

BGE 130 IV 111

Bundesgericht (BGE), 2004-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_130 IV 111](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_130_IV_111)

FR: ATF 130 IV 111

IT: DTF 130 IV 111

Regeste

Regeste Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB); Begriff der Öffentlichkeit. Ob Öffentlichkeit im Sinne eines bestimmten Straftatbestands gegeben ist, hängt wesentlich von dem durch die Strafbestimmung geschützten Rechtsgut sowie davon ab, weshalb darin Öffentlichkeit als strafbegründendes Merkmal vorausgesetzt wird (E. 4.3). Öffentlich im Sinne von Art. 261bis StGB sind Äusserungen, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat sind Äusserungen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt von den konkreten Umständen ab, wobei insoweit auch die Zahl der anwesenden Personen eine Rolle spielen kann (Änderung der Rechtsprechung; E. 5.2). Öffentlichkeit bejaht im Falle von Äusserungen an einem Vortrag, der im Rahmen einer geschlossenen Veranstaltung in einer Waldhütte gehalten wurde, an welcher 40 bis 50 geladene Skinheads teilnahmen, die verschiedenen Gruppierungen angehörten (E. 6).

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 261 bis StGB wird wegen Rassendiskriminierung unter anderem bestraft, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind (Abs. 2); wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt (Abs. 3); wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert (Abs. 4 erste Hälfte) oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht (Abs. 4 zweite Hälfte). Die erste Instanz hat die Beschwerdegegner freigesprochen mit der Hauptbegründung, die vom Beschwerdegegner 1 organisierte Veranstaltung sei nicht öffentlich gewesen, und mit der Eventualbegründung, dass der Beschwerdegegner 2 durch die inkriminierten Äusserungen an dieser Veranstaltung entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers den Holocaust beziehungsweise Verbrechen gegen die Menschlichkeit weder geleugnet noch gröblich verharmlost noch zu rechtfertigen gesucht habe. Die Vorinstanz hat den Freispruch der Beschwerdegegner allein mit dem Fehlen der Öffentlichkeit begründet und sich mit den weiteren Tatbestandsmerkmalen von Art. 261 bis StGB nicht befasst. Zu prüfen ist somit einzig, ob das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit objektiv erfüllt ist. (...)

E. 3.1

Öffentlich ist eine Äusserung nach allgemeiner Auffassung, wenn sie von unbestimmt vielen Personen oder von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen

zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden kann (BGE 111 IV 151 E. 3; BGE 130 IV 111 S. 114 BGE 123 IV 202 E. 3d; BGE 126 IV 176 E. 2; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., 1997, Art. 259 StGB N. 3a, Art. 261 StGB N. 3, Art. 261 bis StGB N. 15; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil. II, 5. Aufl., 2000, § 38 N. 15; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261 bis StGB und Art. 171c MStG , 1996, N. 696, 704; DORRIT SCHLEIMINGER, Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 261 bis StGB N. 21; ähnlich die Rechtsprechung und herrschende Lehre in Deutschland, siehe statt vieler SCHÖNKE/ SCHRÖDER/LENCKNER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 186 StGB N. 19). Diese allgemeine Begriffsumschreibung gilt, wie sich aus den zitierten Entscheiden ergibt, auch für den Tatbestand der Rassendiskriminierung (Art. 261 bis StGB) im Besonderen und die Tatbestandsvariante der Leugnung von Völkermord (Art. 261 bis Abs. 4 zweite Hälfte StGB) im Speziellen.

E. 3.2.1

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist öffentlich die Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit (im Sinne von Art. 259 StGB), die auf einem Plakat geäußert wurde, welches auf einer Strassensignalisationstafel auf dem Predigerplatz in Zürich aufgeklebt war (BGE 111 IV 151). Öffentlich sind antisemitische Äusserungen in einem Brief, der an 432 Personen und somit an einen grösseren Personenkreis versandt wurde (BGE 123 IV 202 E. 3d und 4c). Äusserungen in einem Schreiben, das an rund 50 Personen verschickt wurde, hat der Kassationshof in BGE 126 IV 20 E. 1d als öffentlich im Sinne von Art. 261 bis StGB qualifiziert mit der Begründung, der Beschuldigte in jenem Verfahren habe das Schreiben möglicherweise nur an Bekannte beziehungsweise an ohnehin interessierte Personen versandt, doch habe das Risiko bestanden, dass das Schreiben von den Adressaten weiterverbreitet und somit sein Inhalt über die fragliche Gruppe hinaus bekannt wurde. In BGE 127 IV 203 wurde Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261 bis StGB angenommen im Falle eines Beschuldigten, der in einer von ihm herausgegebenen Zeitschrift einige Exemplare eines den Holocaust leugnenden Buches eines Dritten unter Hinweis auf dessen Inhalt zum Verkauf angeboten hatte. Unerheblich war, dass kein einziges Exemplar des Buches verkauft wurde; das öffentliche Angebot reichte aus. Demgegenüber hat das Bundesgericht Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261 bis StGB verneint im Fall eines Beschuldigten, der ein BGE 130 IV 111 S. 115 rassendiskriminierende Ideologien enthaltendes Buch eines Dritten per Post an sieben ihm bekannte Personen verschickt hatte (BGE 126 IV 176 ; zustimmend GUIDO JENNY, ZBJV 139/2003 S. 379). Gemäss den Erwägungen im zitierten Entscheid sind sieben Adressaten in einer solchen Konstellation nicht als Öffentlichkeit zu qualifizieren. Daher stelle sich die - in der Lehre umstrittene - Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Risiko der Weiterverbreitung der Äusserungen durch die Adressaten Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261 bis begründe, ob etwa Öffentlichkeit zu bejahen sei, wenn der Absender keine Kontrolle über die Weiterverbreitung durch die Adressaten und damit keine Kontrolle über den Wirkungskreis der Äusserungen habe. Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid die Frage verneint. Zwar könne das Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis je nach den Umständen grösser oder kleiner sein, doch bestehe insoweit im Prinzip nie eine Kontrollmöglichkeit; diese sei daher - allenfalls von Grenzfällen abgesehen - kein taugliches Kriterium. Öffentlichkeit sei somit nicht schon gegeben, wenn ein erhebliches Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis bestanden, sondern erst, wenn sich dieses Risiko verwirklicht habe, welche Voraussetzung im beurteilten Fall nicht

erfüllt war. Das Ausmass des Risikos der Weiterverbreitung sei nur in Bezug auf den subjektiven Tatbestand von Bedeutung (BGE 126 IV 176 E. 2e; ablehnend und kritisch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FIOLKA, Das Private und das Politische: Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, in: AJP 2001 S. 533 ff.). Das Bundesgericht hat Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261 bis Abs. 4 StGB auch verneint im Fall eines Buchhändlers, der ein den Holocaust leugnendes Buch eines Dritten in beschränkter Anzahl (weniger als zehn Exemplare) an einem für Kunden nicht einsehbaren Ort aufbewahrt, hierfür keinerlei Werbung gemacht und es nur auf Verlangen verkauft hatte (BGE 126 IV 230 ; zustimmend GUIDO JENNY, ZBJV 139/2003 S. 379; ablehnend und kritisch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FIOLKA, a.a.O., S. 533 ff.).

E. 3.2.2

Mit der Frage der Öffentlichkeit von mündlichen Äusserungen hatte sich das Bundesgericht nur relativ selten zu befassen. Im Urteil 6S.635/2001 vom 30. Mai 2002 (auszugsweise wiedergegeben in Medialex 2002 S. 158) wurde Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261 bis Abs. 4 erste Hälfte StGB bejaht im Fall eines BGE 130 IV 111 S. 116 Beschuldigten, der die Äusserung gegenüber dem Betroffenen auf der Strasse eines Wohnquartiers in Anwesenheit von sechs Personen getan hatte. Das Bundesgericht hat festgehalten, die kantonale Instanz habe die unmittelbar anwesenden sechs Personen zu Recht nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes qualifiziert. Öffentlichkeit sei gemäss den zutreffenden Ausführungen der kantonalen Instanz aber deshalb gegeben, weil sich der Vorfall an einem sonnigen Juniabend zwischen 18.00 und 20.00 Uhr auf der Strasse eines Einfamilienhausquartiers ereignet habe. Daher hätte eine Vielzahl von unbestimmten und mit dem Beschuldigten in keiner persönlichen Beziehung stehenden Drittpersonen potentielle Zeugen der lautstarken Äusserungen werden können. Das Bundesgericht hat Öffentlichkeit sodann bejaht im Fall von Äusserungen eines Beschuldigten in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung wegen Ehrverletzung, an welcher Medienschaffende zugegen waren, welche über die Gerichtsverhandlung und die Äusserungen des Beschuldigten zusammenfassend in Presseerzeugnissen berichteten (Urteil 6S.698/2001 vom 22. Januar 2003, E. 3.3).

E. 3.2.3

Das Bundesgericht musste sich in der zitierten Rechtsprechung somit vor allem mit Fällen auseinander setzen, in denen Äusserungen in schriftlicher Form an einen begrenzten Personenkreis gerichtet waren. Da weder der Autor beziehungsweise der Versender der Schriften mit den Adressaten noch diese untereinander durch persönliche Beziehungen verbunden waren, stellte sich dem Bundesgericht jeweils die Frage, ob der Kreis der Adressaten im Sinne der zitierten allgemeinen Umschreibung des Öffentlichkeitsbegriffs als ein grösserer (nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängender) Personenkreis zu qualifizieren sei. Damit kam in diesen Fällen nach der Rechtsprechung der Zahl der Adressaten entscheidende Bedeutung zu. Das Bundesgericht hat denn auch in mehreren Urteilen massgeblich auf die Zahl der Adressaten der (schriftlichen) Äusserungen abgestellt und Öffentlichkeit einerseits unter Hinweis auf die offensichtlich grosse Zahl ohne weiteres bejaht (siehe BGE 123 IV 202 E. 3d und 4c) beziehungsweise in Anbetracht der kleinen Zahl verneint (vgl. BGE 126 IV 176 , 230). Das Bundesgericht hat es aber abgelehnt, insoweit einen "Grenzwert" zu bestimmen und diesen beispielsweise - etwa in Anlehnung

an die Rechtsprechung zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG betreffend "viele Menschen" (siehe BGE 108 IV 63 E. 2; BGE 109 IV 143 E. 3a) - auf die Zahl 20 festzulegen. BGE 130 IV 111 S. 117

E. 4.1

Öffentlichkeit der Äusserung beziehungsweise des Verhaltens ist nicht nur in Art. 261 bis StGB, sondern auch in verschiedenen weiteren Tatbeständen des Strafgesetzbuches ein strafbegründendes Merkmal, so in Art. 152 StGB (betreffend unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe in öffentlichen Bekanntmachungen), in Art. 197 Ziff. 2 Abs. 1 StGB (betreffend öffentliches Ausstellen und Zeigen von pornographischen Gegenständen oder Vorführungen), in Art. 259 StGB (betreffend öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit), in Art. 260 Abs. 1 StGB (betreffend Landfriedensbruch durch Teilnahme an einer öffentlichen Zusammenrottung), in Art. 261 Abs. 1 StGB (betreffend Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit etwa durch öffentliches Verspotten der Überzeugung anderer in Glaubenssachen in gemeiner Weise), in Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (betreffend Störung des Totenfriedens durch öffentliche Beschimpfung eines Leichnams), in Art. 276 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (betreffend öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen militärische Befehle) etc.

E. 4.2

Die Lehre scheint überwiegend davon auszugehen, dass der Begriff der Öffentlichkeit im Strafgesetzbuch ein einheitlicher und daher bei allen Straftatbeständen gleich auszulegen ist (siehe statt vieler MARCEL ALEXANDER NIGGLI, a.a.O., N. 694, 704). Für diese Auffassung gibt es indessen keine zwingenden Gründe. In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die Öffentlichkeit als strafbegründendes Element voraussetzen, liegt im Gegenteil eine tatbestandsbezogene Auslegung des Merkmals der Öffentlichkeit nahe.

E. 4.3

Ob Öffentlichkeit im Sinne eines bestimmten Straftatbestands gegeben ist, hängt wesentlich von dem durch die Strafbestimmung geschützten Rechtsgut sowie davon ab, weshalb darin Öffentlichkeit als strafbegründendes Merkmal vorausgesetzt wird. Das Bundesgericht hat denn auch schon mehrfach festgehalten, ob Öffentlichkeit anzunehmen sei, hänge von den gesamten Umständen ab, deren Tragweite unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der in Betracht fallenden Strafbestimmung und des dadurch geschützten Rechtsgutes zu bewerten sei (BGE 126 IV 176 E. 2c/aa; Urteil 6S.635/2001 vom 30. Mai 2002, E. 3d).

E. 5

Zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren einzig, wie das Merkmal der Öffentlichkeit im Tatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261 bis StGB zu interpretieren ist. BGE 130 IV 111 S. 118

E. 5.1

Art. 261 bis StGB ("Rassendiskriminierung") ist im Zwölften Titel des Strafgesetzbuches betreffend die "Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden" eingeordnet. Strafbar sind grundsätzlich - ausser bei der Tatbestandsvariante der Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261 bis Abs. 5 StGB - nur öffentliche Handlungen. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates stellt Rassendiskriminierung eine Gefährdung des öffentlichen Friedens dar. Der Angriffspunkt sei allerdings die

Menschenwürde eines jeden Einzelnen der betroffenen Gruppe. Der Zusammenhang sei jedoch eindeutig. In einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet oder herabgesetzt werden könnten, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden dürfte, wo einzelne Menschen auf Grund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angegriffen werden könnten, wo aus derartigen Gründen einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen eine Leistung verweigert werden dürfte, wäre der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet (Botschaft des Bundesrates, BBl 1992 III 269 ff., S. 309 f.). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützen Art. 261 bis Abs. 1 und 4 StGB in erster Linie - unmittelbar oder zumindest mittelbar (siehe BGE 129 IV 95 E. 3 zu Art. 261 bis Abs. 4 zweite Hälfte StGB) - die Würde des einzelnen Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion. Dieser Schutz des Einzelnen in seiner Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder religiösen Gruppe dient zugleich der Wahrung des öffentlichen Friedens (BGE 123 IV 202 E. 2 und 3a; siehe auch BGE 128 I 218 E. 1.4).

E. 5.2.1

Äusserungen und Verhaltensweisen, die andere Menschen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse, Ethnie oder Religion in ihrer Würde unmittelbar oder mittelbar verletzen, sind in einem Rechtsstaat inakzeptabel und an sich schon strafwürdig. Dem Gesetzgeber schien es aber angezeigt, solche Äusserungen und Verhaltensweisen - abgesehen vom Fall der Leistungsverweigerung (Art. 261 bis Abs. 5 StGB) - nur unter der Voraussetzung unter Strafe zu stellen, dass sie öffentlich erfolgen. Äusserungen und Verhaltensweisen im engen privaten Rahmen sollen nicht strafbar BGE 130 IV 111 S. 119 und damit auch nicht Gegenstand von Strafuntersuchungen mit entsprechenden Zwangsmassnahmen sein. Der Begriff der Öffentlichkeit in Art. 261 bis StGB ist in Anbetracht von Sinn und Zweck dieses strafbegründenden Merkmals und mit Rücksicht auf das durch diese Bestimmung geschützte Rechtsgut der Menschenwürde auszulegen. Von diesem Ausgangspunkt betrachtet erscheinen alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht dem erwähnten privaten Rahmen zugerechnet werden können. Es genügt also, um öffentliches Handeln anzunehmen, dass dieses nicht auf das engere private Umfeld beschränkt bleibt, das der Gesetzgeber von der Strafbarkeit ausnehmen wollte. So gesehen kann als öffentlich im Sinne von Art. 261 bis StGB alles gelten, was nicht privat ist (vgl. NIGGLI/FIOLKA, a.a.O., S. 539 f.). Die bisherige Rechtsprechung geht demgegenüber von einer Umschreibung der Öffentlichkeit aus, die mit dem Verweis auf einen grösseren Personenkreis insbesondere der Zahl der Adressaten ein ausschlaggebendes Gewicht beimisst. So hat das Bundesgericht den Versand eines Buchs an sieben Empfänger als nicht öffentliche Handlung qualifiziert, weil sieben Personen noch keine Öffentlichkeit zu begründen vermöchten (BGE 126 IV 176 E. 2d/aa; ähnlich auch BGE 126 IV 230 E. 2b/dd). Diese rein quantitative Betrachtung vermag nicht länger zu überzeugen. Auch unter wenigen Personen ausgetauschte rassistische Äusserungen können den privaten Rahmen überschreiten, den der Gesetzgeber von der Strafbarkeit ausnehmen wollte. Die Zahl der Personen, welche eine Äusserung wahrnehmen, ist ohnehin oft zufällig und erscheint daher nicht als geeignetes Kriterium, um über den öffentlichen Charakter einer Handlung zu entscheiden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.