[AZA 0/2]
6S.635/2001/bmt

KASSATIONSHOF
****

Sitzung vom 30. Mai 2002

Es wirken mit: Bundesrichter Schubarth, Präsident des
Kassationshofes, Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Kolly, Karlen und Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

_____

In Sachen
B._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Robert Frauchiger, Alte Bahnhofstrasse 1, Postfach 1548, Wohlen,

gegen
Staatsanwaltschaft des Kantons A a r g a u,

betreffend

Rassendiskriminierung (Art. 261bis Abs. 4 StGB)
[eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau ST.2001. 00419 vom 23. August
2001], hat sich ergeben:

A.-Zwischen dem 1. Juni 1999 und dem 14. August 1999 beschimpfte und bedrohte B._____ den Geschädigten S._____ mehrfach, indem er ihn mit ehrenrührigen Ausdrücken titulierte und ihm Prügel in Aussicht stellte.
Am 14. August 1999 drang B._____ gegen den Willen des Geschädigten in dessen Liegenschaft ein. Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen Beschimpfung, Drohung und Hausfriedensbruchs.
Am Abend des 1. Juni 1999 bezeichnete er den Geschädigten in der Strasse eines Wohnquartiers in Wohlen vor mehreren Zeugen nicht nur als "Polensau" und als "Wixer" und drohte ihm mit Prügel; er rief ausserdem, es sei gut gewesen, dass die Nazis damals solche "Polen-Sauen" vergast hätten. Die Polen seien "verreckter als die Jugos". Wegen dieses Vorfalls erhob die Staatsanwaltschaft ausserdem Anklage wegen Rassendiskriminierung, eventuell wegen Beschimpfung.
Schliesslich erhob die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Betrugs, eventuell wegen gewerbsmässigen Betrugs.

B.- Mit Urteil vom 23. Januar 2001 sprach das Bezirksgericht Baden B._____ des mehrfachen Betrugs, der Beschimpfung, der mehrfachen Drohung und der Rassendiskriminierung schuldig und verurteilte ihn - als teilweise Zusatzstrafe zu einem Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 15. Mai 1997 - zu einer Gefängnisstrafe von acht Monaten. In einigen Fällen sprach es ihn von den Vorwürfen des Betrugs, der Beschimpfung und des Hausfriedensbruchs frei.

C.- Die Berufung gegen das Urteil hiess das Obergericht des Kantons Aargau am 23. August 2001 teilweise gut; es bestätigte jedoch den Schuldspruch wegen Rassendiskriminierung.
D.- B._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung zurückzuweisen.
Er sei vom Vorwurf der Rassendiskriminierung freizusprechen.

E.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau verzichtet unter Hinweis auf das vorinstanzliche Urteil auf

Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.-Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde an den von der kantonalen Behörde festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP).

2.- Gemäss Art. 261bis Abs. 4 StGB wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, 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 oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht.

a) Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), dass der Beschwerdeführer auf der Strasse eines Wohnquartiers an einem Sommerabend S._____ als Polensau und als Wixer bezeichnet habe; es sei gut gewesen, dass die Nazis damals die Polensauen vergast hätten; die Polen seien verreckter als die Jugos.

Die Vorinstanz hat diese Äusserungen in Übereinstimmung mit der ersten Instanz zu Recht inhaltlich als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 261bis Abs. 4 StGB qualifiziert. Der Beschwerdeführer beanstandet diese Qualifizierung nicht.

b) Weiter stellt die Vorinstanz verbindlich fest, dass, ausser dem Geschädigten selbst, sechs Personen die Äusserungen des Beschwerdeführers wahrgenommen hätten. Die anwesenden sechs Personen würden für sich alleine jedoch noch keine Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes darstellen.
Da es sich um einen schönen Sommerabend gehandelt habe, hätten die inkriminierten lautstarken Äusserungen möglicherweise von zahlreichen weiteren Personen in den umliegenden Gärten und auf Balkonen ohne besondere Anstrengungen gehört werden können, womit der Beschwerdeführer habe rechnen müssen.
Die Vorinstanz nimmt Eventualvorsatz hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Öffentlichkeit an.

c) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz habe das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit falsch ausgelegt und damit Bundesrecht verletzt. Unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung hält er eine Äusserung nach allgemeiner Auffassung für öffentlich, wenn sie von unbestimmt vielen Personen oder von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden könne. Ein Täter müsse sich an einen grösseren Kreis von Adressaten richten. Öffentlich heisse ein durch Medien, an Veranstaltungen, auf Plätzen und in Lokalen getätigte Äusserung. Der gemeinsame Nenner aller in der Rechtsprechung konkretisierten Varianten von Öffentlichkeit sei, dass sich der Täter an einen grossen Adressatenkreis richte. Subjektiv müsse sein Verhalten von einer Vielzahl von Personen wahrgenommen werden können. Die Vorinstanz behelfe sich mit dem Argument, der Beschwerdeführer habe damit rechnen müssen, dass sich zahlreiche Anwohner in den Gärten und auf den Balkonen in unmittelbarer Nähe des Tatortes aufhalten würden und so seine Äusserungen wahrnehmen könnten.
Die Vorinstanz gebe jedoch nicht an, was sie unter "zahlreich" verstehe. Es sei davon auszugehen, dass die von der Praxis verlangte "Vielzahl von Personen" auf keinen Fall erreicht worden sei: Im Fall 126 IV 20 habe das Bundesgericht den Versand eines Schreibens an rund 50 Personen nur deshalb als öffentlich qualifiziert, weil die Gefahr der Weiterverbreitung bestanden habe. Diese Zahl sei in casu mit den von der Vorinstanz ins Auge gefassten "zahlreichen Anwohnern" auf keinen Fall erreicht. Die Vorinstanz gehe deshalb von einem falschen Begriff von Öffentlichkeit aus.

