Urteilskopf

126 IV 176

28. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 21. Juni 2000 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB); Begriff der Öffentlichkeit.

Rassendiskriminierende Äusserungen gegenüber einem kleinen, begrenzten Personenkreis sind auch dann nicht öffentlich, wenn das Risiko besteht, dass einzelne Adressaten die Äusserungen an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnten.

Wer ein rassendiskriminierende Ideologien enthaltendes Buch eines Dritten per Post an sieben ihm bekannte Personen verschickt, macht sich dadurch nicht des öffentlichen Verbreitens von rassendiskriminierenden Ideologien und auch nicht des Versuchs dazu schuldig (E. 2).

Regeste (fr):
Discrimination raciale (art. 261bis CP); notion de "publicité".

Des propos racistes tenus dans un cercle restreint de personnes ne sont pas articulés "publiquement" même si le risque existe que les auditeurs puissent individuellement les propager à un plus large cercle de destinataires.

Celui qui, par la poste, expédie à sept personnes de ses connaissances le livre d'un tiers contenant une idéologie raciste ne se rend pas coupable de propagation publique d'une idéologie raciste ni de tentative de ce délit (consid. 2).

Regesto (it):
Discriminazione razziale (art. 261bis CP); nozione di "pubblicità".

Propositi razzisti proferiti in seno a una cerchia ristretta di persone non sono propagati "pubblicamente", benché esista il rischio che, individualmente, tali persone possano divulgarli a una più grande cerchia di destinatari.

Chi, per posta, spedisce a sette suoi conoscenti il libro di un autore che contiene un'ideologia razzista, non si rende colpevole né di propaganda pubblica di un'ideologia razzista né di tentativo di tale reato (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 176

X. versandte Anfang 1995 je ein Exemplar eines von G. verfassten Buches, welches rassendiskriminierende Äusserungen enthält, von seinem Wohnort in der Schweiz aus an sieben Personen in Deutschland. X. wurde deshalb sowie wegen weiterer Handlungen vom Obergericht des Kantons Zürich am 24. März 1999 der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 und Abs. 4 Hälfte 2 StGB schuldig gesprochen und mit einer Busse von 18'000 Franken bestraft. Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt X. die Aufhebung

des Urteils.

Erwägungen

Auszug aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer wegen der ihm zur Last gelegten Versendung je eines Exemplars eines Buches von G.

BGE 126 IV 176 S. 177

an sieben Personen in Deutschland in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids schuldig gesprochen des öffentlichen Verbreitens von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind. Der Beschwerdeführer kannte unstreitig den wesentlichen Inhalt des fraglichen Buches. Er stellt mit Recht nicht in Abrede, dass darin eine auf die systematische Herabsetzung der Juden gerichtete Ideologie im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB vertreten wird. Er macht mit Recht auch nicht geltend, dass er (auch) insoweit in Anwendung von Art. 27 StGB (alte und/oder neue Fassung) hätte freigesprochen werden müssen, da der Verfasser des Buches bekannt sei. Zum einen hatte der Beschwerdeführer in Bezug auf das fragliche Buch nicht eine Funktion im Sinne von Art. 27 StGB (alte oder neue Fassung) inne; zum andern und vor allem ist die presse- bzw. medienstrafrechtliche Sonderregelung im Sinne von Art. 27 StGB (alte und neue Fassung) auf Straftaten gemäss Art. 261bis StGB, auch soweit es sich dabei um Äusserungsdelikte handelt, ohnehin nicht anwendbar (siehe dazu BGE 125 IV 206 E. 3). a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er durch die Zustellung des fraglichen Buches an sieben Adressaten in Deutschland die im Buch vertretenen Ideologien nicht im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB "öffentlich ... verbreitet" habe. b) 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 beispielsweise 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 dann,

BGE 126 IV 176 S. 178

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; BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154; TRECHSEL, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 259 N. 3a, Art. 261 N. 3, Art. 261bis N. 15; STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil II, 4. Aufl. 1995, § 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. c) aa) 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, begrenzten Personenkreis, die Zahl der Adressaten und die Beziehung des Urhebers der Äusserung zu ihnen, wovon es 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 begründet, 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 oder gar vertrauten Kreis

Öffentlichkeit fehlen, auch wenn dieser Kreis beispielsweise 20 Personen umfasst. In solchen Fällen wird unter Umständen auch der (Eventual-)Vorsatz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit zu verneinen sein. bb) In der Lehre ist umstritten, ob eine Äusserung gegenüber einem kleinen, begrenzten Personenkreis allein schon dann und deshalb als öffentliche Äusserung im Sinne von Art. 261bis StGB zu qualifizieren ist, wenn und weil objektiv das Risiko besteht, dass einzelne Adressaten die Äusserung an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnten und der Urheber der Äusserung dies subjektiv in Kauf nimmt. Die Frage wird von einigen Autoren bejaht (zum Beispiel ROBERT ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995, S. 121; PETER MÜLLER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung - Zensur im Namen der Menschenwürde? ZBJV 130/1994 S. 241 ff., 253; siehe auch NIGGLI, a.a.O., N. 709, 717). Sie wird von anderen Autoren verneint (zum Beispiel REHBERG, Strafrecht IV, 2. Aufl. 1996, S. 185). d) Der Beschwerdeführer hat das fragliche Buch per Post an sieben Personen versandt. aa) Die Vorinstanz begründet die Öffentlichkeit mit Recht nicht damit, dass in einem Fall der vorliegenden Art schon sieben Personen als Öffentlichkeit zu qualifizieren seien. bb) Nach der Auffassung der Vorinstanz ist eine Äusserung unter anderem auch dann öffentlich, wenn ihr Urheber sie zwar bloss an einen kleinen, begrenzten Personenkreis richtet, aber mit einer Weiterverbreitung seiner Äusserung durch einzelne Adressaten rechnen muss, auf die er keinen Einfluss hat. Massgebend sei somit, ob der Täter die Kontrolle über den Wirkungskreis seiner Äusserungen oder Handlungen habe. Dies könne nur unter Berücksichtigung aller Umstände beantwortet werden. Kontrolle über den Wirkungskreis sei üblicherweise dann anzunehmen, wenn die Handlung oder Äusserung im kleinen Kreis vertrauter Personen vorgenommen werde, nicht aber bei Äusserungen gegenüber flüchtig bekannten Personen. Der Täter müsse sich somit nicht direkt an die Öffentlichkeit richten, sondern lediglich damit rechnen beziehungsweise in Kauf nehmen, dass seine Äusserungen mittelbar an die Öffentlichkeit weitergetragen werden könnten. Beim Versand von Schriften an eine Redaktion sei bezüglich des Einsenders Öffentlichkeit zu bejahen, sofern zwischen ihm und der Redaktion nicht persönliche Beziehungen bestünden, die ihn zu Recht annehmen

liessen, dass das Schreiben nicht weiterverbreitet werde. Der Beschwerdeführer habe zumindest zu vier der sieben Adressaten, unter anderem zum Verleger B., nur eher lose Kontakte gehabt. Daher habe er jedenfalls insoweit keine Kontrolle über den Wirkungskreis des von ihm an diese vier Personen versandten Buches mehr gehabt und deshalb nicht darauf zählen können, dass diese den Inhalt des Buches nicht weiterverbreiten würden. Allerdings wäre es nach der Auffassung der Vorinstanz stossend, Öffentlichkeit bereits dann anzunehmen, wenn das Buch auf diesem Wege bloss an eine weitere Einzelperson gelangen könnte, was grundsätzlich auch im intimsten Kreis möglich wäre. Das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit erfordere vielmehr die Möglichkeit der Verbreitung an einen weiteren (grösseren) Personenkreis. Mit dieser Möglichkeit habe der Beschwerdeführer aber jedenfalls beim Versand des Buches von G. an B. rechnen müssen, der Herausgeber einer Zeitschrift und nach den Aussagen des Beschwerdeführers ebenfalls ein "Revisionist" sei. Indem er das Buch gleichwohl versandt habe, habe er eventualvorsätzlich gehandelt. cc) Der Beschwerdeführer wendet im Wesentlichen ein, er habe in Bezug auf alle sieben Adressaten des Buches darauf vertrauen dürfen, dass diese dessen Inhalt nicht an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten würden. Weder habe objektiv das Risiko einer solchen Weiterverbreitung bestanden noch habe er subjektiv damit rechnen müssen. Den Adressaten, insbesondere auch dem Verleger B., sei bekannt, dass sie sich durch ein Weiterverbreiten in Deutschland angesichts des Inhalts des Buches von G. nach deutschem Recht strafbar machen würden. Er habe die Adressaten auch nicht etwa für die Anliegen des Buches "werben" wollen. Alle sieben Empfänger seien "Revisionisten" und müssten daher für "revisionistische" Ansichten nicht geworben werden. Er habe den sieben Personen das Buch zum Zwecke der Denkanregung zugestellt. e) Die von der Vorinstanz als massgebend erachtete Möglichkeit der Kontrolle über eine Weiterverbreitung beziehungsweise über den Wirkungskreis einer Äusserung ist für sich allein kein taugliches Kriterium; denn eine solche Kontrollmöglichkeit besteht im Prinzip nie. Selbst bei einer Äusserung im engsten Freundeskreis hat der Urheber keine Kontrolle über deren Weiterverbreitung durch einzelne Adressaten. Dies räumt denn auch die Vorinstanz selbst ein, die daher der Auffassung ist, dass die Möglichkeit der Weiterverbreitung der Äusserungen an eine weitere Einzelperson noch keine Öffentlichkeit begründe. Besteht aber im Prinzip keine Kontrollmöglichkeit,

so kann der Urheber der Äusserung auch keinen Einfluss darauf nehmen, ob ein Adressat die Äusserung allenfalls nur an einige weitere Einzelpersonen oder aber an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnte. Richtig ist nur, dass das Risiko einer Weiterverbreitung der Äusserung an einen grösseren Personenkreis, je nach den Umständen, grösser oder kleiner sein kann, wobei das Ausmass dieses Risikos unter anderem davon abhängt, ob die Äusserung im engen Freundeskreis oder aber gegenüber blossen Bekannten oder gar Fremden getan wird. Öffentlich ist eine an wenige Personen gerichtete Äusserung aber nicht schon dann, wenn das Risiko ihrer Weiterverbreitung durch einen Adressaten an einen grösseren Personenkreis hoch ist, sondern erst dann, wenn die Äusserung tatsächlich an einen grösseren Personenkreis weiterverbreitet wird. Das Ausmass des Risikos ist als solches nur in Bezug auf den subjektiven Tatbestand von Bedeutung. Je höher das Risiko ist, desto eher wird man dem Urheber der Äusserung vorwerfen können, er habe die allfällige Realisierung dieses Risikos im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen, was Voraussetzung für eine eventuelle Verurteilung als Mittäter oder Teilnehmer ist für den Fall, dass die Äusserung von einem Adressaten tatsächlich an einen grösseren Personenkreis weiterverbreitet wird. Die Öffentlichkeit kann daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht mit der Begründung bejaht werden, es habe das erhebliche Risiko bestanden, dass einer der sieben Adressaten des Buches, jedenfalls der Verleger B., dessen wesentlichen Inhalt an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnte, was der Beschwerdeführer in Kauf genommen habe. Entscheidend ist,

dass unstreitig keiner der sieben Empfänger des Buches dessen wesentlichen Inhalt tatsächlich weiterverbreitet hat. Damit fehlt es aber an der Öffentlichkeit. Das Risiko der Weiterverbreitung einer Äusserung durch einen Adressaten an einen grösseren Personenkreis kann beim Entscheid über die Öffentlichkeit allenfalls dann mitberücksichtigt werden, wenn die Zahl der Personen, an die der Urheber seine Äusserung direkt gerichtet hat, insoweit einen Grenzfall darstellt. In einem solchen Grenzfall könnte es entscheidend darauf ankommen, wie hoch das (vom Urheber der Äusserung in Kauf genommene) Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis ist. Ein derartiger Grenzfall liegt aber bei sieben Adressaten, denen eine tatbestandsmässige Äusserung in Schriftform per Post zugestellt wird, nicht vor.

f) Auch eine Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Versuchs des öffentlichen Verbreitens von Ideologien im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB fällt ausser Betracht. Wer eine rassendiskriminierende oder den Holocaust leugnende Äusserung gegenüber einem kleinen, begrenzten Personenkreis tut in der allenfalls begründeten Erwartung, dass einzelne Adressaten die Äusserung an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnten, macht sich dadurch nicht schon der versuchten öffentlichen Rassendiskriminierung schuldig. Dies ergibt sich unter anderem auch aus Art. 24 Abs. 2 StGB betreffend den Anstiftungsversuch. Selbst wenn der Beschwerdeführer, was ihm nicht vorgeworfen wird, einzelne Adressaten, etwa den Verleger B., dazu zu bestimmen versucht hätte, den Inhalt des Buches von G. einem grösseren Personenkreis zugänglich zu machen, könnte er nicht bestraft werden. Nur wer jemanden zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird gemäss Art. 24 Abs. 2 StGB wegen Versuchs dieses Verbrechens bestraft. Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis StGB ist aber lediglich ein Vergehen. Der Versuch der Anstiftung eines andern zur öffentlichen Verbreitung von rassendiskriminierenden Ideologien gemäss Art. 261bis Abs. 2 StGB ist daher nicht strafbar. Dies gilt auch dann, wenn man die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Zustellung eines Exemplars des Buches von G. an B. als Herausgeber einer Zeitschrift im Besonderen wie die Einsendung einer Zuschrift, etwa eines Leserbriefs, an eine Redaktion zum bestimmungsgemässen Zweck der Veröffentlichung behandeln wollte. Die Äusserung in einem der Redaktion zugestellten Leserbrief ist nicht schon als solche, sondern erst dann eine öffentliche Äusserung, wenn sie von der Redaktion veröffentlicht wird (ebenso TRECHSEL, a.a.O., Art. 261 StGB N. 3; anderer Auffassung NIGGLI, a.a.O., N. 711). Die Einsendung etwa eines rassendiskriminierende Äusserungen enthaltenden Leserbriefs an die Redaktion stellt (entgegen der Andeutung von TRECHSEL, a.a.O.:"evtl. Versuch") als solche aus den genannten Gründen auch noch keinen Versuch der öffentlichen rassendiskriminierenden Äusserung dar. g) Auch in Anbetracht von Sinn und Zweck von Art. 261bis StGB im Besonderen und des dadurch geschützten Rechtsgutes besteht kein Grund, eine Äusserung gegenüber einem kleinen, begrenzten Personenkreis schon dann und deshalb als (zumindest versuchte) öffentliche Rassendiskriminierung zu verfolgen, wenn und weil das Risiko besteht, dass ein Adressat die Äusserung an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnte und der Urheber dies in Kauf

nimmt. Die Absätze 1-3 von Art. 261bis StGB erfassen gemäss den Ausführungen in der Botschaft die rassistische Propaganda, das heisst "die Einwirkung auf ein unbestimmt zahlreiches Publikum mit dem Ziel, dieses gegen bestimmte Personen oder Gruppen von Personen aufzuhetzen" (BBl 1992 III 269 ff., 312). h) Der Beschwerdeführer hat sich somit durch die ihm zur Last gelegte Zustellung des Buches von G. an sieben Adressaten in Deutschland nicht gemäss Art. 261bis StGB strafbar gemacht, da entgegen der Ansicht der Vorinstanz das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit nicht erfüllt ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen.