

GR_GERICHTE PKG 1997 35 vom 30. Oktober 1995

GR Gerichte, 1995-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_1997_35

FR: GR_GERICHTE PKG 1997 35 du 30 octobre 1995

IT: GR_GERICHTE PKG 1997 35 del 30 ottobre 1995

Regeste

Praxis Kantonsgericht |

Regeste: siehe PKG-Dokument \x3Cbr\x3E | java.util.HashMap/1797211028

Erwägungen

E. 1

Gegen Verfügungen der Untersuchungsrichter, die vom Staats- anwalt genehmigt wurden, kann gemäss Art. 138 StPO bei der Beschwer- dekammer des Kantonsgerichtes Beschwerde geführt werden. Zur Be- schwerde ist dabei berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse

134 an seiner Aufhebung geltend macht (Art. 139 Abs. 1 Satz 1 StPO). Berührt ist diejenige, die zum Gegen- stand der Untersuchung in einer besonders nahen Beziehung steht, ins-

135 besondere wer am Verfahren unmittelbar beteiligt war. In casu ist die Be- schwerdeführerin Eigentümerin und Erschafferin des beschlagnahmten Bil- des, das ihr von der Staatsanwaltschaft gestützt auf die Einstellungsverfü- gung vorenthalten wird. Sie ist infolgedessen durch den angefochtenen Entscheid in ihren Interessen berührt und damit zur Beschwerde legitimiert (vgl. PKG 1987 Nr. 49). Auf die im übrigen frist- und formgerecht einge- reichte Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, dass die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme der Bilder nicht habe verfügen dür- fen, da diese Aufgabe nach Art. 58 StGB ausschliesslich dem Richter vorbe- halten sei. Die Staatsanwaltschaft bringt demgegenüber vor, dass als Richter im Sinne von Art. 58 StGB sämtliche Organe der Strafrechtspflege, also auch die Untersuchungs- und Anklagebehörden, zu verstehen seien. a) Der Richter verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer be- stimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren, oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ge- fährden (Art. 58 Abs. 1. StGB). In Auslegung dieser Gesetzesbestimmung ist nun fraglich, ob nach Bundesrecht zwingend der Richter über die Einziehung zu befinden habe oder ob hierfür auch die Strafverfolgungsbehörden zustän- dig sein können. Die Botschaften, sei es nun diejenige über den Erlass des Strafgesetzbuches im Jahre 1937 oder diejenige über die Änderung des schwei- zerischen Strafgesetzbuches im Jahre 1993, geben hierüber keine klare Aus- kunft (siehe BBI 89 Bd. III S. 46; BBI 145 Bd. III S. 305 ff.). Während sich die ältere Botschaft über die zuständige Instanz der Einziehung gänzlich aus-

schweigt, bezeichnet die jüngere in einer allgemeinen Erwägung die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte als zuständig, spricht aber in der Kommentierung überwiegend vom Gericht (siehe BBI 145 Bd. III S. 305-308 und 311-312). Dabei fällt jedoch auf, dass der Gesetzgeber offenbar dasjenige Verfahren im Auge hatte, das zu einer gerichtlichen Beurteilung führt, die Staatsanwaltschaft also Anklage erhebt. In diesen Fällen leuchtet ein, dass der Richter, der über Freispruch oder Verurteilung des Täters befindet, zugleich über die Einziehung deliktischer Gegenstände oder Vermögenswerte entscheiden soll (in diesem Sinne BGE 108 IV 157 E. 2b). Über die Frage aber, ob der Richter auch dann über die Einziehung zu urteilen hat, wenn das Verfahren infolge Einstellung gar nicht vor seine Schranken gelangt ist, gibt die historische Betrachtung keinen Aufschluss. Die Auslegung anderer Bestimmungen des Strafgesetzbuches deutet demgegenüber darauf hin, dass die bundesrechtliche Kompetenzzuweisung an den Richter nicht im zwingenden Sinne zu verstehen ist. So kann nach dem Wortlaut von Art. 43 StGB nur der Richter geistig Abnorme in

136 eine Heil- und Pflegeanstalt einweisen, kantonalen Strafprozessordnungen ist es aber nach der herrschenden Lehre unbenommen, diese Kompetenz der Anklage- oder Überweisungsbehörde zuzuordnen (siehe BGE 72 IV 1; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, Zürich 1989, N 2 zu Art. 43). Nach Trechsel rechtfertigt Eigentum keinen höheren Rechtsschutz als persönliche Freiheit, weshalb bei Art. 58 StGB analog der Regelung zu Art. 43 StGB auch die Überweisungsbehörde als zuständig anzuerkennen ist, wenn es nicht zur Anklage kommt (Trechsel, a. a. O., N 21 zu Art. 58; vgl. Art. 99 StPO). Aus dem Bundesrecht ergibt sich damit, dass die im Strafgesetzbuch vorgenommene Kompetenzzuweisung nicht in jedem Falle als zwingend zu verstehen ist. Die entsprechenden Normen, wie etwa Art. 58 und Art. 43 StGB, bedürfen vielmehr der Auslegung. Auch Art. 20 StGB erklärt den Richter für berechtigt, die Strafe zu mildern oder von einer Bestrafung Umgang zu nehmen, wenn sich der Täter zur Zeit der Tat in einem Rechtsirrtum befunden hat. Die Lehre, der sich auch die kantonale Rechtsprechung angeschlossen hat (PKG 1992 Nr. 53 mit Hinweisen), versteht diese Bestimmung dahingehend, dass die Strafverfolgungsbehörden in Fällen des Rechtsirrtums selber entscheiden können, ob sie Anklage erheben oder das Verfahren einstellen wollen. Der unvermeidbare Rechtsirrtum stellt nämlich einen Schuldausschlussgrund dar, der dem Grundsatz «keine Strafe ohne Schuld» entsprechend zu einem Freispruch führen muss, fehlt doch diesfalls jede Spur einer Schuld und des subjektiven Tatbestandes (vgl. Schultz, in: ZBJV 118, 1982, S. 30; Rehberg, Strafrecht 1, 6. A. Zürich 1996, § 25 S. 205; PKG 1992 Nr. 53 mit Hinweisen; BGE 120 IV 315, anders noch BGE 106 IV 193). Es soll nämlich nicht ein Strafverfahren durchgeführt werden müssen, wenn als Ergebnis ein unnötiger Leerlauf vorausgesehen wird, etwa nach der bisherigen Gerichtspraxis ohne weiteres das Absehen von Strafe zu erwarten ist (PKG 1992 Nr. 53 S. 200). Auch hier zeigt sich, dass die Kantone bei bundesrechtlicher Kompetenzzuweisung an den Richter nicht in jedem Fall in verfahrenstechnischer Hinsicht verpflichtet sind, eine Überweisung an das Gericht vorzunehmen, damit der urteilende Richter über diese Frage entscheiden kann. Schliesslich gilt es noch auf Art. 66bis StGB hinzuweisen, der es in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde stellt, ob bei schwerer Betroffenheit des Täters durch die Tat von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist. Mit der Behörde sind hier nun alle Organe der Strafrechtspflege, Richter, Staatsanwaltschaft und

137 Untersuchungsrichter gemeint. Die Zuweisung an die Strafverfolgungsorgane, selber über die Einziehung zu befinden, liesse sich damit in die bundesrechtliche Kompetenzordnung, selbst wenn sie nach dem Wortlaut ausdrücklich den Richter für zuständig erklärt, mühelos einfügen. Ein Blick in die Strafprozessordnungen anderer Kantone zeigt so dann, dass die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Einziehung kei-

136 ne Seltenheit darstellt. So verfügt die Staatsanwaltschaft bzw. die Überweisungsbehörde bei der Einstellung der Untersuchung in den Kantonen St. Gallen, Bern und Aargau auch die Einziehung (Kt. Bern: Art 28 Gesetz über die Einführung des Schweiz. StGB; Kt. Aargau: § 137 Abs. 2 StPO; Kt. St. Gallen: Art 46 Abs. 2 StPO). Im Kanton Zürich ist diejenige Behörde für die Einziehung zuständig, welche das Verfahren durch Einstellung abgeschlossen hat (Kt. Zürich: § 106 Abs. 2 StPO), doch kann der Betroffene durch schriftliche Erklärung eine gerichtliche Beurteilung verlangen, wenn über die Einziehung noch keine Gerichtsbehörde entschieden hat (§ 106 Abs. 2 i. V. m. § 44 ZHStPO). Demgegenüber hat das Bundesgericht erklärt, dass Entscheide gemäss Art. 58 StGB von einer richterlichen Instanz zu fällen seien (BGE 108 IV 157). In diesem Entscheid sprach es dem Genfer Generalprokurator, der zuerst die Anklage vor Gericht vertreten und sich nach gesprochenem Urteil der Freigabe des beschlagnahmten Geldes widersetzt hatte, die für das Richteramt erforderliche Unabhängigkeit ab. In dieser Hinsicht ist der Bundesgerichtsentscheid aber speziell, da der in der Hauptsache urteilende Richter in aller Regel auch über die beschlagnahmten Gegenstände verfügt. Entscheidet der Richter über die Beschlagnahme nicht, so ist der Staatsanwalt, der im gleichen Fall vorher die Anklage vertreten hat, nach dem zitierten bundesgerichtlichen Entscheid nicht unabhängig genug, um nun selber über das Schicksal der eingezogenen Werte zu befinden (vgl. Art. 187 StPO). Im hier vorliegenden Fall ist jedoch darüber zu entscheiden, ob die Staatsanwaltschaft über die Einziehung verfügen darf, wenn sie vorher das Verfahren eingestellt hat, eine Überweisung an das Gericht also unterblieben ist. Diese Frage hat der von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Bundesgerichtsentscheid nicht beantwortet. Ob die zur Aufhebung einer Strafverfolgung zuständigen Behörden richterliche im Sinne von Art. 58 StGB seien, liess das Bundesgericht vielmehr offen (Schultz, in: ZBJV 120/1984 S. 9). Ein Neuenburger Entscheid hat demgegenüber die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters, der als Magistratsperson und nicht als Untersuchungsbeamter handelt, für die Einziehung bejaht (RStr. 1983 Nr. 431S.12). b) Im Lichte dieser Erwägungen gelangt die Beschwerdekammer zur Auffassung, dass unter Richter im Sinne von Art. 58 StGB auch die Organe der Strafverfolgung, mithin also die Staatsanwaltschaft, zu verstehen sind. Wie Vergleiche mit anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (insbesondere Art. 20,43 und 66bis StGB) gezeigt haben, ist die Kompetenzzuweisung an die nicht richterlichen Behörden der Strafrechtspflege von Bundesrechts wegen

137 nicht ausgeschlossen. Einige kantonale Strafprozessordnungen haben denn auch die Staatsanwaltschaft bzw. die sich mit der Untersuchung befassende Behörde für zuständig erklärt, über die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten zu befinden, wenn sie selber die

138 Strafverfolgung eingestellt hat. Auch hat das Bundesgericht den Organen der Strafverfolgung die richterliche Unabhängigkeit nicht zum vornherein abgesprochen (siehe BGE 108 IV 157). Es ist des weiteren auch prozessökonomisch sinnvoll, wenn die Staatsanwaltschaft neben der Einstellung zugleich über die beschlagnahmten Gegenstände

und Vermögenswerte verfü- gen kann. Sie hat sich bereits darüber Gewissheit zu verschaffen, ob Anklage erhoben werden soll und kennt damit den objektiven Tatbestand, der auch für die Beurteilung der Einziehung entscheidende Bedeutung hat (siehe Art. 98 StPO und Art. 58 StGB). Erfolgt eine Einstellung im Verfahren, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie allein die Einziehung, die ja mit dem unter- suchten Delikt in engstem Zusammenhang steht, dem Richter zum Entscheid unterbreiten muss. Auch spricht der Sachzusammenhang zwischen der straf- prozessualen Beschlagnahme und der materiellrechtlichen Einziehung für die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden (siehe Art. 95 StPO; vgl. Alex Schmid, Die Staatsanwaltschaft im bündnerischen Recht, Diss. Zürich 1967, S. 119). Sodann ist zu berücksichtigen, dass beschlagnahmte Gegen- stände, die im Strafverfahren nicht mehr benötigt werden und weder der Ein- ziehung unterliegen noch dem Staat verfallen, dem Berechtigten zurückzu- geben sind (Art. 95c StPO). Dieser Entscheid fällt auch in die Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden, was sich zwar nicht ausdrücklich aus der zitierten Gesetzesbestimmung ergibt, sich aber immerhin aus deren systematischen Stellung im Abschnitt über die besonderen Vorschriften für die Unter- suchung ableiten lässt und sich aus dem vorerwähnten Zusammenhang zwischen der Kompetenz für die Einstellung der Untersuchung und für die Einziehung aufdrängt. Art. 95c StPO stellt damit für die Strafverfolgungs- behörden eine genügende gesetzliche Grundlage dar, um im Rahmen der Einstellung des Strafverfahrens auch über die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten im Sinne von Art. 58/59 StGB zu befinden (im Er- gebnis gleich, aber ohne Begründung: Hans-Jürg Tarnutzer, Die Stellung des Beschuldigten im Bündner Strafprozess, Diss. Bern 1972, S. 82; siehe auch Josi Battaglia, Die Zwangsmittel im bündnerischen Untersuchungsverfah- ren, Diss. Zürich 1976, S. 142). Bei dieser Kompetenzzuweisung an die Straf- verfolgungsbehörden ist überdies zu beachten, dass gegen die Einziehungs- verfügung der Staatsanwaltschaft die Beschwerde an die Beschwerde- kammer des Kantonsgerichts ergriffen werden kann (Art. 138 StPO). Mit diesem Rechtsmittel lässt sich sowohl Rechtswidrigkeit als auch Unange- messenheit rügen (Art. 137 StPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig (Art. 18 Abs. 2 VVG i. V m. Art. 193 Abs. 3 StPO). Die Beschwer- de hat sodann nur in der Regel kassatorische Wirkung. Ein reformatorischer Entscheid

139 ist, auch wenn er die Ausnahme bildet, also möglich (W. Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. A. Chur 1996, Vorbem. zu Art. 137-139 N 3). Damit ist den Anforderungen an die

140 EMRK genügend Rechnung getragen, wonach über zivilrechtliche Ansprü- che ein Richter zu befinden hat (siehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK; vgl. dazu A. Kley- Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, § 10 N 32 f.). Infolgedessen kann abschliessend festgehalten werden, dass die Staatsanwaltschaft berechtigt ist, die Einziehung von Ge- genständen und von Vermögenswerten im Sinne von Art. 58/59 StGB zu ver- fügen. Art. 95c StPO bietet hierfür die erforderliche gesetzliche Grundlage.

E. 4

Die Staatsanwaltschaft erachtete Art. 261bis Abs. 4 StGB in ob- jektiver Hinsicht als erfüllt und verfügte deshalb die Einziehung der vorgän- gig beschlagnahmten Bilder. Den subjektiven Tatbestand von Art. 261bis StGB betrachtete sie jedoch als nicht rechtsgenügend dargetan. Es gehe gemäss Art. 58 StGB letztlich darum, dass im Rahmen der sachlichen Mass- nahme jene Gegenstände, die zu künftigen Rechtsgutverletzungen

miss- braucht werden könnten, dem Verfügungsberechtigten dauernd entzogen würden. Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber sinngemäss und zusammenfassend vor, die ausgesprochene Massnahme beschränke sie als Künstlerin in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit und Kunstfreiheit. Weder der Straftatbestand der Rassendiskriminierung noch der Ehrverletzung sei im vorliegenden Fall erfüllt und eine Einziehung aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt. a) Nach Art. 58 StGB ist ein Gegenstand einzuziehen, wenn er zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient hat oder bestimmt war, oder durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden ist. Der Gegenstand muss überdies die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden, damit seine Einziehung verfügt werden darf. Voraussetzung der Einziehung ist demnach, dass sie im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung steht. Dabei genügt tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten, währenddem eine strafrechtliche Schuld gerade nicht Voraussetzung für die Einziehung nach Art. 58 StGB ist (Trechsel, a. a. O., N 18 zu Art. 58; BGE 117 IV 238). Der Entscheid über die Einziehung ist deshalb gegenüber dem das Strafverfahren abschliessenden, nicht verurteilenden Entscheid selbständig; denn die Einziehung ist ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person möglich und setzt somit auch nicht die Durchführung eines Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person voraus. Die zuständige Behörde darf und muss auch in Fällen, in denen ein Strafverfahren aus irgendwelchen Gründen nicht stattfindet oder eingestellt wird (bspw. mangels eines Schuldvorwurfs, Art. 20 StGB), prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Einziehung erfüllt sind. Dabei ist hier

141 festzuhalten, dass der Straftatbestand der Ehrverletzung als legitimierende Grundlage für die Einziehung ausser Betracht fällt, da die durch das Bild in ihrer Persönlichkeit verletzte Person keinen Strafantrag eingereicht hat. Der Strafantrag stellt aber nach der herrschenden Lehre eine Prozessvorausset-

142 zung dar. Fehlt er, so entfällt mit ihm auch das staatliche Verfolgungsinteresse. Zu prüfen bleibt demnach im folgenden, ob der Straftatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis StGB in objektiver Hinsicht erfüllt ist. b) Art. 261bis StGB pönalisiert in sechs unterschiedlich gelagerten Tatbeständen die Rassendiskriminierung, welche ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden darstellt (Botschaft, BBI 1992 III S. 309; a. A.: Niggli, der die Menschenwürde als Schutzobjekt betrachtet; siehe Niggli, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG; N 162ff.). Das Ziel der Norm ist es, sicherzustellen, dass nicht ungestraft Teile der Bevölkerung verleumdet oder herabgesetzt oder in ihrer Menschenwürde angegriffen werden können (BBI 1992 III S. 310; SJZ 92 [1996] 5.317/318). Vorweg ist einzuschränken, dass in casu höchstens Abs. 4 als strafbegründender Tatbestand in Frage kommen kann, da weder Ideologien (d. h. scheinwissenschaftliche Lehren, die von gesellschaftlichen Interessen vorbestimmt sind; Art. 261bis Abs. 2 StGB) verbreitet oder Propagandaaktionen (d. h. erhöhter Organisationsgrad bei der Rassenhetze; Art. 261bis Abs. 3 StGB) organisiert worden sind, noch eine Leistungsverweigerung vorliegt (Art. 261bis Abs. 5; siehe zum Ganzen: P Müller, Die neuen Strafbestimmungen gegen Rassendiskriminierung, in ZBJV 1994 S. 254). Auch die Anwendung von Abs. 1 der zitierten Strafbestimmung muss entfallen, weil danach explizit zu Hass oder Diskriminierung aufgefordert werden muss. Die Täterin muss sich derart eindringlich an die Öffentlichkeit gewendet haben, dass sie ein Gefühl der Feindschaft gegenüber einer bestimmten Volksgruppe hervorrufen oder den Eindruck der Minderwertigkeit von

Menschen anderer Rasse vermitteln kann (G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. A., S. 167 N 25). Eine solche Wirkung ist aber den eingezogenen Bildern abzusprechen. Wohl wird Bundesrätin Dreifuss in persönlichkeitsverletzender Art und Weise dargestellt, doch lässt sich diese Persönlichkeitsverletzung nicht auf eine ganze Volksgruppe oder eine Rasse übertragen. Die Staatsanwaltschaft hat deshalb zu Recht nur Art. 261bis Abs. 4 StGB als legitimierende Grundlage für die Einziehung in Betracht gezogen. c) Voraussetzung für die Anwendung von Art. 261bis Abs. 4 StGB ist zunächst, dass das Delikt öffentlich begangen worden ist, an einem Ort also, wo es von unbestimmt vielen Personen wahrgenommen werden kann (Trechsel, a.a.O., N 3 zu Art. 261; BGE 111 IV 153). Öffentlich ist eine Handlung des weitern dann, wenn sie nach dem Willen derjenigen, die sie tut, von einem grösseren, durch persönliche Beziehung nicht verbundenen Personenkreis vernommen werden soll:

143 etwa auf einer jedermann zugänglichen Versammlung, im Radio und Fernsehen (Daniel Jositsch, Strafrecht gegen Rassendiskriminierung usw. Diss. St. Gallen 1993, S. 266 f.). In casu hat die Beschwerdeführerin ihr Bild in einer Gaststätte ausgestellt. Damit war das

140 Bild einem breiteren Personenkreis zugänglich, der sich unabhängig der persönlichen Beziehung zur Künstlerin bilden konnte. Jeder, der in die Gaststube einkehrte, konnte die Ausstellung und damit auch das betreffende Bild betrachten. Aus diesen Gründen und in Berücksichtigung der dargestellten Rechtsprechung muss das Kriterium der Öffentlichkeit bejaht werden. d) Weiteres Tatbestandsmerkmal ist sodann, dass die inkriminierte Handlung eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert. Die Klausel «gegen die Menschenwürde verstossende Weise» wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingefügt, mit dem Zweck, dass nicht bereits jede Entgleisung erfasst werden soll (Amtl. Bull. des Nationalrates vom 8. Juni 1993, S. 1079, Votum von Bundesrat Cotti). Die Tatbestandsvariante des Art. 261bis Abs. 4 StGB wurde dadurch sehr unbestimmt und höchst interpretationsbedürftig. Stratenwerth schreibt dazu, dass nur die besonders schwerwiegenden Angriffe darunter verstanden werden sollen (Stratenwerth, a. a. O., N 36). Für Müller ist die Bestimmung nur in Fällen anwendbar, in welchen das Opfer in schwerer menschenverachtender Weise blossgestellt und erniedrigt werde. Nicht darunter fielen übermütige oder unbedachte Äusserungen oder geschmacklose Witze (Müller, a. a. O., S. 257). Von den feindseligen Handlungen gegenüber den Angehörigen einer anderen Rasse, Ethnie oder Religion würden nur jene mit Strafe bedroht, die eine gewisse Intensität aufwiesen (P Müller, Das Strafrecht im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, in: AJP 1996 S. 665). Die systematische Stellung der Strafbestimmung bestätigt diese zurückhaltende Interpretation der Lehre. Art. 261bis StGB steht nämlich im zwölften Titel des StGB, der sich mit Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden befasst. Ein Verhalten muss demzufolge einen gewissen Grad an Sozialschädlichkeit aufweisen, wenn es strafbar sein soll. «Allgemeine Zustände, wie etwa die Sittlichkeit, das Allgemeinwohl, das Volksempfinden oder die Menschenwürde dürfen [nur] dann mit strafrechtlichen Normen geschützt werden, wenn ihre Verletzung sich unmittelbar als unzumutbarer Angriff auf den Gemeinschaftsfrieden darstellt und dadurch Sozialschädlichkeit besitzt.» (Robert Rom, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, 1995, S. 93). Sozialschädlichkeit wiederum zeigt sich darin, ob ein merkbarer Teil der Bevölkerung an gewissen Zuständen Anstoss nimmt

(Rom, a. a. O., S. 94). Ein Verstoss gegen Art. 261bis StGB liegt somit nur dann vor, wenn die beanstandete Handlung die Menschenwürde in schwer- wiegender Art verletzt, zugleich den öffentlichen Frieden gefährdet und öffentlich (vgl. oben Erwägung 4c) vorgenommen wird. Die Strafbarkeit rassistischer Akte im Sinne von Art. 261bis Abs. 4 StGB ist damit dreifach beschränkt. Demgegenüber vertritt Niggli die Auffassung, die Strafbarkeitsbeschränkung in Art. 261bis Abs. 4 StGB sei lediglich eine zweifache, da er

141 dem Satzteil «in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise» keine eigenständige Bedeutung beimisst (Niggli, a. a. O., N 170 ff.). Seiner Ansicht nach ist nämlich das Schutzobjekt von Art. 261bis StGB nicht der öffentliche Frieden, sondern die Menschenwürde (Niggli, a. a. O., N 181). Die eine Beschränkung der Strafbarkeit geht damit in der anderen auf. Ob nun dogmatisch von drei oder lediglich von zwei Beschränkungen zu sprechen ist, kann in casu letztlich aber offen bleiben, da auch Niggli für die Verletzung der Menschenwürde einen intensiven Angriff auf den Kern der Persönlichkeit verlangt. Marginale oder nur mittelschwere Verstösse gegen das Rechtsgut der Menschenwürde würden auch nach seiner Auffassung vom Straftatbestand der Rassendiskriminierung nicht erfasst (Niggli, a. a. O., N 178). Die Ausgestaltung des in Frage stehenden Straftatbestandes, d. h. das Verbot, eine Person oder eine Personengruppe wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossende Weise herabzusetzen oder zu diskriminieren, ist endlich auch unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Meinungsäusserungsfreiheit und der darin enthaltenen Kunstfreiheit zu beurteilen. Zwangsläufig können diese Grundrechte mit dem Straftatbestand der Rassendiskriminierung in Konflikt geraten. Namentlich auf dem Gebiet der Kultur zeichnet sich die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit durch besondere Brisanz aus, wird sie doch aus der Sicht eines Kunstschaffenden rasch als eigentliche Zensur empfunden. Die Auslegung der Strafbestimmung hat infolgedessen mittels der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu erfolgen, um eine möglichst verfassungskonforme Anwendung zu gewährleisten. Zu berücksichtigen ist, dass das Bundesgericht versucht, bei der Anwendung von Strafbestimmungen dem besonderen Charakter von Kunstwerken Rechnung zu tragen (J. P. Müller/St. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A. Bern 1991, S. 115 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis). Dabei wird in strafrechtlichen Belangen das Interesse an uneingeschränkter Meinungsäusserungs- bzw. Kunstfreiheit des Künstlers häufig höher bewertet als die persönliche Freiheit des vom Kunstschaffenden Betroffenen (siehe als Gegenbeispiel: SJZ 93 [1997] S. 69 zu Art. 135 StGB). e) Diesen Erwägungen entsprechend kann nun nicht gesagt werden, die Bilder der Beschwerdeführerin verstiesse gegen Art. 261bis Abs. 4 StGB und zwar aus folgenden Gründen: Besagter Artikel verlangt, dass eine Person wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabgesetzt oder diskriminiert wird. Das zu beurteilende Bild setzt sich nun aber aus mehreren Komponenten

142 zusammen, die jede für sich genommen oder gemeinsam nicht den Eindruck erwecken, Bundesrätin Dreifuss werde wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion herabgesetzt. Genau diese Motivation wird aber vom Gesetzgeber verlangt. Rasse, Ethnie oder Religi-

143 an müssen Anstoss und Beweggrund der Verunglimpfung sein, was sich vom vorliegenden Bild nicht behaupten lässt. Auch kann nicht gesagt werden, die Darstellungen verstiesse gegen die Menschenwürde, da darunter nur Eingriffe zu verstehen sind, die -

will man die Kunstfreiheit nicht zu sehr eingengen - besonders schwerwiegend und besonders intensiv sein müssen. Die Bilder mögen persönlichkeitsverletzend sein, als Verstoss gegen die Menschenwürde und damit als Angriff auf den Kern der Persönlichkeit sind sie aber dennoch nicht aufzufassen (als Beispiel einer gegen die Menschenwürde verstossenden Darstellung dient SJZ 89 [1993] S. 161). Die Bilder haben überdies keine sozialschädlichen Auswirkungen in dem Masse, dass der öffentliche Friede bedroht wäre. Zuzugeben ist, dass über den künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert des Bildes in guten Treuen gestritten werden kann. In dieser Schnittstelle zwischen Kunst und Strafrecht muss aber eine eindeutige Zuordnung auf die eine oder andere Seite möglich sein. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als nur solche Darstellungen strafrechtlich zu erfassen, an denen ein legitimes Interesse offensichtlich nicht bestehen kann (Stratenwerth, a. a. O., S. 101 N 101), andernfalls die Meinungsäusserungsfreiheit bzw. die Kunstfreiheit in ihrem Kern bedroht würde. Zivilrechtlich dürfte demgegenüber eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte schneller anzunehmen sein. f)

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