3.- a) Öffentlichkeit der Äusserung beziehungsweise des Verhaltens wird nicht nur in Art. 261bis Abs. 1 - 4 StGB vorausgesetzt, sondern auch in verschiedenen weiteren Tatbeständen des Strafgesetzbuches, so bei-

spielsweise 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), in Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (betreffend die öffentliche Beschimpfung eines Leichnams), ferner in Art. 152 Abs. 2 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 etc.), in Art. 276 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (betreffend öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen militärische Befehle usw.) und in Art. 296 f.
StGB (betreffend die öffentliche Beleidigung eines fremden Staates etc. beziehungsweise von zwischenstaatlichen Organisationen).
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 123 IV 202 E. 3d S. 208; 111 IV 151 E. 3 S. 154; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar,
2. Aufl. 1997, Art. 259 N. 3a, Art. 261 N. 3, Art. 261bis N. 15; Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil II, 5. Aufl. 2000, § 38 N. 15; Niggli, Rassendiskriminierung, Kommentar, 1996, N. 696, 704). Öffentlich ist die Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit, 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 E. 4c). Äusserungen in einem Schreiben, das an rund 50 Personen verschickt wurde, hat der Kassationshof in BGE 126 IV 20 E. 1d S. 25 f. als öffentlich im Sinne von Art. 261bis 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 werde (vgl. zum Begriff der Öffentlichkeit BGE 126 IV 176; kritisch dazu Gerhard Fiolka/Marcel A. Niggli, Das Private und das Politische, in: Aktuelle Juristische Praxis 2001, Heft 5, S. 533 - 547).

b) Ob Öffentlichkeit gegeben ist, hängt von den gesamten Umständen ab, deren Tragweite unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der in Betracht fallenden Strafbestimmung und des dadurch geschützten Rechtsguts zu bewerten ist. Zu den massgebenden Umständen gehören unter anderem einerseits der Ort, an dem die Äusserung getan wird, und andererseits, bei Äusserungen gegenüber einem bestimmten und begrenzten Personenkreis, die Zahl der Adressaten und die Beziehung des Urhebers der Äusserung zu diesen, wovon unter anderem auch abhängt, wie hoch das Risiko einer Weiterverbreitung der Äusserung durch einzelne Adressaten ist (siehe dazu auch BGE 126 IV 20 E. 1d S. 25 f.).

Die Festlegung eines bestimmten "Grenzwerts" in Bezug auf die Zahl der Adressaten, dessen Überschreitung Öffentlichkeit begründen würde, empfiehlt sich schon wegen der Gefahr von "Umgehungen" nicht. Eine Äusserung, die an einem Ort getan wird, wo sie von unbestimmt vielen Personen wahrgenommen werden könnte, kann auch dann eine öffentliche sein, wenn sie tatsächlich nur von zwei Personen zur Kenntnis genommen wird. Demgegenüber kann in Bezug auf eine Äusserung in einem geschlossenen Kreis Öffentlichkeit fehlen, auch wenn dieser Kreis beispielsweise 20 Personen umfasst (BGE 126 IV 176 E. 2c/aa S. 178f.).

c) Die Vorinstanz qualifiziert die unmittelbar anwesenden sechs Personen zu Recht nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes. Sie stellt jedoch fest, dass sich der Vorfall an einem sonnigen Juniabend zwischen 18 und 20 Uhr auf der Strasse eines Einfamilienhausquartiers ereignet hat.
Aufgrund der Jahreszeit, der guten Wetterverhältnisse und der räumlichen Umstände war also damit zu rechnen, dass eine Vielzahl von unbestimmten und mit dem Beschwerdeführer in keiner persönlichen Beziehung stehenden Drittpersonen in den umliegenden Gärten und auf den Balkonen potentielle Zeugen der lautstarken Äusserungen des Beschwerdeführers hätten werden können. Vor dem Hintergrund der oben referierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsbegriff des Strafgesetzbuches ist das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit damit in objektiver Hinsicht erfüllt. In subjektiver Hinsicht nimmt die Vorinstanz Eventualvorsatz an. Auch wenn sich der Beschwerdeführer nicht mit direkter Absicht an die Öffentlichkeit, sondern vielmehr an den Geschädigten richtete und diesen beschimpfte, nahm er billigend in Kauf, dass seine im Sinne

von Art. 261bis Abs. 4 StGB tatbestandsmässigen Äusserungen für unbestimmte Drittpersonen wahrnehmbar waren. Dieser Schluss ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat mit ihrem Schuldspruch kein Bundesrecht verletzt.

4.- Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.-Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.- Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft und dem Obergericht (1. Strafkammer) des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

_____
Lausanne, 30. Mai 2002

Im Namen des Kassationshofes
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: