

Pascal Mahon
Professor für
Verfassungsrecht
Juristische Fakultät
Universität Neuenburg

Anne-Laurence Graf
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Juristische Fakultät
Universität Neuenburg

Federica Steffanini
Assistentin-Doktorandin
Juristische Fakultät
Universität Neuenburg

Der Begriff «Rasse» im schweizerischen Recht

Juristische Studie

im Auftrag
der Fachstelle für Rassismusbekämpfung
des Eidgenössischen Departements des Innern

Inhalt

I. Einführung: Auftrag, Zielsetzung und Aufbau der Studie	2
II. Hintergrund der Studie: «Rasse», ein kontroverser Begriff	3
III. Normativer Rahmen: Tragweite und Herausforderungen	7
A. Vorbemerkungen: die einschlägigen Bestimmungen	7
B. Das schweizerische Recht	9
1. Artikel 8 Absatz 2 der Bundesverfassung	9
2. Artikel 261 ^{bis} des Strafgesetzbuchs	11
3. Das Asylgesetz	13
4. Zwischenfazit	14
C. Das anwendbare Völkerrecht	16
1. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung	16
2. Die Europäische Menschenrechtskonvention	18
3. Die übrigen Bestimmungen	19
4. Zwischenfazit	21
IV. Eine rechtsvergleichende Analyse	22
A. Vorbemerkungen	22
B. Österreich	23
C. Finnland	24
D. Schweden	26
E. Frankreich	28
F. Deutschland	30
G. Zwischenfazit	31
V. Synthese und Schlussfolgerungen	32
A. Synthese	32
B. Schlussfolgerungen und Empfehlungen	35
1. Streichung oder Beibehaltung des Begriffs «Rasse»: mögliche Grundsatz- oder Kompromisslösungen	35
2. Schlussfolgerung und einige Empfehlungen	37

I. Einführung: Auftrag, Zielsetzung und Aufbau der Studie

1. **Gegenstand der Studie** – Die vorliegende Studie wurde im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB) des Eidgenössischen Departements des Innern durchgeführt, in Absprache mit dem Sekretariat der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR). Ziel war es, die Verwendung des Begriffs «Rasse» in der schweizerischen Gesetzgebung zu untersuchen.

Gemäss Auftrag behandelt die Studie folgende fünf Aspekte:

1. Kurzer Überblick über die unterschiedliche Rezeption des Begriffs «Rasse» in den kontinentaleuropäischen Ländern (inkl. Schweiz) im Vergleich zum angelsächsischen Raum;
 2. Auslegung des Begriffs «Rasse» in der schweizerischen Rechtsprechung und Rechtslehre;
 3. Auslegung des Begriffs «Rasse» im internationalen Recht und insbesondere in den menschenrechtlichen Vertragswerken;
 4. Auswahl und Analyse von Länderbeispielen, die den Begriff «Rasse» aus ihrer Gesetzgebung entfernt und mit anderen Begriffen ersetzt haben (z. B. Frankreich, Schweden, Österreich): Welche Alternativen wurden gewählt, mit welchen Vor- und Nachteilen?
 5. Schlussfolgerungen und Empfehlungen zur Verwendung des Begriffs «Rasse» im schweizerischen Recht sowie in der Verwaltungspraxis der Schweiz. Soll der Begriff beibehalten werden und weshalb? Gibt es alternativen Begriffe, die alle Gruppen abdecken, welche heute mit dem Begriff «Rasse» umfasst werden?
2. **Vorgehen und Methode** – Die vorliegende Studie verwendet die üblichen juristischen Analysemethoden und stützt sich dabei auf die verfügbaren Quellen der geltenden Bestimmungen, Rechtsprechung und Rechtslehre, sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesebene. In Anbetracht der von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen wurden für die Studie sowohl nationale als auch internationale Quellen berücksichtigt.
 3. **Aufbau der Studie** – Im Anschluss an diese Einleitung folgt eine allgemeine Übersicht über die Problematik sowie die Hintergründe der vorliegenden Studie. Danach wird auf die Kernfragen des Forschungsauftrags eingegangen, wobei sie auftragsgemäss auch kurz die unterschiedliche Rezeption des Begriffs «Rasse» zwischen den Vereinigten Staaten¹ und Kontinentaleuropa erläutern wird (Kap. II).

Kapitel III analysiert den normativen Rahmen für die Verwendung des Begriffs «Rasse» im schweizerischen Recht sowie in den von der Schweiz ratifizierten Instrumenten im Bereich der Menschenrechte.

Kapitel IV befasst sich mit Ländern, die den Begriff «Rasse» aus ihrer Verfassung oder aus der gesamten Gesetzgebung gestrichen haben. Beleuchtet werden insbesondere auch die Gründe und Auswirkungen dieser Aufhebung.

Kapitel V schliesslich ist Zusammenfassung und Schlussfolgerung zugleich. Hier werden mögliche Perspektiven für den Begriff «Rasse» im schweizerischen Recht aufgezeigt, geeignete Alternativen identifiziert und deren Vor- und Nachteile besprochen.

¹ In diesem Punkt weicht die Analyse leicht vom Auftrag ab, der einen Vergleich zu den angelsächsischen Ländern vorsah. Die Gründe für diese Abweichung werden weiter unten erläutert (vgl. unten Rz. 8).

II. Hintergrund der Studie: «Rasse», ein kontroverser Begriff

4. **Allgemeine Problematik und Schwierigkeiten** – In verschiedenen europäischen Ländern wird die Verwendung des Begriffs «Rasse» – insbesondere in Gesetzestexten – seit einigen Jahren hinterfragt, da er sich auf ein moralisch verpöntes und wissenschaftlich unhaltbares Konzept bezieht. Auch in der Schweiz wird darüber diskutiert, ob der Begriff beibehalten, aufgegeben oder ersetzt werden soll und welche Alternativen in Frage kämen. So wurde beispielsweise in einem Kanton vorgeschlagen, den Begriff «Rasse» im kantonalen Datenschutzgesetz durch den Begriff «Ethnie» zu ersetzen.

Weitgehend unbestritten ist,² dass der Begriff «Rasse» kontrovers und widersprüchlich ist: «Denn der Begriff «Rasse» wird unterdessen als ein rassistisches Konzept, das heisst als typisches Element von rassistischen Ideologien, aufgefasst».³ Es wurden zahlreiche Alternativen vorgeschlagen, von denen jedoch keine zu überzeugen vermochte. Im Rahmen seiner Überlegungen zu einer möglichen Revision des Verfassungsartikels zum Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) machte Vincent MARTENET den laut eigenen Aussagen «kühnen» Vorschlag, das Kriterium der «Rasse» als eines der aufgeführten verpönten Merkmale zu streichen. Die Kühnheit bestand laut MARTENET darin, ein Kriterium ohne Sinn oder wissenschaftliche Relevanz auch verfassungsrechtlich nicht mehr zu validieren. Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen und weiterhin das Verbot der Rassendiskriminierung sicherzustellen, schlug er vor, das Kriterium der «Rasse» mit dem des «physischen Erscheinungsbildes» (*appearance physique*) zu ersetzen. Damit würde der Problematik der rassistischen Diskriminierung Rechnung getragen, ohne aber den Begriff «Rasse» verwenden zu müssen.⁴

5. **Derzeitige Praxis in der Schweiz** – Der Begriff «Rasse» wird in der schweizerischen Gesetzgebung nach wie vor verwendet. Dies einerseits aus Gründen der Kompatibilität mit menschenrechtlichen Vertragswerken und den entsprechenden internationalen Verpflichtungen der Schweiz, andererseits aber auch, weil der Begriff «Rasse» als Kriterium für strafbare Diskriminierung auf individuelle äusserliche Merkmale verweist, die von verwandten Begriffen wie etwa «Ethnie» oder «Herkunft» nicht abgedeckt sind.

Bei sonstigen amtlichen Texten besteht die – als «pragmatisch» bezeichnete – Verwaltungspraxis auf Bundesebene darin, das Wort «Rasse» in Anführungszeichen zu setzen. Bisweilen wird mit einer Fussnote erklärt, dass der Begriff rassistisch behaftet und aus historischen Gründen verpönt sei, weshalb er generell in Anführungszeichen gesetzt werde. In anderen Fällen wird darauf hingewiesen, dass der Begriff in seiner rechtlichen Bedeutung als Diskriminierungsmerkmal von Artikel 8 BV verwendet und deshalb nicht mit Anführungszeichen versehen werde (s. z.B. Bericht des Bundesrates zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung vom 25. Mai 2016, Fussnote 3).

Angesichts des Unbehagens, das der Gebrauch des Begriffs «Rasse» auslöst, scheint es angezeigt, einen Schritt zurückzugehen zu den Ursprüngen von Rassismus und zu

² Vgl. z. B. RAINER J. SCHWEIZER, *Art. 8 BV*, in: BERNHARD EHRENZELLER *et al.* (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Auflage, Zürich 2014, Rz. 68, wonach der Begriff «Rasse» äusserst fragwürdig einzustufen ist. *Contra*: BERNHARD WALDMANN, *Art. 8 BV*, in: BERNHARD WALDMANN – EVA MARIA BELSER – ASTRID EPINEY (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Rz. 70, wonach der Begriff «Rasse» unverzichtbar ist, einerseits zur Bezeichnung dieser Art von Ungleichbehandlungen, andererseits in Anbetracht des engen Bezugs zwischen dem schweizerischen Recht und den internationalen Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung.

³ Informationsplattform humanrights.ch > Themendossiers > Rassismus > Was ist Rassismus? (www.humanrights.ch).

⁴ VINCENT MARTENET, *Art. 8 Egalité (al. 1 et 2)*, in: SOPHIE WEERTS *et al.* (Hrsg.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Mélanges en hommage au Prof. Luzius Mader*, Basel 2018, S. 42 ff.

seiner jüngeren Geschichte. Die Darstellung dieser konzeptuellen Grundlagen zum Begriff «Rasse» ergänzt die juristische Analyse in Kapitel III um eine weitere Perspektive.

6. **Ursprung** – Rassismus ist ein Phänomen der Neuzeit, genauer gesagt des modernen Europas.⁵ Mit der Intensivierung der Kontakte zwischen den verschiedenen Kontinenten ab dem 15. Jahrhundert verbreitete sich eine Logik der Unterwerfung und Versklavung, insbesondere der afrikanischen Bevölkerung. Diese berief sich zunächst auf religiöse Gründe, ab dem 17. Jahrhundert auf wissenschaftliche Erkenntnisse.⁶

Im von Nationalismus und Imperialismus geprägten 19. Jahrhundert wurden die Beziehungen weniger von Paternalismus und zunehmend von Konkurrenz geprägt.⁷ In diesem historischen Kontext kam es zur schrittweisen Entwicklung einer biologisch begründeten rassistischen Ideologie, die unterschiedliche und ungleiche menschliche Rassen propagierte. Mit dem wissenschaftlichen Nachweis für die biologische Überlegenheit der Bevölkerung Europas sollten Kolonialismus und Rassenungleichheiten allgemein gerechtfertigt und legitimiert werden.⁸

Diese Theorie, die im 20. Jahrhundert offen rassistische Regimes hervorbrachte – die Jim-Crow-Gesetze in den USA, die Apartheid in Südafrika und den Nationalsozialismus in Deutschland – basierte auf den folgenden Annahmen: (1) Rassengruppen unterscheiden sich durch erkennbare äusserliche, (2) innere; (3) naturgegebene Merkmale; die (4) individuell unveränderlich und (5) von einer Generation auf die nächste biologisch übertragen werden, und (6) die Etablierung einer intellektuellen, kulturellen und moralischen Hierarchie zwischen diesen Gruppen rechtfertigen.⁹

7. **Entwicklung** – Der weltweite Schock und die tiefe Empörung über die Gräueltaten des Nazi-Regimes diskreditierten das Konzept des biologischen Rassismus und veränderten die Einstellung zur «Rasse» nachhaltig. Im Rahmen der neu gegründeten Organisation der Vereinten Nationen (UNO) begannen intensive Bemühungen, dieser mörderischen Doktrin ein Ende zu setzen. Mit dem 1949 von der UNESCO initiierten umfangreichen Programm zur Bekämpfung von Rassismus¹⁰ und dessen normativen Rahmen der Erklärung über Rassenfragen von 1950¹¹ verurteilte die internationale Gemeinschaft in aller Klarheit den dümmsten Mythos, der je vom Mensch erfunden wurde.¹² Die Erklärung, die von anerkannten Forschenden und Intellektuellen erarbeitet und unterzeichnet wurde, kam zum Schluss, dass die Theorie der «Rassenreinheit» und der «Hierarchie unter den Rassen» jeglicher wissenschaftlicher Grundlage entbehrt.¹³

⁵ ALANA LENTIN, *Europe and the Silence about Race*, European Journal of Social Theory, 11(4), 2008, S. 487–503, insb. S. 491.

⁶ MICHAEL BANTON, *The International Politics of Race*, Cambridge 2002, S. 10 ff.; GEORGE FREDRICKSON, *Racism: A Short History*, Princeton 2002, S. 54 ff.

⁷ GEORGE FREDRICKSON, *The Historical Origins and Development of Racism*, 2003, in Englisch verfügbar auf https://www.pbs.org/race/000_About/002_04-background-02-01.htm (abgerufen am 12.11.2019).

⁸ FREDRICKSON, bereits zitiert (Fussnote 6), S. 104–108.

⁹ MAGALI BESSONE – DANIEL SABBAGH, *Les discriminations raciales: un objet philosophique*, in: MAGALI BESSONE – DANIEL SABBAGH, *Race, racisme, discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris 2015, S. 5–44, insb. 11.

¹⁰ CHLOÉ MAUREL, «La question des races»: le Programme de l'Unesco, *Gradhiva*, 5/2007, S. 114–131, Rz. 1.

¹¹ Wurde in den Jahren 1951, 1964 und 1967 nach und nach aktualisiert und ergänzt.

¹² UNESCO, *Les Savants du monde entier dénoncent un mythe absurde... le racisme*, Le Courrier de l'Unesco, Vol. III, 6/7, 1950, S. 1.

¹³ UNESCO, *Déclaration sur la race et les différences raciales de 1951*, in: *Quatre déclarations sur la question raciale*, COM.69/II.27/F, 1969, S. 37.

«Rasse» sei kein biologisches Phänomen, sondern ein sozialer Mythos.¹⁴ In ihrer vierten Fassung aus dem Jahr 1967 weist die Erklärung darauf hin, dass die Verwendung des Begriffs «Rasse» teils konventionell und teils willkürlich erfolgt und keine Hierarchie impliziert. Zudem schreibt sie das Problem der Beziehungen zwischen «Rassen» sozialen und nicht biologischen Gründen zu.¹⁵

Diese klare Absage an das Konzept und die Existenz von «Rassen»¹⁶ hat zusammen mit zahlreichen weiteren Massnahmen der UNO zu einem «ontologischen Konsens» geführt: es gibt keine «Rassen», und das Konzept kann daher auch nicht als biologische oder verhaltensbezogene Erklärungsmatrix dienen.¹⁷

8. **Unterschiedliche Rezeption des Begriffs «Rasse»** – Obwohl es das Wort «Rasse» in vielen Sprachen gibt – meist in einer phonetisch ähnlichen Übersetzung – kann der Begriff je nach Kontext sehr unterschiedlich aufgefasst und ausgelegt werden.

Es kann sogar weitergehend argumentiert werden, dass die Bedeutung des Begriffs nicht von der Sprache bestimmt wird, sondern einzig und allein vom Objekt, auf das sich das Wort bezieht (Referent). So denken beispielsweise die Menschen in den USA und in Grossbritannien beim Begriff «Rasse» nicht an die gleichen Bevölkerungsgruppen.¹⁸ Ausgehend von dieser Feststellung konzentrieren wir uns nachfolgend auf die unterschiedliche Rezeption und Akzeptanz des Begriffs in Kontinentaleuropa und in den USA – eine (weitgehend übliche) Gegenüberstellung, welche die konzeptuellen Unterschiede des Begriffs wohl am besten verdeutlicht.

Die Bedeutung eines Worts hängt demnach vom historischen und kulturellen Hintergrund ab, in dem es verwendet wird. Der Begriff «Rasse» bildet hier keine Ausnahme, sondern ist ein instabiles Konzept, das geprägt ist von Wandel Kontext.¹⁹ Für den Soziologen Stuart HALL ist «Rasse» ein schwebender Begriff,²⁰ d.h. ein diskursives Konstrukt, dessen Bedeutung nicht definitiv oder essentialistisch ist, sondern in der Beziehung entsteht und deshalb je nach Kultur und Epoche fortlaufend neu definiert wird.²¹

9. **Der Begriff in Europa und in den USA** – Ideen und Sprache werden massgeblich durch historische Ereignisse beeinflusst und entsprechend mit positiven oder negativen Werten besetzt.²² Sowohl die Geschichte der USA als auch jene der kontinentaleuropäischen Länder ist geprägt von Ungerechtigkeiten und Gräueltaten, die im Namen einer vermeintlichen rassistischen Überlegenheit begangen wurden. Dazu gehören die Rassentrennung in den USA, das Vichy-Regime in Frankreich oder das

¹⁴ UNESCO, *Déclaration sur la race de 1950*, in: *Quatre déclarations sur la question raciale*, bereits zitiert (Fussnote 13), S. 33. Paragraf 6 der Erklärung von 1950 greift überdies die problematische Verwendung des Begriffs «Rasse» in Bezug auf den Menschen auf und empfiehlt, ihn komplett zu streichen und durch «ethnische Gruppe» zu ersetzen.

¹⁵ UNESCO, *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux de 1967*, in: *Quatre déclarations sur la question raciale*, bereits zitiert (Fussnote 12), S. 52 f.

¹⁶ MAUREL, bereits zitiert (Fussnote 10), Rz. 10.

¹⁷ BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 10.

¹⁸ MANFRED BERG – ISABEL SOTO – PAUL SCHOR, *The Weight of Words: writing about race in the United States and Europe*, *The American Historical Review*, 119 (3), 2014, S. 800-808, insb. 801.

¹⁹ BERG – SOTO – SCHOR, bereits zitiert (Fussnote 18), S. 800.

²⁰ Vgl. SUT JHALLY – STUART HALL, *Race: The Floating Signifier*, Media Education Foundation, Northampton 1996 (Retranskription des Vortrags von Stuart Hall am Goldsmiths College in London).

²¹ In diesem Sinne: LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 491.

²² BERG – SOTO – SCHOR, bereits zitiert (Fussnote 18), S. 801.

Franco-Regime in Spanien, der Holocaust, aber auch die Sklaverei, die Kolonialzeit und der Imperialismus.

Wie lässt es sich also erklären, dass trotz dieser gemeinsamen negativen Erfahrung und trotz des erwähnten «ontologischen Konsens»²³ die europäischen Staaten das Bedürfnis haben, das Wort «Rasse» in Anführungszeichen zu setzen, dessen Verwendung zu kommentieren oder gar ganz darauf zu verzichten, während dem es in den USA völlig unbefangen gebraucht wird, als habe es keinen Bezug zur Geschichte des Landes?

Gemäss dem Historikerteam Manfred BERG, Isabel SOTO und Paul SCHOR hat das Wort «Rasse» in Europa nicht den gleichen semantischen Wandel durchlaufen wie in den USA, wo es sich von der Bezeichnung einer biologischen Kategorie zur Bezeichnung für eine Kategorie der sozialen und kulturellen Analyse entwickelt hat.²⁴ Anders gesagt wird das Wort «Rasse» in den USA heute in einem anderen Sinn verwendet als früher.²⁵ Diese Sinnverschiebung ist zweifelsohne auf die bedeutende Entwicklung der Sozialwissenschaften und insbesondere der Studien zu «Rassen» und Ethnien ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zurückzuführen. So bezieht sich heute der Begriff «Rasse» in den USA nicht auf eine Klassifizierung des Menschen in biologisch unterschiedliche und hierarchisch geordnete Untergruppen, sondern auf Gruppen, die Opfer einer offiziellen, systematischen Diskriminierung aufgrund eines pseudowissenschaftlichen Rassismus geworden sind, der heute zwar weitgehend diskreditiert, in seinen Auswirkungen aber weiterhin spürbar ist.²⁶

Im Gegensatz dazu bleibt das Wort «Rasse» in Europa nach wie vor untrennbar mit der Geschichte des Rassismus verknüpft²⁷ und mit dem Stigma des nationalsozialistischen Völkermords behaftet. Dass sich eine solche Tragödie auf europäischem Boden ereignen konnte, war so unvorstellbar und inakzeptabel,²⁸ dass eine Reaktion unerlässlich war.²⁹ Im Bestreben um eine klare Distanzierung vom Holocaust und dem damit verbundenen biologischen Determinismus wird alles, was an die rassistische Ideologie erinnert oder sie wiederaufleben lassen könnte, abgelehnt: In Europa wird das Wort «Rasse» suspekt oder sogar ganz tabu. Der Kampf gegen Rassismus wird international und national kompromisslos vorangetrieben; Rassismus wird verboten, gesetzlich sanktioniert und aus dem öffentlichen Diskurs verbannt.³⁰ Um den Begriff «Rasse» entsteht ein zunehmendes «Schweigen». Teilweise wird diese Haltung aber auch als eine Form der Verleugnung gedeutet, insbesondere in Bezug auf das politische Fundament der «Rassenlehre» und die Verantwortung Europas in der Geschichte des Rassismus.³¹

10. **Anhaltender Rassismus und mögliche Ansätze** – Trotz aller Bemühungen und Massnahmen ist Rassismus – wenn auch weniger explizit – in der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts nach wie vor Realität. Und er baut nach wie vor auf der Grundidee der «Rasse» auf.³² Um es in den Worten von David Theo GOLDBERG auszudrücken: Europa hat die «Rasse» zwar begraben, aber lebend.³³ Viel mehr als ein Wort, bleibt sie präsent

²³ Vgl. oben Rz. 7.

²⁴ BERG – SOTO – SCHOR, bereits zitiert (Fussnote 18), S. 802.

²⁵ BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 6.

²⁶ *Idem.*

²⁷ BERG – SOTO – SCHOR, bereits zitiert (Fussnote 18), S. 801.

²⁸ LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 495.

²⁹ DAVID THEO GOLDBERG, *Racial Europeanization*, *Ethnic and Racial Studies* 29(2), 2006, S. 336.

³⁰ GOLDBERG, bereits zitiert (Fussnote 29), S. 336; LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 496.

³¹ GOLDBERG, bereits zitiert (Fussnote 29), S. 336 ff.; LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 495 ff.

³² LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 492.

³³ GOLDBERG, bereits zitiert (Fussnote 29), S. 334.

in der Art und Weise, die Gesellschaft zu denken und zu gestalten, als machtvolleres Konzept der Trennung und Klassifizierung der Menschen,³⁴ das sich entwickelt und wie ein Chamäleon den kontextuellen Veränderungen anpasst.³⁵

Vor diesem Hintergrund stehen sich in der aktuellen Debatte um die Verwendung und die Bedeutung des Begriffs «Rasse» hauptsächlich zwei Ansätze gegenüber³⁶: ein *eliminativistischer* und ein *konstruktivistischer*. Für Verfechterinnen und Verfechter des *eliminativistischen* Ansatzes sind Rassen eine rein fiktive Projektion; ihrer Ansicht nach ist der Glaube an «Rassen» mit dem Glauben an Hexen und Zauberer vergleichbar und nichts anderes als böser Aberglaube.³⁷ Um zu verhindern, dass ein solch fragwürdiges und moralisch bedenkliches Konzept wieder Auftrieb erhält, müssten die sinnentleerten Rassenbegriffe verbannt oder zumindest durch Konzepte ersetzt werden, die nicht die gleiche Ablehnung hervorrufen.³⁸ Die Verfechterinnen und Verfechter des *konstruktivistischen* Ansatzes hingegen sind der Auffassung, dass die Vermeidung des Begriffs «Rasse» die Vorstellungen von «Rassen» oder Rassenhierarchie keinesfalls aus dem Bewusstsein der Menschen verschwinden lässt, sondern lediglich die Analyse von deren anhaltenden Auswirkungen erschwert.³⁹ Sie verstehen «Rasse» als eine historisch konstruierte und damit vom Menschen geschaffene sozialpolitische Kategorie.⁴⁰ Demnach handelt es sich bei «Rassen» um sehr reale Gegebenheiten, die nicht biologisch gegeben sind, sondern durch einen sozialen Prozess entstehen, bei dem (sichtbaren) Unterschieden soziale Bedeutung und Werte zugeordnet werden.⁴¹

Damit ist der konzeptuelle und theoretische Rahmen der Studie abgesteckt. In einem nächsten Schritt soll untersucht werden, wie und mit welchen Begründungen der Begriff «Rasse» im schweizerischen und im internationalen Recht verwendet und ausgelegt wird.

III. Normativer Rahmen: Tragweite und Herausforderungen

A. Vorbemerkungen: die einschlägigen Bestimmungen

11. **Die Verwendung des Begriffs «Rasse» im schweizerischen Recht** – Auf Bundesebene⁴² wird heute der Begriff «Rasse» in verschiedenen Bestimmungen verwendet.

³⁴ LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 490 ff.

³⁵ GOLDBERG, bereits zitiert (Fussnote 29), S. 337; LENTIN, bereits zitiert (Fussnote 5), S. 491.

³⁶ Auf den dritten Ansatz, jenen der (Neo-)Naturalisten, wonach die Rasse sowohl biologisch als auch sozial ist, wird hier nicht eingegangen. Vgl. dazu z. B. SALLY HASLANGER, *Une analyse socio-constructiviste de la race*, in: BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 105–124, insb. S. 108 ff.

³⁷ GLENN LOURY, *Les stéréotypes raciaux*, in: BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 203–234, insb. 209.

³⁸ BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 12.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ LOURY, bereits zitiert (Fussnote 37), S. 222.

⁴¹ BESSONE – SABBAGH, bereits zitiert (Fussnote 9), S. 20.

⁴² Für die Kantone beschränken wir uns hier auf den Hinweis, dass alle Kantone in ihrer Verfassung das Wort «Rasse» verwenden, mit Ausnahme der Kantone Neuenburg («Ethnie») und Waadt («genetische Merkmale» und «Aussehen»). Vgl. BERNHARD PULVER, *L'interdiction de la discrimination. Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Basel 2003, Rz. 287. Die Verfassung des Kantons Schwyz verweist auf die Bundesverfassung.

Das Substantiv «Rasse» oder das Adjektiv «rassistisch» werden namentlich verwendet in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (Art. 8 Abs. 2),⁴³ dem Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Art. 66d Abs. 1 Bst. a, 261^{bis}, 264 und 264a Abs. 1 Bst. i),⁴⁴ dem Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (Art. 108, 109 Abs. 1 Bst. i und 171c),⁴⁵ dem Rechtshilfegesetz vom 20. März 1981 (Art. 2 Bst. b)⁴⁶ und seiner Verordnung (Art. 11 Abs. 2),⁴⁷ dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Art. 3 Bst. c Ziff. 2),⁴⁸ dem Kinder- und Jugendförderungsgesetz vom 30. September 2011 (Art. 3),⁴⁹ dem DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003 (Art. 8 Abs. 4),⁵⁰ dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (Art. 4 Abs. 1)⁵¹ und dem Asylgesetz (Art. 3 Abs. 1)⁵².

12. **Die Verwendung des Begriffs «Rasse» im Völkerrecht.** – Im Völkerrecht wurde der Begriff «Rasse» erstmals nach dem Zweiten Weltkrieg im Rahmen der internationalen Menschenrechtsbewegung erwähnt, deren wichtigste Grundlage die 1948 verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist.

Das Substantiv «Rasse» und das Adjektiv «rassistisch» werden ausserdem sehr häufig in Abkommen der UNO über die Menschenrechte verwendet. So im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Art. 2),⁵³ im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 2, 4, 24 und 26),⁵⁴ im Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung,⁵⁵ im Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Art. 2),⁵⁶ in der Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (Art. 1, 7 und 13)⁵⁷ und im Internationalen Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen (Art. 13).⁵⁸

Die europäische Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten erwähnt den Begriff «Rasse» in Artikel 14.⁵⁹ Im Protokoll Nr. 12 zur Konvention findet sich der Begriff in Artikel 1.⁶⁰

Neben diesen Texten, die spezifisch dem Schutz der Menschenrechte gewidmet sind, werden die Begriffe auch in anderen internationalen Instrumenten verwendet. Die wichtigsten sind das IAO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Art. 1),⁶¹ das Abkommen über die Rechtsstellung der

⁴³ SR 101.

⁴⁴ SR 311.0.

⁴⁵ SR 321.0.

⁴⁶ SR 351.1.

⁴⁷ SR 351.11.

⁴⁸ SR 235.1.

⁴⁹ SR 446.1.

⁵⁰ SR 363.

⁵¹ SR 784.40.

⁵² SR 142.31.

⁵³ SR 0.103.1.

⁵⁴ SR 0.103.2.

⁵⁵ SR 0.104.

⁵⁶ SR 0.107.

⁵⁷ Von der Schweiz nicht ratifiziert.

⁵⁸ SR 0.103.3.

⁵⁹ SR 0.101.

⁶⁰ Von der Schweiz nicht ratifiziert.

⁶¹ SR 0.822.721.1.

Flüchtlinge (Art. 1, 3 und 33)⁶² und das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (Art. I).⁶³

13. **Spezifische Normen zum Schutz vor Diskriminierung** – Die Übersicht zeigt, dass die «Rasse» als Kategorisierung von Menschen aufgrund von unmittelbar erkennbaren Unterschieden sowohl im schweizerischen Recht als auch im Völkerrecht vor allem als Bestandteil⁶⁴ von Normen zum Schutz vor Diskriminierung vorkommt. Die Rassendiskriminierung wird als Prototyp jeder Diskriminierung⁶⁵ angesehen und erscheint im Katalog der Diskriminierungskriterien häufig an erster Stelle. Das Bestehen eines internationalen Übereinkommens, das speziell der Rassendiskriminierung gewidmet ist, bestätigt die vorrangige und besondere Rolle dieser Form von Diskriminierung. Zudem wurde dem Verbot der Rassendiskriminierung – zumindest in ihrer systematischen Ausprägung (Genozid, Apartheid) – der Status einer zwingenden Völkerrechtsnorm (*ius cogens*) zuerkannt.⁶⁶

Aus zeitlichen und sachlichen Gründen konzentrieren wir unsere Analyse auf die wichtigsten Bestimmungen, die ein Diskriminierungsverbot aufgrund der «Rasse» vorsehen. Im schweizerischen Recht sind dies die Bundesverfassung und das Strafgesetzbuch; im Völkerrecht das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und die Europäische Menschenrechtskonvention. Auf die weiteren einschlägigen Bestimmungen wird weniger ausführlich eingegangen.

B. Das schweizerische Recht

1. Artikel 8 Absatz 2 der Bundesverfassung

14. **Entstehung und Zweck der Norm** – Die ausdrückliche Verankerung des Diskriminierungsverbots im Katalog der Grundrechte, zu deren Einhaltung sich die Schweiz verpflichtet hat, ist eine Errungenschaft der neuen Bundesverfassung, die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist. Dieses Recht wurde vom Bundesgericht bereits unter der alten Bundesverfassung von 1874 punktuell anerkannt, ist heute aber gesamthaft durch den zweiten Absatz von Artikel 8 der geltenden Bundesverfassung gewährleistet.⁶⁷

Mit der Revision der Bundesverfassung und der Verankerung einer Norm zum ausdrücklichen Schutz vor Diskriminierung erfolgte eine «Nachführung» des Verfassungsrechts, die insbesondere auch die Entwicklung auf internationaler Ebene und die zahlreichen von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen⁶⁸ berücksichtigen

⁶² SR 0.142.30.

⁶³ SR 0.311.11.

⁶⁴ In Bezug auf das Völkerrecht spricht PATRICK THORBERRY, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A Commentary*, Oxford 2016, S. 100, von einem Standardelement.

⁶⁵ PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 287.

⁶⁶ In einem bekannten *obiter dictum* zum Konzept der *Erga-omnes*-Pflichten führt der Internationale Gerichtshof die Rassendiskriminierung als eines der Beispiele für diese Pflichten auf. Vgl. Urteil *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgium v. Spain)*, vom 5. Februar 1970, CIJ Reports 1970, S. 32, §34. Siehe auch PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 87.

⁶⁷ REGINA KIENER – WALTER KÄLIN – JUDITH WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, § 36 *Diskriminierungsverbot*, Rz. 2; JÖRG PAUL MÜLLER – MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 682 f.

⁶⁸ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., insb. S. 9 und 137 (im Folgenden: Botschaft über die neue Bundesverfassung).

sollte. So orientierte sich der schweizerische Verfassungsgeber bei der Formulierung von Artikel 8 Absatz 2 BV weitgehend an entsprechenden internationalen Garantien.⁶⁹ Gemäss Andreas RIEDER stand das Völkerrecht Pate für die Verfassungsnorm;⁷⁰ es bildet somit auch den wichtigsten Bezugspunkt für deren Auslegung und Konkretisierung.⁷¹

Mit dem Ziel, spezifische Probleme zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt und in einer bestimmten Gesellschaft zu lösen,⁷² soll diese Bestimmung die Behörden darauf aufmerksam machen, dass Unterscheidungen (oder Gleichsetzungen) aufgrund von Kriterien, die mit einem persönlichen und den Mitgliedern einer gesellschaftlichen Untergruppe gemeinsamen Merkmal im Zusammenhang stehen, grundsätzlich unzulässig sind.⁷³ Da es sich im Allgemeinen um Merkmale handelt, die die Persönlichkeit und Identität einer Person ausmachen, stehen all diese Kriterien in einem mehr oder weniger starken Bezug zur Menschenwürde. Das Diskriminierungsverbot ist somit Ausdruck des Schutzes der Menschenwürde und der Achtung des Eigenwerts des Menschen.⁷⁴

15. **Der Begriff «Rasse»** – Die «Rasse» ist das zweite der neun Kriterien der offenen Liste von Artikel 8 Absatz 2 BV. Es handelt sich um ein klassisches und gängiges Kriterium eines jeden Diskriminierungsverbotskatalogs⁷⁵ und auch um das sensibelste und absoluteste Kriterium, da es keine Unterscheidung aufgrund der «Rasse» geben kann, die nicht den inneren Wert des Menschen in Frage stellt.⁷⁶

Seit seiner Verankerung in der Bundesverfassung an der Wende zum 21. Jahrhundert wurde das Konzept der «Rasse» sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung kaum konkretisiert. Bis heute hat sich noch kein klarer rechtlicher Bedeutungsgehalt herauskristallisiert.⁷⁷ Um die Bedeutung dieses Begriffs zu erklären, bezieht sich die Verfassungslehre häufig auf die allgemeinen Ausführungen des Bundesrats in seiner Botschaft von 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision.⁷⁸ Grundsätzlich sind die der «Rasse» zugeordneten Merkmale vor allem physischer und physiognomischer Art (Hautfarbe, Farbe und Form

⁶⁹ Vgl. insb. BGE 138 I 265, E. 4.2.1 S. 267, sowie KIENER – KÄLIN – WYTENBACH, bereits zitiert (Fussnote 67), Rz. 2; SCHWEIZER, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 46; WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 46. ANDREAS RIEDER, *Form oder Effekt?: Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns*, Bern 2003, S. 36 f., weist darauf hin, dass sich die Verfassungsnorm auch an das Recht der Europäischen Union, das Verfassungsrecht Deutschlands und der Vereinigten Staaten sowie die neueren Kantonsverfassungen anlehnt. Im gleichen Sinn, MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 679.

⁷⁰ RIEDER, bereits zitiert (Fussnote 69), S. 75.

⁷¹ MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 679 *Contra*: Waldmann, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 46, der jedoch anerkennt, dass das Völkerrecht immerhin für die Auslegung der Diskriminierungskriterien beigezogen werden kann.

⁷² ETIENNE GRISEL, *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2. Aufl., Bern 2009, Rz. 123.

⁷³ JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Basel 2018, Rz. 3239.

⁷⁴ PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 224.

⁷⁵ PASCAL MAHON, *Art. 8 Cst.*, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich – Basel – Genf 2003, Rz. 16.

⁷⁶ GRISEL, bereits zitiert (Fussnote 72), Rz. 160; MAHON, bereits zitiert (Fussnote 75), Rz. 15 und 16; PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 291.

⁷⁷ MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 720.

⁷⁸ Vgl. Rz. 17 *unten*; siehe u. a. auch WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 69.

von Augen und Haaren, Behaarung). Gemäss einem Teil der Lehre⁷⁹ fallen auch kulturelle Elemente wie Sprache, Abstammung und Religion darunter.⁸⁰

Allgemein ist anerkannt, dass der Begriff «Rasse» jeder wissenschaftlichen Grundlage entbehrt und sich dessen Verwendung in keiner Weise auf die rassistische Ideologie bezieht, die eine Hierarchie zwischen den Menschen begründet. Obwohl «Rasse» keine rational fassbare Realität bezeichnet⁸¹, hält sich aber bei einem Teil der Bevölkerung die subjektive Wahrnehmung, dass sich die Menschen in verschiedene «Rassen» unterteilen lassen, wodurch das Problem der Rassendiskriminierung weiterhin fortbesteht.⁸² Somit bezieht sich der Begriff «Rasse» im Artikel 8 Absatz 2 BV nicht auf ein objektives, sondern auf ein subjektives Konzept.⁸³ Anders gesagt, er widerspiegelt die Existenz eines gesellschaftlichen Konstrukts, nämlich die Kategorisierung der Menschen aufgrund von Äusserlichkeiten, die meistens auf stereotypen Zuschreibungen und sozialen Ausgrenzungs- und Degradierungspraktiken gründen.⁸⁴ In rechtlicher Hinsicht bezieht sich der Begriff «Rasse» demnach hauptsächlich auf eine soziale Konstruktion.⁸⁵

2. Artikel 261^{bis} des Strafgesetzbuchs

16. **Entstehung und Zweck der Norm** – Bereits einige Jahre vor der Verankerung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung in der Bundesverfassung fand der Begriff «Rasse» Eingang in die schweizerische Rechtsordnung. Seit dem 1. Januar 1995 schützt das Strafgesetzbuch bestimmte Personengruppen ausdrücklich vor Diskriminierung in Beziehungen zwischen Privatpersonen; nach Artikel 261^{bis} StGB werden Diskriminierung und Aufruf zu Hass wegen der «Rasse», Ethnie, Religion (und künftig voraussichtlich⁸⁶ auch der sexuellen Orientierung) bestraft.

⁷⁹ ALEXANDRE GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Dissertation, Bern 1996, S. 24; MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 720; SCHWEIZER, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 68.

⁸⁰ Deshalb wird manchmal die Ansicht vertreten, dass sich das Konzept der «Rasse» teilweise mit jenem der (ethnischen, kulturellen) «Herkunft» überschneidet. Vgl. insb. KIENER – KÄLIN – WYTTENBACH, bereits zitiert (Fussnote 67), Rz. 22; WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 70. PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 289 f., schlägt jedoch ausdrücklich vor, für den Begriff «Rasse» im schweizerischen Verfassungsrecht eine restriktive, auf die physischen Merkmale beschränkte Definition zu verwenden. Er vertritt die Ansicht, dass im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 BV eine Ausweitung auf andere Elemente kaum von Nutzen ist, da die anderen Hypothesen durch andere in dieser Bestimmung aufgeführte Kriterien abgedeckt sind.

⁸¹ SAMANTHA BESSON, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Dissertation, Freiburg 1999, Rz. 1419.

⁸² PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 289 f.

⁸³ BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz: unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Bern 2003, S. 582. Im gleichen Sinn PULVER, bereits zitiert (Fussnote 42), Rz. 289, der darauf hinweist, dass dieser Ansatz mit dem Völkerrecht und insbesondere mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung verfolgt würde.

⁸⁴ KIENER – KÄLIN – WYTTENBACH, bereits zitiert (Fussnote 67), Rz. 22; MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 686.

⁸⁵ Vgl. BGE 135 I 49, E. 4.3, S. 54 f.; SCHWEIZER, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 68; WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 2), Rz. 69; Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269 ff., 310 (im Folgenden: ICERD-Botschaft).

⁸⁶ Am 14. Dezember 2018 verabschiedete das eidgenössische Parlament eine Änderung des Strafgesetzbuchs, die den Diskriminierungsschutz auf die sexuelle Orientierung ausdehnt (BBl 2018 7861). Die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 261^{bis} StGB erfolgte fünf Monate nach der Einreichung der parlamentarischen Initiative Reynard (13.407) zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung. Die Änderung ist jedoch noch nicht in Kraft und muss noch in einer Volksabstimmung genehmigt werden, die im Februar 2020 stattfinden wird.

Die Revision des Strafrechts, die zur Verabschiedung von Artikel 261^{bis} StGB führte, hatte insbesondere zum Ziel, die internationalen Verpflichtungen der Schweiz zu erfüllen.⁸⁷ Um dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 beitreten zu können, musste die Schweiz vorgängig insbesondere die Anforderung erfüllen, (gesetzgeberische) Massnahmen zur aktiven Bekämpfung der Rassendiskriminierung zu ergreifen, die gemäss Botschaft des Bundesrats fehlten: «Mit Ausnahme des Verbots von Diskriminierung durch Behörden [...] sind diese Anforderungen des Übereinkommens in unserem Land heute nicht oder nur unvollständig erfüllt».⁸⁸

Nach der jüngeren Lehre und Rechtsprechung⁸⁹ schützt die Strafnorm im Wesentlichen die Menschenwürde, also die Anerkennung des Eigenwerts eines jeden Menschen. Nur mittelbar wird der öffentliche Frieden vor Verhaltensweisen geschützt, die das soziale Klima besonders beeinträchtigen können.⁹⁰ In Übereinstimmung mit den Zielen des Internationalen Übereinkommens bezweckt diese Bestimmung, «ein wirksames System zur Prävention von Menschenrechtsverletzungen»⁹¹ zu schaffen.

17. **Der Begriff «Rasse»** – Artikel 261^{bis} StGB enthält keine Legaldefinition der Rassendiskriminierung⁹², sondern beschränkt sich darauf, die Kriterien der strafbaren Diskriminierung abschliessend aufzulisten. In der Botschaft weist der Bundesrat darauf hin, dass sich die Auswahl der Kriterien weitgehend an Artikel 1 Ziffer 1 des Übereinkommens orientiert.⁹³ Bei den Kriterien der «Rasse» und der ethnischen Herkunft unterscheidet sich der Inhalt nicht von jenem des Völkerrechts.⁹⁴

Der besondere Aufbau der sogenannten Rassismusstrafnorm ermöglicht es, zwischen einem weiten und engen Sinn des Worts «Rasse» zu unterscheiden.

Gesamthaft betrachtet schützt Artikel 261^{bis} StGB vor Rassendiskriminierung im weiten Sinn.⁹⁵ Gemäss Bundesrat spricht man von «Rasse», wenn «eine Menschengruppe [...] sich selbst als unterschiedlich von andern Gruppen versteht und/oder von diesen so verstanden wird, auf der Grundlage angeborener und unveränderlicher Merkmale».⁹⁶

⁸⁷ BESSON, bereits zitiert (Fussnote 81), Rz. 1204.

⁸⁸ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 302.

⁸⁹ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG*, Zürich 2007, Rz. 328 ff.

⁹⁰ Vgl. etwa BGE 143 IV 77, E. 2.3, S. 79 und BGE 133 IV 308 E. 8.2, S. 311 mit Hinweisen. Siehe auch MICHEL DUPUIS – LAURENT MOREILLON *et alii* (Hrsg.), *Petit Commentaire – Code pénal*, Basel 2017, Rz. 2 ad Art. 261^{bis} StGB; DORRIT SCHLEIMINGER METTLER, *Art. 261^{bis} StGB*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI – HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Basel 2019, Rz. 8; ULRICH WEDER, *Art. 261^{bis} StGB*, in: ANDREAS DONATSCH – STEFAN HEIMGARTNER *et alii* (Hrsg.), *StGB, JStG Kommentar: mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG*, Zürich 2018, Rz. 2. *Contra*: STEFAN TRECHSEL – HANS VEST, *Art. 261^{bis} StGB*, in: STEFAN TRECHSEL – MARK PIETH (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, Zürich 2018, Rz. 6.

⁹¹ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 303.

⁹² Gemäss Bundesrat hätte eine Definition im StGB «einen Fremdkörper dargestellt» (ICERD-Botschaft BBI 1992 III 311).

⁹³ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 311.

⁹⁴ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 141

⁹⁵ Der Randtitel «Rassendiskriminierung» in einem weiten Sinn rechtfertigt sich für den gesamten Art. 261^{bis}, denn «sämtliche Tatbestandsvarianten beruhen auf einer menschenrechtsverletzenden Unterscheidung von Menschen» (ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 310).

⁹⁶ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 310. Diese Formel stammt aus einem Handbuch über das System der Vereinten Nationen und insbesondere aus einem Beitrag zum Thema Rassendiskriminierung in diesem Kontext. Der Beitrag richtet das Augenmerk vor allem auf den subjektiven Aspekt der Selbst- oder Fremdwahrnehmung einer Gruppenzugehörigkeit. Vgl. KARL JOSEF PARTSCH, *Rassendiskriminierung*, in: RÜDIGER WOLFRUM (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, Rz. 88, München 1991, Rz. 9.

Anders gesagt, der Begriff setzt die Identifikation einer Gruppe⁹⁷ voraus, die sich aufgrund mehr oder weniger erkennbarer angeborener Eigenschaften als solche wahrnimmt (Selbstidentifikation) oder als solche wahrgenommen wird (Fremdentifikation). Mit dem Hinweis, dass diese Definition der «Rasse» in der Soziologie verwendet wird, nimmt der Bundesrat die soziologische Perspektive in das Recht auf.

Von allen Gruppen, die unter diese allgemeine Definition fallen können, bezeichnet die «Rasse» im eigentlichen Sinn der wichtigste Gruppentypus.⁹⁸ Sie entspricht denn auch einem der Kriterien strafbarer Diskriminierung nach Artikel 261^{bis} StGB und bezieht sich insbesondere auf physische und physiognomische Merkmale, namentlich auf die Hautfarbe,⁹⁹ die im Zuge des biologischen Rassismus mit angeblich typischen Wesensmerkmalen der einzelnen Individuen in Verbindung gebracht wurden.¹⁰⁰

Artikel 261^{bis} StGB geht somit in erster Linie von einem weit gefassten, soziologischen Verständnis aus,¹⁰¹ wonach der Begriff «Rasse» einem sozialen Konstrukt beziehungsweise stereotypen Zuschreibungen entspricht.¹⁰² Die Zugehörigkeit zu einer rassischen Gruppe beruht demnach nicht auf objektiven Merkmalen, sondern auf subjektiven und sozialen Komponenten.¹⁰³ Damit muss auch nicht mehr analysiert werden, ob es sich um eine tatsächliche oder vermeintliche Zugehörigkeit handelt, da für die Strafbarkeit einzig der rassistische Beweggrund («wegen») massgebend ist.¹⁰⁴ So ist die «Rasse» im engen Sinn bloss ein Element unter anderen, das lediglich dann zum Tragen kommt, wenn das allgemeine Gefühl mit den wissenschaftlichen Definitionen übereinstimmt.¹⁰⁵ Dieses dualistische Verständnis der «Rasse» findet sich im Übrigen auch im Internationalen Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung.

3. Das Asylgesetz

18. **Artikel 3 AsylG** – In Anlehnung an das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge gilt gemäss Asylgesetz (AsylG) eine Verfolgung aufgrund der «Rasse» als asylrechtlich relevant. Gemäss Lehre muss der Begriff «Rasse» in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht¹⁰⁶ in einem weit gefassten Sinn verstanden werden und alle ethnischen Gruppen umfassen, welche im allgemeinen Sprachgebrauch unter «Rasse» subsumiert werden.¹⁰⁷ Aufgrund dieser breiten Auslegung wird der Begriff «Rasse» in der behördlichen Praxis häufig durch andere Asylgründe wie etwa Nationalität oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe ersetzt.¹⁰⁸

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «Rasse» gemäss AsylG nicht weiter definiert. Gestützt auf die Lehrmeinung von Walter STÖCKLI

⁹⁷ Zum Begriff der Gruppe und ihrer Komponenten siehe NIGGLI, bereits zitiert (Fussnote 89), Rz. 562 ff; TRECHSEL – VEST, bereits zitiert (Fussnote 90), Rz. 14; WEDER, bereits zitiert (Fussnote 90), Rz. 8.

⁹⁸ NIGGLI, bereits zitiert (Fussnote 89), Rz. 618.

⁹⁹ Vgl. BGE 124 IV 121, E. 2b.

¹⁰⁰ TRECHSEL – VEST, bereits zitiert (Fussnote 90), Rz. 11; WEDER, bereits zitiert (Fussnote 90), Rz. 9.

¹⁰¹ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 142.

¹⁰² NIGGLI, bereits zitiert (Fussnote 89), Rz. 652.

¹⁰³ PARTSCH, bereits zitiert (Fussnote 96), Rz. 9.

¹⁰⁴ BGE 123 IV 202, E. 3a; vgl. auch GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 128 f. und 139.

¹⁰⁵ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 23.

¹⁰⁶ ALBERTO ACHERMANN – CHRISTINA HAUSAMMANN, *Handbuch des Asylrechts*, Bern – Stuttgart 1991, S. 97.

¹⁰⁷ SAMAH POSSE-OUSMANE – SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Art. 3 AsylG*, in: CESLA AMARELLE – MINH SON NGUYEN (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, Vol. IV : *Loi sur l'asile*, Bern 2015, S. 14-43, insb. 25.

¹⁰⁸ *Idem*.

(ehemaliger Richter am Bundesverwaltungsgericht), erachtet es eine abstrakte Definition der Verfolgungsmerkmale auch gar nicht als notwendig, da der Verfolger (oder der Staat) allein bestimmt, weshalb er eine Person verfolgt (oder nicht schützt).¹⁰⁹ Ausschlaggebend ist allein, dass «die Verfolgung wegen äusserer oder innerer Merkmale erfolgt – Merkmale, die untrennbar mit der Person» (Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe, Sprache usw.) oder der Persönlichkeit des Opfers (politische Meinung, Überzeugung, Lebenseinstellung usw.) verbunden sind.¹¹⁰ Eine asylrechtlich relevante Verfolgung im Sinne der Flüchtlingskonvention von 1951 und somit des AsylG erfolgt nach Walter STÖCKLI immer «wegen des Seins [...] nicht wegen des Tuns».¹¹¹

4. Zwischenfazit

19. **Ein weit gefasstes Verständnis des Begriffs «Rasse», das sich aus dem Völkerrecht ableitet** – Der Begriff «Rasse» wurde in die schweizerische Rechtsordnung aufgenommen mit dem Ziel, die Garantien des Völkerrechts, insbesondere jene des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und des Abkommens von Genf über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, in das innerstaatliche Recht zu übertragen.

Seither wurde das Konzept «Rasse» im schweizerischen Recht kaum konkretisiert. Für die Auslegung des Begriffs wird tendenziell die allgemeine Formel verwendet, die der Bundesrat in seiner Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum besagten Übereinkommen und die entsprechende Revision des Strafgesetzbuchs festgelegt hat.¹¹²

Diese Definition entspricht einem grundsätzlich weit gefassten Verständnis des Begriffs «Rasse», der eine ganze Reihe von physischen und kulturellen Eigenschaften umfassen kann, die sich auf die Herkunft einer Person beziehen. Wird der Begriff im engen Sinn verwendet, vor allem als besonderes Diskriminierungskriterium in einem mehr oder weniger umfassenden Katalog, so bezieht sich «Rasse» ausschliesslich auf äusserliche physische Merkmale. In diesem Fall wird er jedoch nie alleine verwendet, sondern immer zusammen mit dem Kriterium der ethnischen und nationalen Herkunft.¹¹³

Im schweizerischen Asylrecht ist der Begriff «Rasse» im weiten Sinn des Völkerrechts zu verstehen. Das Bundesverwaltungsgericht lehnt es jedoch ab, eine abstrakte Definition der Verfolgungsmotive wie etwa der «Rasse» festzulegen, weil nur die Sichtweise des Verfolgers massgebend ist.

20. **Nicht ein biologisch, sondern ein soziologisch begründetes Konzept** – Bei der Definition der «Rasse», auf die sich der Bundesrat und auch die Lehre und Rechtsprechung abstützen, handelt es sich um eine soziologische Definition. Wie andere Länder auch hat die Schweiz die problematische Ambivalenz des Begriffs «Rasse» erkannt und sich deshalb von dessen pseudowissenschaftlicher Bedeutung distanziert, um den Fokus auf die soziologische Komponente zu legen. Heute ist allgemein anerkannt, dass die «Rasse» eine soziale Konstruktion ist, die eine Ideologie

¹⁰⁹ WALTER STÖCKLI, *Asyl*, in : PETER UEBERSAX ET AL. (Hrsg.), *Ausländerrecht: eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Basel 2009, S. 521–588, insb. 528. Der Autor führt namentlich als Beispiel an, dass die im Dritten Reich vorgenommene Definition der «jüdischen Rasse» weder mit Wissenschaftlichkeit und Richtigkeit noch mit dem Selbstverständnis der Juden etwas gemein hatte.

¹¹⁰ *Idem*; Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission 2006/32.

¹¹¹ STÖCKLI, bereits zitiert (Fussnote 109), S. 528.

¹¹² Vgl. Rz. 17 oben.

¹¹³ Vgl. WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 83), S. 579 f., der den Unterschied zwischen «Rasse» im weiten Sinn (Oberbegriff) und im engen Sinn ausführlich diskutiert.

widerspiegelt, mit der Dominanzverhältnisse in einem bestimmten sozialen und historischen Kontext legitimiert werden sollen. Die Idee von biologischen «Rassen» ist widerlegt (in erster Linie von der Naturwissenschaft selber) und kann folglich auch nicht als Grundlage eines rechtlich verankerten Diskriminierungsverbots dienen.¹¹⁴

21. **Die Haltung der Lehre zur Verwendung des Begriffs «Rasse»** – Am häufigsten wird die Frage der Verwendung des Begriffs «Rasse» im schweizerischen Recht in der Lehre diskutiert. Die Rechtsprechung beschränkt sich bestenfalls auf die Feststellung, dass es sich um ein Konzept handelt, das rechtlich nicht auf eine klare Formel gebracht werden kann.¹¹⁵

Die Verwendung des Begriffs «Rasse» in Gesetzestexten ist grundsätzlich umstritten. Einige Autorinnen und Autoren sind der Ansicht, dass der Begriff nicht verwendet werden sollte. Neben dem bereits zitierten Vincent MARTENET¹¹⁶ plädierte auch Karl Ludwig KUNZ in seiner Kritik zur künftigen Strafbestimmung dafür, in der deutschen Fassung auf den historisch belasteten Rassenbegriff zu verzichten, da er bedeutungsgleich mit ethnischer Zugehörigkeit ist.¹¹⁷

Die Mehrheit der Lehre jedoch äussert sich entweder gar nicht zu dieser Frage, beschränkt sich auf deren Problematisierung¹¹⁸ oder aber spricht sich für die Beibehaltung des Begriffs aus.

So vertritt beispielweise Marcel Alexander NIGGLI die Meinung, dass auf den Begriff «Rasse» nicht vollständig verzichtet werden soll. Zwar existieren keine menschlichen «Rassen», aber das strafbare Verhalten muss dennoch in irgendeiner Art benannt werden. Mit einer Neutralisierung des Gesetzestextes und dem Verzicht auf den Begriff «Rasse» wird rassistische Diskriminierung nicht eliminiert. Die Verwendung des Begriffs im Gesetz bedeutet denn auch nicht, dass rassistisches Gedankengut übernommen wird. Es wird damit nur die Tatsache akzeptiert, dass rassistische Ideen und Diskriminierungen aufgrund von scheinbar «rassisch» bedingten Merkmalen existieren, auch wenn dafür keine haltbare Grundlage besteht. Somit validiert das Gesetz nicht die Unterscheidung als solche, sondern es anerkennt die Tatsache, dass unzulässige Unterscheidungen gemacht werden. Es übernimmt damit also nicht die Unterscheidung, sondern lediglich die Kriterien der Unterscheidung. Der Autor argumentiert weiter, dass der Begriff «Rasse» im rechtlichen Kontext nur das meinen kann, was er im umgangssprachlichen Kontext auch bedeutet, nämlich die konzeptuelle Bildung einer Gruppe aufgrund von primär physischen Merkmalen. Damit muss vor allem das subjektive Verständnis des Begriffs im Alltagsleben berücksichtigt werden, also die Art, wie er in der kollektiven Vorstellungswelt verstanden wird.¹¹⁹

Alexandre GUYAZ wiederum argumentiert, dass ein Rechtsbegriff nicht definiert werden kann, ohne vorgängig die Funktion der Texte zu bestimmen, die sich darauf beziehen. Dabei geht es nicht so sehr um die Frage, was eine menschliche «Rasse» effektiv ist,

¹¹⁴ NIGGLI, bereits zitiert (Fussnote 89), Rz. 633 f.; vgl. auch WALDMANN, bereits zitiert (Fussnote 83), S. 582.

¹¹⁵ Vgl. BGE 123 IV 202, E. 3a.

¹¹⁶ Vgl. Rz. 4 oben.

¹¹⁷ KARL LUDWIG KUNZ, *Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung. Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft*, ZStrR 110/1992, S. 160, der sich insbesondere auf die vorherrschende deutsche Doktrin bezieht.

¹¹⁸ Vgl. etwa ELEONOR KLEBER, *La discrimination multiple: étude de droit international, suisse et européen*, Dissertation Freiburg, Zürich 2015, S. 202, die sich auf den Hinweis beschränkt, dass heute aufgrund der Ungriffigkeit und Umstrittenheit des Begriffs «Rasse» dem Begriff Ethnie oder ethnische Herkunft im Allgemeinen Vorrang gegeben wird, da damit der subjektive und kulturelle Aspekt der Klassifikationen hervorgehoben werden kann.

¹¹⁹ NIGGLI, bereits zitiert (Fussnote 89), Rz. 635–642.

sondern darum, was sie in einer Gesellschaft zu sein scheint, die den Rassenkonflikten ein Ende setzen möchte.¹²⁰

Da das Diskriminierungsverbot eine Antwort auf diese Art von sozialen Praktiken ist, muss die «Rasse» gemäss Jacques DUBEY rechtlich als ein höchstverdächtiges Kriterium für Diskriminierung existieren, auch wenn sie biologisch nicht existiert.¹²¹ Gemäss Jörg Paul MÜLLER und Markus SCHEFER kann auf den Begriff «Rasse» nicht verzichtet werden, da sonst auch dessen rassistischer Bedeutungsursprung nicht mehr kritisch hinterfragt werden kann.¹²²

C. Das anwendbare Völkerrecht

1. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

22. **Entstehung und Zweck des Übereinkommens** – Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, das 1965 von der UNO-Generalversammlung verabschiedet wurde, war nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und vor den beiden internationalen Pakten von 1966 das erste multilaterale Abkommen im Bereich der Menschenrechte. Als grosser Schritt in der Entwicklung des modernen Völkerrechts,¹²³ hat er eine Vorreiter- und Vorbildfunktion und zählt bis heute zu den am häufigsten ratifizierten Abkommen.

Als Ausgangspunkt und Grundlage für weitere Massnahmen ist das Übereinkommen sozusagen das Herz des internationalen Kampfes gegen Rassendiskriminierung¹²⁴. So wurde auch in der Erklärung der dritten UNESCO-Weltkonferenz gegen Rassismus, Rassendiskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und Intoleranz von 2001 in Durban auf die zentrale Rolle des Übereinkommens hingewiesen und betont, dass alle Staaten dem Übereinkommen beitreten und seine Inhalte umsetzen sollten.¹²⁵

Das Übereinkommen ist klar ein Produkt seiner Zeit.¹²⁶ Im historischen Kontext der Nachkriegszeit und der Entkolonialisierung hatte es zum Ziel, ein grosses gesellschaftliches Problem zu lösen.¹²⁷ Die übergeordnete Absicht, in Zukunft Gräueltaten durch offen rassistische Regimes zu verhindern und sich vom

¹²⁰ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 23 f.; vgl. auch MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 720.

¹²¹ DUBEY, bereits zitiert (Fussnote 73), Rz. 3279.

¹²² MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 718.

¹²³ DORIS ANGST, *La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR)*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELLIER (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf 2014, S. 268-281, bes. 269.

¹²⁴ ION DIACONU, *Racial discrimination*, Den Haag 2011, S. 354 und 359.

¹²⁵ Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 2001, A/CONF.189/12, Präambel und N. 77 der Erklärung. Anlässlich dieser Konferenz wurde über die Verwendung des Begriffs «Rasse» diskutiert. Während die europäischen Staaten dieses Wort ablehnten, legten afrikanische und karibische Staaten angesichts der Ausgrenzung und Diskriminierung, die sie erfahren hatten, besonderen Wert darauf. «Die europäische Ablehnung dieses Begriffs kommt in ihren Augen einer Verneinung dieser Vergangenheit, gar der Flucht aus der Verantwortung gleich, und sie fühlen sich wenig ernstgenommen» (Weltkonferenz gegen Rassismus, Rassendiskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und damit zusammenhängende Intoleranz, Durban, 31. August bis 8. September 2001, Erklärung und Aktionsprogramm, mit Inhaltsübersicht und Index, Publikation der FRB, Dezember 2002, S. 5; vgl. auch ANGST, bereits zitiert [Fussnote 123], S. 270, Fussnote 11).

¹²⁶ DIACONU, bereits zitiert (Fussnote 124), S. 354.

¹²⁷ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 25.

Kolonialmodell mit all seinen Auswirkungen zu distanzieren, sind sowohl in der Präambel als auch im Wortlaut des Übereinkommens zu erkennen.¹²⁸

So müssen auch «die Anforderungen des Übereinkommens aus [diesen] zwei wesentlichen Wurzeln verstanden werden».¹²⁹

23. **Der Begriff «Rasse»** – Wie sein Titel nahelegt, will das Übereinkommen Rassendiskriminierung in all ihren Formen beseitigen. Artikel 1 Ziffer 1 enthält eine umfassende Definition dieses Begriffs mit allen «Unterscheidungskriterien, welche rassendiskriminierend sein können, wenn sie sich auf die Wahrnehmung von Menschenrechten beziehen»:¹³⁰ Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationale oder ethnische Herkunft. Der Kriterienkatalog beruht auf dem Bestreben, keine Diskriminierung unberücksichtigt zu lassen, die als rassistisch beurteilt werden könnte,¹³¹ und auf der Absicht, eine unbegrenzte Anzahl von Personen zu schützen.¹³²

Diese Absicht widerspiegelt sich in der Liste der Diskriminierungsgründe, die sich zu überschneiden scheinen und oft nur schwer voneinander abgrenzen lassen. Dies verleiht dem Übereinkommen eine umfassende und flexible Tragweite, die über den ursprünglichen Kontext des Antikolonialismus hinausgeht und vergangene, gegenwärtige und künftige Formen des Rassismus erfassen kann.¹³³

So beruht das Internationale Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung in erster Linie auf einem breiten, soziologischen Verständnis des Begriffs «Rasse»,¹³⁴ das eine Reihe von subjektiven und sozialen Komponenten einschliesst. «Die vom Übereinkommen erfassten unzulässigen Unterscheidungsgründe beschränken sich nicht etwa, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, auf physische Unterscheidungsmerkmale»,¹³⁵ sondern schliessen auch sozioökonomische, sprachliche, kulturelle und historische Variablen im Zusammenhang mit Rassismus ein.¹³⁶

Die «Rasse» im engen Sinn ist demnach nur eines der Kriterien, aus denen sich der Begriff «Rasse» im weiten Sinn zusammensetzt. Mit dem Kriterium der «Hautfarbe» präzisiert, bezieht er sich auf biologische und physische Merkmale¹³⁷ und somit auf die Argumente des biologischen Determinismus, auf dem die traditionellen rassistischen Theorien basieren.

Der mit der Überwachung der Anwendung des Übereinkommens beauftragte UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, CERD) stellt sich klar gegen die rassistische

¹²⁸ THEO VAN BOVEN, *The Concept of Discrimination in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in: WALTER KÄLIN (Hrsg.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, Basel 1999, S. 9-26, bes. 9.

¹²⁹ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 303.

¹³⁰ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 287; im gleichen Sinn NATAN LERNER, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Leiden 2014, S. 33.

¹³¹ GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 25.

¹³² Vgl. DIACONU, bereits zitiert (Fussnote 124), S. 33 und 147.

¹³³ DIACONU, bereits zitiert (Fussnote 124), S. 32, 166 f. und 355; VAN BOVEN, bereits zitiert (Fussnote 128), S. 11.

¹³⁴ Vgl. ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 279, sowie DIACONU, bereits zitiert (Fussnote 124), S. 69; GUYAZ, bereits zitiert (Fussnote 79), S. 24 und 140. MÜLLER – SCHEFER, bereits zitiert (Fussnote 67), S. 720, Rz. 454, weisen darauf hin, dass im Rahmen des Übereinkommens der Begriff «Rasse» als «Oberbegriff» verwendet wird.

¹³⁵ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 279.

¹³⁶ DIACONU, bereits zitiert (Fussnote 124), S. 32.

¹³⁷ ICERD-Botschaft, BBI 1992 III 279.

Ideologie. Dennoch ist er der Ansicht, dass die innerstaatlichen Gesetzgebungen alle Kriterien von Artikel 1 des Übereinkommens enthalten müssen, einschliesslich jenes der «Rasse».¹³⁸ In den Schlussbemerkungen zu den periodischen Länderberichten von Norwegen zeigte sich der CERD beispielsweise mehrmals besorgt darüber, dass dieser Begriff trotz seiner häufigen Verwendung in der Öffentlichkeit im norwegischen Antidiskriminierungsgesetz nicht als verbotener Diskriminierungsgrund aufgeführt ist. Er empfahl Norwegen, seine Gesetzgebung in Einklang mit Artikel 1 des Übereinkommens zu bringen und die Diskriminierung aufgrund aller Motive, einschliesslich der Rasse, zu verbieten.¹³⁹ Im Fall von Schweden empfahl der CERD jedoch lediglich, sicherzustellen, dass die neue Formulierung, die das Merkmal der Rasse nur indirekt umfasst («sonstige besondere Umstände»), nicht zu einer Verringerung des Schutzes der Opfer von Rassendiskriminierung gemäss den Anforderungen des Übereinkommens führt.¹⁴⁰

2. Die Europäische Menschenrechtskonvention

24. **Entstehung und Zweck der Norm** – Als Eckpfeiler des Schutzes der Grundrechte auf dem europäischen Kontinent¹⁴¹ wurde 1950 die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom Europarat verabschiedet. Mit ihr wurden erstmals bestimmte Rechte der Allgemeinen Erklärung von 1948 als rechtlich bindend erklärt.¹⁴² Die EMRK ist das Ergebnis einer zwischenstaatlichen Zusammenarbeit, welche das vom Zweiten Weltkrieg gebeutelte Europa wieder zusammenführen sollte auf der Grundlage von gemeinsamen Werten: Schutz der Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.¹⁴³

Um weitere Gräueltaten auf europäischem Boden zu verhindern, sollte insbesondere ein Rechtssystem geschaffen werden, das einer unabhängigen regionalen Kontrolle untersteht.¹⁴⁴ So garantiert die EMRK nicht nur einen Mindeststandard für den Schutz der Grundrechte, zu deren Einhaltung die europäischen Vertragsparteien verpflichtet sind, sondern hat zudem mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein in seiner Art einmaliges System der gerichtlichen Kontrolle errichtet (Art. 19 EMRK).¹⁴⁵

25. **Der Begriff «Rasse»** – Die offene Liste der strafbaren Diskriminierungsgründe in Artikel 14 EMRK enthält auch das Kriterium der «Rasse».¹⁴⁶ Da die Rechtsprechung des

¹³⁸ Vgl. THORNBERRY, bereits zitiert (Fussnote 64), S. 118; WOUTER VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Oxford 2005, S. 90.

¹³⁹ Vgl. CERD/C/NOR/CO/23-24, § 7–8; CERD/C/NOR/CO/19-20, § 8; CERD/C/NOR/CO/23-24, § 15.

¹⁴⁰ CERD/C/SWE/CO/19-2, § 6; vgl. Rz. 39 ff. unten.

¹⁴¹ MAYA HERTIG RANDALL, *Europe*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELIER (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf 2014, S. 382-384, bes. 382.

¹⁴² Vgl. Erw. 5 der Präambel der EMRK.

¹⁴³ MICHEL HOTTELIER, *Le Conseil de l'Europe et les droits de l'homme*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELIER (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf 2014, S. 385-396, bes. 387. Für eine vertiefte Analyse der der EMRK zugrundeliegenden Ziele vgl. PIETER VAN DIJK – FRIED VAN HOOF – ARJEN VAN RIJN – LEO ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Aufl., Cambridge 2018, S. 2 ff.

¹⁴⁴ HOTTELIER, bereits zitiert (Fussnote 143), S. 394.

¹⁴⁵ Für weitere Ausführungen zur Entstehung der EMRK und ihrer revolutionären Art siehe GIORGIO MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis et mécanisme de mise en oeuvre*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELIER (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf 2014, S. 397-426.

¹⁴⁶ Die gleiche Liste ist auch in Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK enthalten, das den Art. 14 EMRK ergänzt. Mit diesem Protokoll wird der allgemeine Grundsatz des Diskriminierungsverbots eingeführt und dessen Unabhängigkeit gegenüber den anderen geschützten Rechten und Freiheiten verankert. Das Protokoll wurde von der Schweiz allerdings bis heute nicht ratifiziert.

EGMR in diesem Bereich von grosser Bedeutung ist, ist sie auch Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs «Rasse» im Rahmen der EMRK.

Von den verschiedenen Diskriminierungsformen stellt die Diskriminierung aufgrund der «Rasse» für den EGMR eine spezielle Verletzung der Menschenwürde dar; angesichts ihrer gefährlichen Auswirkungen verlangt sie von den Behörden erhöhte Aufmerksamkeit und entschlossene Reaktionen.¹⁴⁷ Zudem darf sie in einer demokratischen Gesellschaft nicht geduldet werden.¹⁴⁸ Bei einer Ungleichbehandlung aufgrund der «Rasse», Hautfarbe oder ethnischen Herkunft muss der Begriff der objektiven und vernünftigen Rechtfertigung so restriktiv wie möglich ausgelegt werden.¹⁴⁹

Der Begriff «Ethnie» wird in Artikel 14 EKMR nicht formell erwähnt, aber vom EGMR den mit jenem der «Rasse» gleichgesetzt. In einem Urteil von 2009 zu Bosnien und Herzegowina hält der EGMR ausdrücklich fest, dass die Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft eine Form von Rassendiskriminierung darstellt und es sich daher um verwandte Konzepte handelt. Gleichzeitig präzisiert er auch den Inhalt dieser beiden Begriffe: Während der Begriff «Rasse» in der Vorstellung wurzelt, dass sich Menschen anhand von morphologischen Eigenschaften wie Hautfarbe oder Gesichtszügen biologisch in Untergruppen einteilen lassen, liegt der «ethnischen Herkunft» die Vorstellung zugrunde, dass Gesellschaftsgruppen durch gemeinsame Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, kulturelle und traditionelle Herkunft sowie durch ein gemeinsames Lebensumfeld geprägt sind.¹⁵⁰

Somit kommen dem Begriff «Rasse» auch im Rahmen der EKMR offensichtlich zwei verschiedene Bedeutungen zu: in einem engeren Sinn bezieht er sich lediglich auf die physische Erscheinung und auf eine historisch verwurzelte und heute verworfene biologische Erklärung; in einem weiteren Sinn umfasst er das vielschichtige Konzept der ethnischen Herkunft. Vor diesem Hintergrund scheint die Feststellung legitim, dass der EGMR für die Begriffe «Rasse» und «Ethnie» eine weitgefaste Definition verwendet.¹⁵¹

3. Die übrigen Bestimmungen

26. **Die übrigen Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen** – Neben dem Internationalen Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung verbieten weitere internationale Abkommen der Vereinten Nationen die Rassendiskriminierung bei der Umsetzung der garantierten Rechte. Dies trifft beispielsweise zu auf Artikel 2 Absatz 2 des Pakts I, Artikel 2 Absatz 1, 4 Absatz 1, 24 Absatz 1 und 26 des Pakts II und Artikel 2 Absatz 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Diese Bestimmungen ergeben sich alle aus Artikel 2 Absatz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte: «Jeder hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, [...]». Wie der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 20

¹⁴⁷ Urteil EGMR *Natchova c. Bulgarie* vom 6. Juli 2005, Beschwerde-Nr. 43577/98, Rec. 2005-VII, § 145; vgl. auch LUC GONIN, *Art. 14 CEDH*, in: LUC GONIN – OLIVIER BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018, Rz. 57 f., der auf die Auswirkungen dieser Besonderheit auf die Beweislast eingeht.

¹⁴⁸ JENS MEYER-LADEWIG – ROMAN LEHNER, *Artikel 14 Diskriminierungsverbot*, in: JENS MEYER-LADEWIG – MARTIN NETTESHEIM – STEFAN VON RAUMER (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Rz. 22.

¹⁴⁹ Urteil EGMR *Oršuš et autres c. Croatie* vom 16. März 2010, Beschwerde-Nr. 15766/03, Rec. 2010-II, § 156 mit Hinweis. Vgl. auch CHRISTOPH GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, München 2014, S. 355.

¹⁵⁰ Urteil EGMR *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* vom 22. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 27996/06, Rec. 2009-VI, § 43. Der EGMR äusserte sich bereits 2005 im Urteil *Timishev c. Russie* vom 13. Dezember 2005, Beschwerde-Nr. 55762/00, Rec. 2005-XII, § 55, auf gleiche Weise.

¹⁵¹ VAN DIJK – VAN HOOFF – VAN RIJN – ZWAAK, bereits zitiert (Fussnote 143), S. 1021.

ausführt, umfasst die Diskriminierung aufgrund der «Rasse» und der «Hautfarbe» im Rahmen des Paktes I auch die ethnische Herkunft.¹⁵² Ausserdem deckt gemäss dem für die Kontrolle der Einhaltung des Paktes II zuständigen Menschenrechtsausschuss das Diskriminierungsverbot des Paktes II auch die «Rassendiskriminierung» im Sinn des Internationalen Übereinkommens gegen Rassendiskriminierung ab.¹⁵³ Daraus ergibt sich, dass der Begriff «Rasse» im Rahmen der Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen im weiten Sinn zu verstehen ist und sowohl Hautfarbe als auch nationale und ethnische Herkunft einschliesst. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte stellt aber klar, dass die Verwendung des Begriffs «Rasse» im Rahmen des Paktes I keinesfalls die Akzeptanz von Theorien rechtfertigt, welche die Existenz von unterschiedlichen menschliche «Rassen» postulieren.¹⁵⁴ Da die Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen generell den Schutz aller Menschen ohne Diskriminierung zum Ziel haben, gilt diese Klarstellung denn auch für alle diese Abkommen.

27. **Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge** – Die «Rasse» zählt gemäss dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge zu einen der fünf asylrechtlich relevanten Verfolgungsgründe. Gemäss Lehre wurde der Begriff «Rasse» in das Abkommen aufgenommen, um die von den Nazis im Zweiten Weltkrieg verfolgten Jüdinnen und Juden einzuschliessen, die ihre Religion nicht praktizierten.¹⁵⁵ Er ist mindestens so weitgefasst zu verstehen wie jener der «Rassendiskriminierung» im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.¹⁵⁶ Somit muss der Begriff «Rasse» im Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge nicht in einem wissenschaftlichen Sinn, sondern als soziale Konstruktion verstanden werden, und er umfasst alle Formen von ethnischen Merkmalen («*all forms of identifiable ethnicity*») wie physische Erscheinung, Sprache, kulturelle Merkmale usw.¹⁵⁷ Daher überschneidet sich der Verfolgungsgrund der «Rasse» mit anderen relevanten Verfolgungsgründen wie «Staatszugehörigkeit» oder «Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe».¹⁵⁸ Da die Verfolgungsgründe kombiniert oder gemäss gewissen innerstaatlichen Gerichten im konkreten Fall gar nicht erst genannt werden müssen, ergeben sich daraus aber auch keine besonderen Probleme.¹⁵⁹ Ausschlaggebend ist letztlich einzig die Wahrnehmung des Verfolgers, dass die verfolgte Person einer bestimmten «Rasse» angehört.¹⁶⁰

¹⁵² Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, 2. Juli 2009, E/C.12/GC/20, § 19.

¹⁵³ Also «jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, der nationalen Herkunft oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung», Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18 zu Art. 26: *Principle of equality, Compilation of the General Comments or General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN doc HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), 19. November 1989, § 6.

¹⁵⁴ Allgemeine Bemerkung Nr. 20, bereits zitiert (Fussnote 152), § 9. Der Ausschuss bezieht sich auf diesen Punkt im Abschlussdokument der Weltkonferenz von Durban, bereits zitiert (Fussnote 125), § 6.

¹⁵⁵ JAMES HATHAWAY – MICHELLE FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014, S. 394; ATLE GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Vol 1, Leyden 1966, S. 217-218.

¹⁵⁶ ANDREAS ZIMMERMANN – CLAUDIA MAHLER, *Article 1 A, para. 2*, in: ANDREAS ZIMMERMANN (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, Oxford 2011, S. 280–465, bes. 377.

¹⁵⁷ HATHAWAY – FOSTER, bereits zitiert (Fussnote 155) S. 394; GRAHL-MADSEN, bereits zitiert (Fussnote 155), S. 218 («*whenever a person is persecuted because of his ethnic origin*»).

¹⁵⁸ HATHAWAY – FOSTER, bereits zitiert (Fussnote 155), S. 397.

¹⁵⁹ ZIMMERMANN – MAHLER, bereits zitiert (Fussnote 156), S. 377.

¹⁶⁰ *Ibidem*, S. 379.

28. **Das Recht der Europäischen Union** – Die Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, untersagt jede Form von Diskriminierung aus Gründen der «Rasse» oder der ethnischen Herkunft in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen (Beschäftigung, Bildung, öffentliche Dienste usw.). In der Erwägung 6 der Präambel wird festgehalten, dass die Europäische Union (EU) Theorien ablehnt, die Menschen in «Rassen» unterteilen, und die Verwendung des Begriffs «Rasse» in der Richtlinie solche Theorien keinesfalls rechtfertigt.¹⁶¹ Diese Erwägung ist das Ergebnis eines Kompromisses, dem eine Kontroverse zwischen gewissen Mitgliedstaaten um die Verwendung des Begriffs «Rasse» in einer anderen europäischen Regelung zur Bekämpfung von Rassismus vorausging.¹⁶² Im asylrechtlichen Bereich sieht die «Qualifikationsrichtlinie» vom 13. Dezember 2011 in Artikel 10 eine weit gefasste Definition des Begriffs «Rasse» vor, die Hautfarbe, Herkunft und Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe umfasst.¹⁶³

Der Begriff «Rasse» wird somit im Kontext des EU-Rechts in seinem weiten und sozialen Sinn verwendet. Die Verwendung des Begriffs ist jedoch umstritten; eine Resolution der Kommission über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus des Europäischen Parlaments empfahl bereits 1996, den Begriff «Rasse» wegen fehlender wissenschaftlicher, genetischer oder anthropologischer Begründung aus den amtlichen Texten der EU zu streichen.¹⁶⁴ Ausserdem liess die EU durch ihren belgischen Vertreter an der Weltkonferenz gegen Rassismus von 2001 in Durban erklären, dass die Verwendung jeder Formulierung, die die Existenz von unterschiedlichen menschlichen Rassen nahelegt, als rückständig zu bewerten und im Übrigen zur Erkennung und Bekämpfung der Rassendiskriminierung gar nicht nötig sei.¹⁶⁵

4. Zwischenfazit

29. **Der gemeinsame Wille, die Fehler der Vergangenheit nicht zu wiederholen** – Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, die anderen zentralen Menschenrechtsabkommen, die EKMR und das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge entstanden alle nach dem Zweiten Weltkrieg. Der Begriff «Rasse» wurde vor und während dieses Kriegs verwendet, um Gräueltaten insbesondere gegen Juden zu begehen. Sowohl auf globaler als auch regionaler Ebene zeugen diese Rechtsinstrumente vom klaren Willen, die Fehler der Vergangenheit nicht zu wiederholen und ein System zum Schutz der Rechte zu schaffen, die jedem Menschen als Individuum zustehen.

Folglich kann der in den verschiedenen Abkommen verwendete Begriff «Rasse» auch nicht als Rechtfertigung von Theorien ausgelegt werden, welche Menschen in «Rassen» einteilen. Im Gegenteil gewährleisten diese Abkommen eine diskriminierungsfreie Anwendung der Menschenrechte bis hin zum Schutz vor Diskriminierung in ihrer

¹⁶¹ Vgl. Erw. 6 der Präambel der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Amtsblatt der EU L 180, 19.7.2000, S. 22–26.

¹⁶² ADAM TYSON, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination*, European Journal of Migration and Law 2/2001, S. 199–229, insb. 201–202.

¹⁶³ Vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, Amtsblatt der EU L 337, 20.12.2011, S. 9–26.

¹⁶⁴ Entschliessung zu der Mitteilung der Kommission über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus (KOM(95) 0653 - C4-0250/96), Amtsblatt der EU C 152, 27.05.1996, S. 57.

¹⁶⁵ Report of the World Conference of Durban, bereits zitiert (Fussnote 125), S. 118.

stärksten Form, nämlich der Verfolgung im Sinn des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge.

30. **Ein weit gefasstes soziologisches Verständnis des Begriffs «Rasse»** – In Übereinstimmung mit diesem Willen der Bekämpfung von Ideen der Rassentrennung gehen diese Abkommen – und allen voran das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung – von einem breit gefassten Verständnis des Begriffs «Rasse» aus, das nahe zum Begriff «Ethnie» sowohl physische als auch kulturelle Merkmale umfasst.

Im internationalen Flüchtlingsrecht hängt die Bedeutung von «Rasse» von der Absicht des Verfolgers ab – also von der Bedeutung, die der Verfolger dem Begriff «Rasse» zuweist, um sein Handeln zu begründen. Dies bestätigt, dass «Rasse» auch in diesem Kontext als soziale Konstruktion verstanden wird.

31. **Notwendigkeit der Distanzierung von rassistischen Theorien** – Bei der Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes namentlich aufgrund der «Rasse» führte die Verwendung des Begriffs «Rasse» im Rahmen der Rassismusbekämpfung zu Meinungsverschiedenheiten unter den EU-Mitgliedstaaten. Mit der Formel in der Präambel der Richtlinie 2000/43/EG, wonach die EU jegliche Theorie von menschlichen «Rassen» zurückweist, konnte unter den Mitgliedstaaten eine Einigung erzielt werden.

Die gleiche Erklärung, dass mit der Verwendung des Begriffs «Rasse» keinesfalls rassistische Theorien gerechtfertigt werden, findet sich explizit auch in den Präambeln mehrerer Abkommen oder in den Allgemeinen Bemerkungen verschiedener Kontrollorgane. Die Klarstellung, dass die Verwendung des Begriffs «Rasse» nicht als Legitimation der Existenz von «Rassen» zu verstehen ist, entspricht einem austarierten Gleichgewicht in den internationalen und europäischen Abkommen: mit der Verwendung des Begriffs «Rasse» soll einerseits Rassendiskriminierung wirksam bekämpft werden können, ohne aber damit andererseits rassistische Theorien zu legitimieren.

IV. Eine rechtsvergleichende Analyse

A. Vorbemerkungen

32. **Ziele und Vorgehen** – Mit dieser kurzen rechtsvergleichenden Analyse wird die Situation von fünf Ländern untersucht, in denen Bestrebungen zur Streichung des Begriffs «Rasse» aus der Gesetzgebung oder der Verfassung umgesetzt oder im Gange sind. Für jedes untersuchte Land wird dargelegt, welche Gründe für die Streichung des Begriffs aufgeführt und welche alternative Lösungen gewählt wurden, um weiterhin eine wirksame Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung und die Einhaltung der internationalen Abkommen zu gewährleisten. Zudem werden die Bedenken und Kritiken aufgeführt, welche insbesondere auch die für die Überwachung der Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung zuständigen internationalen Organe an der Streichung des Begriffs «Rasse» äusserten. Die Analyse folgt chronologisch der Reihenfolge der (beantragten) Streichung dieses Begriffs aus der Gesetzgebung oder Verfassung des jeweiligen Landes und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

B. Österreich

33. **Der Begriff «ethnische Zugehörigkeit» im Gleichbehandlungsgesetz** – Im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz, das gegen Diskriminierung in der Arbeitswelt schützt, ist der Begriff «Rasse» seit einer Änderung der Gesetzgebung im Jahr 2004 (Umsetzung der bereits erwähnten europäischen Richtlinie 2000/43) nicht mehr enthalten. Der Begriff «Rasse» wurde sowohl in diesem Gesetz als auch in dem für den öffentlichen Dienst geltenden Bundes-Gleichbehandlungsgesetz durch den Begriff «ethnische Zugehörigkeit» ersetzt. Die Parlamentsmitglieder, die sich für die Streichung des Begriffs «Rasse» einsetzten, begründeten dies damit, dass der Begriff im deutschen Sprachgebrauch verpönt sei und die Streichung keine Auswirkungen auf den Geltungsbereich der europäischen Richtlinie 2000/43¹⁶⁶ habe. Gemäss der österreichischen Regierung ist der Begriff «ethnische Zugehörigkeit» im Gleichbehandlungsgesetz in einem weiten Sinn auszulegen, im Einklang mit dem europäischen und internationalem Recht und insbesondere mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Vor Diskriminierung aufgrund der «ethnischen Zugehörigkeit» sind demnach Personen geschützt, die sich aufgrund von bestimmten Merkmalen von der «regionalen Mehrheit» unterscheiden und daher als fremd wahrgenommen werden.¹⁶⁷ Damit wird ersichtlich, dass die Streichung der Begriffe «Rasse» und «Ethnie» und deren Ersatz durch den Begriff «ethnische Zugehörigkeit» im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz primär aus sprachlichen Gründen erfolgte und nicht auf eine Änderung des Geltungsbereichs des Gesetzes abzielte.¹⁶⁸
34. **ECRI und CERD** – In ihrem letzten Prüfbericht über Österreich hält die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) fest, dass die verpönten Diskriminierungsgründe «Rasse» und «Hautfarbe» durch den Begriff «ethnische Zugehörigkeit» im Gleichbehandlungsgesetz nicht abgedeckt seien, dass aber «in der Praxis [...] der Grund der Hautfarbe durch den Grund der ethnischen Zugehörigkeit abgedeckt» werde; dies entspricht auch der Aussage der Behörden, wonach die «Rasse» vom Begriff der ethnischen Zugehörigkeit erfasst wird.¹⁶⁹ Die ECRI ist jedoch der Ansicht, dass «ein klares Verbot jeglicher Diskriminierung im öffentlichen und privaten Sektor wegen *aller* Gründe, die in Ziffer 1a der Allgemeinen Politikempfehlung Nr. 7 [zur nationalen Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung] aufgeführt sind, in das [Gleichbehandlungsgesetz] aufgenommen werden sollte».¹⁷⁰ Die Ziffer 1a der Allgemeinen Politikempfehlung Nr. 7 enthält den Begriff «Rasse» (mit dem Fussnotenhinweis, dass die ECRI Theorien ablehnt, die sich auf die Existenz verschiedener «Rassen» gründen und dass der Begriff

¹⁶⁶ Eingereicht wurde der Antrag von Parlamentsmitgliedern aus dem rechten Lager (ÖVP und FPÖ): Gesetzesmaterialien, 499 der Beilagen XXII GP – Ausschussbericht NR – Berichterstattung, S. 3. Im Gegensatz dazu wird aber interessanterweise in den Erläuterungen zur Gesetzesänderung darauf hingewiesen, dass der Begriff «Rasse», wie er in den internationalen Rechtsinstrumenten verwendet wird, nicht als Legitimation rassistischer Theorien zu verstehen ist: Gesetzesmaterialien, 285 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 10.

¹⁶⁷ 18. bis 20. Staatenbericht Österreichs an den Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, CERD/C/AUT/18-20, Dezember 2011, § 8; in der Rechtsprechung vgl. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, Hayet B. gegen Ferdinand S., 35R68/07w; 35R104/07i, 30. März 2007 und Oberster Gerichtshof, ObA40/13t, 24. Juli 2013.

¹⁶⁸ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Austria, 2018, S. 8.

¹⁶⁹ ECRI-Bericht über Österreich (fünfte Prüfungsrunde) verabschiedet am 16. Juni 2015, CRI(2015)34, § 15 und 16.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 17; Kursivschreibung durch die Verfasser/innen; Allgemeine Politikempfehlung Nr. 7 von ECRI über nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung, verabschiedet am 13. Dezember 2002, CRI(2003)8 REV.

hier verwendet wird, um Menschen zu schützen, die fälschlicherweise als Angehörige einer anderen «Rasse» bezeichnet werden). Diese Empfehlung der ECRI an Österreich scheint sich jedoch eher auf den Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes zu beziehen, der auf die Gründe Geschlecht und «ethnische Zugehörigkeit» beschränkt ist und den Bereich der Beschäftigung nicht einbezieht.¹⁷¹ Der CERD seinerseits hat die Streichung des Begriffs «Rasse» nicht kritisiert; im Gegenteil, er begrüsst die Änderung des Gleichbehandlungsgesetzes, die insbesondere die Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit verbietet.¹⁷²

35. **Beibehaltung des Begriffs «Rasse» im Strafrecht** – Es muss trotzdem festgehalten werden, dass der Begriff «Rasse» im österreichischen Strafgesetzbuch¹⁷³ nach wie vor verwendet wird, so beispielsweise im Verbot der Beschimpfung oder Herabsetzung einer durch ihre Zugehörigkeit zu einer «Rasse» definierten Gruppe, der Anstiftung zu einer feindseligen Handlung gegenüber einer dieser Gruppen;¹⁷⁴ oder auch der von Amtes wegen verfolgten Beleidigungen aufgrund der Zugehörigkeit zu einer «Rasse»¹⁷⁵ und des Völkermords.¹⁷⁶ Zudem gilt bei der Strafzumessung als erschwerenden Umstand, wenn die Straftat aus rassistischen Beweggründen, d.h. aufgrund der Zugehörigkeit der betroffenen Person zu einer «Rasse», begangen wurde.¹⁷⁷

C. Finnland

36. **Der Begriff «Herkunft» in der Verfassung und im Antidiskriminierungsgesetz** – Das Wort «Rasse» ist weder in der Verfassung noch in der zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzgebung Finnlands enthalten, was gemäss Aussage eines Experten vor allem mit der wissenschaftlichen Unhaltbarkeit des Begriffs zusammenhängt.¹⁷⁸ Gemäss den Vorbereitungsarbeiten zur Verfassung deckt der Begriff «Herkunft» in der Verfassung jedoch die nationale und ethnische Herkunft, die Hautfarbe und die «Rasse» ab.¹⁷⁹ Analog dazu verbietet auch das Antidiskriminierungsgesetz von 2014 die Diskriminierung aufgrund der «Herkunft» und enthält keinen Verweis auf die «Rasse».¹⁸⁰ Schon in dessen Vorgängerversion von 2004 wurde die «ethnische oder nationale Herkunft» aufgeführt, nicht aber der Begriff

¹⁷¹ ECRI-Bericht über Österreich (fünfte Prüfungsrunde) verabschiedet am 16. Juni 2015, CRI(2015)34, bereits zitiert (Fussnote 169), § 15.

¹⁷² CERD, Prüfung der von den Vertragsstaaten gemäss Art. 9 des Übereinkommens übermittelten Berichte, Abschliessende Bemerkungen über Österreich, verabschiedet am 14. August 2008, CERD/C/AUT/CO/17, § 3.

¹⁷³ Zur österreichischen Strafgesetzgebung gegen Rassismus vgl. insbesondere ECRI-Bericht über Österreich (vierte Prüfungsrunde), verabschiedet am 15. Dezember 2009, CRI(2010)2, § 18.

¹⁷⁴ Art. 283 Abs. 1 und 2 des österreichischen Strafgesetzbuchs.

¹⁷⁵ Art. 117 Abs. 3, der auf die Art. 115 und 283 Abs. 1 des österreichischen Strafgesetzbuchs verweist.

¹⁷⁶ Art. 312 des österreichischen Strafgesetzbuchs.

¹⁷⁷ Art. 33 Abs. 5 des österreichischen Strafgesetzbuchs.

¹⁷⁸ European network of legal experts in the non-discrimination field, Report on Measures to Combat Discrimination Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country report Finland, 2013, S. 21, Rz. 28.

¹⁷⁹ KEVÄT NOUSIAINEN, *Minorities' Right to Day Care: Liberal Tolerance or Identity Maintenance?*, in: DAGMAR SCHIEK – ANNA LAWSON (Hrsg.), *European Union non-discrimination law and intersectionality: investigating the triangle of race, gender and disability discrimination*, Farnham 2011, S. 141-155, bes. 145; European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Finland, 2018, S. 8, Rz. 6.

¹⁸⁰ Abschn. 8 Abs. 1 Non-Discrimination Act 2014 (1325/2014), in Englisch verfügbar auf <https://www.legislationline.org/topics/country/32/topic/84> (aufgerufen am 14.4.2019).

«Rasse».¹⁸¹ Gemäss Aussage eines Experten bestehen keine Zweifel daran, dass das Konzept «Rasse» im finnischen Recht durch den Begriff «Herkunft» abgedeckt ist.¹⁸²

37. **ECRI und CERD** – In ihren letzten Berichten über Finnland hat die ECRI das Fehlen des Begriffs «Rasse» in den zivil- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen gegen Rassendiskriminierung nicht kritisiert. Sie äusserte vielmehr Bedenken darüber, dass die für das Monitoring der rassistischen Diskriminierung zuständige Gruppe (*Discrimination Monitoring Group*) zum Zeitpunkt der Verabschiedung des vierten Berichts ECRI Diskriminierungen aufgrund von Hautfarbe, Nationalität und Sprache nicht untersuchte, was gerade in Bezug auf die Migrationsbevölkerung problematisch sei.¹⁸³ Zudem zeigte sich die ECRI besorgt darüber, dass der für die Belange der Minderheiten zuständige Ombudsmann nur Beschwerden über Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft oder der Nationalität, nicht aber aufgrund der Hautfarbe, Sprache, Religion oder «Rasse» entgegennehmen kann.¹⁸⁴ In ihren Schlussfolgerungen von 2016 begrüsst die ECRI deshalb, dass der für Diskriminierung zuständige Ombudsmann für Beschwerden über Diskriminierung aufgrund von allen im neuen Antidiskriminierungsgesetz von 2014 aufgeführten Gründe zuständig ist, insbesondere für Diskriminierung aufgrund der ethnischen oder nationalen Herkunft, der Sprache oder anderer «persönlicher Merkmale», welche gemäss Behörden die Hautfarbe einschliessen.¹⁸⁵ Der CERD kritisierte in keiner seiner abschliessenden Bemerkungen das Fehlen des Begriffs «Rasse» im Antidiskriminierungsgesetz; vielmehr lobte er Finnland für die Revision des Antidiskriminierungsgesetzes von 2014.¹⁸⁶
38. **Beibehaltung des Begriffs «Rasse» im Strafrecht** – Im finnischen Strafgesetzbuch hingegen sind die Begriffe «Rasse» oder «rassisch» bzw. «rassistisch» nach wie vor enthalten.¹⁸⁷ So werden die Begriffe beispielsweise im Zusammenhang mit den straf- oder schulderschwerenden Umständen (rassistisch motivierte Handlung),¹⁸⁸ der Anstiftung zu Gewalt oder ethnischen Konflikten gegen eine Gruppe namentlich aufgrund ihrer «Rasse»¹⁸⁹ sowie der Bestrafung des Völkermords und der Diskriminierung am Arbeitsplatz¹⁹⁰ verwendet. Dies vermutlich aus Gründen der

¹⁸¹ Abschn. 6 Abs. 1 Non-Discrimination Act 2004, *ibidem*.

¹⁸² European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Finland, 2018, S. 29.

¹⁸³ ECRI Report on Finland (fourth monitoring cycle), verabschiedet am 21. März 2013, CRI(2013)19, § 22; ECRI Report on Finland (third monitoring cycle), verabschiedet am 15. Dezember 2006, CRI(2007)23.

¹⁸⁴ ECRI Report on Finland (fourth monitoring cycle), *ibidem*, § 28 und 31.

¹⁸⁵ ECRI Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of Finland, verabschiedet am 17. März 2016, CRI(2016)22, § 1.

¹⁸⁶ CERD, Concluding observations on the twenty-third periodic report of Finland, verabschiedet am 5. Mai 2017, CERD/C/FIN/CO/23, § 3.

¹⁸⁷ Zu den Strafbestimmungen gegen Rassismus und Rassendiskriminierung seit der Änderung des Strafgesetzbuchs von 2011 vgl. ECRI Report on Finland (fourth monitoring cycle), *ibidem*, § 10 und 11.

¹⁸⁸ Kap. 6 Abschn. 5 Abs. 1 Ziff. 4 des finnischen Strafgesetzbuchs, in Englisch verfügbar auf <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf> (aufgerufen am 14.4.2019).

¹⁸⁹ Kap. 11 Abschn. 3 Art. 5 des finnischen Strafgesetzbuchs, *ibidem*.

¹⁹⁰ «An employer, or a representative thereof, who when advertising for a vacancy or selecting an employee, or during employment without an important and justifiable reason puts a applicant for a job or an employee in an inferior position 1) because of race [...] shall be sentenced for work discrimination to a fine or to imprisonment for at most six months», Kap. 47 Abschn. 3 des finnischen Strafgesetzbuchs, *ibidem*.

Kompatibilität mit den internationalen Verpflichtungen, die sich insbesondere aus dem ICERD¹⁹¹ ergeben.

D. Schweden

39. **Der Begriff «Ethnie» im Antidiskriminierungsgesetz** – Der schwedische Gesetzgeber strich 2008 den Begriff «Rasse» aus der Liste der rechtswidrigen Diskriminierungsgründe im Antidiskriminierungsgesetz (*Discrimination Act*, in Kraft seit 2009). Dies wurde damit begründet, dass ein biologisches Konzept von «Rassen» inakzeptabel sei¹⁹² und die Verwendung des Begriffs «Rasse» rassistisches Gedankengut legitimieren könnte.¹⁹³ Obwohl der Begriff «Rasse» weder im Antidiskriminierungsgesetz von 2009¹⁹⁴ noch im verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot enthalten ist,¹⁹⁵ schützt das Antidiskriminierungsgesetz gemäss den schwedischen Behörden dennoch vor rassistischer Diskriminierung.¹⁹⁶ Der Begriff der «Ethnizität» wird im Gesetz so definiert, dass er die nationale oder ethnische Herkunft, die Hautfarbe oder *sonstige besondere Umstände* umfasst.¹⁹⁷ Gemäss der schwedischen Regierung fällt die Diskriminierung aufgrund der «Rasse» oder jeder abwertende Ausdruck für eine Person ausländischer oder schwedischer Herkunft unter diese letzte Kategorie der *sonstigen besonderen Umstände*. Dazu zählen insbesondere unbegründete, auf das Kriterium der «Rasse» bezogene Vorurteile; Handlungen, die auf Pauschalurteilen bezüglich Merkmalen, Erscheinungsbild oder Hintergrund der 'Einwanderinnen und Einwanderer' basieren; und Fälle, in denen Diskriminierungen mit abwertenden Bemerkungen über Personen ausländischer oder schwedischer Herkunft gerechtfertigt werden.¹⁹⁸ In diesem Sinn wird der Begriff «Ethnie» in der Rechtsprechung weit ausgelegt. In einem Urteil eines Berufungsgerichts wurde der Begriff «Ethnie» auf eine Person angewendet, die aufgrund ihres Flüchtlingsstatus diskriminiert wurde.¹⁹⁹

¹⁹¹ European network of legal experts in the non-discrimination field, Report on Measures to Combat Discrimination Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country report Finland, 2013, S. 21 Rz. 28 und S. 23.

¹⁹² LAURA CARLSON, *Comparative Discrimination Law*: Laura Carlson, Comparative Discrimination Law: Historical and Theoretical Frameworks, Leiden – Boston 2017, S. 99, Rz. 323; «*The Discrimination Act assumes that all people belong to the same race: the human race*», Twenty-second and twenty-third periodic reports submitted by Sweden to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/SWE/22-23, Januar 2017, § 25.

¹⁹³ Twenty-second and twenty-third periodic reports submitted by Sweden to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *ibidem*, § 25.

¹⁹⁴ Discrimination Act (2008, 567) in Englisch verfügbar auf: https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen_eng.pdf (aufgerufen am 14.4.2019): «*The purpose of this Act is to combat discrimination and in other ways promote equal rights and opportunities regardless of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age*» (Kap. 1, Abschn. 1).

¹⁹⁵ Die Verfassung bezieht sich auf die ethnische Herkunft als verbotenen Diskriminierungsgrund, Kap. 2 Art. 2 der schwedischen Verfassung.

¹⁹⁶ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report, Non-discrimination, Sweden, 2018, S. 40; Government Offices of Sweden, Ministry of Integration and Gender Equality, New anti-discrimination legislation and a new agency, the Equality Ombudsman, Fact-sheet, Januar 2009.

¹⁹⁷ Discrimination Act, Kap. 1 Abschn. 5 Abs. 3.

¹⁹⁸ Twenty-second and twenty-third periodic reports submitted by Sweden to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/SWE/22-23, Januar 2017, § 25.

¹⁹⁹ Göta Court of Appeal, case T 1666-09, *Equality Ombudsman v. Skårets fastigheter AB* (Judgment of 25.02.2010), Fall erwähnt im bereits zitierten Country report (Fussnote 196), S. 40-41.

40. **European network of legal experts, ECRI und CERD** – Gemäss dem Experten des *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, der den Länderbericht Schweden 2018 verfasste, steht die Ersetzung des Begriffs «Rasse» durch den weiten Begriff «Ethnie» im Einklang insbesondere auch mit der europäischen Richtlinie 2000/43/EG, da die Staaten bei der Bekämpfung der Rassendiskriminierung über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen. Er zeigt sich hingegen besorgt darüber, dass die Streichung des Begriffs «Rasse» aus der schwedischen Gesetzgebung zu einer Leugnung der Existenz von Rassismus in Schweden führen könnte und die Anwendung des Antidiskriminierungsgesetzes für Richter und Anwälte erschwert.²⁰⁰ Bei der Prüfung der periodischen Berichte von Schweden durch den CERD wies der Ausschuss auf das Fehlen des Begriffs «Rasse» in der schwedischen Gesetzgebung hin, was zu Problemen bei der Qualifizierung und Behandlung von Beschwerden wegen Rassendiskriminierung führen und damit auch den Zugang zur Justiz erschweren könnte.²⁰¹ Der CERD empfahl daher Schweden, dafür zu sorgen, dass der Begriff der «Ethnie» so ausgelegt wird, dass insbesondere im Rahmen der *sonstigen besonderen Umstände* die Rassendiskriminierung erfasst und somit der Schutz vor rassistischer Diskriminierung nicht geschwächt wird.²⁰² In diesem Zusammenhang empfahl der CERD Schweden auch, die Öffentlichkeit über den Begriff «Diskriminierung» und die dagegen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel zu informieren.²⁰³ In ihrem vierten Prüfbericht über Schweden kritisierte die ECRI nicht, dass im neuen Antidiskriminierungsgesetz der Begriff «Rasse» durch den Begriff «Ethnie» als Diskriminierungsgrund ersetzt wurde, sondern zeigte sich besorgt darüber, dass der Diskriminierungsgrund «Sprache» nicht aufgeführt wird.²⁰⁴ Dies lässt den Schluss zu, dass das Fehlen des Begriffs «Rasse» in der Antidiskriminierungsgesetzgebung für die ECRI keinen Anlass zu Bedenken gegeben hat.
41. **Beibehaltung des Begriffs «Rasse» im Strafrecht** – Auch im schwedischen Strafrecht ist der Begriff «Rasse» immer noch enthalten,²⁰⁵ beispielsweise im Zusammenhang mit den straferschwerenden Umständen²⁰⁶ oder den Merkmalen der von Amtes wegen zu verfolgenden Beleidigungen.²⁰⁷

²⁰⁰ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report, Non-discrimination, Sweden, 2018, S. 41 (beim Sachverständigen handelt es sich um Paul Lappalainen, Forscher an der Universität Stockholm).

²⁰¹ Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-first periodic reports of Sweden, adopted by the Committee at its eighty-third session (12-30 August 2013), verabschiedet am 29. August 2013, CERD/C/SWE/CO/19-21, § 6.

²⁰² *Idem* («The Committee recommends that the State party enforce the prohibition of discrimination associated, inter alia, with ethnicity as set forth in the Constitution and the Anti-Discrimination Act, ensuring that the new formulation of the prohibition of discrimination, which covers racial perceptions only indirectly under the term 'other similar circumstances', does not diminish the protection of victims of racial discrimination, as requested by the Convention»).

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ ECRI Report on Sweden (fourth monitoring cycle) verabschiedet am 19. Juni 2012, CRI(2012)46, §§ 45 und 46.

²⁰⁵ Zu den schwedischen Strafbestimmungen gegen Rassismus und Rassendiskriminierung vgl. ECRI Report on Sweden (fifth monitoring cycle), verabschiedet am 5. Dezember 2017, CRI(2018)3, § 3.

²⁰⁶ Kap. 29 Abschn. 2 Abs. 7 des schwedischen Strafgesetzbuchs.

²⁰⁷ Kap. 5 Abschn. 5 Abs. 3 des schwedischen Strafgesetzbuchs.

E. Frankreich

42. **Die Debatte in der Nationalversammlung im Jahr 2013** – Am 16. Mai 2013 verabschiedete eine der Kammern des französischen Parlaments einen Gesetzesentwurf,²⁰⁸ der die Streichung des Worts «Rasse» und des Adjektivs «rassisch»/«rassistisch» aus der gesamten französischen Gesetzgebung (insbesondere aus dem Strafgesetzbuch und dem Pressefreiheitsgesetz) verlangte, um sie mit semantischen Ableitungen des Begriffs «Rassismus» zu ersetzen («rassistisch», «aus rassistischen Gründen» usw.).²⁰⁹ Gemäss Artikel 1 des Gesetzesentwurfs verbietet und verurteilt die Französische Republik Rassismus, Antisemitismus und Xenophobie und verneint die Existenz vermeintlicher «Rassen».²¹⁰ Die Debatten in der Nationalversammlung verdeutlichten die symbolische Bedeutung einer solchen Streichung. Sie wurde damit begründet, dass das Konzept von «Rassen» jeglicher wissenschaftlichen Grundlage entbehre, und dass das Vichy-Regime gestützt auf diese Kategorisierung Gräueltaten gegen die Juden verübt habe.²¹¹ Einige Mitglieder der Opposition sowie der Rechtsverteidiger, der vom Gesetzausschuss der Nationalversammlung konsultiert worden war, äusserten Zweifel an den rechtlichen Auswirkungen der Streichung des Begriffs «Rasse». Sie befürchteten, dass durch den Wegfall dieses Begriffs die bestehenden repressiven Rechtsinstrumente²¹² geschwächt würden und die französische Gesetzgebung nicht mehr im Einklang stünde mit jenen völkerrechtlichen Abkommen, welche die Rassendiskriminierung verbieten.²¹³ Der Rechtsverteidiger vertrat jedoch die Auffassung, dass diese Hindernisse beseitigt werden könnten, wenn dem Begriff «Rasse» das Adjektiv «vermeintlich» («*prétendue*») vorangestellt werde, wie es der Gegenvorschlag vorsah.²¹⁴ Ausserdem erachteten es einige Mitglieder der Opposition als inkohärent, die Gesetzgebung zu ändern, solange die Verfassung von 1958 noch den Begriff der «Rasse» enthält. Die Rechtslehre ihrerseits argumentierte, dass es sich bei der Beratung dieses Gesetzesentwurfs um eine metajuristische Debatte²¹⁵ handle, da der Richter «rassistische» Handlungen gestützt auf andere Begriffe als jenem der «Rasse» (Ethnie, Herkunft usw.) sanktionieren könne.²¹⁶
43. **Der Begriff «vermeintliche Rasse» als unzulässiger Diskriminierungsgrund im Strafgesetzbuch** – Der an den Senat überwiesene Gesetzesentwurf blieb toter Buchstabe,²¹⁷ bis der Begriff «Rasse» im Strafgesetzbuch durch zwei Gesetze und ein

²⁰⁸ Eingereicht von einer politisch links stehenden Fraktion.

²⁰⁹ Gesetzesentwurf Nr. 218 von der Nationalversammlung (unter der Rz. 139) am 16. Mai 2013 in erster Lesung verabschiedet, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0139.asp> (aufgerufen am 14.4.2019).

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ Siehe Diskussion und Erklärungen zur Abstimmung, Wortprotokoll der zweiten Sitzung vom Donnerstag, 16. Mai 2013, http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130240.asp#P668_158797 (aufgerufen am 14.4.2019).

²¹² Stellungnahme des Rechtsverteidigers Nr. 13-05, S. 2.

²¹³ *Ibidem*, S. 6.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ PASCAL MBONGO, *Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot « race » de la législation*, Recueil Dalloz 2013, S. 1288–1289, insb. 1288.

²¹⁶ NICOLAS MALHERBE, *Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ?*, Recueil Dalloz 2013, S. 1012–1013, insb. 1013.

²¹⁷ Vgl. Dossier zum Gesetzesentwurf auf der Website des Senats, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl12-584.html> (abgerufen am 12.11.2019).

Dekret von 2016 und 2017²¹⁸ durch «vermeintliche Rasse» ersetzt wurde mit der Begründung, dass der Begriff «Rasse» nicht auf Menschen anwendbar sei.²¹⁹ Diese Änderung betraf namentlich Artikel 225-1, in dem nun unter den unzulässigen Diskriminierungsgründen die Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu einer «vermeintlichen Rasse» aufgeführt ist.²²⁰ In seinem Entscheid Nr. 2016-745 DC vom 26. Januar 2017 zu mehreren Bestimmungen des Gleichbehandlungs- und Staatsbürgerschaftsgesetzes von 2017 vertrat der Verfassungsrat die Ansicht, dass der Begriff «vermeintliche Rasse» im Repressionsbereich die gleiche Tragweite habe wie der Begriff «Rasse» und die Änderung in diesem Punkt mit dem Grundsatz «Keine Strafe ohne Gesetz» vereinbar sei.²²¹ Da diese Änderungen erst kürzlich vorgenommen wurden, hatten die ECRI und der CERD noch nicht Gelegenheit, sich zu deren Vereinbarkeit mit den für Frankreich geltenden internationalen Rechtsnormen zu äussern.

44. **Beibehaltung des Begriffs «Rasse» im französischen Recht** – Der Begriff «Rasse» wurde nicht vollständig aus den französischen Rechtsvorschriften gestrichen und findet sich insbesondere noch in der Strafprozessordnung.²²²
45. **Gesetzesentwurf zur Streichung des Worts «Rasse» aus der Verfassung** – Wie bereits erwähnt, ist der Begriff «Rasse» zurzeit noch in Artikel 1 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958 enthalten.²²³ Der Verfassungsgesetzesentwurf «*pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*», der insbesondere die Streichung des Worts «Rasse»²²⁴ aus Artikel 1 der französischen Verfassung vorsieht, wurde im Rahmen der Verfassungsrevision bis heute nicht verabschiedet.²²⁵ Falls diese Revision zustande kommt, ist der Begriff «Rasse» jedoch weiterhin in der Präambel der Verfassung von 1946 verankert. Diese gehört dem «*Bloc de constitutionnalité*» an, auf den sich der Verfassungsrat für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze

²¹⁸ *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire.*

²¹⁹ Gemäss dem Wortlaut des Dekrets Nr. 2017-1230 vom 3. August 2017, *ibidem*.

²²⁰ Gemäss Art. R625.7 des Strafgesetzbuchs, der durch das in der vorherigen Fussnote erwähnte Dekret geändert wurde, wird auch der nicht öffentliche Aufruf zu Hass oder Gewalt gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen aufgrund ihrer tatsächlichen oder angenommenen Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu einer «vermeintlichen Rasse» bestraft; dasselbe gilt für Art. R625-8 (Bestrafung der nicht öffentlichen Diffamierung) und Art. R625-8-1 (Bestrafung der nicht öffentlichen Beschimpfung). Ausserdem ist seit der Revision vom 27. Januar 2017 (bgl. Fussnoten 218-219) in Art. 132-76 über die erschwerenden Umstände einer Straftat bei der Strafzumessung die tatsächliche oder angenommene Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu einer «vermeintlichen Rasse» als erschwerendes Tatmotiv aufgeführt.

²²¹ Erw. 102.

²²² Vgl. z. B. die Art. 2-1 (Zivilklage einer Antirassismusvereinigung), 695-9-17 Abs. 3 (im Zusammenhang mit der Vollstreckung einer Sicherstellungsentscheidung), 965-22 (im Zusammenhang mit der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls) der Strafprozessordnung, obwohl sie durch das bereits zitierte Gesetz vom 27. Januar 2017 geändert wurden.

²²³ « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* » (Hervorhebung durch die Verfasserinnen und Verfasser).

²²⁴ Änderungsantrag Nr. 199, zweite Berichtigung, verabschiedet von der Nationalversammlung am 12. Juli 2018.

²²⁵ Eine Verfassungsrevision tritt in Kraft nach Annahme durch Referendum oder nach Zustimmung der Dreifünftelmehrheit der im Kongress vereinten Mitglieder von Senat und Nationalversammlung zu einem identischen Text, Art. 89 der französischen Verfassung.

stützt. Die Beratungen in der Nationalversammlung basierten sich insbesondere auch auf die Erwägungen der oben erwähnten Debatte von 2013.²²⁶

F. Deutschland

46. **Der Begriff «Rasse» in der deutschen Verfassung und Gesetzgebung** – Das Wort «Rasse» wird insbesondere verwendet in Artikel 3 des Grundgesetzes (deutsche Verfassung), sowie in den Artikeln 1, 19 und 33 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, mit dem die bereits erwähnte Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG umgesetzt wird. Um den Empfehlungen des CERD²²⁷ und der ECRI nachzukommen, wurde im Jahr 2015 das rassistische Motiv einer Straftat als erschwerender Umstand bei der Strafzumessung in Artikel 46 des deutschen Strafgesetzbuches verankert. Die Bestimmung selbst spricht jedoch nicht von «Rasse» sondern von «rassistischen» Beweggründen.²²⁸ Der Begriff «rassisch» schliesslich wird in Artikel 130 des deutschen Strafgesetzbuchs verwendet, der Anstiftung zu Hass und Gewalt verbietet.²²⁹
47. **Der Antrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte** – Das Deutsche Institut für Menschenrechte empfiehlt die Streichung des Begriffs «Rasse» aus dem deutschen Grundgesetz, da die Verwendung des Begriffs die Idee rechtfertigt, dass die Menschheit in unterschiedliche «Rassen» aufgeteilt werden könne. Die Streichung des Begriffs soll aber nicht zu einer Schwächung des Opferschutzes führen.²³⁰ Deshalb schlägt das Institut vor, den Begriff «Rasse» durch das Adjektiv «rassistisch» zu ersetzen und Artikel 3 Absatz 3 des Grundgesetzes wie folgt zu ändern: *«Niemand darf rassistisch [...] benachteiligt oder bevorzugt werden»*.²³¹ In seiner Begründung verweist das Institut auch auf die generell kritische Aufnahme des Begriffs «Rasse» in der breiten Bevölkerung insofern, als er mit dem «Nazi-Jargon» assoziiert wird.²³² Hingegen lehnt das Institut den Vorschlag ab, «Rasse» durch «ethnische Herkunft» oder «ethnische Zugehörigkeit» zu ersetzen. Dies in erster Linie deshalb, weil der Begriff «Ethnie» im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Rassismus nicht weniger unproblematisch ist als der Begriff «Rasse». Denn er «(...) kann ebenfalls dazu führen, gruppenbezogene Zuschreibungen zu fördern, indem er die Vorstellung hervorruft oder verfestigt, es gebe

²²⁶ Vgl. Wortprotokoll der Sitzung vom 12. Juli 2018 zum Änderungsantrag Nr. 199 <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2017-2018-extra/20181012.asp> (aufgerufen am 14.4.2019).

²²⁷ CERD/C/DEU/CO/18, § 26; ECRI-Bericht über Deutschland (fünfte Prüfungsrunde) verabschiedet am 5. Dezember 2013, CRI(2014)2, Empfehlung § 10.

²²⁸ Art. 46 Abs. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs. *«die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, [...] menschenverachtende»*.

²²⁹ Der mit «Volksverhetzung» betitelte Art. 130 Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuchs hat folgenden Wortlaut: (1) «Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, (1.) gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder (2.) die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft».

²³⁰ HENDRIK CREMER, *Ein Grundgesetz ohne «Rasse», Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 16, Berlin 2010, S. 3, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/policy_paper_16_ein_grundgesetz_ohne_rasse.pdf (aufgerufen am 14.4.2019).

²³¹ *Idem*.

²³² *Ibidem*, S. 4–5.

(nach «ethnischen Massstäben») objektiv klar voneinander zu trennende Bevölkerungsgruppen. Insofern können auch Begriffe wie «ethnische Herkunft» oder «ethnische Zugehörigkeit» Trägerbegriffe für Rassismus sein». ²³³ Bis heute wurde der Antrag des Instituts von der Bundesregierung nicht umgesetzt. In ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage einer Fraktion, die den Begriff «Rasse» aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) streichen oder zumindest durch den Ausdruck «ethnische, soziale und territoriale Herkunft» ersetzen wollte, legte sie dar, dass es für die Bekämpfung des Rassismus keiner Änderung des Grundgesetzes und des AGG bedürfe. Die Verwendung des Begriffs «Rasse» im Grundgesetz und im AGG sei nicht als Anerkennung der Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu verstehen, und sie entspreche den europäischen und internationalen Rechtsanforderungen. ²³⁴ Die Diskussion führte jedoch dazu, dass der Begriff «Rasse» aus der Verfassung des Landes Brandenburg gestrichen wurde; seither verbietet diese Diskriminierung «aus rassistischen Gründen» und nicht wegen der Zugehörigkeit zu einer «Rasse». ²³⁵

G. Zwischenfazit

48. ***Freiwillige, aber nur teilweise Streichung des Begriffs «Rasse» in einigen Ländern, die offenbar mit dem Völkerrecht vereinbar ist*** – Die kurze und nicht abschliessende rechtsvergleichende Analyse zeigt, dass gewisse europäische Staaten (Österreich, Finnland und Schweden) den Begriff «Rasse» aus ihrem innerstaatlichen Recht gestrichen haben, weil dieser keiner wissenschaftlichen Realität entspricht und im Zweiten Weltkrieg dazu diente, Gräueltaten zu begehen. Im Sinn eines *eliminativistischen* Ansatzes beschlossen diese Staaten, den Begriff aus ihrer Antidiskriminierungsgesetzgebung zu verbannen, da er als Legitimation von rassistischen Vorstellungen aufgefasst werden könne. Er wurde durch verschiedene Ausdrücke wie «ethnische Zugehörigkeit» (Österreich), «Herkunft» (Finnland) und «Ethnie» oder «Ethnizität» (Schweden) ersetzt. Der Begriff «Rasse» wurde jedoch nie vollständig aus der ganzen Rechtsordnung gestrichen. Meist wurde er in der Antidiskriminierungsgesetzgebung entfernt, nicht aber in anderen Rechtsbereichen und insbesondere nicht im Strafrecht.

Auf internationaler Ebene haben die beiden wichtigsten Gremien im Bereich der rassistischen Diskriminierung (CERD und ECRI) die Streichung des Begriffs «Rasse» offenbar nicht als problematisch beurteilt, wenn die als Ersatz verwendeten Ausdrücke wie beispielsweise «ethnische Zugehörigkeit», «Ethnizität» oder «Herkunft» so ausgelegt werden, dass sie auch die Rassendiskriminierung umfassen.

49. ***Pragmatische Lösungen oder Kompromisse, die in anderen Staaten diskutiert oder umgesetzt werden*** – Andere Staaten haben eher pragmatische oder Kompromisslösungen gewählt oder führen entsprechende Diskussionen.

In Frankreich beispielsweise wurde über eine komplette Streichung des Begriffs «Rasse» aus der gesamten Gesetzgebung diskutiert. Der Gesetzgeber wählte schliesslich eine andere Lösung, um zu verhindern, dass die bestehenden repressiven

²³³ *Ibidem*, S. 5.

²³⁴ Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Sevim Dagdelen, Annette Groth, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Die Bedeutung der Bekämpfung des Rassismus für die Bundesregierung, Drucksache 17/9325, 8.5.2012, S. 10.

²³⁵ «aus rassistischen Gründen», Art. 12 Abs. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg, in der durch das Gesetz vom 18. März 2015 geänderten Fassung, online verfügbar unter: <https://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-212792> (aufgerufen am 28.4.2019); SABINE BERGHAHN ET AL., *Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)*, Berlin 2016, S. 40.

Rechtsinstrumente geschwächt werden und das innerstaatliche Recht nicht mehr mit dem internationalen Recht übereinstimmt. So entschied er, den Begriff «Rasse» im Strafgesetzbuch durch den Begriff «vermeintliche Rasse» zu ersetzen; diese Änderung ist nun in Kraft. Der Begriff «Rasse» ist jedoch nicht vollständig aus der französischen Gesetzgebung verschwunden und existiert weiterhin in der Strafprozessordnung sowie in der Verfassung (Art. 1). Für letztere liegt ein Reformentwurf zur Streichung dieses Begriffs vor, der aber noch nicht verabschiedet wurde.

In Deutschland schlug das Deutsche Institut für Menschenrechte vor, den Begriff «Rasse» durch das Adjektiv «rassistisch» zu ersetzen, um die Idee zu bewahren, dass rassistische oder rassistische Diskriminierung existiert und bekämpft werden muss. Dieser Vorschlag wurde jedoch von der Bundesregierung nicht umgesetzt.

V. Synthese und Schlussfolgerungen

A. Synthese

50. **Aktualität und Ursprung der Problematik** – In verschiedenen europäischen Ländern wird die Verwendung des Begriffs «Rasse» insbesondere in Rechtstexten seit einigen Jahren hinterfragt, da er sich auf ein moralisch verpöntes und wissenschaftlich unhaltbares Konzept bezieht. Auch in der Schweiz wird darüber diskutiert, ob der Begriff beibehalten, aufgegeben oder ersetzt werden soll und welche Alternativen dafür in Frage kämen.

Das Aufkommen des Begriffs «Rasse» in den internationalen und nationalen Rechtsordnungen steht im Zusammenhang mit dem Rassismus, der sich im Europa der Neuzeit ab dem 15. Jahrhundert entwickelte und seinen Höhepunkt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, insbesondere mit dem Zweiten Weltkrieg, erreichte. Nach 1945 wurde das Wort «Rasse» in die internationalen und später auch in die nationalen Rechtstexte aufgenommen, um Rassismus sowie rassistische und rassistische Theorien bekämpfen zu können.

51. **Historische und philosophische Debatte** – Obwohl heute allgemein anerkannt ist, dass der Begriff «Rasse» wissenschaftlich nicht haltbar ist, kommt er in den Rechtsordnungen weiterhin vor; er wird jedoch unterschiedlich verstanden und ausgelegt.

So erfährt der Begriff «Rasse» in den USA eine «komplexfreie» Rezeption und Akzeptanz,²³⁶ während er in Europa «suspekt», um nicht zu sagen «tabu» ist und nur sehr vorsichtig verwendet, in Anführungszeichen gesetzt oder mit semantischen Präzisierungen versehen wird (wie z.B. in einzelnen Ländern mit der Wendung «vermeintliche Rasse»).

In Europa stehen sich in der aktuellen historisch-philosophischen Debatte um die Verwendung und die Bedeutung des Begriffs «Rasse» hauptsächlich zwei Ansätze gegenüber: ein *eliminativistischer* und ein *konstruktivistischer*. Für Verfechterinnen und Verfechter des *eliminativistischen* Ansatzes sind Rassen eine rein fiktive Projektion. In

²³⁶ Bzw. hat in den USA eine semantische Verschiebung stattgefunden, sodass sich «der Begriff «Rasse» nicht mehr auf eine Klassifizierung des Menschen nach biologisch unterschiedlichen und hierarchisch geordneten Untereinheiten [bezieht], sondern auf Gruppen, die Opfer einer offiziellen, systematischen Diskriminierung auf der Grundlage eines pseudowissenschaftlichen Rassismus geworden sind; der heute zwar weitgehend diskreditiert, in seinen Auswirkungen aber weiterhin spürbar ist»; siehe dazu und zu diesem Zitat Rz. 9 oben.

ihren Augen ist der Glaube an «Rassen» mit dem Glauben an Hexen und Zauberer vergleichbar und damit nicht mehr als böser Aberglaube. Deshalb sollten auch die sinnentleerten Rassenbegriffe verbannt oder durch Begriffe ersetzt werden, die nicht die gleiche Ablehnung hervorrufen, um zu verhindern, dass ein fragwürdiges, moralisch bedenkliches Konzept wieder Auftrieb erhält. Die Verfechterinnen und Verfechter des *konstruktivistischen* Ansatzes hingegen sind der Auffassung, dass die Vermeidung des Begriffs «Rasse» die Vorstellungen von «Rassen» oder Rassenhierarchie keinesfalls aus dem Bewusstsein der Menschen verschwinden lässt, sondern lediglich die Analyse von deren anhaltenden Auswirkungen erschwert. Sie verstehen «Rasse» als eine historisch konstruierte und damit vom Menschen geschaffene sozialpolitische Kategorie. Demnach sind Rassen sehr reale Gegebenheiten, die nicht biologisch entstanden sind, sondern durch einen sozialen Prozess, welcher (sichtbaren) Unterschieden soziale Bedeutung und Werte zuordnet.²³⁷

52. **Der Begriff «Rasse» und seine Bedeutung in der Rechtsordnung bzw. in den Rechtsordnungen** – In der Rechtsordnung, oder vielmehr in den Rechtsordnungen, ist der Begriff «Rasse» sowohl im internationalen als auch im nationalen Recht weit verbreitet. In der Schweiz kommt er hauptsächlich im Antidiskriminierungsrecht (Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung und Art. 261^{bis} des schweizerischen Strafgesetzbuchs) vor.

Allerdings wurde das Konzept «Rasse» in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung kaum je konkretisiert, und es hat sich bis anhin noch kein spezifischer Bedeutungsgehalt herauskristallisiert. Als Erklärung für die Bedeutung dieses Begriffs verwendet die Verfassungslehre häufig die vom Bundesrat in der Botschaft von 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision entwickelte allgemeine Formel. Generell sind die der «Rasse» zugeordneten Merkmale vor allem physischer und physiognomischer Natur (Hautfarbe, Farbe und Form von Augen und Haaren, Behaarung). Gemäss einem Teil der Lehre würden auch kulturelle Elemente wie Sprache, Abstammung und Religion darunter fallen.²³⁸

Sowohl im internationalen als auch im internen Recht ist allgemein anerkannt, dass der Begriff «Rasse» jeder wissenschaftlichen Grundlage entbehrt und sich dessen Verwendung in keiner Weise auf die rassistische Ideologie bezieht, die eine Hierarchie zwischen den Menschen begründet. Obwohl aber der Begriff «Rasse» keine rational fassbare Realität bezeichnet, hält sich bei einem Teil der Bevölkerung trotzdem die subjektive Wahrnehmung, dass sich Menschen nach verschiedenen «Rassen» unterscheiden lassen. Somit bleibt das Problem der Rassendiskriminierung weiterhin bestehen.

Das Wort «Rasse» bezeichnet kein objektives, sondern ein subjektives Konzept. Anders gesagt, es widerspiegelt die gesellschaftliche Realität der Kategorisierung von Menschen aufgrund von Äusserlichkeiten, die mit stereotypen Zuschreibungen und sozialen Ausgrenzungs- und Degradierungspraktiken verbunden sind. Aus rechtlicher Sicht entspricht «Rasse» demnach hauptsächlich einer sozialen Konstruktion.

Daher stützen sich Lehre und Rechtsprechung sowohl im Völkerrecht als auch im internen Recht auf eine weit gefasste, soziologische Definition. Wie andere Länder hat auch die Schweiz das Problem der Ambiguität des Begriffs «Rasse» erkannt und sich deshalb von dessen pseudowissenschaftlicher Bedeutung distanziert, um den Fokus auf die soziologische Komponente zu legen. Heute ist allgemein anerkannt, dass die «Rasse» eine soziale Konstruktion ist, die eine Ideologie widerspiegelt, mit der

²³⁷ Siehe dazu Rz. 10.

²³⁸ Siehe dazu Rz. 15 und 29.

Dominanzverhältnisse in einem bestimmten sozialen und historischen Kontext legitimiert werden sollen. Die Vorstellung von biologischen «Rassen» wurde (in erster Linie von der Naturwissenschaft selber) widerlegt und kann folglich auch nicht als Grundlage eines rechtlich verankerten Diskriminierungsverbots dienen.²³⁹

53. **Die Position der schweizerischen Lehre zur Verwendung des Begriffs «Rasse»** – Vor dem eben beschriebenen Hintergrund scheinen in der Schweiz nur wenige Autorinnen und Autoren für eine Streichung des Begriffs «Rasse» zu plädieren. Mehrheitlich wird die Meinung vertreten, dass man auf den Begriff nicht, oder zumindest nicht völlig, verzichten sollte.

Dieser Position zugrunde liegt die Idee, dass zwar keine menschlichen «Rassen» existieren, das strafbare rassendiskriminierende Verhalten jedoch in irgendeiner Art benannt werden muss. Mit der Verwendung des Begriffs «Rasse» im Gesetz wird nicht rassistisches Gedankengut übernommen, sondern lediglich anerkannt, dass rassistische Vorstellungen und Diskriminierung aufgrund von rassistischen Kriterien existieren, obwohl diese jeder wissenschaftlichen Grundlage entbehren. Das Gesetz akzeptiert mithin nicht die Unterscheidung in «Rassen», sondern die Tatsache, dass solche Unterscheidungen unzulässigerweise getroffen werden. Deshalb muss gemäss verschiedenen Autorinnen und Autoren der Begriff «Rasse» weiterverwendet werden als ein in Bezug auf Diskriminierung rechtlich höchst relevantes Kriterium, auch wenn es die «Rasse» biologisch nicht gibt. Andere vertreten die Auffassung, dass ohne den Begriff «Rasse» auch dessen rassistisch geprägte Bedeutung nicht mehr kritisch hinterfragt werden kann.²⁴⁰ Die schweizerische Lehrmeinung scheint also mehrheitlich eher einen *konstruktivistischen*²⁴¹ Ansatz zu vertreten.

54. **Die Streichung des Begriffs «Rasse» oder die Suche nach alternativen Lösungen in einigen Staaten** – Dennoch haben gewisse europäische Staaten (namentlich Österreich, Finnland und Schweden) den Begriff «Rasse» aus ihrem innerstaatlichen Recht gestrichen, da dieser keiner wissenschaftlichen Realität entspricht und im Zweiten Weltkrieg zur Rechtfertigung von Gräueltaten verwendet wurde. Im Sinn eines *eliminativistischen* Ansatzes beschlossen sie, den Begriff aus ihrem Antidiskriminierungsrecht zu verbannen, da er als Legitimation von rassistischen Vorstellungen ausgelegt werden könne. Er wurde durch verschiedene Ausdrücke wie «ethnische Zugehörigkeit», «Herkunft», «Ethnie», «Ethnizität» oder «weitere besondere Umstände» ersetzt. Obwohl die Streichung in keinem dieser Staaten die gesamte Rechtsordnung betraf – das Wort «Rasse» kommt in verschiedenen Rechtsbereichen, namentlich im Strafrecht, weiterhin vor –, wurde sie nicht als Widerspruch zum Völkerrecht beurteilt. Die beiden wichtigsten internationalen Gremien im Bereich der Rassendiskriminierung (CERD und ECRI) haben die Streichung des Begriffs «Rasse» als nicht problematisch beurteilt, sofern die als Ersatz für «Rasse» verwendeten Ausdrücke wie beispielsweise «ethnische Zugehörigkeit», «Ethnizität» oder «Herkunft», so ausgelegt werden, dass sie auch die Rassendiskriminierung umfassen.

Andere Staaten, insbesondere Frankreich, haben eine pragmatische Lösung oder einen Kompromiss gewählt. Ein Vorschlag zur kompletten Streichung des Begriffs «Rasse» aus der gesamten Gesetzgebung veranlasste den französischen Gesetzgeber schliesslich dazu, den Begriff «Rasse» im Strafgesetzbuch durch die Wendung «vermeintliche Rasse» zu ersetzen.

²³⁹ Siehe dazu Rz. 15, 19-29 und 30-31.

²⁴⁰ Siehe dazu Rz. 21.

²⁴¹ Dies, obwohl der Autor der neusten Lehrmeinung im Gegenteil «kühn» vorschlägt, den Begriff «Rasse» zu streichen; siehe Rz. 4 und 21.

In Deutschland schlug das Deutsche Institut für Menschenrechte vor, den Begriff «Rasse» durch das Adjektiv «rassistisch» zu ersetzen, damit das Bewusstsein bestehen bleibt, dass rassistische oder rassistische Diskriminierung existiert und bekämpft werden muss. Dieser Vorschlag wurde jedoch von der Bundesregierung nicht umgesetzt.²⁴²

B. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

55. **Vorbemerkungen** – Zum Abschluss der Studie und der daraus abgeleiteten Zusammenfassung soll nochmals auf die künftige Verwendung des Begriffs «Rasse» im schweizerischen Recht eingegangen werden.

Dazu werden die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten geprüft: zuerst werden die «Grundsatzlösungen» vorgestellt und dann die pragmatischen Lösungen oder Kompromisslösungen, mit deren jeweiligen Merkmalen und Vor- und Nachteilen.

Danach folgen einige allgemeine Empfehlungen, die für jede der schlussendlich gewählten Lösungen gelten können.

1. Streichung oder Beibehaltung des Begriffs «Rasse»: mögliche Grundsatz- oder Kompromisslösungen

56. **(Komplette) Streichung des Begriffs «Rasse»** – Die erste mögliche Lösung folgt dem *eliminativistischen* Ansatz, den Begriff «Rasse» aus der gesamten Rechtsordnung zu streichen und mit alternativen Ausdrücken oder Begriffen zu ersetzen. Wie erwähnt, haben verschiedene europäische Staaten (namentlich Österreich, Finnland und Schweden) diesen Ansatz gewählt, ihn allerdings (noch) nicht systematisch umgesetzt, sodass der Begriff «Rasse» in einigen Gesetzen weiterhin vorkommt. Diese Lösung befürworten auch in der Schweiz einige Autorinnen und Autoren, so jüngst Professor Vincent MARTENET.

Allgemein wird dieser Ansatz damit begründet, dass der Begriff «Rasse» keinen Sinn und keine wissenschaftliche Relevanz hat. Zudem kann seine Beibehaltung und Verwendung in amtlichen Texten und insbesondere in Rechtserlassen (Verfassung und Gesetze), als Legitimation rassistischer Ideen ausgelegt werden oder zumindest dazu beitragen, dass ein typisches Element rassistischer Theorien verfestigt wird.

Unter dem Aspekt der Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht ist diese *eliminativistische* Lösung nur dann zulässig, wenn sie nicht zu einer Schwächung des Inhalts oder des Schutzgehalts in der internen Rechtsordnung führt, namentlich in Bezug auf das Verbot der Rassendiskriminierung. Alle Staaten, die diese Lösung gewählt haben, sowie die Autorinnen und Autoren, die sie befürworten, betonen diesen Punkt und bemühen sich um alternative Ausdrücke, Begriffe und Auslegungen, welche den gleichen Schutzgehalt garantieren.

Die Vorschläge für alternative Ausdrücke und Begriffe sind zahlreich und vielfältig: «Ethnische Zugehörigkeit» (Österreich²⁴³), «Herkunft» (Finnland), «Ethnie» oder «Ethnizität» und «sonstige besondere Umstände» (Schweden), «ethnische Herkunft» oder «ethnische, soziale und territoriale Herkunft» (in Deutschland diskutierter Vorschlag²⁴⁴) oder auch «physisches Erscheinungsbild».²⁴⁵ Die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der vorgeschlagenen Begriffe sowie die Tatsache, dass einige nicht

²⁴² Zu den verschiedenen Lösungen siehe Rz. 32 bis 49.

²⁴³ Siehe auch, für die schweizerische Lehre, KUNZ, Rz. 21.

²⁴⁴ Siehe Rz. 47 oben.

²⁴⁵ Siehe, für die schweizerische Lehre, MARTENET, Rz. 4 und 21.

viel klarer und expliziter sind als der Begriff «Rasse»,²⁴⁶ machen deutlich, dass es nicht einfach ist, Alternativen zu finden. Einige Vorschläge sind vage und entbehren einer genauen Definition. Andere sind sehr weit gefasst und erlauben es, den Diskriminierungsschutz auf neue Kategorien auszuweiten.²⁴⁷ Dadurch besteht aber umgekehrt wiederum die Gefahr, dass die üblicherweise am meisten von (Rassen-)Diskriminierung betroffenen Kategorien «verwässert» werden. Hinzu kommt, dass die Auslegung der Begriffe oder Ausdrücke so erfolgen muss, dass der gleiche Schutz gewährleistet bleibt. D.h. dass man wohl spätestens bei der Erklärung oder Präzisierung dieser Auslegung nicht mehr um die Verwendung des Begriffs «Rasse» herumkommt.

Eine der Hauptschwächen des *eliminativistischen* Ansatzes liegt zweifellos in der Schwierigkeit, «gute Alternativen» zu finden. Ein weiterer, eher theoretischer oder philosophischer Nachteil besteht in der Gefahr, dass das historische Bewusstsein über die Ursachen von Rassismus verloren geht und dadurch auch die Analyse der anhaltenden Auswirkungen rassistischer und rassistischer Ideen verhindert wird.

57. **(Komplette) Beibehaltung des Begriffs «Rasse»** – Die zweite mögliche Lösung folgt dem *konstruktivistischen* Ansatz, den Begriff «Rasse» in der heutigen Rechtsordnung beizubehalten. Diese Lösung wurde bisher von den deutschen Behörden gewählt, entgegen der Meinung des Deutschen Instituts für Menschenrechte.²⁴⁸ Sie scheint auch in der Schweiz von der Lehre mehrheitlich vertreten zu werden.

Im Allgemeinen wird diese Lösung damit begründet, dass es den Begriff «Rasse» gibt und dass er im internationalen Recht, und speziell in den für das (Rassen-)Diskriminierungsverbot massgebenden völkerrechtlichen Abkommen fest verankert ist. Es würde daher keinen Sinn machen, durch die Streichung bzw. Ersetzung des Begriffs im nationalen Recht eine Diskrepanz zum Völkerrecht zu schaffen. Die «konservative» Lösung der weiteren Verwendung des Begriffs schafft keine Probleme in Bezug auf den Erhalt oder die Schwächung des Schutzniveaus und auf die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht. Zudem ist heute allgemein anerkannt – und im Übrigen auch in verschiedenen amtlichen Texten ausdrücklich festgehalten –, dass die Verwendung des Begriffs «Rasse» in der Rechtsordnung die Existenz von «Rassen» nicht legitimiert, sondern im Gegenteil das Bewusstsein über und die Erinnerung an die Bekämpfung von Rassismus und von rassistischem oder rassistischem Gedankengut bewahrt.²⁴⁹

58. **Allgemeine Einschätzung** – Beide der hier als «Grundsatzlösungen» bezeichneten Ansätze können in Betracht gezogen werden, sind also aus rechtlicher Sicht zulässig. Bei der ersten Lösung wird allerdings vorausgesetzt, dass bestimmte Bedingungen eingehalten werden; insbesondere müssen die zur Ersetzung des Begriffs «Rasse» herbeigezogenen alternativen Ausdrücke oder Begriffe so verstanden und ausgelegt werden, dass sie das gleiche Schutzniveau garantieren.

Die beiden Lösungen beruhen wie gesagt auf zwei verschiedenen philosophischen Ansätzen, die selber wiederum auf zwei verschiedenen, um nicht zu sagen gegensätzlichen Annahmen über die Rezeption des Begriffs «Rasse» beruhen. Die erste geht davon aus, dass die Verwendung dieses Begriffs das Weiterbestehen von rassistischem Gedankengut und rassistischen oder rassistischen Theorien legitimiert oder eine Legitimation zumindest nicht ausschliesst. Dagegen geht die zweite davon aus,

²⁴⁶ Siehe dazu die Position des Deutschen Instituts für Menschenrechte, wonach der Begriff «Ethnie» im Bereich der Rassismusbekämpfung genauso problematisch sein kann wie «Rasse» (Rz. 47 *oben*).

²⁴⁷ Zum Begriff «physisches Erscheinungsbild» s. etwa MARTENET, Rz. 4 und 21 (Verweis auf «Bekleidungsstil», «Tattoos» und «Piercings», S. 45).

²⁴⁸ Siehe Rz. 47 *oben*.

²⁴⁹ Siehe dazu insbesondere die Position der deutschen Regierung, Rz. 47 *oben*, aber auch diejenige des Rechtsverteidigers in Frankreich, Rz. 42.

dass die Streichung des Begriffs «Rasse» dazu beiträgt oder beitragen könnte, dass die Existenz oder das Weiterbestehen von Rassismus und von rassistischen oder rassistischen Theorien vergessen geht.

Beides sind nicht verifizierte Annahmen darüber, wie eine solche semantische Änderung in der Rechtsordnung wahrgenommen würde. Es könnte daher sinnvoll sein, deren Auswirkungen und deren Rezeption bei verschiedenen (und vor allem den jüngeren) Generationen mit einer prospektiven gesetzgeberischen Evaluation genauer zu untersuchen.

Andere, in einigen Ländern gewählte oder diskutierte Lösungen scheinen uns insofern interessant, als sie pragmatischer Natur sind und als Kompromiss dienen könnten. Sie verbinden die Vorteile und vermindern oder beseitigen die Nachteile der verschiedenen «Grundsatzlösungen».

59. **Pragmatische Lösungen und Kompromisse** – Die erste Lösung, die man als pragmatisch bezeichnen könnte, ist jene, die schlussendlich in Frankreich gewählt wurde. Der Begriff «Rasse» wurde zwar noch nicht in der gesamten nationalen Rechtsordnung, wohl aber im Strafgesetzbuch systematisch durch den Ausdruck «vermeintliche Rasse» ersetzt.

Ein weiterer interessanter Vorschlag, der ebenfalls eine Form von Kompromiss darstellt, stammt vom Deutschen Institut für Menschenrechte.²⁵⁰ Er wurde bisher von der Bundesregierung noch nicht übernommen, hat aber Eingang gefunden in die brandenburgische Verfassung. Der Vorschlag sieht vor, den Begriff «Rasse» in allen normativen Texten zu streichen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass seine Verwendung die Idee oder die Vorstellung legitimiert, dass sich die Menschen nach «Rassen» unterscheiden. Anstatt aber den Begriff «Rasse» mit vagen und ebenso problematischen alternativen Begriffen zu ersetzen, müssen vielmehr Umschreibungen gewählt werden, die sich klar auf «Rasse» und damit auch auf rassistische und rassistische Vorstellungen und Theorien beziehen.

Auf das schweizerische Verfassungsrecht übertragen, müsste die Formulierung «Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen [...] der Rasse» durch eine Formulierung ersetzt werden wie beispielsweise «Niemand darf diskriminiert werden *namentlich aus rassistischen Motiven*».²⁵¹ Bei einer solchen Lösung müsste durch die Wahl der Begriffe sichergestellt und in den Begleitkommentaren zur Revision ausdrücklich präzisiert werden, dass sich die Bestimmung sowohl auf den ideologischen (das heisst, an eine rassistische Absicht gebundenen) Rassismus bezieht als auch auf strukturellen Rassismus.

Wie gesagt, scheinen uns diese pragmatischen Lösungen oder Kompromisslösungen insofern interessant, als sie die Vorteile der beiden «Grundsatzlösungen» (d.h. die teilweise oder vollständige Streichung des Begriffs «Rasse» bzw. deren teilweiser oder vollständiger Beibehalt) kombinieren und gleichzeitig deren jeweiligen Nachteile beseitigen oder zumindest verringern.

2. Schlussfolgerung und einige Empfehlungen

60. **Schlussfolgerung: Verschiedene Lösungen möglich und rechtlich zulässig** – Die Studie kommt zum Schluss, dass verschiedene Lösungen denkbar und rechtlich

²⁵⁰ Dieser Vorschlag wurde 2013 in Frankreich zuerst auch von der Nationalversammlung gewählt. Sie wurde jedoch nicht weiterverfolgt, da der Senat der Nationalversammlung nicht folgte und einer anderen Lösung den Vorzug gab (siehe dazu *oben*, Rz. 42, *in initio*).

²⁵¹ Allerdings müsste in diesem Fall die ganze Formulierung der betreffenden Bestimmung, d. h. der ganze Art. 8 Abs. 2 BV revidiert werden.

zulässig sind: die teilweise oder vollständige Streichung des Begriffs «Rasse» in der Rechtsordnung und seine Ersetzung durch alternative Ausdrücke oder Begriffe, die so verstanden und ausgelegt werden, dass sie das gleiche Schutzniveau garantieren; oder aber die teilweise oder vollständige Beibehaltung des Begriffs «Rasse» in der Rechtsordnung. Denkbar sind aber auch pragmatischere Lösungen wie etwa die, den Begriff «Rasse» durch den Ausdruck «vermeintliche Rasse» zu ersetzen (Frankreich) oder den Vorschlag des Deutschen Instituts für Menschenrechte, den Begriff «Rasse» zu streichen, den Verweis auf die damit verbundenen Vorstellungen aber mit der Umschreibung «rassistische Motive» beizubehalten.

Die Entscheidung, welche dieser Lösungen gewählt wird, hängt unserer Meinung nach vor allem von philosophischen Erwägungen ab und ist eher politischer als rechtlicher Natur.

Rechtlich sind alle diese Lösungen zulässig, solange bestimmte Bedingungen – namentlich die Garantie des bestehenden Schutzgehalts – erfüllt sind und damit die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht sichergestellt ist.

Unabhängig davon, welche politische Lösung schliesslich gewählt wird, sollten aber folgende Empfehlungen zur Transparenz der Entscheidung bedacht werden.

61. **Empfehlungen: Transparenz und Information** – Verschiedene Lösungen sind denkbar. Doch unabhängig davon, ob die eher «konservative» Lösung mit der Beibehaltung des Begriffs «Rasse» gewählt wird, die eher innovative Lösung mit der Streichung des Begriffs und der Ersetzung durch andere Ausdrücke und Begriffe, oder eine andere Kompromisslösung, ist es wichtig, dass der Entscheid sachlich, «fundiert» und transparent getroffen wird. Das heisst, dass er auch sorgfältig kommuniziert und erklärt werden muss.

Sollte der Begriff «Rasse» namentlich in der Verfassung und im Strafgesetzbuch gestrichen und durch andere Begriffe wie «ethnische Herkunft» oder «physisches Erscheinungsbild» ersetzt werden (vgl. dazu entsprechende Lehrmeinungen, Vorschläge oder Erfahrungen in anderen Ländern) müsste begleitend dazu insbesondere über folgende Punkte ausführlich informiert werden:

- die Gründe, die für diese Lösung sprechen;
- den Willen des Gesetzgebers im weiten Sinn, den Schutzgehalt nicht einzuschränken;
- den Willen, die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht zu garantieren;
- die Auslegung der neu gewählten Begriffe.

Das Gleiche sollte unserer Meinung nach auch gelten, wenn eine der vorgängig aufgeführten Kompromisslösungen gewählt wird.

Aber auch wenn eine eher «konservative» Lösung gewählt werden sollte, das heisst die teilweise oder vollständige Beibehaltung des Begriffs «Rasse» namentlich in der Verfassung und im Strafgesetzbuch, ist eine entsprechende Information angezeigt. In diesem Fall sollten die Gründe für den Entscheid dargelegt werden mit der expliziten Erklärung, dass die Beibehaltung des Begriffs in keiner Weise rassistisches Gedankengut oder rassistische Vorstellungen oder Theorien legitimiert.

Neuchâtel, den 30. Oktober 2019

Pascal Mahon

Anne-Laurence Graf

Federica Steffanini