes“, einer Schweizer B-Produktion aus dem Jahr 1981, ursprünglich im Verleih von Erwin C. Dietrich; In der Folge “Schablonen der Gewalt“ der zweiten Staffel der TV-Serie “Raumschiff Enterprise von 1968 sind u.a. die Schauspieler William Shatner (als Kirk) und

Der wissenschaftliche Wert hängt von der Verwendung oder Verbreitung der in Ziffer 1 genannten Symbole für Lehre und Forschung ab. Die Beurteilung muss nach objektiven Kriterien erfolgen. In diesen Fällen ist auch eine Einziehung nach StGB ausgeschlossen. Diese Bestimmung entspricht Artikel 135 Absatz 1 (Gewaltdarstellungen) und Artikel 197 Ziffer 5 (Pornografie) StGB. Auch rechtmässiges Handeln im Rahmen der Amts- oder Berufspflichten ist nicht strafbar (vgl. Art. 14 StGB). Dies trifft z.B. für Aktivitäten im Rahmen eines amtlichen Internet-Monitorings zu.

Wie bei Revisionen des bürgerlichen Strafgesetzbuchs mit Parallelnormen im MStG üblich, wäre auch im vorliegenden Fall das MStG entsprechend zu ändern.

7 Militärstrafgesetz (MStG)

7.1 Vorgeschlagener Gesetzestext

Militärstrafgesetz

Art. 171d VE-MStG Verwendung rassistischer Symbole

1. Wer rassistische Symbole, insbesondere Symbole des Nationalsozialismus, oder Abwandlungen davon, wie Fahnen, Abzeichen, Embleme, Parolen oder Grussformen, oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen, öffentlich verwendet oder verbreitet,

wer derartige Symbole oder Abwandlungen davon, oder derartige Gegenstände, zur öffentlichen Verwendung oder Verbreitung herstellt, lagert, ein-, durch- oder ausführt,

wird mit Busse bestraft.

In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.

2. Die Gegenstände werden eingezogen.

3. Die Ziffern 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn die öffentliche Verwendung oder Verbreitung der Symbole oder Gegenstände schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Zwecken dient.

7.2 Erläuterungen zu Artikel 171d VE-MStG

Das Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927⁹⁸ (MStG) würde durch einen neuen Artikel 171d VE-MStG ergänzt, dessen Inhalt mit demjenigen des neuen Artikels 261^{ter} VE-StGB praktisch identisch wäre. Für die Erläuterungen kann deshalb auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Der einzige Unterschied betrifft die Sanktionen (Art. 171d VE-MStG Ziff. 1 Abs. 4). In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung⁹⁹. Artikel 171c Absatz 2 MStG sieht diese Möglichkeit auch schon vor, weshalb sich diese Lösung als Konsequenz bei noch leichteren Fällen aufdrängt. Kann direkt disziplinarisch bestraft werden, so erfolgt die Reaktion rascher als durch ein Gerichtsverfahren. Besteht Ungewissheit darüber, ob eine Handlung

Leonard Nimoy (als Spock) in SS-Uniformen zu sehen; Hülle der 1. LP "Motörhead" von 1977 der Hardrock-Band "Motörhead", hier befindet sich bei u.a. der englischen und deutschen Erstpresung ein kleines Hakenkreuz auf dem Zacken eines Wehrmachtshelms, welcher von dem auf der Hülle abgebildeten monströsen Schädel getragen wird. Man wäre dann gefordert zu entscheiden, welche Filme und welche Musik einem schutzwürdigen kulturellen Zweck entsprechen.

⁹⁸ SR 321.0.

⁹⁹ Artikel 180 ff. MStG.

disziplinarisch oder militärgerichtlich zu erledigen sei, ist ein militärgerichtliches Untersuchungsverfahren und eine vorläufige Beweisaufnahme gemäss Artikel 102 Absatz 1 Buchstabe b Militärstrafprozess vom 23. März 1979¹⁰⁰ (MStP) anzuordnen. Die grosse Mehrheit der Straftatbestände im Militärstrafgesetz, einschliesslich sämtlicher drei Übertretungsstrafatbestände¹⁰¹ sieht für leichte Fälle die disziplinarische Bestrafung vor.

¹⁰⁰ SR 322.1.

¹⁰¹ Artikel 83 MStG (Fahrlässiges Militärdienstversäumnis); Artikel 84 MStG (Missachten eines Aufgebots zum Militärdienst); Artikel 159a MStG (Sexuelle Belästigungen).