

Aus:

M. A. Niggli. *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB*
Zürich: Schulthess 1996

Abs. 5 – Leistungsverweigerung

⁵ wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert,

⁵ celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage publique,

⁵ chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia o religione, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico,

- 1 Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ergänzt die übrigen Regelungen von Art. 261^{bis} StGB dahingehend, dass die idealtypische Rassendiskriminierung (BOTSCHAFT, 1992: 314), also die Verweigerung einer gleichberechtigten und gleichwertigen Rechtsposition aufgrund rassistischer Motive, unter Strafe gestellt wird. Im Vorschlag KUNZ (1992: 167) wird keine korrespondierende Regelung erwähnt, wohl weil der Autor einer strafrechtlichen Erfassung derartiger Sachverhalte grundsätzlich kritisch gegenübersteht und verwaltungsrechtliche Bestimmungen für ausreichend hält (KUNZ, 1992: 164 f.; wohl zustimmend STRATENWERTH, 1995b: 171 f.; vgl. dagegen BOTSCHAFT, 1992: 314 f.).
- 2 Erwähnung fand die Diskriminierung hingegen sowohl im Vorentwurf als auch im Entwurf. In beiden Fassungen wurde allerdings, was heute mit der «Verweigerung einer angebotenen Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» umschrieben wird, als «Verweigerung bzw. Verweigerung einer öffentlich angebotenen Dienstleistung» (Art. 261^{bis} Ziff. 2 VE-StGB und Art. 261^{bis} Abs. 5 Entwurf-StGB) bezeichnet, wobei die Entwurfsfassung die Strafbarkeit zusätzlich dahingehend einschränkte, dass nur Tathandlungen erfasst sein sollten, die «in Ausübung der beruflichen Tätigkeit» vorgenommen wurden (Art. 261^{bis} Abs. 5 Entwurf-StGB; BOTSCHAFT, 1992: 314 f.). Diese Einschränkung ist im heute gültige Gesetzestext wieder aufgegeben worden. Die Änderung der Formulierung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB im Vergleich zu Vorentwurf und Entwurf ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil aufgrund des heute gültigen Gesetzestextes nicht klar ist, welche Leistungen genau erfasst sind (vgl. etwa STRATENWERTH, 1995b: 172, der den heute gültigen Text im Vergleich zur Entwurfsfassung als *möglicherweise* enger zu interpretieren sieht).
- 3 Die Einführung einer Strafbestimmung hinsichtlich der Leistungsverweigerung scheint primär auf Zweckmässigkeitsüberlegungen bzgl. einer einheitlichen Anwendung der RDK in den Kantonen zurückzuführen zu sein (BOTSCHAFT, 1992: 315; dazu kritisch STRATENWERTH, 1995b: 172 und KUNZ 1992: 164 f.). Strafbarkeit entsprechender Handlungen wird von der RDK jedenfalls – wie STRATENWERTH (1995b: 172) korrekt feststellt – nicht zwingend verlangt (vgl. dazu allerdings CERD-Ausschuss A/48/18 [1993]: 102 Nr. 432). Insbesondere der von der BOTSCHAFT (1992: 314) angeführte Art. 5 lit. f RDK verlangt – was die BOTSCHAFT auch bemerkt – keine Strafbestimmung. Umgekehrt gilt es allerdings festzuhalten, dass die Leistungsverweigerung nicht etwa nur einen unbedeutenden, untergeordneten Aspekt von Rassendiskriminierung darstellt, wie manch einer vermuten könnte. Dass eine

derartige Vermutung überhaupt entstehen kann, erscheint aufgrund des immer wieder geltend gemachten, vorliegend abgelehnten Rechtsgutes des öffentlichen Friedens durchaus konsistent (N 112 ff.). Durch die Leistungsverweigerung gegenüber einzelnen Personen oder Gruppen ist besagter Friede tatsächlich schwer zu gefährden, es sei denn die betreffende Gruppe sei besonders zahlreich. Entsprechend hat etwa die deutsche Lehre und Rechtsprechung, nicht zuletzt aufgrund der dogmatischen Konstruktion von § 130 D-StGB, enorme Schwierigkeiten bewiesen, das «einfache» Lokalverbot strafrechtlich überhaupt zu fassen (N 1177 ff.).

- 4 Entgegen dieser – aus der Perspektive des öffentlichen Friedens als geschütztem Rechtsgut – durchaus konsistenten Position ist indes festzuhalten, dass die Leistungsverweigerung nicht einen unbedeutenden Nebenaspekt, sondern geradezu den Idealtypus der Rassendiskriminierung darstellt. Entsprechend hat der CERD-Ausschuss z.B. Deutschland aufgrund seiner Praxis zum Lokalverbot bereits mehrfach ermahnt, Abhilfe zu schaffen (N 1177 f.). Der CERD-Ausschuss hat auch mehrfach darauf hingewiesen, dass – entgegen der von der BOTSCHAFT (1992: 314) und einem Grossteil der Literatur (ROM, 1995: 142 f; MÜLLER, 1994: 257; GUYAZ, 1996: 289 ff. und MÜLLER, 1996: 666) vertretenen Ansicht – rassendiskriminierende Leistungsverweigerungen bzw. Diskriminierungen auch im Privatbereich grundsätzlich der Konvention unterfallen (CERD-Ausschuss: A/44/18 [1990]: 63 Nr. 306 und A/48/18 [1993]: 102 ff. Nr. 432 und Nr. 447 beide Male im Hinblick auf Deutschland). Dass also die RDK nicht zwingend die Verpflichtung aufstellt, eine entsprechende Strafnorm einzuführen, bedeutet grundsätzlich nicht, dass damit die betroffenen Sachverhalte von der RDK nicht erfasst würden.

Leistung

- 5 Das Gesetz selbst spezifiziert klugerweise nicht weiter, was mit der «Leistung», die für die Allgemeinheit bestimmt ist, gemeint sei. Grundsätzlich muss gelten, dass in der Tat auf den Charakter oder den Inhalt der Leistung selbst nichts ankommen kann, sofern diese Leistung nur für die Allgemeinheit bestimmt ist und einer bestimmten Person oder Gruppe von Personen aufgrund rassistischer Motive (also wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer von Art. 261^{bis} StGB geschützten Gruppe) verweigert wird. Unbeachtlich ist insbesondere, ob es sich bei der in Frage stehenden Leistung um eine Waren- oder eine Dienstleistung handelt.
- 6 Entsprechend sind von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfasst sämtliche Waren- oder Dienstleistungsangebote an die Öffentlichkeit, inklusive der Vermittlung solcher Leistungen (vgl. BOTSCHAFT, 1992: 314; ROM, 1995: 142 f.; MÜLLER, 1994: 257) wie z.B.
 - 7 • im Sektor des Gastgewerbes (Restaurants, Bars, Kaffees, Hotels etc.),
 - 8 • im Freizeit- und Unterhaltungssektor (Kinos, Theater, Discotheken, Parkanlagen, Schwimmbäder etc.),
 - 9 • im Transportbereich (öffentliche Verkehrsmittel jeglicher Art), aber auch
 - 10 • im Bereich des öffentlichen Waren- oder Dienstleistungsangebots (Warenhäuser, Detailgeschäfte, Banken, Wohnungs- oder Arbeitsvermittlung etc.), und schliesslich
 - 11 • im Bildungssektor (Ausstellungen, Museen, Bibliotheken, Schulen, Kindergärten, Spezialisierungs- und Weiterbildungsangebote wie etwa Sprachkurse etc.).
- 12 Die BOTSCHAFT (1992: 314) will diesem Katalog insbesondere auch das Arbeitsstellenangebot unterstellt wissen, was im Rahmen der parlamentarischen Beratungen kontrovers diskutiert wurde (vgl. NATIONALRAT, 1992: 2663, 2665 f.; STÄNDERAT, 1993: 98 ff.) und heute von der Lehre z.T. abgelehnt wird (vgl. ROM, 1995: 142 f; MÜLLER, 1994: 257; GUYAZ, 1996: 289 ff. und MÜLLER, 1996: 666). Ohne hier bereits auf diese Frage einzugehen (N 1053 ff.), muss der Begriff der «Leistung» ausgehend von dieser Problematik kurz erörtert werden.

- 13 An sich ist schwer einzusehen, wie das «Arbeitgeben» als «Leistung» verstanden werden könnte, ist es doch im allgemeinen der Arbeitnehmer, der eine Leistung erbringt und gerade nicht der Arbeitgeber. Zwar könnte das Schaffen oder Erhalten von Arbeitsstellen insbesondere im Hinblick auf die gegenwärtige soziale Befindlichkeit bereits als «Leistung» angesehen werden, doch dürfte offensichtlich sein, dass es sich hierbei nicht um eine Leistung handelt, die an konkrete Individuen erbracht wird, sondern vielmehr um eine gesamtgesellschaftliche, makroökonomische, für eine wirtschaftlich kooperierende Gruppe als Ganzes bedeutsame «Leistung».
- 14 Auf der menschenrechtlich bedeutsamen Ebene des einzelnen Individuums hingegen ist eine Leistung des Arbeitgebers im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nur schwer auszumachen. Dieser entschädigt üblicherweise die durch den Arbeitnehmer erbrachte Leistung mit einer bestimmten Summe Geldes (Art. 319 OR). Stellt man nun die Bezahlung des Lohnes durch den Arbeitgeber in den Kontext der vorerwähnten «Leistungen» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB, so dürfte ohne weiteres einsichtig sein, dass es sich bei den angeführten Beispielen sämtlich *nicht* um die Auszahlung einer bestimmten Summe Geldes handelt und dass dementsprechend die Leistung eines Arbeitgebers (sein Bezahlen einer erbrachten Arbeitsleistung) nicht den erwähnten, von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfassten «Leistungen» entspricht, sondern vielmehr der Inanspruchnahme dieser Leistungen. Wollte man also das Anbieten einer Arbeitsstelle den von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfassten Leistungen annähern, so käme klarerweise der Arbeitgeber nicht als Diskriminierender, sondern als Diskriminierter in Betracht.
- 15 Hingewiesen sei aber darauf, dass der CERD-Ausschuss wiederholt betont hat, der Sachverhalt, dass ein privatrechtlicher Arbeitgeber eine rassendiskriminierende Einstellungspraxis pflege, unterfalle grundsätzlich dem Anwendungsbereich der Konvention (vgl. etwa CERD-Ausschuss A/44/18 [1990]: 63 Nr. 306). Zudem hat er z.B. Deutschland anlässlich seines Berichtes im Jahre 1993 (CERD-Ausschuss A/48/18: 102 Nr. 432) explizit aufgefordert, Strafnormen für rassendiskriminierendes Verhalten im Privatbereich aufzustellen.
- 16 Hingewiesen sei auch darauf, dass im Laufe der gesamten parlamentarischen Beratungen (vgl. NATIONALRAT, 1992: 2663, 2665 f.; STÄNDERAT, 1993: 98 ff.) der Begriff der «Leistung» keine Diskussionen im obigen Sinne auslöste, und dass sämtliche Voten davon ausgingen, dass grundsätzlich das öffentliche Angebot einer Arbeitsstelle als «Leistung» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB zu verstehen sei. Entsprechend richteten sich die Diskussionen darum, ob Stellenangebote von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfasst seien, auf den Passus «für die Allgemeinheit bestimmt».
- 17 Damit dürfte ausser Frage stehen, dass sowohl nach internationalem (CERD-Ausschuss), als auch nach nationalem Verständnis, unter «Leistung» jedes Angebot einer zweiseitigen Vertragsbeziehung zu verstehen ist.

Für die Allgemeinheit bestimmt

- 18 Die Verweigerung einer Leistung wird von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nur erfasst, wenn die Leistung für die Allgemeinheit bestimmt ist. Das ist deshalb selbstverständlich, weil bei Leistungen, die nicht einer grösseren Öffentlichkeit angeboten werden, Diskriminierung im Sinne der RDK (N 732 ff., insbesondere N 741 ff., sowie N 948 ff.) gar nicht möglich erscheint, denn diese setzt ja ein ungleiches Werten verschiedener Personen oder Gruppen von Personen voraus. Allerdings stellt sich die Abgrenzung von Leistungen, die von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfasst werden, gegenüber denjenigen, bei denen dies nicht der Fall ist, durchaus schwierig dar und hat in den parlamentarischen Beratungen ebenso wie in der Lehre einige Unsicherheit und Auseinandersetzungen bewirkt (BOTSCHAFT, 1992: 314 f.; REHBERG, 1996: 188 f.; STRATENWERTH, 1995b: 172; ROM, 1995: 142 f.; MÜLLER, 1994: 257; GUY-AZ, 1996: 285 ff.; MÜLLER, 1996: 666).

- 19 Vorweg erwähnt sei, dass die kontroversen Diskussionen zumindest teilweise einen Sturm im Wasserglas darstellen, weil häufig ein Nachweis rassendiskriminierender Leistungsverweigerung an Beweisproblemen scheitern wird (ebenso STRATENWERTH, 1995b: 172 f. und wohl auch STÄNDERAT, 1993: 98 f. [Carlo Schmid; alt-Bundesrat Felber]), ganz unabhängig davon, ob man nun einzelne Vertragsverhältnisse der Strafandrohung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB unterstellt wissen will oder nicht.
- 20 Dass die Frage danach, ob nun eine für die Allgemeinheit bestimmte Leistung vorliegt, dennoch bedeutsam ist, liegt zum einen daran, dass insbesondere den Untersuchungsbehörden klare Unterscheidungskriterien an die Hand zu geben sind, wann überhaupt ein Untersuchungsverfahren einzuleiten ist und wann nicht. Zum andern ist die Frage deshalb bedeutsam, weil die Definition eines rechtlichen Konzeptes wie z.B. des Begriffes der «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» üblicherweise wiederum Auswirkungen im gesellschaftlichen Alltag hat. So wird etwa die Tatsache, dass bestimmte Verhaltensweisen nur schwer nachzuweisen sind (zu denken wäre etwa an den Parafall der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 StGB) keineswegs bewirken, dass die potentiellen Täter sämtliche Zurückhaltung und Vorsicht in den Wind streichen. Ist doch deren Verhalten – trotz aller Beweisschwierigkeiten – immerhin gesetzlich verpönt. Im Gegensatz dazu sind angesichts grundsätzlich deklarerter Straffreiheit weder Zurückhaltung noch Vorsicht notwendig. Schliesslich ist – trotz der erwähnten Beweisschwierigkeiten – ein genaues Fassen dessen, was das Gesetz mit Strafe bedroht, auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) unerlässlich.

Problemstellung

- 21 Folgt man den Ausführungen der BOTSCHAFT (1992: 314), so sollen die Beziehungen «im eigentlichen Privatbereich ausdrücklich» (a.a.O.) von der Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausgenommen sein. Der Tatbestand solle grundsätzlich nur den öffentlichen und den «quasi-öffentlichen Bereich, der nicht mehr vom Schutz der Privatsphäre umfasst ist», betreffen (a.a.O.; WILDHABER, 1971: 470 spricht nicht von «quasi-öffentlich» sondern von «halb-öffentlich»). Die Unterscheidung, insbesondere das Bestreben, Anbieter von Arbeitsstellen oder Wohnungen, nicht der Strafbarkeit von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB zu unterstellen, hat wie gesagt auch die parlamentarische Diskussion geprägt (vgl. NATIONALRAT, 1992: 2663, 2665 f.; STÄNDERAT, 1993: 98 ff.; in der Frage der Arbeitsstellen allerdings noch abweichend BOTSCHAFT, 1992: 314, die solche Angebote auch der Strafbarkeit unterstellt wissen wollte). Dieser grundsätzlichen Position der Politiker ist die Lehre bisher weitgehend gefolgt, auch wenn z.T. unterschiedliche Kriterien der Grenzziehung zwischen den Bereichen «privat» einerseits und «öffentlich» oder «halb-öffentlich» andererseits vorgeschlagen werden (WILDHABER, 1971: 470; ROM, 1995: 142 f.; GUYAZ, 1996: 289 ff.; MÜLLER, 1996: 666; wohl ebenso MÜLLER, 1994: 257). Dabei wird im allgemeinen unausgesprochen davon ausgegangen, dass Vertragsverhältnisse unter Privaten (z.B. Arbeits- oder Mietverträge), deren rassistische Motivation zwar zweifellos feststeht (z.B. weil der Arbeitgeber oder Vermieter sie öffentlich zugibt), von der RDK und ihren Verpflichtungen grundsätzlich nicht berührt werden.
- 22 Bevor auf die schwierige Unterscheidung von «eigentlichem Privatbereich» und «halb-öffentlichem Bereich» eingegangen wird (vgl. dazu WILDHABER, 1971: 470), ist daran zu erinnern, dass Bundesgesetze grundsätzlich völkerrechtskonform auszulegen sind (BGE 112 II 13; vgl. weiter BGE 116 IV 268). Vorweg ist deshalb klarzustellen, dass durchaus zweifelhaft sein dürfte, ob die eben erwähnte, z.T. von der BOTSCHAFT (1992: 314) und der Lehre vertretene Position überhaupt den Verpflichtungen der RDK genügt. Folgt man nämlich dem CERD-Ausschuss (vgl. dazu etwa CERD-Ausschuss A/44/18 [1990]: 63 Nr. 306; A/48/18 [1993]: 102 Nr. 432; A/49/18 [1994]: 39 Nr. 240), der allerdings von der eben zitierten Literatur unerklärlicherweise nicht wahrgenommen wird, so ergibt sich ein grundsätzlich anderes Bild (ebenso bereits ERMACORA, 1973: 187). Weil Art. 5 lit. e und f RDK die Vertragsstaa-

ten verpflichten, den nicht abschliessenden Katalog der in Art. 5 RDK aufgelisteten Grundrechte frei von Rassendiskriminierung zu gewährleisten, sind rassendiskriminierende Verträge unter Privaten grundsätzlich sittenwidrig und damit nichtig im Sinne von Art. 20 OR (ebenso ROM, 1995: 143 FN 736 am Ende und 161 f.; zur Begründung der Nichtigkeit rassendiskriminierender Verträge als Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes im Sinne von Art. 28 ff. ZGB: WILDHABER, 1971: 470; diesem folgend ROM, 1995: 58 ff. insbesondere 62 f.; vgl. weiter die Entscheidungen des höchsten schwedischen Gerichtes HD [31. Okt. 1979] NJA 1979: 489 – Verwaltung einer Vereinigung für Wohnrechte verweigert aufgrund der nationalen Herkunft die Mitgliedschaft; HD [1. März 1985] NJA 1985: 226 – Kommunale Wohnungsgenossenschaft weigert sich, einem Zigeuner eine Wohnung zu vermieten, weil eine «ethnische Konzentration» verhindert werden soll; vgl. weiter Oberlandesgericht Göta: Göta HovR [27. November 1986] DB 543 – Vorsitzender einer Vereinigung für Wohnrechte gab einem schwedischen Käufer den Vorzug, obwohl ein ausländischer Käufer zuerst vorgeschlagen worden war).

- 23 **Beispiel:** Für das schweizerische Zivilrecht bedeutsam ist die Nichtigkeit solcher Verträge z.B. im Zusammenhang mit Einreden. Wenn ein Mieter das Mietverhältnis ausserterminlich kündigt und den gesetzlich vorgeschriebenen Vorschlag für einen zumutbaren Nachmieter erbringt, um sich von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter zu befreien (Art. 264 Abs. 1 OR), der vorgeschlagene Nachmieter dem Vermieter aber aufgrund rassendiskriminierender Motive (Rasse, Ethnie, Religion) nicht zusagt, so ist der Vermieter mit seinem Einwande, der Nachmieter sei nicht zumutbar im Sinne von Art. 264 Abs. 1 OR, nicht zu hören.
- 24 Die der parlamentarischen Diskussion und z.T. auch der Lehre zugrundeliegende Annahme, rassendiskriminierende Verträge unter Privaten seien von der RDK nicht berührt, entspricht also nicht dem geltenden Recht. Dasselbe gilt etwa für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, der ebenfalls eine Horizontalwirkung z.B. im Arbeitsleben kennt, zumindest wenn man der Praxis des Ausschusses im Berichtsprüfungsverfahren folgt (vgl. NOWAK, 1989: N 31 f. zu Art. 26). Entsprechend erachtet sich – im Bereich der RDK – der CERD-Ausschuss auch bei Geschäften ausschliesslich unter Privaten für durchaus zuständig.
- 25 Konzentriert man sich auf die Frage der Strafbarkeit des beschriebenen rassendiskriminierenden Verhaltens, so kann festgehalten werden, dass die bundesrätliche Umschreibung des «eigentlichen Privatbereichs» (BOTSCHAFT, 1992: 314), der von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht berührt sein sollte, grundsätzlich in zweierlei Hinsicht erfolgen kann. Entweder man umschreibt jenen Bereich, der von der Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausgenommen sein soll (Privatbereich) und unterstellt alle übrigen Rechtsgeschäfte der Strafdrohung dieser Norm. Oder man versucht, den Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB inhaltlich zu umschreiben (öffentlicher und halb-öffentlicher Bereich) und ordnet alle übrigen Rechtsgeschäfte dem Privatbereich zu.
- 26 Bezogen auf den Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB könnte man die beiden Varianten wie folgt bezeichnen:
- 27 *ausschliessende, negative Umschreibung:* Strafbar sind alle Handlungen des Typs X, ausser wenn der Umstand |Privat| vorliegt;
- 28 *einschliessende, positive Umschreibung:* Wenn der Umstand |Nicht-Privat| vorliegt, sind alle Handlungen des Typs X strafbar.
- 29 • **Ausschliessende Negativ-Umschreibung (Umschreibung der Ausnahme):** Will man eine allgemeingültige Regel für die *Strafbarkeit* eines bestimmten Verhaltens (wie z.B. Rassendiskriminierung) aufstellen, so muss üblicherweise versucht werden, die Ausnahme (die Strafflosigkeit des grundsätzlich mit Strafe bedrohten Verhaltens) zu umschreiben. Für den Anwendungsfall des Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB bedeutet dies, dass der *Privatbereich inhaltlich umschrieben* werden muss. Alle Rechtsgeschäfte, die nicht dem Privat-

bereich zuzuordnen sind, werden in dieser Struktur den öffentlichen oder halb-öffentlichen Bereichen zugeordnet. Sind Leistungen nicht im Privatbereich anzusiedeln, so haben sie das Rassendiskriminierungsverbot zu respektieren und unterstehen der Strafandrohung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB. Bei WILDHABER (1971: 470) lautet eine derartige Umschreibung des Privatbereichs etwa: «Im privaten, intimen, bürgerlichen [«civil»] Lebensbereich soll beispielsweise private Autonomie und Willkür zulässig sein».

- 30 • **Einschliessende Positiv-Umschreibung der Regel:** Will man dagegen eine allgemeingültige Regel für die *Straflosigkeit* eines bestimmten Verhaltens (wie z.B. Rassendiskriminierung) aufstellen, so muss versucht werden, die Bedingungen der Ausnahme (Strafbarkeit des Verhaltens) inhaltlich zu umschreiben. Für den Anwendungsfall des Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB bedeutet dies, dass nicht der Privatbereich, sondern die *öffentlichen und halböffentlichen Bereiche inhaltlich umschrieben* werden müssen. Der Privatautonomie wird damit grundsätzlich Vorrang zugestanden (zur Privatautonomie: GAUCH & SCHLUEP, 1995: N 612 ff.; HONSELL, 1995: 8 ff.; KOLLER, 1996: N 813 ff.; VON TUHR & PETER, 1979: 247 ff.). Alle Rechtsgeschäfte, die nicht dem öffentlichen oder halb-öffentlichen Bereich zuzuordnen sind, unterfallen ihr und sind vom Anwendungsbereich des Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausgenommen. Bei WILDHABER (1971: 470) etwa lautet eine derartige Umschreibung der öffentlichen bzw. halb-öffentlichen Bereiche wie folgt: «Anders steht es mit denjenigen, formell im Privateigentum befindlichen Unternehmen, die ihrer Bestimmung nach ihre Dienste gewerbmässig an eine anonyme Öffentlichkeit anbieten, bei denen die Persönlichkeit des Vertragspartners unwesentlich ist, die keine dauernden Verträge abschliessen und die eine «halböffentliche» oder «quasistaatliche» Funktion ausüben und demzufolge einer spezifischen staatlichen Kontrolle und teilweise sogar einer Konzessionspflicht unterstehen. Zu diesen Unternehmen lassen sich etwa private Bahnen und andere Transportmittel, Restaurants und Hotels, Kinos und Theater zählen.»
- 31 An sich entspräche eine negative, ausschliessende Umschreibung (Umschreibung der Ausnahme) den Gepflogenheiten des Strafrechts. Das Strafrecht selbst erklärt grundsätzlich menschliches Verhalten für straflos, *es sei denn*, es liege eine vom Strafrecht vorgesehene Ausnahme vor. Insofern umschreibt Strafrecht grundsätzlich nur Ausnahmefälle. Nur auf diesem Hintergrund macht Art. 1 StGB («Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht») überhaupt Sinn. *Weil* das Strafrecht grundsätzlich den Ausnahmefall (die Strafbarkeit) umschreibt, und bestimmte Taten mit Strafe bedroht, soll Strafe auch nur dort möglich sein, wo ein solcher Ausnahmefall besteht. Eine strafbegründende Norm hat deshalb so präzise und scharf wie möglich anzugeben, wann dieser Ausnahmefall zutrifft. Auch das kann wiederum einschliessend oder ausschliessend geschehen und auch hier verwendet das Strafrecht zumeist die negative Grundstruktur (ausschliessende Umschreibung des Anwendungsbereiches). Üblicherweise statuiert es nämlich eine Norm, erklärt sie damit für allgemeingültig und bestimmt daraufhin möglicherweise bestehende Ausnahmen. Typisch für diese Struktur der *ausschliessenden Umschreibung* etwa ist Art. 18 Abs. 1 StGB («Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer [...] vorsätzlich [...]»). Fahrlässigkeit soll mithin nicht strafbar sein, *ausser* wenn dies explizit so bestimmt wird. Als Beispiel aus dem Besonderen Teil des StGB sei der Begriff der «Fremdheit der Sache» genannt, der genau dieselbe Grundstruktur aufweist: Als »fremd« im Sinne von Art. 137 ff. StGB gilt grundsätzlich jede Sache, *ausser* diejenige über die der Handelnde alleine verfügen darf (REHBERG & SCHMID, 1994: 69 f.; STRATENWERTH, 1995a: 245 f.; TRECHSEL, 1989: N 4 Vor Art. 137).
- 32 Eine ausschliessende Umschreibung entspricht auch dem Begriff der Öffentlichkeit, den die übrigen Tatbestände von Art. 261^{bis} StGB verwenden. Als öffentlich vorgenommen gelten diesem Begriff zufolge grundsätzlich alle Handlungen, *ausser jene*, die ausschliesslich im privaten Rahmen vorgenommen werden (N 696 ff.). Die nur negativ zu leistende Umschreibung der «Öffentlichkeit» folgt nicht nur aus dem abgeleiteten Charakter bereits des Wortes «privat» von *lat.* «privus» (frei von etwas, N 700 f.), sondern entspricht auch der allgemeinen Logik von Tatsachenfeststellung, derzufolge sogenannte Allsätze (z.B. «Alle X sind ...»

oder «Es gibt kein Y») grundsätzlich nicht (positiv) bewiesen, sondern nur (negativ) widerlegt werden können (POPPER, 1989: 34 f., 66 f.).

- 33 Trotz diesem an sich der Struktur des Strafrechts, seinen Regelungen, dem Begriff der Öffentlichkeit bzw. des Privaten und schliesslich auch der Logik der Tatsachenfeststellung entsprechenden Grundsatz ist die Lehre interessanterweise diesbezüglich der Politik gefolgt und hat sich bisher nicht negativ-ausschliessenden, sondern *positiv-einschliessenden Umschreibungen* des öffentlichen und halb-öffentlichen Handelns gewidmet. Dass zumindest die Motivation der Politiker tatsächlich im Bestreben lag, bestimmte Verhaltensweisen für *straflos* zu erklären, dürfte angesichts der parlamentarischen Debatte im Nationalrat und der dort wiederholt geäusserten Angst, ein rassistischer Vermieter oder Arbeitgeber könnte sich durch sein Verhalten strafbar machen (NATIONALRAT, 1992: 2663 [Steinemann], 2665 [Leuenberger], 2666 [Stamm]) kaum zu leugnen sein. Dass sich die Politiker damit in Widerspruch zu dem Übereinkommen setzten, das sie bekämpften oder verteidigten, dürfte ihnen in der Hitze des Gefechtes wohl entgangen sein.
- 34 Es sei noch einmal festgehalten, dass Rassendiskriminierung überhaupt nur dort möglich ist, wo *nicht* aufgrund persönlichkeits- oder sachbezogener Auswahlkriterien, sondern ausschliesslich aufgrund der Zugehörigkeit eines möglichen Vertragspartners zu einer Ethnie, Rasse oder Religion gehandelt wird. Das parlamentarische Bestreben, Anbieter von Wohnungen oder Arbeitsplätzen von der Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB auszunehmen, kann dem Leistungsanbieter also gerade *nicht* Privatautonomie im Bereich persönlichkeits- oder sachbezogener Kriterien gewähren wollen, denn derartige Privatautonomie besteht nach der RDK ohnehin. Demzufolge kann die parlamentarische Debatte nur als Bestreben verstanden werden, einem Leistungsanbieter das Recht auf Abschluss rassendiskriminierender Verträge zu gewähren (also das Recht, trotz persönlicher und sachlicher Eignung, einen Bewerber deshalb abzulehnen, weil er einer bestimmten Ethnie, Rasse oder Religion zugehört). Ein derartiges Bestreben widerspricht indes den klaren Verpflichtungen, die die Schweiz mit Unterzeichnung der RDK übernommen hat.
- 35 Art. 4 Ingress RDK statuiert die Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten, «unmittelbare und positive Massnahmen zu treffen, um [...] alle rassistisch diskriminierenden Handlungen auszumerzen». Gemäss Art. 2 Ziff. 1 lit. b RDK «verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, eine Rassendiskriminierung durch Personen oder Organisation weder zu fördern noch zu schützen noch zu unterstützen». Unzweifelhaft jedoch dürfte sein, dass das gesetzgeberische Bestreben, rassendiskriminierende Rechtsverhältnisse der möglichen oder befürchteten Strafbarkeit zu entziehen, genau dem nach Art. 2 Ziff. 1 lit. b RDK untersagten Schutz entspricht. Zu verweisen ist weiter auf Art. 2 Ziff. 1 lit. d RDK, wonach die Vertragsstaaten sich verpflichten, «jede durch Personen, Gruppen oder Organisationen ausgeübte Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln einschliesslich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften» zu verbieten und zu beenden. Nachdem der schweizerische Gesetzgeber – obwohl von der RDK nicht zwingend vorgesehen – dafür optiert hat, rassendiskriminierende Leistungsverweigerung unter Strafe zu stellen, dürfte ausserordentlich schwierig zu begründen sein, weshalb für den Bereich des Arbeits- und Wohnungsmarktes eine solche Notwendigkeit nicht als erforderlich betrachtet wird. Würde dies aber begründet, so entstünde damit lediglich die Verpflichtung zu gesetzgeberischem Handeln über andere Rechtsvorschriften.
- 36 Nun könnte argumentiert werden, dass trotz dieser eigenartig widersprüchlichen Position des Gesetzgebers dessen Wille für die Auslegung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB massgebend sein müsse. Dem ist zuzustimmen, doch kann dies nur dann zutreffen, wenn sich zur Umsetzung des gesetzgeberischen Willens überhaupt Kriterien finden lassen, die eine eindeutige und klare Unterscheidung von strafbarem und nicht-strafbarem Verhalten erlauben, wenn mithin das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) zumindest in den Grundzügen respektiert wird (so auch die Zielsetzung STÄNDERAT, 1993: 99 [Petitpierre]).
- 37 An solchen konkreten Kriterien sind bis anhin nur drei herausgearbeitet worden (Dauer, Anonymität der Klientel und Angebot an eine Personenmehrzahl), die sich allesamt weitge-

hend von der zitierten Passage WILDHABERS (1971: 470) herleiten. Die Kriterien sind nachfolgend im einzelnen zu erörtern.

Kriterium der Dauer, auf welche die vertraglichen Beziehungen angelegt sind

- 38 Einzugehen ist vorerst auf das von WILDHABER (1971: 470) herstammende Verständnis einiger Autoren (ROM, 1995: 142 f.; GUYAZ, 1996: 289 ff.; MÜLLER, 1996: 666; wohl ebenso MÜLLER, 1994: 257), demzufolge die Dauer, auf die das Vertragsverhältnis angelegt ist, bedeutsam sei zur Eingrenzung dessen, was als «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» zu gelten hat. Für die Allgemeinheit bestimmte Leistungen sind diesem Verständnis zufolge Leistungen, die nur auf kurze Dauer hin angelegt sind. Dagegen sollen Leistungen, die auf eine bestimmte minimale Dauer der vertraglichen Beziehung hin angelegt sind, nicht für die Allgemeinheit bestimmt sein, weil hier der Persönlichkeit der Vertragspartner ein grösseres Gewicht zukomme. Dies solle sich – laut GUYAZ (1996: 289) – auch aus Art. 5 lit. f RDK ergeben, der nur Leistungen von kurzer Dauer anspreche.
- 39 Eine derartige Unterscheidung (von Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist) nach dem Kriterium der Dauer der vertraglichen Beziehung ist abzulehnen.
- 40 • Einmal ist auf Ebene der RDK darauf hinzuweisen, dass Art. 5 RDK kein abschliessender Charakter zukommt. Art. 5 Ingress RDK statuiert explizit, dass «insbesondere» die in Art. 5 lit. a–f RDK aufgezählten Rechte gewährleistet sein müssten. Aufgrund des exemplarischen, nicht-abschliessenden Charakters von Art. 5 RDK wird das erwähnte Argument GUYAZ' (1996: 291) hinfällig, Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB könne nur kurz dauernde Rechtsbeziehungen schützen, denn nur solche seien in Art. 5 lit. f RDK erwähnt. Aus Art. 5 lit. f RDK lässt sich mithin eine Beschränkung auf Leistungen von kurzer Dauer nicht ableiten (ebenso CERD-Ausschuss A/44/18 [1990]: 63 Nr. 306 und A/48/18 [1993]: 102 Nr. 432).
- 41 • Auf praktischer Ebene ist sodann anzumerken, dass das Kriterium der Dauer eine Präzision vorspiegelt, die es nicht besitzt. In Tat und Wahrheit vermag die Dauer einer Vertragsbeziehung über deren Öffentlichkeitscharakter nichts Wesentliches auszusagen. Wie es nachfolgend auszuführen gilt, ist das Kriterium der Vertragsdauer von derartiger Unklarheit, dass es notwendig zu Verstössen gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 4 BV) und damit zu Willkür führen muss.
- 42 • Schliesslich ist auf werttheoretischer Ebene überhaupt nicht einsichtig, warum ausgerechnet in demjenigen Bereich, der die existentiellsten Bedürfnisse des Menschen betrifft (Wohnung, Arbeit, Bildung etc.), eine Diskriminierung grundsätzlich ausgeschlossen, umgekehrt aber bereits die Verweigerung eines einzigen Hamburgers strafbar sein sollte.
- 43 Wendet man das Kriterium der Dauer an, so wären im Grundsatz *Mietverträge* hinsichtlich Wohnungen oder Büros von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht erfasst, währenddem umgekehrt das Vermieten von Hotelzimmern Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB unterfiele. Damit *scheint* das Kriterium der Dauer die Befürchtung, ein Vermieter könnte sich strafbar machen, wenn er aus rassistischen Motiven eine Wohnung nicht X, sondern Y vermietet, hinfällig werden zu lassen, die sich während den parlamentarischen Beratungen breitgemacht hatte (vgl. NATIONALRAT, 1992: 2663 [Steinemann], 2665 [Leuenberger], 2666 [Stamm]). Im konkreten Einzelfall aber vermag das scheinbar präzise Kriterium der Dauer keine tragfähige Unterscheidung zu leisten, da es nicht in der Lage ist, anzugeben, was eine rechtsrelevante «Dauer» sein sollte (vgl. dazu etwa REHBERG, 1996: 189, der eine Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB aufgrund einer fehlenden Bewirtungspflicht auch bei Gastgewerbebetrieben in Frage stellt).
- 44 **Beispiel:** Ist eine Behausung, die auf drei Monate vermietet wird (z.B. während eines Auslandsaufenthaltes), zu den Wohnungen (also zu den auf Dauer gerichteten Vertrags-

verhältnissen) zu rechnen oder zu den eher vorübergehenden, einer Hotelmiete vergleichbaren? Beginnt die strafrechtsrelevante Dauer mit drei Wochen, mit drei Monaten oder mit einem Jahr? Sind nur zeitlich unbeschränkte Vertragsverhältnisse auf Dauer angelegt oder sind es auch solche, die in ihrer Dauer (z.B. auf drei oder fünf Jahre) von vornherein beschränkt werden? Stellt man auf die Dauer ab, auf welche die vertraglichen Beziehungen angelegt sind, so ist überhaupt nicht verständlich, worin sich die Miete eines Hotelzimmers von derjenigen einer Wohnung unterscheiden könnte (so in der Tat STRATENWERTH, 1995b: 172).

- 45 Eine Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB auf ein Hotel, das ein Zimmer auf drei Monate vermietet, nicht aber auf den Vermieter einer Wohnung für dieselbe Dauer, hält wohl vor Art. 4 BV nicht stand und muss als willkürlich erscheinen.
- 46 Dieselben Argumente gelten cum grano salis auch bei *Arbeitsverhältnissen*. Prima vista scheint einsichtig, dass Arbeitsverhältnisse auf Dauer angelegt und dementsprechend relativ persönlich und individuell ausgestaltet sind. Eine solche Perspektive allerdings bleibt nur unproblematisch, solange die vielen Arbeitnehmer unbeachtet bleiben, die auf kurze Zeit und Dauer üblicherweise im Stundenlohn oder im Akkord angestellt werden. Weil gerade in diesem Arbeitssektor – aus den verschiedensten Gründen – überdurchschnittlich häufig Personen aus fremden Ethnien anzutreffen sind, dürfte eine Entscheidung, Arbeitsverhältnisse grundsätzlich als auf Dauer angelegt und damit dem Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} StGB entzogen zu betrachten, umso sinnwidriger erscheinen (vgl. dazu auch Art. 5 lit. e [i] RDK, der das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes explizit als eines der Grundrechte erwähnt, das von Rassendiskriminierung jeglicher Form frei sein müsse, wofür die Vertragsstaaten zu sorgen hätten [Art. 5 Ingress RDK]; vgl. weiter die Strafbarkeit der Verweigerung der Beschäftigung einer Person aus rassendiskriminierenden Gründen in öffentlichen, gemischtwirtschaftlichen, öffentlich konzessionierten oder privaten Unternehmen nach Art. 7 des brasilianischen Gesetzes Nr. 1370 vom 3. Juli 1951; dazu PARTSCH, 1978: 127).
- 47 **Beispiel:** Ohne Zweifel handelt z.B. ein Arbeitgeber, der temporäre Arbeitskräfte anstellt und anderen Firmen zur Verfügung stellt, dem folglich sowohl die Persönlichkeit seiner Angestellten als auch sein Verhältnis zu ihnen relativ unbedeutend sind, rassendiskriminierend (Art. 5 lit. e [i] RDK), wenn er Angehörige einer bestimmten Ethnie, Rasse oder Religion grundsätzlich nicht anstellt. Sicherlich wären derartige Verträge nach dem Kriterium der Dauer von der angestrebten Strafflosigkeitsklausel nicht gedeckt und unterstünden folglich der Anwendbarkeit von Art. 261^{bis} StGB. Zweifellos handelt es sich dabei aber um Arbeitsverträge, die mit dem Kriterium der Dauer gerade vom Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} StGB hätten ausgeschlossen werden sollen. Höchstwahrscheinlich würde zudem die Schweiz wegen einer Verletzung der RDK dem CERD-Ausschuss verantwortlich, wenn sie derartiges Verhalten nicht unterbinden würde. Gesetzgeberische Untätigkeit in derartigen Konstellationen widerspricht der mit Unterzeichnung der RDK übernommenen Verpflichtung (Art. 5 Ingress RDK), «Rassendiskriminierung in jeder Form [zu] verbieten und [zu] beseitigen».
- 48 Das von ROM (1995: 142 f.) erwähnte Beispiel der *Privatschulen*, die nach dessen Ansicht von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht erfasst sein sollen, lässt offensichtlich werden, dass das Kriterium der «Dauer, auf die die vertraglichen Beziehungen angelegt sind» nicht trägt. Vorweg ist zu bemerken, dass die ROMsche Unterscheidung von öffentlichen und privaten Schulen dem Missverständnis zu unterliegen scheint, dass öffentliche Schulen das Diskriminierungsverbot zu respektieren hätten, private aber nicht. Dem ist nicht so. Ob die diskriminierende Institution nach öffentlichem oder nach privatem Recht konstituiert ist, spielt für die Strafbarkeit keine Rolle. Massgebend ist allein, dass eine Leistung angeboten wird, die für die Allgemeinheit bestimmt ist. Ignoriert man indes die unzulässige Unterscheidung von öffentlicher und privater Konstitution und analysiert das vorgebrachte Argument der Dauer, auf welche die vertraglichen Beziehungen angelegt seien, so scheinen prima vista Schulen in der Tat – ebenso wie Vermieter oder Arbeitgeber – auf Dauer ausgerichtete Leistungen anzubieten. Allerdings gilt auch hier wie bei den anderen beiden Beispielen, dass dies für einen Grossteil des Angebotes gerade nicht zutrifft (Sprachkurse, Computerkurse etc.). Mithin er-

gibt sich auch hier – genauso wie für Miet- oder Arbeitsverträge – das genannte Problem, zu bestimmen, was genau nun «auf Dauer angelegt» heissen könnte bzw. welche Dauer gemeint sei. Zudem ist anzumerken, dass der Bildungsbereich dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, insbesondere dessen Art. 13 unterliegt (vgl. dazu GEBERT, 1995: passim) und damit bereits aufgrund dieser internationalen Vereinbarung einem expliziten Diskriminierungsverbot untersteht. Weiter wird das Recht auf Erziehung und Bildung aber auch von der RDK selbst, nämlich von Art. 5 lit. e [v] RDK explizit erwähnt als eines der Grundrechte, das durch die Vertragsstaaten von Rassendiskriminierung frei zu halten ist (vgl. dazu etwa auch die Strafbarkeit einer Nicht-Zulassung eines Schülers zu einer Unterrichtsanstalt aus rassendiskriminierenden Gründen nach Art. 5 des brasilianischen Gesetzes Nr. 1370 vom 3. Juli 1951; dazu PARTSCH, 1978: 127). Es können sich die Unterzeichner der RDK zur Legitimation einer mangelnden Gewährleistung des erwähnten Rechtes in der Privatwirtschaft nicht auf die Privatautonomie und die fehlende Möglichkeit einer staatlichen Regelung berufen (zur Privatautonomie: GAUCH & SCHLUEP, 1995: N 612 ff.; HONSELL, 1995: 8 ff.; KOLLER, 1996: N 813 ff.; VON TUHR & PETER, 1979: 247 ff.). Vielmehr werden sie durch Art. 5 lit. e [v] RDK verpflichtet, Rassendiskriminierung auch in diesem Bereich zu eliminieren (vgl. nur CERD-Ausschuss A/48/18 [1993]: 102 ff. Nr. 432 sowie ERMACORA, 1973: 187). Dass eine derartige Regelung auch Sinn macht, lässt sich leicht an einem Beispiel belegen.

- 49 **Beispiel:** Es genügt, sich vorzustellen, dass alle oder zumindest gewisse Privatschulen einer bestimmten Gruppe den Unterricht z.B. in Schweizerdeutsch verweigern, um zu erkennen, dass damit dieser Gruppe Nachteile zugefügt werden, zu deren Verbot und Beseitigung sich die Schweiz in Art. 5 Ingress RDK verpflichtet hat.
- 50 Die scheinbare Klarheit, die sich aus dem Kriterium der Dauer ergeben soll, ist mithin eine trügerische. GUYAZ (1996: 291) etwa will aufgrund einer phantasievollen Auslegung von Art. 5 RDK neben den bereits angesprochenen Rechtsverhältnissen bzgl. Wohnungsmiete und Arbeit auch Banken, Versicherungen, Schulen und Privatclubs grundsätzlich von der Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausgeschlossen sehen. Der Autor unterstellt dabei zwei Prämissen, die nicht weiter zu begründen sind. Nämlich erstens, dass Leistungen der erwähnten Sektoren (Banken, Versicherungen etc.) grundsätzlich auf lange Dauer ausgerichtet seien, was keineswegs zutrifft. Und zweitens, dass Art. 5 lit. f RDK nur Leistungen von kurzer Dauer erfasse (GUYAZ, 1996: 289 Herv. Verf.: «Il appert que cette disposition vise *exclusivement*: des prestations de courte durée»). Dies widerspricht – wie bereits erwähnt (N 1075) – sowohl dem nicht-abschliessenden Charakter von Art. 5 RDK als auch der Interpretation der Konvention durch den zuständigen CERD-Ausschuss. Folgte man GUYAZ' Argument, so könnte der Tabakladen, in dem jemand eine Zeitlang regelmässig seine Zigaretten kauft und welcher daraufhin beginnt, entsprechende Einkäufe beim Grossisten zu tätigen, geltend machen, seine Leistungen seien auf Dauer angelegt. Erst recht könnten dies alle Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, die Abonnemente verkaufen, geltend machen. Es wird sich in einer Marktwirtschaft – ausser dem kleinen Teil, der ausschliesslich von Laufkundschaft lebt – kaum je ein Geschäft finden lassen, das seine Geschäftsbeziehungen und folglich seine Leistungen nicht auf Dauerkunden ausrichtet und das daher seine Leistungen auch auf Dauer erbringt.
- 51 **Zusammenfassend ergibt sich:** Obwohl von der Lehre teilweise vertreten (WILDHABER 1971: 470; ROM, 1995: 142 f.; GUYAZ, 1996: 289 ff.; MÜLLER, 1996: 666) und obwohl prima facie vertretbar, erweist sich das Kriterium der «Dauer, auf welche die vertraglichen Beziehungen angelegt sind», als praktisch untauglich (so korrekt STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]). Darüber hinaus erscheint das Kriterium auch rechtlich unzulässig, und zwar einmal, weil es weder dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB), noch dem verfassungsmässigen Anspruch auf Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) genügt und damit gegen nationales Recht verstösst. Andererseits verstösst das Kriterium der Dauer auch gegen internationales, durch Unterzeichnung der RDK für die Schweiz gültiges Recht. Das Kriterium der Dauer stellt mithin eine Scheinantwort dar, weil die Frage, welche Vertragsdauer massge-

bend sei, der Einzelfallentscheidung überlassen bleiben muss. Es sind keine Kriterien erkennbar, welche den Strafverfolgungs- und Strafjustizbehörden auch nur grobe Anhaltspunkte für eine Typenbildung ermöglichen könnten. Eine Unterscheidung von Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, von solchen, auf die das nicht zutrifft, mittels des Kriteriums der angestrebten Dauer der Vertragsbeziehungen ist deshalb als unpraktikabel und rechtlich unzulässig abzulehnen.

Kriterium der Standardisierung der Leistungen bzw. der Anonymität der Leistungsempfänger

- 52 Als weiteres Unterscheidungskriterium wurde in der Lehre (vgl. insbesondere GUYAZ 1996: 289 ff. insbesondere 290 unten f.; diesem folgend MÜLLER, 1996: 666; ähnlich wohl ROM, 1995: 142 f.) vorgeschlagen, unter «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» nur Leistungen zu verstehen, die dem Publikum öffentlich angeboten werden und die mittels eines standardisierten Vertrages hinsichtlich Leistung und Gegenleistung erlangt werden können. Das postulierte Unterscheidungskriterium besteht nach dieser Ansicht also darin, dass eine Leistung nicht als für die Allgemeinheit bestimmt gelten solle, wenn die Persönlichkeit des Vertragspartners wesentlich ist. Wann dies der Fall sei, soll daraus erkennbar werden, dass der dienst- oder sachleistungsbeziehende Vertragspartner anonym bleibt bzw. daraus, dass die Vertragsbeziehungen standardisiert sind.
- 53 Die Eingrenzung des Begriffes «für die Allgemeinheit bestimmt» mittels des Kriteriums der «Anonymität des Leistungsbezieher» der Vertragsbeziehungen muss allerdings genau so scheitern, wie diejenige über das Kriterium der angestrebten Vertragsdauer. Will man den Wortlaut nicht übermäßig strapazieren, so ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Tatsache, dass ein Dienst- oder Sachleistungsbezieher seine Identität preisgibt, eine Leistung, die der Öffentlichkeit angeboten wird, zu einer Leistung werden kann, die nur für bestimmte Teile der Bevölkerung bestimmt ist. Ist nämlich eine Leistung von vornherein nur für bestimmte Bevölkerungsteile gedacht, so macht es keinen Sinn und ist dementsprechend auch kaum anzutreffen, dass diese Leistung der Öffentlichkeit als Ganzes angeboten wird.
- 54 Würde man dem Kriterium der Anonymität des Sach- oder Dienstleistungsempfängers folgen, so ergäbe sich weiter, dass eine Leistung nur dann für die Allgemeinheit bestimmt wäre, wenn sie gegen Entgelt von Bargeld erbracht wird. Könnte die Leistung hingegen auch bargeldlos entgolten werden (z.B. per Kreditkarte), so wäre sie damit auch nicht mehr für die Allgemeinheit bestimmt, weil bargeldloser Zahlungsverkehr üblicherweise die Identifikation des Kunden voraussetzt. Typischerweise sind auch klassische Schaltergeschäfte bei Banken ebenso wie z.B. Kontoführung etc. durchaus für die Allgemeinheit als Ganzes bestimmt, setzen aber zumeist eine Individualisierung und Identifikation des Kunden voraus. So gesehen hätte es der Anbieter also – trotz absolut gleichbleibendem Adressatenkreis und identischer Angebots-, Leistungs- und Erfüllungsbedingungen – selbst in der Hand, seine Leistung als eine für die Allgemeinheit bestimmte zu definieren oder nicht. Dies indes kann nicht Sinn des Gesetzes sein.
- 55 Nach GUYAZ (1996: 291) soll – dem vorstehenden Argument an sich entsprechend – die Identifikation der Kundschaft anhand des Namens (z.B. bei Platzreservierungen im Transport- oder Tourismussektor, bei Miete von Haushaltsgeräten, Autos oder Videokassetten) nicht ausschlaggebend sein und eine Erfassung durch Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht hindern. Massgebend soll vielmehr sein, dass der Leistungsanbieter mit seinen Kunden ein unpersönliches Verhältnis pflegt («sans que les parties n'entretiennent de relations personnelles»). Offen bleibt dabei allerdings, was genau «persönliche Beziehungen» sein sollen.
- 56 **Beispiel:** GUYAZ (1996: 290) zufolge soll eine persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien bei persönlichem Kontakt über längere Zeit bestehen, so dass jemand, der Software verkauft, keine solche persönlichen Beziehungen zu seinen Kunden aufweist, wohl aber derjenige Software-Berater, der sich systematisch zu seinen Kunden begibt.

- 57 Anhand dieses Beispiels dürfte offensichtlich werden, dass das Kriterium der Anonymität keine praktikable Entscheidung erlaubt. Klassischerweise wird heute der Grossteil der Bank- oder Versicherungsleistungen in der erwähnten Anonymität, ohne lange dauernden persönlichen Kontakt erbracht. Dennoch will GUYAZ (1996: 291) aber diese Leistungen von der Anwendung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB gerade ausgeschlossen wissen. Dies allerdings – so die eigenartige Begründung – sei nicht auf die Standardisierung der Geschäftsbeziehungen, sondern auf die lang dauernden Geschäftsbeziehungen zurückzuführen, die Banken, Versicherungen oder Schulen üblicherweise pflegten (GUYAZ, 1996: 291). Diesem Einwand ist bereits begegnet worden (N 1083 ff.).
- 58 Anhand der Standardisierung der Vertragsbedingungen bzw. der Anonymität der Leistungsbezieher bei zweiseitigen Verträgen lässt sich folglich nichts darüber aussagen, ob eine Leistung für die Allgemeinheit bestimmt sei oder nicht. Gerade in den zuvor erwähnten Beispielen der Wohnungsmiete, des Arbeitsvertrages oder des Unterrichtsvertrages und ebenso bei den üblichen Bankgeschäften ist der Vertragsinhalt weitgehend standardisiert. Damit würden alle diese Leistungen zu Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, und zwar – entgegen der ursprünglichen Position – gerade aufgrund desjenigen Argumentes, das diesen Vertragsverhältnissen eine Sonderstellung zugesichert wissen wollte. Umgekehrt trifft auf viele an die Öffentlichkeit gerichteten Leistungen, die von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB unstreitig erfasst sein sollen (Hotels, Restaurants etc.) gerade nicht zu, dass die Kundschaft anonym bleibt. Diese Rechtsverhältnisse wären also – entgegen der ursprünglichen Zielsetzung der Unterscheidung – von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht erfasst.
- 59 An der vorstehenden Argumentation ändert sich auch nichts, wenn statt der Anonymität der Leistungsempfänger oder der Standardisierung der Vertragsverhältnisse das ursprüngliche WILDHABERSche Kriterium (1971: 470) verwendet wird, demzufolge Leistungen dann nicht für die Allgemeinheit bestimmt seien, wenn die Persönlichkeit der Vertragspartner bedeutsam ist. Wann dies nämlich der Fall ist, lässt sich nicht allgemein für bestimmte Vertragstypen oder Tätigkeitsbereiche definieren. Für bestimmte Bankgeschäfte oder Versicherungsverträge trifft dies zu, für andere nicht. Strafbarkeit im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB bestünde diesem Kriterium zufolge also bei gewissen Geschäften, bei anderen nicht. Ob ein solches persönliches Geschäft – und damit Strafbarkeit – vorläge, könnten die Vertragsparteien allerdings zumeist nicht im voraus erkennen. Durchaus richtig ist auch, dass sich bei Arbeits-, Miet- und Schulungsverhältnissen häufig eine persönliche Beziehung ergibt und dass insofern die Persönlichkeit der Partei, die die Leistung in Anspruch nimmt, für das Vertragsverhältnis bedeutsam ist. Dies wird sich aber zumeist erst als Folge des Vertragsverhältnisses ergeben. Dasselbe Phänomen zeigt sich im übrigen häufig bei wiederholter Inanspruchnahme scheinbar anonymer Leistungen (Beispiel: der Laden um die Ecke, das Quartier-Restaurant).
- 60 Schliesslich ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass gerade bei einem Vertragsabschluss, bei dem die Persönlichkeit des Vertragspartners (wie auch immer diese nun definiert sei) wichtig ist, die freie Wahl des Vertragspartners aufgrund solcher bedeutsamer und sachlich relevanter Persönlichkeitsfaktoren immer der Privatautonomie unterliegt und von der RDK überhaupt nicht berührt wird. Eine Ausnahme bildet ausschliesslich die Wahl eines Vertragspartners aus rassendiskriminierenden Motiven. D.h. nur dann, wenn die Persönlichkeit der potentiellen Vertragspartner gerade *nicht* das massgebende Unterscheidungs- oder Entscheidungskriterium darstellt, sondern deren Ethnie, Rasse oder Religion, ist Rassendiskriminierung überhaupt möglich. Mithin kann der Passus «Bedeutsamkeit der Persönlichkeit des Vertragspartners» ausschliesslich «Bedeutsamkeit der Ethnie, Rasse oder Religion des Vertragspartners ohne Ansehen seiner Persönlichkeit» meinen. In verständliches Deutsch übersetzt meint also die Aussage «Die RDK soll nicht anwendbar sein auf Vertragsverhältnisse, bei denen die Persönlichkeit des Vertragspartners bedeutsam ist» schlicht: «Die RDK soll nicht anwendbar sein auf Vertragsverhältnisse bei denen nicht die Persönlichkeit, sondern die ethnische, rassische oder religiöse Zugehörigkeit des Vertragspartners bedeutsam ist».

- 61 **Zusammenfassend ergibt sich:** Das von der Lehre teilweise vertretene (WILDHABER 1971: 470; ROM, 1995: 142 f.; GUYAZ, 1996: 289 ff.; MÜLLER, 1996: 666) Kriterium der Anonymität der Leistungsempfänger oder der Standardisierung der entsprechenden Verträge erweist sich als weitgehend inhaltsleer und nicht praktikabel. Das Kriterium widerspricht den Verpflichtungen von Art. 2 Ziff. 1 lit. b RDK, wonach sich jeder Vertragsstaat verpflichtet, «eine Rassendiskriminierung durch Personen oder Organisation weder zu fördern noch zu schützen noch zu unterstützen». Eine Auslegung von «Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind», die dahin ginge, Verträge von der Strafbarkeit auszunehmen, bei denen – deklariertweise – die Persönlichkeit massgebend ist, wobei aber «Bedeutsamkeit der Persönlichkeit» implizit die Bedeutsamkeit der ethnischen, rassischen oder religiösen Zugehörigkeit des Vertragspartners meint, erscheint vor dem Hintergrund von Art. 2 Ziff. 1 lit. b RDK ebenso wie bezüglich Art. 2 Ziff. 1 lit. d RDK als widerrechtlich und damit unzulässig. Das Kriterium der Anonymität der Leistungsempfänger ist deshalb als praktisch unzulässig, der RDK widersprechend und damit unzulässig abzulehnen.

Kriterium des Angebotes an eine Personenmehrzahl bzw. Angebot einer Vielzahl von Leistungen

- 62 Dass die beiden erörterten Kriterien nicht praktikabel sind, kann nicht verwundern. Eine positiv-einschliessende Umschreibung des Bereiches der Allgemeinheit wäre – wie ausgeführt – dann angezeigt, wenn man primär die Straflosigkeit eines bestimmten Verhaltens regeln wollte (N 1065), d.h. dann, wenn man den Begriff der Privatautonomie bzw. deren Anwendungsbereich und damit die Straflosigkeit rassendiskriminierender Handlungen konkretisieren wollte (zur Privatautonomie: GAUCH & SCHLUEP, 1995: N 612 ff.; HONSELL, 1995: 8 ff.; KOLLER, 1996: N 813 ff.; VON TUHR & PETER, 1979: 247 ff.). Solches ist allerdings weder Motiv oder Zweck des Strafrechtes überhaupt, noch von Art. 261^{bis} StGB. Dass die beiden erörterten Kriterien keine tragfähige Unterscheidung von privatem Bereich einerseits und öffentlichem und halb-öffentlichem Bereich andererseits zu leisten vermögen, wird ohne weiteres offensichtlich, wenn man sich der Umschreibung (nicht des halb-öffentlichen, sondern) des privaten Bereiches durch WILDHABER (1971: 470) als *privat, intim, bürgerlich* erinnert. Die meisten Arbeits-, Miet- und Schulungsverhältnisse, ebenso wie Bank- oder Versicherungsverhältnisse dürften mit der Umschreibung privat und intim wohl schlecht charakterisiert sein.
- 63 Als drittes Unterscheidungskriterium hat in der Literatur insbesondere GUYAZ (1996: 290 und 291 unten f.) die Personenmehrzahl, der die Leistung angeboten wird, vorgeschlagen («prestation offerte à un nombre indéterminé de personnes», darin der Diskussion im Ständerat folgend: STÄNDERAT, 1993: 98 f.). Im Gegensatz zu den andern beiden Kriterien (Dauer; Standardisierung bzw. Anonymität) erscheint dies erfolversprechender. Tatsächlich dürfte eine Unterscheidung von privatem Bereich einerseits und öffentlichem oder halb-öffentlichem andererseits kaum je durch generell-abstrakte Kriterien wie z.B. die Dauer des Vertragsverhältnisses zu kennzeichnen sein. *Massgebend sollte deshalb nicht der Charakter, sondern die Zielsetzung der Dienstleistung sein.* Primär bedeutsam ist demnach der *Adressatenkreis der Leistung*.
- 64 Die Schwierigkeit mit dem Kriterium des Adressatenkreises besteht darin, dass derjenige, der zum Beispiel eine Stelle, eine Wohnung, einen Ausbildungsplatz oder eine Bank- oder Versicherungsleistung öffentlich ausschreibt, sich gerade nicht an einen bestimmten, konkreten, privaten oder intimen Kreis wendet (so korrekt STÄNDERAT, 1993: 98 f. [Carlo Schmid], unzutreffend dagegen STÄNDERAT, 1993: 98 [Zimmerli], mit der eigenartigen Aussage, dass sich Stellen- oder Wohnungsinserate an «individualisierte Personen» richteten). Wer einer bestimmten (individualisierten) Person oder Gruppe von Personen ein bestimmtes Angebot machen will, wendet sich an diese Person oder Gruppe von Personen, typischerweise mittels persönlichem Brief oder Telefonanruf. Kennt der Leistungsanbieter die Adressaten seines Angebotes nicht, so wird er sich gerade deshalb an die Öffentlichkeit wenden und damit *dem*

Grundsätze nach bereits den Bereich des Privaten und Intimen verlassen, um sich dergestalt an eine anonyme Vielzahl von möglichen Interessenten zu wenden.

- 65 GUYAZ (1996: 291 f.) geht nun mit dem STÄNDERAT (1993: 98 [Zimmerli]) davon aus, dass ein Anbieter seine Leistung nicht dadurch für die Allgemeinheit *bestimme*, dass er sich an die Allgemeinheit *wende* (ebenso REHBERG, 1996: 188 f.). Argumentiert wird also, das Leistungsangebot richte sich an ganz spezifische Personen, obwohl der Leistungsanbieter von diesen Personen weder Namen, Geschlecht, Alter, Adresse oder sonst irgend etwas Persönliches anzugeben vermöchte (so implizit GUYAZ, 1996: 291 f.; STÄNDERAT, 1993: 98). Wenn – um das Beispiel GUYAZs zu verwenden – ein Tennisclub öffentlich neue Mitglieder wirbt, ein Privater öffentlich sein Auto zum Verkauf ausschreibt oder ein Firmenchef öffentlich einen Angestellten sucht, so sollen dies – der GUYAZschen These zufolge – keine Leistungen sein, die für die Allgemeinheit bestimmt sind (*prestation au public*), obwohl sie öffentlich (*publiquement*) angeboten werden (GUYAZ, 1996: 292; ebenso alt-Bundesrat Felber: STÄNDERAT, 1993: 100, der den Unterschied im französischen Text m.E. unzutreffend als klar bezeichnet).
- 66 Ein derartiges Argument vermag nicht zu überzeugen. Die Behauptung, bestimmte Leistungen richteten sich in ihrem Angebot zwar an die Allgemeinheit (Adressatenkreis), seien aber nicht für diese bestimmt (Bestimmungskreis), muss notwendig zu Widersprüchen führen, weil damit der Begriff der «Bestimmung» verwaschen wird. Eine Unterscheidung von Adressatenkreis und Bestimmungskreis wäre nur in Dreierkonstellationen sinnvoll: Jemand wendet sich an eine bestimmte Gruppe von Personen, damit diese ihm mitteile, ob ein Dritter eine bestimmte Eigenschaft aufweist (Beispiel: «Wer kann mir sagen, wo ich eine X finde? Adressatenkreis fungiert als Vermittler für den Bestimmungskreis). In Dreierkonstellationen fallen Adressatenkreis und Bestimmungskreis tatsächlich auseinander, in allen übrigen Fällen aber decken sie sich. Um ein deutliches Beispiel zu machen: Es erscheint eine Kontaktanzeige keineswegs bereits selbst als privat und intim, wird sie doch einem möglichst grossen Publikum zugänglich gemacht und ist mithin für dieses möglichst grosse unbestimmte Publikum (Allgemeinheit) bestimmt. Erst der Kontakt, der sich aufgrund der Anzeige ergibt, ist als «privat und intim» (WILDHABER, 1971: 470) zu bezeichnen und damit der Allgemeinheit entzogen.
- 67 Diesem Standpunkte verwandt, aber wesentlich konsistenter erscheint das REHBERGsche Argument (1996: 188), Verfasser von Stellenausschreibungen, Wohnungsangeboten oder Einladungen zum Eintritt in einen Privatclub seien nicht für die Allgemeinheit bestimmt, weil sich die Verfasser von vorneherein eine Auswahl unter den Bewerbern vorbehalten und daher die Leistung nur für einen einzelnen oder einen bestimmten Teil des Adressatenkreises richteten. Auch dies erscheint m.E. fraglich. Richtet sich das Leistungsangebot nur an einen Teil des Adressatenkreises (Allgemeinheit), so müsste dem Leistungsanbieter auch möglich sein, diesen Teil (Bestimmungskreis) nach den massgebenden Kriterien zu umschreiben und entsprechend sein Leistungsangebot von vorneherein an den entsprechenden Bestimmungskreis zu richten (N 1108).
- 68 Zwischen dem Angebot eines unstrittig im öffentlichen oder halb-öffentlichen Raum operierenden Anbieters, der sich an eine Vielzahl von möglichen Kunden wendet (Restaurants, Hotels etc.), und demjenigen z.B. einer Arbeitsstelle, einer Wohnung oder eines Ausbildungsplatzes besteht der primäre Unterschied nicht darin, dass unterschiedliche Adressatenkreise (hier wenige, dort viele Personen) angesprochen werden. Vielmehr unterscheiden sich die beiden Angebotstypen durch die Frequenz bzw. Quantität des Angebotes, wobei sich Anbieter von zeitlich auf Dauer ausgerichteten vertraglichen Leistungen – naturgemäss – mit ihrem Angebot wesentlich seltener und möglicherweise in unregelmässigen Abständen an die Öffentlichkeit wenden und damit der Bestimmungskreis *faktisch* kleiner wird.
- 69 Zwar soll nach GUYAZ (1996: 290 und 292; ähnlich wohl REHBERG, 1996: 188 f.) massgebend sein, dass die Leistung einer unbestimmten Personen*mehrzahl* angeboten wird (*proposé à un nombre indéterminé de personnes*), doch kann sich der geltend gemachte Unterschied

wie dargelegt offensichtlich nicht auf unterschiedliche Adressatenkreise beziehen, sondern muss die Häufigkeit bzw. den Umfang des Leistungsangebotes meinen, also die Tatsache, dass eine Leistung wiederholt und oft angeboten wird. Erst durch das wiederholte Anbieten mehrerer gleichartiger Leistungen werden – diesem Argument zufolge – die angebotenen Leistungen zu Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind («prestation offerte au public»; anders dagegen REHBERG, 1996: 189, der aufgrund eines fehlenden Bewirtungszwanges auch Gastgewerbebetriebe vom Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausgenommen sieht).

- 70 Eine Definition der «Bestimmung für die Allgemeinheit» aufgrund der Quantität oder Frequenz des Angebotes muss indes abgelehnt werden. Daraus, dass ein Angebot einmal oder mehrmals, an mehrere Personen gleichzeitig oder sukzessive gerichtet wird, lässt sich in keiner Weise ableiten, ob die angebotene Leistung für die Allgemeinheit bestimmt sei. Gesetzt den Fall, jemand will sein gebrauchtes Auto verkaufen und inseriert dazu in einer allgemeinen Tageszeitung, so stellt gerade dies – ohne Zweifel – ein Angebot an eine Vielzahl von Personen dar, die der Leistungsanbieter nicht kennt, mit denen er keine persönlichen Beziehungen wünscht, und deren Persönlichkeit ihm zumeist auch völlig egal ist. Das Leistungsangebot richtet sich nicht plötzlich an einen anderen Adressatenkreis, weil der Anbieter beginnt, berufsmässig mit gebrauchten Autos zu handeln, entsprechend regelmässig inseriert und bereit ist, die angebotene Leistung wiederholt zu erbringen. Einmalige Angebote ebenso wie mehrmalige, wiederholte Angebote stellen schlicht eine – mehr oder minder intensive – Teilnahme an einem öffentlichen Markt dar. Ob sich solche Angebot undifferenziert an alle übrigen Marktteilnehmer richten, lässt sich nicht aus deren Frequenz ablesen.
- 71 Zudem widerspricht eine Definition von «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» als Leistung, die mehrmals erbracht wird, Art. 2 RDK, insbesondere den Verpflichtungen der Vertragsstaaten durch Art. 5 Ingress RDK (Verpflichtung, Rassendiskriminierung in jeder Form zu verbieten und zu beseitigen), Art. 2 Ziff. 1 RDK (Verpflichtung zur Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form), Art. 2 Ziff. 1 lit. b RDK (Verpflichtung, Rassendiskriminierung weder zu fördern noch zu schützen oder zu unterstützen), Art. 2 Ziff. 1 lit. d RDK (Verpflichtung zum Verbot und zur Beseitigung von Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln), und schliesslich Art. 2 Ziff. 2 RDK (Verpflichtung zum Treffen von Massnahmen zur Gewährleistung der Gleichstellung in vollem Umfang).
- 72 Ein öffentlicher Markt stellt *einen möglichen* Allokationsmechanismus von raren Gütern dar, und zwar eine Möglichkeit, die bewusst gewählt wird, um Angebot und Nachfrage so effizient als möglich zusammenzubringen. Insofern stellt «der Markt» nicht etwas Vorgegebenes dar, das ohnehin existiert und von jedem nach Belieben benutzt werden kann. Vielmehr repräsentiert ein Markt ein Institut des öffentlichen Interesses, das von der Rechtsgemeinschaft z.B. mittels wettbewerbs- und kartellrechtlicher Vorschriften geschützt und funktionstüchtig erhalten wird (vgl. dazu einführend etwa AMSTUTZ, 1993: N 28 ff.). In demokratischen Gesellschaften wird normalerweise niemand darauf verpflichtet, seine Leistungen auf dem öffentlichen Markt anzubieten oder dazu, seine Bedürfnisse über diesen Markt zu decken. Entsprechend kann die Marktverfassung nicht auf diejenigen Anwendung finden, die den Markt nicht betreten (AMSTUTZ, 1995: 106 f.). Deckt jemand aber seine Bedürfnisse über den Markt oder bietet er seine Leistungen dort an, so betritt er damit den Markt und hat sich folglich auch den dafür geltenden öffentlichen Vorschriften zu unterwerfen. Wenn z.B. – nach erfolgter Publikation und Bestimmung für die Allgemeinheit – aus den eingegangenen Bewerbungen aufgrund rassistischer Motive bestimmte Bewerber ausgewählt werden, so lässt sich (entgegen GUYAZ, 1996: 291 f.) nicht argumentieren, diese Auswahl unterliege dem geschützten Privatbereich und betreffe die Allgemeinheit nicht. Ebenso wenig könnte ein privatrechtlicher Anbieter einer Sach- oder Dienstleistung gegen das UWG oder fachspezifische Schutznormen verstossen und solche Verstösse damit legitimieren, zwischen seinen Kunden und ihm bestünde ein *privates*, die Allgemeinheit nicht betreffendes Verhältnis, seine Vertragspartner seien mit seinen Konditionen einverstanden. Wie bereits ausgeführt, ist ein rassistisch motivierter Vertrag sittenwidrig und damit nichtig im Sinne von Art.

20 OR (ROM, 1995: 143 FN 736 am Ende und 161 f.; ERMACORA 1973: 187). Letzterer (a.a.O.) statuiert explizit: «Die Verpflichtung der Privaten, Rechte nach Art. 5 lit. e (iii) und f RDK diskriminationslos zu gewährleisten, ist *«expressis verbis»* ausgesprochen und wird heute wohl so zu verstehen sein, dass entsprechend der Konvention jeder privatrechtliche Vertrag oder jede privatrechtliche Handlung, die (der) mit der Absicht gesetzt wird, aus rassistischen Gründen die Ansprüche aus Art. 5 lit. e (iii) und f zu verkürzen, *«sittenwidrig»* ist. Der eigentliche Rechtssatz lautet daher, dass jede rassistische Diskriminierung menschenunwürdig und daher sittenwidrig ist.» Alleine die Tatsache, dass rassendiskriminierenden Rechtsgeschäften der beschriebenen Art keine rechtliche Gültigkeit zukommt, sollte deutlich werden lassen, dass solche Geschäfte keineswegs unberührt sind von der Allgemeinheit.

- 73 Will folglich ein Leistungsanbieter seine Leistung nicht für die Allgemeinheit bestimmen und will er sich dennoch öffentlich an eine bestimmte Gruppe von Personen wenden, die ihm persönlich nicht bekannt sind, so hat er demzufolge die Adressaten seines Angebotes zumindest derweise zu bestimmen, dass diese sich selbst aufgrund der veröffentlichten Spezifikationen als Adressaten erkennen können. Dabei hat er die massgebenden Unterscheidungs- und Selektionskriterien (Alter, Geschlecht, Nationalität etc.) aufzuführen. Nur durch derartige Spezifikationen hinsichtlich des Adressatenkreises kann die Allgemeinheit als Adressatin ausgeschlossen werden. Schränkt hingegen der Anbieter den Adressatenkreis nicht ein, so erscheint die Behauptung, der Bestimmungskreis seiner Leistung unterscheide sich massgebend vom Adressatenkreis, seine Leistung sei dementsprechend nicht für die Allgemeinheit bestimmt, unsinnig und ungläubhaft.
- 74 **Zusammenfassend ergibt sich:** Das insbesondere von GUYAZ (1996: 291 f.) – basierend auf dem französischen Text von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB – vorgeschlagene Kriterium der *Personenmehrzahl*, der die Leistung angeboten wird, erweist sich als nicht tragfähig zur Unterscheidung von Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, und solchen, die es nicht sind. Adressatenkreis und Bestimmungskreis einer Leistung fallen – ausgenommen bei Dreierkonstellationen – grundsätzlich zusammen. Auch das hinter dem Kriterium stehende Argument, eine Bestimmung für die Allgemeinheit ergebe sich aus der Quantität oder Frequenz des Angebotes, ist nicht haltbar und verstösst gegen die RDK (Art. 2 Ziff. 1 RDK; Art. 2 Ziff. 1 lit. a und d RDK; Art. 5 Ingress RDK). Eine Definition von Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, aufgrund der Anzahl der Personen, denen gegenüber Leistungsbereitschaft deklariert wird, oder aufgrund der Quantität bzw. der Frequenz des Angebotes ist folglich als inkonsistent, unpraktikabel und rechtlich unzulässig abzulehnen.

Zusammenfassung und Grundsatz

- 75 Die gesetzgeberischen Arbeiten zu Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB waren von Anbeginn durch Unklarheiten und Diskussionen charakterisiert. Während z.B. die BOTSCHAFT (1992: 314) das Angebot einer Arbeitsstelle von der Strafnorm erfasst sehen wollte, waren die parlamentarischen Debatten davon geprägt, dass dies nicht zutreffen solle (NATIONALRAT, 1992: 2663, 2665 f.; STÄNDERAT, 1993: 98 ff.; anders aber STÄNDERAT, 1993: 98 [Carlo Schmid]). Auch die Lehre geht z.T. davon aus, dass von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht alle Leistungen erfasst werden sollen, die öffentlich angeboten werden (GUYAZ, 1996: 289 ff.; MÜLLER, 1996: 666; REHBERG, 1996: 188 f.; ROM, 1995: 142 f.; WILDHABER 1971: 470). Wesentlich zur Abgrenzung der Strafbarkeit wurde dabei auf die Unterscheidung von *«öffentlichem»* und *«halb-öffentlichem»* Raum einerseits und *«eigentlich privatem Raum»* andererseits abgestellt, ohne dass klar geworden wäre, wie die beiden zu definieren wären.
- 76 Im Bestreben, Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB schärfer zu fassen, hat der Gesetzgeber – wie gesehen – unterschiedliche Formulierungen (Wer in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit eine öffentlich angebotene Leistung verweigert / un bien ou un service offerts publiquement refusés dans l'exercice de son activité professionnelle: Art. 261^{bis} Abs. 5 Entwurf-StGB; eine von ihm der Allgemeinheit angebotene Leistung/une prestation offerte au public: Minderheitsantrag

der Kommission des Ständerates; eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist / une prestation destinée à l'usage publique: Mehrheitsantrag der Kommission des Ständerates) abgewogen und sich schliesslich für den heute gültigen Text, der dem Mehrheitsantrag der Kommission des Ständerates entspricht, entschlossen.

- 77 Weil die Vertragsfreiheit in sämtlichen Bereichen des rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Lebens durch die RDK nur dann berührt wird, wenn trotz persönlichkeits- oder sachbezogener Eignung eines potentiellen Vertragspartners ein unzweifelhaft rassendiskriminierendes Motiv ein Rechtsverhältnis begründet oder verhindert,
- 78 weil weiter derartige Vertragsverhältnisse jedenfalls nach der Unterzeichnung der RDK als sittenwidrig und damit nichtig im Sinne von Art. 20 OR betrachtet werden müssen,
- 79 weil demzufolge die Anbieter von Wohnungen oder Arbeitsstellen grundsätzlich von der RDK überhaupt nicht tangiert sind, sofern ihren Vertragsabschlüssen nicht unzweifelhaft rassendiskriminierende Motive zugrundeliegen,
- 80 widerspricht m.E. bereits das Bestreben des Gesetzgebers, die Anbieter von Wohnungen oder Arbeitsstellen von der Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB auszuschliessen, den mit Unterzeichnung der RDK übernommenen Verpflichtungen (Art. 4 Ingress RDK; Art. 5 Ingress RDK; Art. 2 Ziff. 1 RDK; Art. 2 Ziff. 1 lit. b und d RDK), Rassendiskriminierung jeglicher Form nicht zu schützen, sondern vielmehr zu bekämpfen und zu beseitigen.
- 81 Der gesetzgeberische Wille könnte nun auch dahingehend interpretiert werden, dass es sich nicht darum handelte, bestimmte Vertragsverhältnisse der Strafbarkeit von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB zu entziehen, obwohl solches angesichts der gewählten Methode zweifelhaft bliebe (N 1065), sondern darum, das mit Strafe bedrohte Verhalten schärfer zu fassen.
- 82 Entgegen GUYAZ (1996: 291 f.) und alt-Bundesrat FELBER (STÄNDERAT, 1993: 99 f.) ist allerdings der heute gültige Text, sei es nun in der deutschen oder der französischen Fassung, keineswegs klarer, als die in den Vorbereitungen in Erwägung gezogenen Alternativen (so korrekt STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]). Dass dem so ist, zeigt sich bereits daran, dass die parlamentarische Debatte von Arbeits- und Mietverhältnissen ausgegangen war, die nicht erfasst sein sollten, GUYAZ (1996: 291) selbst nun aber Banken, Versicherungen, Schulen oder Privatclubs ebenfalls ausgeschlossen sehen will, dieweil zumindest Banken und Versicherungen in den meisten Fällen (man denke an das Schaltergeschäft, an Kredit- oder Chequekarten, an standardisierte Reise- oder Haftpflichtversicherungen) unzweifelhaft ihr Angebot für die breite, anonyme Öffentlichkeit bestimmen. Der deutsche Gesetzestext spricht von «Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind», der französische von «prestation destinée à l'usage publique» und der italienische von einem «servizio da lui offerto e destinato al pubblico». Richtig ist zwar, dass der Interpretation von GUYAZ der französische Gesetzestext tatsächlich am nächsten kommt. Richtig ist aber auch, dass weder der deutsche noch der italienische Gesetzestext eine derartige «allgemeine Nutzung» auch nur andeutungsweise enthalten, obwohl es doch ein leichtes gewesen wäre, dem österreichischen Beispiel zu folgen und im deutschen Text von Leistungen zu sprechen, die zum «allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt» sind (vgl. dazu Einführungsgesetz zum Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. Nr. 50, Art. IX Abs. 1 Ziff. 3). Selbst wenn man aber der Interpretation GUYAZ folgen wollte, derzufolge der französische Text der massgebende sei, so erscheint entgegen AUBERTs (1994: Nr. 22) Aussage «Les débats parlementaires sont clairs, le texte est clair» der Gesetzestext, und zwar auch der französische, weit entfernt von der behaupteten Klarheit und vermag keineswegs Antwort bzgl. der Anwendbarkeit von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB auf z.B. Banken oder Versicherungen zu geben. Erwähnt sei immerhin, dass der völlig einsichtigen Bitte Carlo Schmidts im STÄNDERAT (1993: 99) um eine Definition der «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» offenbar nicht entsprochen werden konnte, weil keine Antwort *möglich* war (STÄNDERAT, 1993: 99 [Zimmerli]), und dass die Frage auch mit Bezug auf den französischen Text («destiné à l'usage public») durch Ständerat Petitpierre (STÄNDERAT, 1993: 99) nur mit Verweis auf die RDK und die dort genannten Beispiele beantwortet wurde. Die Unklarheit des französischen Textes liegt, wie AUBERT

(1994: FN 26) korrekt bemerkt, zumindest auch daran, dass der französische Text nicht von «usage du public» (also von: Benutzung durch die Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit) spricht, sondern von «usage public» (also von: allgemeiner bzw. öffentlicher Benutzung).

- 83 Erstaunlich ist dabei – es sei noch einmal wiederholt –, dass weder die beratenden Parlamentarier noch die Literatur (GUYAZ, AUBERT, ROM, MÜLLER) die gänzlich anderslautende Interpretation von Art. 5 RDK durch den CERD-Ausschuss, dem die Schweiz doch immerhin berichterstattungspflichtig ist (Art. 9 RDK), auch nur zur Kenntnis genommen, geschweige denn diskutiert haben.
- 84 Um dem Begriff der «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» bzw. der «prestation destinée à l'usage publique» nun diejenige Kontur zu verleihen, die er nach Aussage eines Teils der Lehre ohnehin aufweist, sind – wie bereits ausführlich erörtert – v.a. drei Kriterien herausgearbeitet worden, die zu definieren erlauben sollen, wann genau eine Leistung für die Allgemeinheit bestimmt ist. Es handelt sich dabei um
- 85 • die Dauer, auf die das Vertragsverhältnis angelegt ist (N 1073 ff.),
 - 86 • die Anonymität der Kundschaft bzw. die Standardisierung des Austausches von Leistung und Gegenleistung (N 1087 ff.),
 - 87 • die Personenmehrzahl, der die Leistung angeboten wird, bzw. die Quantität und Frequenz des Leistungsangebotes (1097 ff.).
- 88 Alle drei Kriterien erweisen sich bei näherer Prüfung als untauglich für eine praktikable – und damit rechtsstaatlich vertretbare – Definition dessen, was als «Leistungen, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» zu verstehen ist. Zudem verstossen alle drei Kriterien nicht nur gegen die mit Unterzeichnung der RDK übernommenen Verpflichtungen (erinnert sei noch einmal daran, dass Bundesgesetze völkerrechtskonform auszulegen sind: BGE 112 II 13), sondern zumeist auch gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 4 BV). Die drei an sich zur schärferen Definition des Begriffes «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» gedachten Kriterien spiegeln eine scheinbare Klarheit vor, vergrössern aber die Unschärfe des Begriffes. Sie sind deshalb als unpraktikabel und rechtlich unzulässig zu verwerfen.
- 89 Damit stehen zur Umsetzung des parlamentarischen Begehrens, Arbeits- und Mietverhältnisse nicht der Strafbarkeit zu unterstellen, keine praktikablen und rechtlich zulässigen Kriterien zur Verfügung. Wenn aber das parlamentarische Bestreben, bestimmte Rechtsverhältnisse von der Strafbarkeit auszunehmen, als solches bereits vor dem Hintergrund der RDK als fragwürdig, wenn nicht unzulässig erscheint, wenn weiter dieses Begehren motiviert wird mit dem Bestreben, die von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfassten Handlungen schärfer und zuverlässiger zu fassen (STÄNDERAT, 1993: 99 [Petitpierre] und 99 f. [alt-Bundesrat Felber]), und wenn schliesslich dieses Bestreben, die Schärfe und Zuverlässigkeit der Begriffsbestimmung zu erhöhen, sein Ziel nicht erreicht, sondern gegenteils die Begriffsbestimmung verwässert, unklar, willkürlich und letztlich unzulässig werden lässt, so muss die vom Parlament z.T. angestrebte Straflosigkeit rassendiskriminierender Handlungen im Rahmen von Arbeits- oder Mietverträgen als rechtsgenügsam nicht zu verwirklichen und damit widerrechtlich verworfen werden.
- 90 Zudem sei zu bedenken gegeben: Wenn es einem Vermieter einer Wohnung oder einem Anbieter einer Arbeitsstelle freistünde, rassendiskriminierende Auswahlkriterien zur Anwendung zu bringen bei der Auswahl unter einer Mehrzahl von Bewerbern, so müsste ihm logischerweise auch zustehen, darüber zu sprechen und sein Verhalten ebenso wie seine Motivation bekanntzugeben. Es erscheint mit der Meinungsäusserungsfreiheit schwer vereinbar, dass ein völlig legales Tun nicht auch in Worten beschrieben werden dürfte (Beispiel: «Ich stelle keine X ein, ich vermiete keine Wohnungen an X, weil alle X Schweine sind»). Nachdem nun aber derartige Äusserungen ohne weiteres der Strafbarkeit von Art. 261^{bis} StGB unterfallen, sofern sie öffentlich getätigt werden, ergäbe sich ein eklatanter Wertungswiderspruch, folgte man tatsächlich der im Parlament z.T. geäusserten Auslegung. Offen-

sichtlich wäre dann nämlich das Praktizieren von Rassendiskriminierung in bestimmten Bereichen ohne weiteres zulässig, nicht aber das Beschreiben solcher – völlig legaler – Verhaltensweisen. Dies würde eigenartigerweise auf die klassische Elternmaxime hinauslaufen: «Tue was Du willst, solange Du nur nicht ehrlich zugibst, dass Du es tust.» Das kann nicht richtig sein.

- 91 Aus dem Vorstehenden ergibt sich damit der nachfolgende Grundsatz.
- 92 **Grundsatz:** Der Struktur der negativ-ausschliessenden Umschreibung zufolge (N 1064) ist Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB so zu verstehen, dass rassendiskriminierende Leistungsverweigerung grundsätzlich nicht strafbar ist, ausser wenn sie im Hinblick auf eine Leistung erfolgt, die für die Allgemeinheit bestimmt ist. Dabei ist als «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist», *grundsätzlich jede Leistung zu verstehen, die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist*. Wer sich an eine anonyme, undifferenzierte Allgemeinheit wendet (Adressatenkreis), bestimmt seine Leistung für diese Allgemeinheit (Bestimmungskreis). *Einschränkung:* Aus dem Vorstehenden ergibt sich e contrario, dass derjenige, der sich nicht an die Allgemeinheit als solche wendet, sondern explizit nur an einen spezifischen abgrenzbaren Teil derselben (Adressatenkreis), seine Leistung auch nicht für die Allgemeinheit bestimmt, sondern ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen.

Einschränkung: Handeln aus Prinzip

- 93 Im Unterschied zu den drei vorstehend erörterten Eingrenzungskriterien (Dauer, auf welche die Vertragsbeziehungen angelegt sind; Anonymität der Vertragspartner; Vielzahl der Leistung bzw. Quantität oder Frequenz des Angebotes) erscheint das von STRATENWERTH (1995b: 172 f.) vorgebrachte Kriterium der Entscheidung danach, ob im Einzelfall oder aus Prinzip gehandelt werde, als sinnvoll und handhabbar (vgl. den analogen Vorschlag: STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]).
- 94 Anders als GUYAZ (1996: 292) vermutet, betrifft die STRATENWERTHsche Unterscheidung *nicht* die Unterscheidung von blosser Verweigerungsbereitschaft und tatsächlicher Verweigerung. Vielmehr betrifft die Unterscheidung die Definition der strafbaren Handlung als solche. Weil der Gesetzgeber den Passus «in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit», der im bundesrätlichen Entwurf noch vorgesehen war (Art. 261^{bis} Abs. 5 Entwurf-StGB), durch die heutige Formulierung «Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist» in Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ersetzte, vermutet STRATENWERTH (1995b: 172) zu Recht, dies *könnte* als engere Konzeption der Strafbarkeit verstanden werden (vgl. STÄNDERAT, 1993: 99 f. [alt-Bundesrat Felber]). STRATENWERTH (1995b: 173: ähnlich STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]) weist zur Begründung auf das Beispiel hin, in dem eine Leistung nicht in einem Einzelfall, sondern grundsätzlich einer bestimmten Person oder Gruppe von Personen verweigert wird, und erläutert hierzu, ein solches Verhalten wäre nach dem Text des Entwurfes («in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit») sicherlich erfasst gewesen, nach dem gegenwärtig gültigen Gesetzestext aber könne bezweifelt werden, ob dies der Fall sei. Unzweifelhaft dürfte damit sein, dass es sich hier um die Frage nach der Eingrenzung des strafbaren Verhaltens handelt, unabhängig von Fragen des Versuches oder der Vollendung.
- 95 Wie aus den bisher erörterten Kriterien (Dauer, Standardisierung oder Anonymität, Vielzahl der potentiellen Kundschaft bzw. Quantität oder Frequenz des Angebotes) klar wird, ergibt sich die grundsätzliche Tauglichkeit des STRATENWERTHschen Kriteriums daraus, dass hier – im Gegensatz zu den andern vorgetragenen Kriterien – danach gefragt wird, was es heisst, eine Leistung anzubieten, die *nicht* für die Allgemeinheit bestimmt ist (N 1064 f.). Handle ich nämlich aus Prinzip – so der implizite Kern des STRATENWERTHschen Argumentes –, so schliesse ich alle Personen, die bestimmte Kriterien nicht erfüllen, und nicht nur einzelnen unter ihnen von meiner Leistung aus. Tue ich dies grundsätzlich und aus Prinzip immer, so wende ich mich von vornherein nicht an die Allgemeinheit, sondern eben nur an einen spezi-

fischen Teil derselben (ebenso STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]). Wende ich mich aber mit meinem Leistungsangebot von vornherein bloss an eine spezifische Gruppe, so kann eine *Leistungsverweigerung* nicht entstehen. Jenen, denen die Leistung nicht angeboten wurde, kann sie auch nicht verweigert werden (N 1100 ff. zum öffentlichen Angebot; N 1195 ff. zum Begriff der «Verweigerung»).

- 96 Wie ausgeführt (N 1108) kann der *Bestimmungskreis* des Angebotes dadurch eingeschränkt werden, dass der *Adressatenkreis* desselben eingeschränkt wird. Deklariert ein Leistungsanbieter explizit, dass sein Angebot nur Gültigkeit haben solle für eine bestimmte Gruppe, was ihm im Rahmen der Privatautonomie zweifellos zusteht, so ist damit auch ausgeschlossen, dass die angebotene Leistung für die Allgemeinheit bestimmt sei. Allerdings hat eine solche prinzipielle Einschränkung explizit zu erfolgen.
- 97 Weil einem privaten Anbieter im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich das unbeschränkte Recht zusteht, vertragliche Beziehungen einzugehen oder eben nicht einzugehen (vgl. GAUCH & SCHLUEP, 1995: N 612 ff.; HONSELL, 1995: 8 ff.; KOLLER, 1996: N 813 ff.; VON TUHR & PETER, 1979: 247 ff.; BGE 80 II 26 E. 4; 114 II 91 E. 5; zu möglichen Beschränkungen etwa GUYAZ, 1996: 162 ff.), muss die zentrale Frage dahin gehen, ob dem erwähnten Grundsatz entsprechend jedwelche Spezifikation oder Einschränkung bezüglich des Adressaten- und Bestimmungskreises zulässig sei oder nicht. An sich kann diese Frage – mit Bezug auf Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB – bejaht werden. Zugleich ist aber darauf hinzuweisen, dass die öffentliche Umschreibung des Bestimmungskreises – je nach Form der Umschreibung – eine nach Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB strafbare Handlung darstellen kann (vgl. gleich anschliessend).

Besonderheit: Öffentliche Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln

- 98 Öffentliche Absichtserklärungen, rassendiskriminierend zu handeln, sind in mannigfaltiger Form denkbar. Der wichtigste Fall dürfte in der öffentlich bekanntgemachten Absicht bestehen, bestimmte Interessenten von einem Leistungsangebot auszuschliessen («Nur X», «Keine X»).
- 99 Vorweg ist zu bemerken, dass im Zusammenhang mit der Frage nach der eventuellen Strafbarkeit der Umschreibung des Bestimmungskreises einer öffentlich angebotenen Leistung die Unterscheidung von effektiver Leistungsverweigerung und blosser Bereitschaftserklärung zur Leistungsverweigerung ausserordentlich wichtig erscheint. An die Allgemeinheit gerichtete Leistungsangebote – wie sie idealtypisch etwa Inserate darstellen – enthalten, wenn sie einschränkend formuliert sind, höchstensfalls eine Bereitschaftserklärung zur Leistungsverweigerung. Diese unterfällt aber nicht Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB, sondern je nach Formulierung möglicherweise Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB (N 1195 ff.).
- 100 So stellt auch beispielsweise das Lokalverbot «keine X» eine solche Bereitschaftserklärung dar (N 1177 ff.). Die eigentliche Leistungsverweigerung nach Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB wird erst mit der unterlassenen Bedienung verwirklicht. Das Lokalverbot selbst indes stellt eine Diskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB dar, da es der Gruppe X das Recht abspricht, als gleichwertige Mitglieder am sozialen Leben teilzunehmen und sie damit in ihrer Menschenwürde verletzt.
- 101 Weil folglich derartige Absichtserklärungen keine konkrete Verweigerung einer Leistung darstellen, sind sie jedenfalls von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht erfasst (N 1195 ff.). Zu fragen bleibt, ob solches Verhalten nicht einen anderen – und gegebenenfalls welchen – Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB erfülle.

Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} StGB – Abs. 1 oder Abs. 4?

- 102 Das Bundesgericht hatte bereits in seiner Vernehmlassung zum Vorentwurf (EJPD/EDA, 1990: II/107) darauf hingewiesen, dass Art. 261^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB insofern widersprüchlich sei, als dass zwar die Leistungsverweigerung selbst unter Strafe gestellt werde, die blossе öffentliche Absichtserklärung eines derartigen Verhaltens aber nicht von Art. 261^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB erfasst werde, weil eine solche Absichtserklärung im allgemeinen noch kein Aufrufen zur Rassendiskriminierung darstelle.
- 103 Dieser Position widerspricht insbesondere GUYAZ (1996: 259 f.), der das Bundesgericht schilt, es habe wohl den Begriff des «Aufrufens» (franz. «incitation») in Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB damals nicht richtig verstanden, und der die öffentliche Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln, grundsätzlich Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB unterstellt wissen will (darin wohl Art. 261^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB folgend, der die öffentliche Bekundung, Rassendiskriminierung vorzunehmen, grundsätzlich als Aufruf zur Rassendiskriminierung verstanden wissen wollte).
- 104 GUYAZ (1996: 256 oben) folgt in seiner Definition der «incitation» (Aufrufen, Aufreizen) insbesondere KUNZ (1992: 163) und geht davon aus, dass grundsätzlich jeder Verstoss gegen die Menschenwürde die Öffentlichkeit zu Diskriminierungshandlungen und zu Hassgefühlen gegenüber der betroffenen Gruppe reizt (vgl. auch Art. 261^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB). Damit lehnt er die wohl nicht nur in der Schweiz (MÜLLER, 1994: 254; ROM, 1995: 131; JO-SITSCH, 1993: 267; BOTSCHAFT, 1992: 307), sondern auch in Deutschland (RUDOLPHI, HORN & GÜNTHER, 1995: N 4 zu § 130; LACKNER, 1995: N 4 zu § 130; DREHER & TRÖNDLE, 1995: N 5 zu § 130; SCHÖNKE, SCHRÖDER & LENCKNER, 1991: N 5a zu § 130 aF) und Österreich (MAYERHOFER & RIEDER, 1994: N 1b zu § 283; STEININGER, 1988: N 19 zu § 283) herrschende Auffassung ab, derzufolge «Aufrufen», «Aufreizen» oder «Aufstacheln» bedeutet, sich mit einer gewissen Insistenz und Nachhaltigkeit an die Öffentlichkeit als Adressaten zu wenden (N 763 ff.). GUYAZ (1996: 256 ff.) beruft sich zur Begründung seiner Ablehnung der herrschenden Meinung auf die französische und belgische Rassendiskriminierungsregelungen, obwohl auch die – vom Autor zitierte – dortige Literatur (BATSELÉ, HANOTIAU & DAURMONT, 1992; RENSON, 1983) davon ausgeht, dass die Tätigkeit des «Aufreizens» notwendig einen gewissen Aspekt des Werbens enthält. Diese ablehnende Position erklärt sich daraus, dass GUYAZ die Zielsetzung des «Aufreizens» ausschliesslich dem subjektiven Tatbestand zuordnen will (GUYAZ, 1996: 256 ff.).
- 105 Eine derartige Zuordnung allerdings erscheint verfehlt. Bereits die lateinische Herkunft des Begriffes der «incitatio» verrät, dass die Tätigkeit des «Aufreizens» auch im romanischen Sprachbereich (franz.: inciter, ital.: incitare, engl.: to incite) eine Beschleunigung meint (incito), die bezogen auf Dritte nur als Antreiben, Anspornen, Ermuntern, Anfeuern oder Aufreizen übersetzt werden kann. Die Tathandlung des «Aufreizens/Aufrufens» meint also ein bewusstes Handeln, das an Dritte gerichtet ist (Aspekt des Werbens). Jede beliebige Handlung oder Äusserung kann Dritte anspornen, ermuntern, anfeuern oder aufreizen, auch wenn eine solche Wirkung vom Handelnden oder Sprechenden überhaupt nicht beabsichtigt ist (zum Begriff des «Aufrufens/Aufreizens»: N 763).
- 106 **Beispiel:** Wenn jemand z.B. öffentlich sichtbar auf einer Strasse gehend sein Jackett auszieht, so dürfte diese Handlung wohl kaum als «Aufforderung» an Dritte bezeichnet werden, dasselbe zu tun. Und wenn jemand – deutlich hörbar in einem öffentlichen Verkehrsmittel – seine Freundin als «verlogen» bezeichnet, so dürfte auch dies kaum je als «Ermunterung» Dritter verstanden werden, dasselbe zu tun.
- 107 Folgte man GUYAZ in seiner Interpretation, so ergäben sich eigenartige Konsequenzen:
- 108 • Weil der GUYAZschen Auffassung zufolge wohl jede öffentlich vorgenommene Handlung als Handlung erscheint, die an die Öffentlichkeit gerichtet ist, ergäbe sich einmal die bemerkenswerte Konsequenz, dass grundsätzlich jede Handlung, die öffentlich vorgenommen wird, als «Aufrufen oder Aufreizen» verstanden werden könnte. Damit aber würde faktisch eine allgemeine Pflicht begründet, das eigene Verhalten auf möglicher-

weise bestehende aufreizende Wirkungen und Konsequenzen bei Dritten hin zu überprüfen, und – gegebenenfalls – aufgrund von Fahrlässigkeit strafbar zu werden.

- 109 • Folgte man GUYAZ, so ergäbe sich weiter, dass legales Verhalten dadurch zu strafbarem Verhalten werden könnte, dass es die Öffentlichkeit in irgendeiner Weise beeinflusst (so wohl tatsächlich GUYAZ, 1996: 259 ff. mit Bezug auf die öffentliche Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln; ausführlich N 1133 ff.).
- 110 • Blosser Absichtserklärungen, strafbare Handlungen zu begehen, würden damit automatisch und notwendig zu Aufrufen an die Öffentlichkeit.
- 111 • Weiter ergäbe sich als Konsequenz, dass die öffentliche Vornahme einer strafbaren Handlung grundsätzlich als Aufforderung an Dritte erschiene, dieselbe strafbare Handlung vorzunehmen. Gerade wenn man die von GUYAZ (1996: 256) als Beispiele angeführten Art. 259 StGB und Art. 276 StGB betrachtet, wird indes offensichtlich, dass die beiden Normen nicht bereits dann zur Anwendung kommen können, wenn strafbare Handlungen öffentlich vorgenommen werden.
- 112 • Schliesslich ergibt sich mit Bezug auf Art. 261^{bis} StGB aus der Position GUYAZ', dass Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB im wesentlichen überflüssig wird, weil jede öffentlich vorgenommene Rassendiskriminierung, also insbesondere auch jene, die sich nicht an die Öffentlichkeit wendet, sondern einfach öffentlich vorgenommen wird, grundsätzlich als «Aufrufen oder Aufreizen» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB zu verstehen wäre (so wohl tatsächlich GUYAZ, 1996: 281 ff., der Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB de lege ferenda ins Ehrverletzungsrecht versetzen möchte: a.a.O.: 313 f.).
- 113 Es kann also die Frage, ob sich jemand *im Bestreben* an die Öffentlichkeit wendet, diese in ihren Gefühlen oder Handlungen zu beeinflussen, nicht dem subjektiven Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB angehören. Vielmehr ist eine beliebige Handlung gar nicht als «Aufrufen oder Aufreizen» zu definieren, wenn ihre Zielsetzung nicht berücksichtigt wird. Die Zielsetzung und das werbende Element sind mithin Bestandteile der Definition der Tathandlung, und damit auch des objektiven Tatbestandes von Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB.
- 114 Damit ist auch gesagt, dass öffentliche Absichtserklärungen, rassendiskriminierend zu handeln, in der Regel Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB nicht erfüllen. Eine Ausnahme bilden jene Absichtserklärungen, die direkt an die Öffentlichkeit gerichtet werden im (werbenden) Bestreben, diese in ihren Gefühlen oder Handlungen dergestalt zu beeinflussen, dass damit ein für die betroffene Gruppe von Personen negatives Klima entsteht oder bestärkt wird.
- 115 Ein derartig *werbendes Element* ist jedoch weder in der öffentlichen Vornahme einer rassendiskriminierenden Handlung oder Äusserung noch in der schlichten Absichtserklärung, derartige Handlungen vornehmen zu wollen, eo ipso enthalten. Folglich sind rassendiskriminierende Handlungen, die öffentlich vorgenommen werden oder öffentliche Absichtserklärungen, derartige Handlungen vornehmen zu wollen, prinzipiell nach Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB zu bestrafen (N 914 ff.). Ausnahme bilden lediglich jene – wohl zahlenmässig seltenen – Fälle, bei denen die Handlungen oder Äusserungen sich an die Öffentlichkeit wenden im Bestreben, diese aufzuhetzen (N 723 ff.).
- 116 Die eingangs gestellte Frage allerdings, ob ein öffentliches Leistungsangebot, das nur für eine bestimmte Gruppe gedacht ist, in der Art und Weise der Umschreibung des Bestimmungskreises der Leistung möglicherweise Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB verletzt («Keine X», «Y unerwünscht», «Kein Zutritt für Z»), bleibt nachfolgend zu klären (vgl. anschliessende N).

Art und Weise der Umschreibung des Bestimmungskreises einer Leistung

- 117 Um die Frage der Strafbarkeit einer Umschreibung des Bestimmungskreises einer öffentlich angebotenen Leistung nach Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB überhaupt differenziert anzugehen, ist *zwischen negativer und positiver Diskriminierung zu unterscheiden*, also zwischen Diskri-

minierung im eigentlichen Sinne (N 732 ff. und N 948 ff.) einerseits und positiver Heraushebung einer bestimmten Gruppe andererseits. Positive Diskriminierung wird an dieser Stelle nicht im Sinne von Art. 1 Ziff. 4 RDK und Art. 2 Ziff. 2 RDK oder der Literatur verstanden (also als besondere Förderung und rechtliche Besserstellung von bestimmten Gruppen; vgl. dazu etwa EPINAY, 1995; FISH, 1994: 70 ff.; DWORKIN, 1985: 293 ff.), sondern lediglich als Gegensatz und Verdeutlichung von negativer Diskriminierung gebraucht. D.h. als positive Diskriminierung werden alle Einschränkungen der Form «ich biete *nur* an Personen mit der Eigenschaft X an» betrachtet. Im Gegensatz dazu wären negative Diskriminierungen Unterscheidungen der Form «Ich biete *nicht* an Personen mit der Eigenschaft X an».

- 118 GUYAZ (1996: 259) stimmt mit dieser Unterscheidung im wesentlichen überein, obwohl er – basierend auf seiner hier abgelehnten Systematik wohl notwendigerweise – keine Kriterien benennt, sondern nur darauf verweist, dass die Frage, ob die öffentliche Ankündigung rasendiskriminierender Handlungen strafbar sein könnte, von Fall zu Fall entscheiden sei. Typischerweise nennt GUYAZ als zulässige Einschränkung, die positive Umschreibung des Bestimmungskreises, nur Schweizern eine Wohnung zu vermieten, während er umgekehrt ohne Begründung die negative Umschreibung des Bestimmungskreises («Keine X», «Y unerwünscht») für strafbar hält (wohl ähnlich MÜLLER, 1996: 666).

Negative Diskriminierung – Diskriminierung im eigentlichen Sinn

- 119 Negative Diskriminierung, d.h. Diskriminierung im eigentlichen Sinn besteht darin, dass ein Leistungsangebot grundsätzlich an eine unbestimmte Öffentlichkeit gerichtet wird (die «Allgemeinheit», von der Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB spricht), eine bestimmte Gruppe von Personen aber von diesem Angebot ausgenommen wird. Der typische Fall eines derartig negativ diskriminierenden Angebotes, das eine Bereitschaftserklärung zur Leistungsverweigerung enthält, besteht darin, dass das Angebot durch einen Zusatz des Typs «Keine X» oder «Y unerwünscht» ergänzt wird. Im Bereich des Gastgewerbes ist die negative Diskriminierung v.a. in Form des sogenannten Lokalverbotes anzutreffen (N 1177 ff.).
- 120 Was die Zulässigkeit bzw. Strafbarkeit solcher negativ diskriminierender Angebote betrifft (Bereitschaftserklärungen zu Leistungsverweigerungen), so dürfte ausser Frage stehen, dass gerade sie von der RDK gemeint und damit auch direkt von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB erfasst sind. Durch das Angebot einer Leistung an eine unbeschränkte Allgemeinheit, von der nur gerade eine bestimmte Gruppe ausgenommen sein soll, wird ohne Zweifel die Ungleichheit und Minderwertigkeit der betroffenen Gruppe – zumindest implizit – ausgedrückt (ebenso AUBERT, 1994: Nr. 23). Ihr wird abgesprochen, was sonst jedermann ohne weiteres zusteht (vgl. dazu etwa die skandinavischen Regelungen, die in Kap. 13 § 6 FIN-StGB, § 349a NOR-StGB und Kap. 16 § 9 S-StGB Leistungsverweigerung definieren als Behandlung, die abweicht von den sonst üblichen Bedingungen, die für andere gelten).
- 121 Negative Diskriminierung stellt mithin geradezu den Idealtypus dessen dar, was mit Diskriminierung gemeint ist (N 732 ff. und N 948 ff.). Ein Leistungsangebot beliebigen Typs, das sich öffentlich an eine nicht weiter spezifizierte Allgemeinheit richtet, das aber eine bestimmte Gruppe von Personen explizit ausnimmt, stellt eine Bereitschaftserklärung zur Leistungsverweigerung dar und untersteht mithin grundsätzlich der Strafbarkeit im Sinne von Art. 261^{bis} StGB. Findet die Leistungsverweigerung de facto statt, weil sich ein Mitglied der «unerwünschten Gruppe» auf das Angebot beruft, so wird damit Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfüllt.
- 122 Öffentliche Leistungsangebote, die ihren Bestimmungskreis negativ umschreiben (Keine X), dürften demgemäss regelmässig Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB erfüllen (N 1195 ff.), da sie eine bestimmte Gruppe als der Leistung unwürdig deklarieren und sie mithin in einer die Menschenwürde verletzenden Weise als minderwertig darstellen.

Positive Diskriminierung – Einschränkung des Angebotes

- 123 Positive Diskriminierung im hier verwendeten Sinn bezeichnet demgegenüber die Beschränkung auf eine bestimmte, klar zu definierende Person oder Gruppe von Personen. Die Bereitschaftserklärung schliesst hier nicht eine bestimmte Gruppe, sondern die Allgemeinheit aus. Dies wird im Extremfall (Angebot an eine einzige bestimmte Person) offensichtlich. Die Person, der das Angebot gemacht wird, wird «positiv diskriminiert» also herausgehoben, dieweil alle anderen Personen davon ausgeschlossen bleiben. Im Bereich des wirtschaftlichen, sozialen, politischen oder kulturellen Lebens findet sich die positive Diskriminierung insbesondere in der Konzentration eines Leistungsangebotes auf eine spezifische Gruppe. Also etwa ein Kino, ein Buchladen oder ein Club, die nur für eines der beiden Geschlechter, eine bestimmte Altersgruppe, bestimmte Parteimitglieder, Angehörige des Militärs mit einem bestimmten Rang, Gläubige einer bestimmten Konfession etc. bestimmt oder zugänglich sind (z.B. ein Frauenbuchladen, ein Jugendtreff usw.).
- 124 Positive Diskriminierung stellt üblicherweise also gerade *keine* Diskriminierung im hier definierten Sinne dar (N 732 ff. und N 948 ff.), denn das Angebot (Bereitschaftserklärung) an eine bestimmte Person oder Gruppe von Personen bedeutet nicht automatisch eine Abwertung oder eine Unterwertigkeit aller anderen Personen. Entsprechend ist eine positive Diskriminierung bzw. die Einschränkung einer Leistung auf eine bestimmte Person oder Gruppe von Personen grundsätzlich zulässig und weder von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB noch von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB erfasst (zur Zulässigkeit positiver Diskriminierung vor dem Hintergrund von Art. 4 BV etwa AUER, 1993).
- 125 Freilich ist richtig, dass positiv und negativ formulierte Diskriminierung nicht ohne weiteres als zwei gänzlich zu trennende Konzepte verstanden werden können (so korrekt FISH, 1994: 70 ff.). Das wird leicht einsichtig an der Tatsache, dass durch Kumulation von Bestimmungsgruppen allein bereits eine negative Diskriminierung erreicht werden kann.
- 126 **Beispiel:** Die Leistung sei bestimmt für alle Angehörigen der Gruppen A, B, C, D, E, F, G. Wird die Aufzählung geschickt genug gewählt, so kann damit eine bestimmte Gruppe ohne weiteres ausgeschlossen werden, ohne dass dies explizit gesagt werden muss.
- 127 Weiter können negative und positive Diskriminierung insbesondere dort ineinander übergehen, wo eine bestimmte Gruppe stark dominiert, z.B. weil sie die zahlenmässig überwiegende Mehrheit darstellt, oder weil sie die wesentlichen wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Positionen besetzt. In solchen Fällen kann eine positiv formulierte Diskriminierung gleichbedeutend sein mit einer negativen.
- 128 **Beispiel:** In einer Rechtsgemeinschaft, die fast ausschliesslich von Menschen einer bestimmten Hautfarbe «X» konstituiert wird, ist die Einschränkung «Nur Menschen der Hautfarbe X» gleichbedeutend mit der Aussage «Keine Menschen mit anderer Hautfarbe».
- 129 Es ist deshalb wohl FISH (1994: 70 ff.) zuzustimmen, dass der Begriff der Diskriminierung immer nur auf dem historischen Hintergrund verstanden werden kann, und dass z.B. ein Club, der ausschliesslich Männer (z.B. Zünfte) oder weishäutige Menschen zulässt, in unserer Gesellschaft etwas grundsätzlich anderes darstellt als einer, der den Frauen oder dunkelhäutigen Menschen vorbehalten ist (ebenso DWORKIN, 1985: 293 ff.).
- 130 Weil negative und positive Diskriminierung ineinander übergehen können, bestimmen Art. 1 Ziff. 4 RDK und Art. 2 Ziff. 2 RDK, dass die Unterzeichnerstaaten zwar dort, wo es die Umstände rechtfertigen, Massnahmen treffen können, um die angemessene Entwicklung und den hinreichenden Schutz bestimmter Gruppen zu gewährleisten, dass sie diese Massnahmen aber keinesfalls nach Erreichung der Ziele, derentwillen sie getroffen wurden, beibehalten dürfen, um ungleiche Rechte verschiedener Gruppen aufrechtzuerhalten. Die Formulierung der RDK weist auf die Tatsache hin, dass die Zielsetzung einer Diskriminierung zentral ist für deren eigentlichen Bedeutungsgehalt und deshalb nicht mittels einer «geschickten» Formulierung umgangen werden darf.

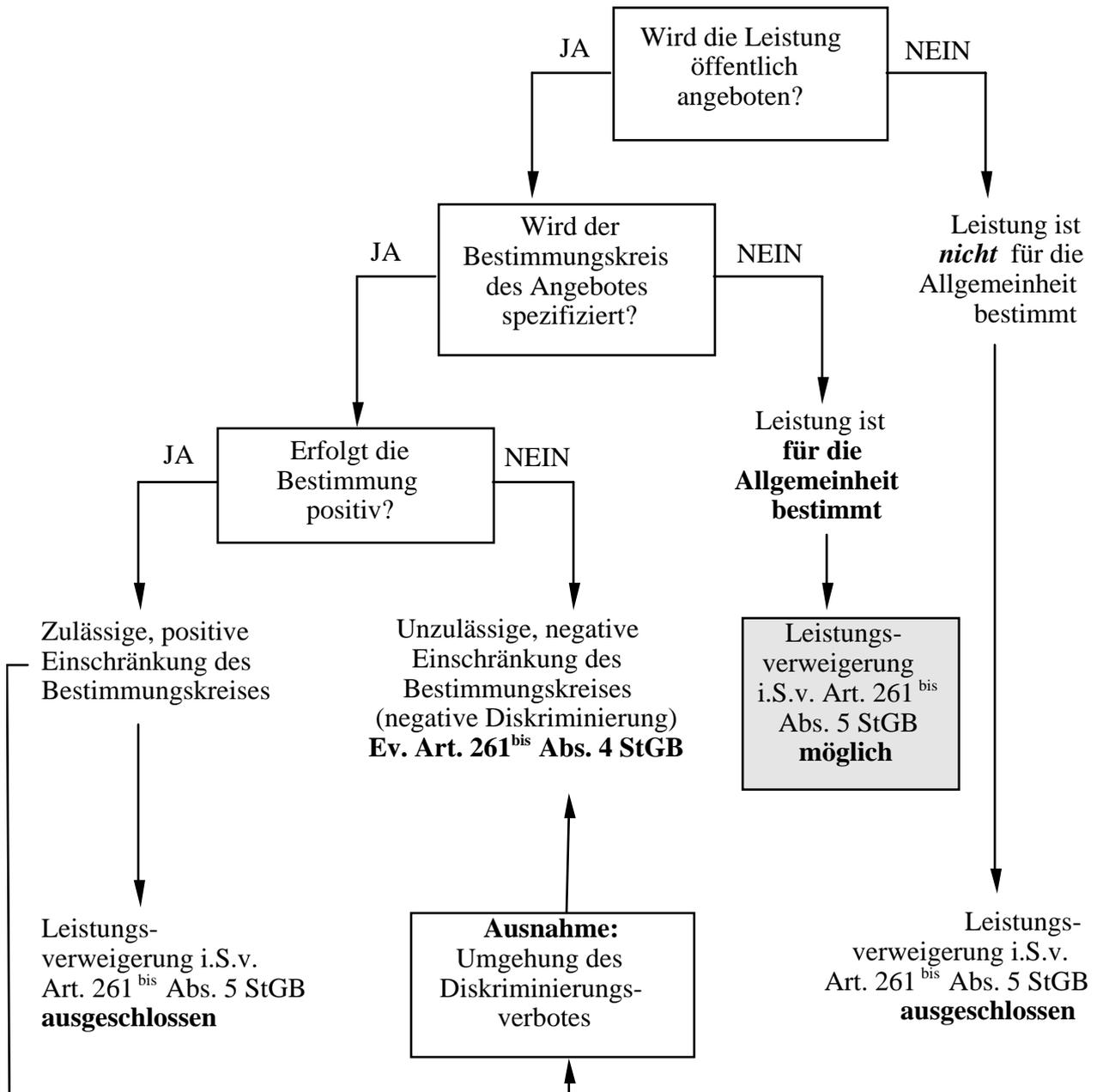
- 131 Ob eine positive Diskriminierung, d.h. die Besserstellung einer bestimmten Gruppe oder die Beschränkung des Angebotes auf diese Gruppe, die Abwertung einer anderen enthält, lässt sich infolge der zentralen Bedeutung der «Zielsetzung» der jeweiligen «Diskriminierung» nicht allgemein festlegen, sondern muss in Abhängigkeit der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Bereich – unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände – beurteilt werden.
- 132 Entsprechend muss die Frage, ob auch eine positive Umschreibung des Bestimmungskreises hinsichtlich der «Rasse» (Bsp.: «Nur Weisse», «Nur Europäer») das Leistungsangebot von der Anwendbarkeit von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ausnehme, beantwortet werden. Grundsätzlich wäre die Frage nach dem Vorstehenden und in Berücksichtigung der Vertragsfreiheit zu bejahen. Weil indes ein öffentliches Leistungsangebot, das sich explizit an eine bestimmte «Rasse» wendet, wegen der Inexistenz eigentlicher Rassen beim Menschen als gänzlich sachfremd erscheint, wird ein Leistungsangebot, das auf eine bestimmte Rasse beschränkt wird, grundsätzlich Art. 261^{bis} Abs. 4 Hälfte 1 StGB erfüllen (N 914 ff.; ebenso MÜLLER, 1996: 666; sowie STÄNDERAT, 1993: 99 [Carlo Schmid]; GUYAZ, 1996: 260 und 292 will dagegen Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB zur Anwendung bringen).
- 133 **Beispiel:** Unzweifelhaft müsste wohl angesichts der gegenwärtigen Zusammensetzung der schweizerischen Wohnbevölkerung z.B. ein Angebot, das sich ausschliesslich an hellhäutige oder weisshäutige Menschen richtet, als negative Diskriminierung gegenüber Dunkelhäutigen verstanden werden.

Resultat

- 134 Vgl. dazu die Übersicht (Grafik 4, Seite 313).
- 135 *Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit, dass Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB anwendbar ist auf jede Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist. Als eine derartige Leistung hat grundsätzlich jede Leistung zu gelten, die öffentlich angeboten wird und die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist.*
- 136 Dementsprechend unterfallen der Strafdrohung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB grundsätzlich alle öffentlich angebotenen Leistungen (inklusive Arbeit, Wohnung, Bank, Versicherung, Schule etc.), die einer bestimmten Gruppe von Personen verweigert werden. Wählt der Leistungsanbieter unter den Interessenten nach rassendiskriminierenden Standpunkten, d.h. derweise, dass er einen ihm an sich genehmen Vertragspartner nur deshalb ausschliesst, weil dieser einer bestimmten Rasse, Ethnie oder Religion zugehört, so kann darin eine «Verweigerung» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB bestehen.
- 137 Richtig ist zwar, dass sich häufig ein derartiges, rassendiskriminierendes Verhalten bei einmaligem Handeln nicht nachweisen lassen wird, weil die Beweislage regelmässig in einer Wort-gegen-Wort-Situation bestehen wird, doch unterscheidet sich darin Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht wesentlich von vielen anderen Delikten des StGB (verwiesen sei z.B. nur auf die Sexualdelikte [Art. 187 ff. StGB], die Delikte gegen die Ehre [Art. 173 ff. StGB] oder die Delikte gegen die Freiheit [Art. 180 ff. StGB], bei denen ebenfalls häufig Wort gegen Wort steht). Alle diese Delikte setzen bei einmaligem Handeln zum Beweis regelmässig voraus, dass die Handlung entweder zugegeben wird oder dass sie vor Zeugen erfolgte. Diese Sachlage ändert sich üblicherweise bei wiederholtem Handeln.
- 138 *Nicht für die Allgemeinheit bestimmt demnach derjenige seine Leistung, der sich mit seinem Angebot nicht an die Allgemeinheit als solche wendet, sondern nur an einen spezifischen abgrenzbaren Teil derselben. Dabei steht es dem einzelnen grundsätzlich frei, den Bestimmungskreis seines Leistungsangebotes nach seinem Belieben festzulegen. Bei der Verweigerung derartig angebotener Leistungen kann Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht zur Anwendung gelangen, weil sie nicht für die Allgemeinheit bestimmt sind. Leistungen können demjenigen Personenkreis, dem sie nicht angeboten worden sind, auch nicht verweigert werden.*

- 139 Was die *Art und Weise der Eingrenzung des Bestimmungskreises* betrifft, so sind grundsätzlich *negative Umschreibungen* des Typs «Keine X» nach Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB zwar *zulässig*, weil sie erst Bereitschaftserklärungen zur Leistungsverweigerung und noch keine eigentliche Leistungsverweigerung darstellen, sie *erfüllen aber zumeist den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB*. Der Ausschluss einer bestimmten Gruppe meint üblicherweise direkt deren Minderwertigkeit unausgesprochen mit, weil kaum ein anderer Grund erkennbar ist, warum einer bestimmten Gruppe eine Leistung versagt bleiben sollte, die alle anderen beziehen können. *Positive Umschreibungen des Bestimmungskreises sind dagegen grundsätzlich zulässig, weil sie nicht einen Ausschluss einer bestimmten Gruppe anzeigen, sondern konkrete, persönliche Präferenzen des Leistungsanbieters.*
- 140 **Beispiel:** Angebote, die sich nur an eine bestimmte Nationalität («Nur Schweizer» etc.), eine bestimmte Ethnie («Nur Berner» etc.), eine bestimmte Religion («Nur Christen» etc.), ein bestimmtes Geschlecht («Nur Frauen», «Nur Männer»), eine bestimmte Altersgruppe u. dgl. mehr richten, unterfallen grundsätzlich weder Art. 261^{bis} Abs. 5 noch Abs. 4 StGB.
- 141 *Einschränkend* ist hierzu anzumerken, dass analog Art. 1 Ziff. 4 RDK und Art. 2 Ziff. 2 RDK die Zielsetzung der Beschreibung des Bestimmungskreises bei positiv formulierter Diskriminierung zu berücksichtigen ist. Unzulässig wäre demnach eine Festlegung des Bestimmungskreises, die nicht die Einschränkung des Angebotes auf einen konkreten Bestimmungskreis, sondern nur die Umgehung des Diskriminierungsverbotes bezweckte (z.B. durch Aufzählung einzelner Gruppen), also den Ausschluss einer bestimmten Gruppe (negative Diskriminierung).

Grafik 4: Struktur des Anwendungsbereiches von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB



Anwendungsfall: Das Lokalverbot

- 142 Entsprechend dem Vorstehenden (N 1133 ff.) ist auch die Frage nach der Strafbarkeit von sogenannten Lokalverboten («Kein Zutritt für X», «Y unerwünscht» etc.) zu beantworten.
- 143 Die deutsche Rechtsprechung sah bzw. sieht auch heute in Lokalverboten noch keine Erfüllung von § 130 D-StGB (RUDOLPHI, HORN & GÜNTHER, 1995: N 4 zu § 130 mit Nachweisen und DREHER & TRÖNDLE, 1995: N 5 zu § 130; LOHSE, 1985; vgl. dazu die Kritik dieser Position durch den CERD-Ausschuss gleich nachfolgende Note). Diese Position ergab bzw. ergibt sich aus dem Wortlaut von § 130 D-StGB, der nur Tathandlungen erfasste bzw. erfasst, die über eine reine Ablehnung und Verachtung hinausgehen und darüber hinaus zum Hass aufstacheln (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 D-StGB; vgl. dazu § 130 Nr. 1 aF D-StGB), zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen auffordern (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 D-StGB; vgl. dazu § 130 Nr. 2 aF D-StGB) oder Teile der Bevölkerung beschimpfen, böswillig verächtlich machen oder sie verleumden (BGHSt 21: 372, NStZ 1981: 258; BayOLG NJW 1990: 2480; OLG Köln NJW

1981: 1280; heute gültige Fassung: § 130 Abs. 1 Nr. 2 D-StGB). Die beschriebenen bundesdeutschen Qualifikationsmerkmale sind nicht identisch mit denjenigen von Art. 261^{bis} StGB, der z.T. ganz andere Tatbestandsmerkmale verwendet. Auch § 131 aF D-StGB (bis 31. 12. 1994: Aufstachelung zum Rassenhass; neue Fassung: Gewaltdarstellung), der als Umsetzung des Übereinkommens gedacht war, sprach in der bis Ende 1994 gültigen Fassung von «Aufstachelung» (geändert durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994; BGBl 1994 I: 3186 ff.), was nach der deutschen Judikatur eine drastischere Tathandlung verlangt als die von der RDK verwendeten Begriffe «incite» (englisch) und «inciter» (französisch; vgl. PARTSCH, 1994: 431; sowie N 763 ff.). Ob eine solche Regelung allerdings RDK-konform ist, d.h. ob sie die mit Unterzeichnung der RDK übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen vermag, ist äusserst zweifelhaft (vgl. KÜHNER, 1986; sowie nachfolgende N).

- 144 Im Lokalverbot (Bsp.: «Gastarbeiter unerwünscht») wird von der deutschen Lehre und Rechtsprechung bloss «Ablehnung und Verachtung» erkannt, was nicht genüge, ein Klima oder einen Nährboden für gefährliche Angriffe auf die entsprechenden Bevölkerungsgruppen zu schaffen (SCHÖNKE, SCHRÖDER & LENCKNER, 1991: N 5a zu § 130 aF; LACKNER, 1995: N 4 zu § 130, OLG Frankfurt NJW 1985: 1720), auch wenn diese Verbote «möglicherweise anderen Personen Anlass zu Abneigung und feindseligen Empfindungen geben könnten» (VON BUBNOFF, 1988: N 7 zu § 130 aF). Diese Praxis aber dürfte kaum konform sein zur RDK (hierzu ausführlich KÜHNER, 1986). Anlässlich der Erörterung des 10./11. Berichts Deutschlands an den Ausschuss des Übereinkommens (CERD-Ausschuss) wurde denn auch «unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 5 lit. f der Konvention der Erlass eines besonderen Durchführungsgesetzes gefordert, um derartigen Diskriminierungen ein Ende zu bereiten» (PARTSCH, 1994: 435). Ein Begehren, das ganz allgemein bzgl. der Einführung von Strafnormen für Rassendiskriminierung im privaten Sektor anlässlich der Erörterung des 11./12. Berichts Deutschlands vom CERD-Ausschuss wiederholt wurde (A/48/18 [1993]: 102 ff. Nr. 432, 439 und 447).
- 145 Leider ändert auch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 21. September 1994 die Sachlage nicht wesentlich. Nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 D-StGB ist ein Lokalverbot sicherlich nicht zu beurteilen, weil es nicht direkt zum Hass aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen auffordert. Nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 D-StGB hingegen ist weiterhin ein Angriff auf die Menschenwürde vorausgesetzt. Ein solcher Angriff wird bei einem «blossen» Schild «Keine X» aber verneint (PARTSCH, 1994: 435), dies allerdings nach dem hier vorgetragenen Verständnis der «Menschenwürde» zu Unrecht (vgl. zur Menschenwürde: N 131 ff.), denn wenn einem Teil der Bevölkerung bzw. einer bestimmten Gruppe von Menschen eine Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist (vgl. die schweizerische Norm: Art. 261^{bis} Abs. 4 und 5 StGB), aufgrund einer Unterscheidung nach Rasse, ethnischer Herkunft oder religiöser Zugehörigkeit vorenthalten wird, so wird damit prinzipiell die essentielle Gleichberechtigung und Gleichwertigkeit der «potentiellen Kunden» faktisch bestritten, indem ein Unterscheidungskriterium angewandt wird (Nationalität, ethnische Zugehörigkeit etc.), das hinsichtlich des Besuches eines Restaurants völlig sachfremd erscheint. Was eine derartige Unterscheidung (Diskriminierung) also unzweifelhaft anzeigt, ist die qualitative Wertung verschiedener Gruppen von Menschen als ungleichwertig hinsichtlich ihrer Qualität als Menschen und damit Bezieher der angebotenen Leistung. Im Falle der deutschen Regelung nach § 130 Abs. 1 D-StGB allerdings würde auch das hier vertretene Verständnis von Menschenwürde nicht weiterhelfen, denn § 130 Abs. 1 Nr. 2 D-StGB stellt nur den Angriff auf die Menschenwürde unter Strafe, der dadurch erfolgt, dass ein anderer beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet wird. Sämtliche Tatvarianten müssten wohl für ein «schlichtes» Lokalverbot der Art «Keine X» verneint werden.
- 146 Der Struktur der schweizerischen Regelung nach sind indes sogenannte Lokalverbote («Kein Zutritt für X», «Y unerwünscht») unzulässig und als Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln, grundsätzlich nach Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB zu bestrafen (N 1133 ff.; a.M. REHBERG, 1996: 189).

- 147 Zulässig sind umgekehrt Beschränkungen des Leistungsangebotes auf bestimmte, positiv umschriebene Gruppen, sofern damit nicht eine Umgehung des Verbotes rassen-diskriminierender Handlungen bezweckt wird. Eine solche Umgehung dürfte darin erkannt werden, dass ein Gastwirt seine Wirtschaft «nur Schweizern» öffnet, wobei er die Unterscheidung von zugelassenen und nicht-zugelassenen Gästen aber anhand von Gesichtskontrollen durchführt. Derartige Kontrollen können keine nationale Gruppe meinen, weil die Nationalität eines Menschen grundsätzlich nicht an seinem Gesicht erkennbar ist. Sie sind als «rassische oder ethnische» Ausschlusskriterien zu verstehen und entsprechend nach Art. 261^{bis} Abs. 4 oder 5 StGB zu ahnden.

Von ihm angeboten – da lui offerto

- 148 Hinsichtlich des Kreises der möglichen Täter besteht insofern Bedarf der Konkretisierung, als der deutsche und der italienische Gesetzestext die Täterschaft dahingehend spezifizieren, dass strafbar sein solle, «wer *eine von ihm* angebotene Leistung [...] verweigert» bzw. «*chiunque rifiuta un servizio da lui offerto*». Der französische Gesetzestext von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB spricht dagegen neutral von «*celui qui aura refusé une prestation*». Der doch beträchtliche Unterschied der verschiedenen Fassungen ist im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten nicht angesprochen worden.
- 149 Fraglich ist auf diesem Hintergrund zum einen, ob der Täter die in Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB genannten Leistungen persönlich anbieten muss (dazu GUYAZ, 1996: 294 ff.; ROM, 1995: 143 f.). Fraglich ist zum andern, wie Täterschaft und Teilnahme bei der Verweigerung zu beurteilen sind. Nachfolgend soll nur die erstgenannte Frage erörtert werden (zu Fragen von Täterschaft und Teilnahme im Rahmen von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB: N 1254 ff.).
- 150 In bezug auf die Frage, wer die in Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB genannte Leistung in strafrechtsrelevanter Weise anbieten muss, um überhaupt als möglicher Täter in Frage zu kommen, sind zwei Varianten vorstellbar. Vorstellbar ist, dass der Passus «von ihm angeboten» meint:
- 151 • (Variante 1) alle Personen, die selbständig oder unselbständig dazu beitragen oder mit-
- 152 • (Variante 2) alle Personen, welche die eigentlichen Leistungsanbieter im Sinne des Obligationenrechts darstellen und mithin die Leistung im *rechtlichen* Sinne anbieten.
- 153 Variante (2) hätte zum Ergebnis, dass ein Täter regelmässig fehlen würde, weil häufig der eigentliche Anbieter der Leistung eine juristische Person ist. Juristische Personen jedoch sind grundsätzlich (noch) keine Subjekte des schweizerischen Strafrechts (vgl. GRAVEN, 1995: Nr. 49; REHBERG, 1993: 49 f.; STRATENWERTH, 1996: 391 f.; TRECHSEL & NOLL, 1994: 132 f.). Ginge man von Variante (2) aus, so wäre eine Strafbarkeit der natürlichen Personen grundsätzlich nur über Analogie etwa zu Art. 172 StGB zu erreichen (vgl. BGE 106 IV 22 f.; 110 IV 18 f.). In der Tat haben Lehre und Rechtsprechung einen derartigen Weg – mangels einer entsprechenden Bestimmung im Allgemeinen Teil des StGB – bereits wiederholt beschritten und ihn als «teleologische Auslegung» bezeichnet. Ausser Frage dürfte indes stehen, dass solches Verständnis in keiner Weise eine teleologische Auslegung von Art. 172 StGB darstellen kann, sondern vielmehr offensichtlich und krass gegen Art. 1 StGB verstösst (ebenso STRATENWERTH, 1996: 391 f.). Selbst in Anbetracht der verständlichen Entscheidungsnotwendigkeiten der Praxis kann es nicht angehen, dass die Wünschbarkeit und Notwendigkeit von Strafbestimmungen dazu führt, einem geradezu verantwortungslos handlungsunwilligen Gesetzgeber die Arbeit abzunehmen.
- 154 Die von GUYAZ (1996: 294 ff.) begründet und von ROM (1995: 143 f.) unbegründet vertretene Auffassung, derzufolge Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB in der Variante (2) zu verstehen, die Strafbarkeit indes – der eben erörterten Praxis folgend – per verbotener Analogie auf die Geschäftsführer, Organe und Angestellten auszudehnen sei, ist weder notwendig noch zulässig.

- 155 Es besteht überhaupt kein Grund anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB die Variante (2) verwirklichen wollte, also die Strafbarkeit auf den Anbieter aus vertragsrechtlicher Perspektive, mithin den zivilrechtlichen Vertragspartner beschränken wollte. Vielmehr besteht aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB Grund zur gegenteiligen Annahme. Art. 261^{bis} Ziff. 2 VE-StGB kennt eine Einschränkung der Strafbarkeit noch nicht und Art. 261^{bis} Abs. 5 Entwurf-StGB verwendet die Formel «in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit». Schon der Text des Entwurfes allein lässt offensichtlich werden, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit der Leistungsverweigerung nicht auf die zivilrechtlichen Vertragspartner als Leistungsanbieter beschränken wollte, denn diese – sofern es sich dabei um juristische Personen handelt – können keine berufliche Tätigkeit ausüben. Vielmehr erscheinen dem Entwurfstext zufolge alle Personen erfasst, die die betreffende Leistung tatsächlich anbieten.
- 156 Dass ein Ziehen und Wenden des Gesetzestextes unter Berufung auf merkwürdigste Teleologien gänzlich unnötig ist, wird mittels des Vergleiches zur Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB offensichtlich. Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB ist nur möglich an Sachen bzw. Vermögenswerten, die – laut Gesetzestext – «ihm anvertraut», d.h. dem Täter anvertraut worden sind. Aus dem Bedeutungsgehalt des «Anvertrauens» (Empfangen mit der Verpflichtung, in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden; vgl. REHBERG & SCHMID, 1994: 81 ff.; STRATENWERTH, 1995a: 258 ff.; BGE 118 IV 33, 106 IV 259) ergibt sich, dass hier – im Gegensatz zu Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB – nicht ein tatsächliches Verhältnis gemeint sein kann. Anvertraut sind dementsprechend Sachen oder Vermögenswerte nicht etwa dem Bankbeamten, dem eine bestimmte Summe übergeben wird, sondern der entsprechenden Bank. Daraus ergibt sich nicht nur der Charakter von Art. 138 StGB als unechtes Sonderdelikt (REHBERG & SCHMID, 1994: 87 f.; STRATENWERTH, 1995a: 265 f.), sondern auch die Notwendigkeit einer expliziten Regelung wie sie in Art. 172 StGB denn auch getroffen wurde für Konstellationen, in denen eigentlicher Treuhänder eine juristische, Veruntreuer aber eine natürliche Person ist.
- 157 Im Gegensatz zur Veruntreuung, die mit dem Anvertrauen in Art. 138 StGB eine rechtliche Qualität anspricht, tut dies Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB nicht, sondern erfasst mit dem Anbieten schlicht eine Tätigkeit. Eine Art. 172 StGB analoge Regel muss demzufolge bezüglich Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB weder korrekt über die Gesetzgebung noch unzulässigerweise über verbotene Analogien begründet werden.
- 158 Nachdem folglich Variante 1 (Strafbarkeit nur der zivilrechtlich gültigen Vertragspartei als Leistungsanbieter) zu sinnwidrigen Resultaten führt, nachdem weiter die Entstehungsgeschichte von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB vermuten lässt, der Gesetzgeber habe nicht die Variante 2 verwirklichen wollen, und nachdem schliesslich weder der Text von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB noch der dahinterstehende Sachverhalt vermuten liessen, dass der Eigenschaft, zivilrechtlich betrachtet Vertragspartei zu sein, irgendeine Bedeutung bezüglich des strafrechtlich zu erfassenden Sachverhaltes zukommen könnte, muss zweifellos folgen, dass der Passus «von ihm angeboten» kein rechtliches Verhältnis, sondern einen faktischen Sachverhalt bezeichnen will.
- 159 *«Von ihm angeboten» bezeichnet dementsprechend alle Personen, die selbständig oder unselbständig eine Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, tatsächlich (nicht rechtlich) anbieten oder die einer natürlichen oder juristischen Person bei der Tätigkeit des Anbietens Unterstützung oder Hilfe gewähren und folglich die Leistung für oder zusammen mit dieser tatsächlich anbieten, unabhängig davon, ob diese Hilfe oder Unterstützung entgeltlich oder unentgeltlich, nur einmal oder mehrfach erbracht wird. Als Täter bzw. Mittäter scheidet damit alle Personen aus, die zur Erbringung der Leistung keinen Beitrag erbringen, wie z.B. ein Gast eines Lokales (ebenso GUYAZ, 1996: 295 f.; unpräzise ROM, 1995: 144). Solche Personen können allerdings Gehilfen sein (zu Täterschaft und Teilnahme: N 1254 ff.).*

Verweigern

- 160 Die Tathandlung des Verweigerns einer Leistung selbst bietet keine grossen dogmatischen Probleme. «Verweigerung» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB hat auf dem menschenrechtlichen Hintergrund, auf den sich Art. 261^{bis} StGB insgesamt bezieht (N 112 ff. und N 211 ff.), grundsätzlich zu bedeuten: *Verweigerung der Leistung zu den Bedingungen, wie sie allen anderen gewährt werden* (vgl. dazu etwa die skandinavischen Regelungen, die in Kap. 13 § 6 FIN-StGB, § 349a NOR-StGB und Kap. 16 § 9 S-StGB Leistungsverweigerung definieren als Behandlung, die abweicht von den sonst üblichen Bedingungen, die für andere gelten).
- 161 Entsprechend kann eine Leistungsverweigerung in einem Tun oder Unterlassen bestehen, durch welches die Leistung explizit verweigert wird, eine Leistung einer bestimmten Kategorie oder Klasse verweigert wird, anstelle der verlangten Leistung keine Ersatzleistung angeboten wird, Informationen bzgl. der zu erbringenden Leistung entgegen dem Usus vorenthalten oder Falschinformationen an die Interessenten abgegeben werden, die Leistung zu einem höheren Preis oder zu anderen Konditionen erbracht wird als sonst üblich. Wird die Leistung selbst nicht verweigert, sondern sind es die Konditionen, die vom üblichen Standard abweichen, so dürfte allerdings in der Praxis der Beweis eines derartigen Verhaltens schwerfallen.
- 162 Wie dargelegt, stellen die Tatbestände von Art. 261^{bis} StGB Tätigkeitsdelikte dar (N 228 ff.; ebenso GUYAZ, 1996: 297). Entsprechend muss die Leistungsverweigerung einer bestimmten Person oder Gruppe von Personen gegenüber – explizit oder konkludent – geäussert werden (so korrekt GUYAZ, 1996: 292). Eine blossе Absichtsaussерung oder eine Anweisung an einen Angestellten genügt nicht, wenn sie die Interessenten nicht erreichen (z.B. weil der Angestellte den Anweisungen seiner Vorgesetzten nicht gehorcht und trotzdem bedient). Handlungen, die dem Interessenten gegenüber wirkungslos bleiben, z.B. weil der Interessent die Absichtserklärung nicht wahrnimmt oder weil die Anweisung nicht befolgt wird, stellen – dem Deliktstypus der Tatbestände von Art. 261^{bis} StGB als Tätigkeitsdelikte entsprechend – unvollendete Versuche dar (N 1239 ff.).
- 163 *Öffentliche Absichtserklärungen*, wie etwa typischerweise sogenannte Lokalverbote («X unerwünscht», «Kein Zutritt für Y») stellen demzufolge mangels einer Verwirklichung der Verweigerung keine Tathandlungen im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB dar, sondern sind im Rahmen von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB zu bestrafen (N 1133 ff.; anders GUYAZ, 1996: 292, der fälschlicherweise Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB für anwendbar hält; zum Lokalverbot: N 1177 ff.).
- 164 Zur Frage der Täterschaft und Teilnahme bei der Leistungsverweigerung: N 1254 ff.