

Die Rassismustrafnorm in der Gerichtspraxis

Analyse der Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB von 1995 bis 2019

Vera Leimgruber



Die Rassismusstrafnorm in der Gerichtspraxis

Analyse der Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB von 1995 bis 2019

Erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR

Vera Leimgruber

Impressum

Die Rassismusstrafnorm in der Rechtspraxis

Analyse der Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB von 1995 bis 2019

Vera Leimgruber, Bern, Januar 2021.

Herausgeber

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR, Inselgasse 1, CH – 3003 Bern
Tel. 058 464 12 93, ekr-cfr@gs-edi.admin.ch, www.ekr.admin.ch

Übersetzungen

Französisch: Service linguistique français SG-DFI
Italienisch: Servizio linguistico italiano SG-DFI

Grafische Gestaltung

Monica Kummer Color Communications

Titelbild

Gerechtigkeitsbrunnen in Bern, Wikimedia Commons

Bestellung und elektronische Version

www.ekr.admin.ch

Nachdruck von Beiträgen mit Quellenangabe erwünscht; Belegexemplar an die EKR

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	7
2. Methode und Zielsetzung	9
3. Grundlagen für die Analyse	10
3.1 Datenbank der EKR	10
3.2 Statistischer Überblick	10
4. Fokusthemen	12
4.1 Spannungsverhältnis zwischen Strafnorm und Meinungsäußerungsfreiheit	12
4.1.1 Meinungsäußerungsfreiheit und Menschenwürde	12
4.1.2 Meinungsäußerungsfreiheit und soziale Medien	13
4.1.3 Meinungsäußerung in politischen Diskursen	13
4.1.4 Neuere Rechtsprechung	14
4.1.5 Exkurs: Was darf als rassistisch bezeichnet werden?	17
4.2 Entwicklung der Rechtsprechung zu Rassismus in den sozialen Medien und im Internet	17
4.2.1 Definition soziale Medien	17
4.2.2 Entwicklung der Rassendiskriminierung im Internet	18
4.2.3 Webseitenbetreiber und Internetdiensteanbieter	19
4.2.4 Öffentlichkeit in den sozialen Medien und im Internet	20
4.2.5 Spezialfragen	21
<i>Das «Setzen von Links»</i>	21
<i>Das «Liken» von Posts</i>	22
<i>Die Territorialität bei Äusserungen im Internet</i>	22
<i>Verschulden</i>	23
4.3 Umgang der Rechtsprechung mit dem Begriff «Rasse»	23
4.3.1 Der Begriff «Rasse» im Strafgesetzbuch	23
4.3.2 Definition des Begriffs «Rasse» durch die Rechtsprechung	24
4.3.3 Gebrauch des Begriffs «Rasse» in der Rechtsprechung	25
4.3.4 Was beinhaltet der Begriff «Rasse»?	26

4.4	Umgang der Rechtsprechung mit dem Begriff Ethnie	28
4.4.1	Problematik	28
4.4.2	Staatsangehörigkeit als Ethnie?	28
4.4.3	Sammelbegriffe	30
4.5	Die Leugnung von Völkermord	32
4.5.1	Allgemein	32
4.5.2	Geschütztes Rechtsgut und Beschwerdelegitimation	33
4.5.3	Holocaust	33
	<i>Der Holocaust als historische Tatsache</i>	33
	<i>Holocaustleugnung im Internet und in den sozialen Medien</i>	34
	<i>«Pseudowissenschaftliche» Holocaustleugnung</i>	35
4.5.4	Völkermord an den Armeniern und der Fall Doğu Perinçek	37
4.5.5	Leugnung des Massakers von Srebrenica	39
4.5.6	Unterschiedliche Behandlung verschiedener Völkermorde	39
4.5.7	Neue Rechtsprechung zum subjektiven Tatbestand	40
4.6	Die Problematik im Umgang mit rassistischen Symbolen	41
4.6.1	Kein Verbot rassistischer Symbole	41
4.6.2	Bekennnis oder Verbreitung?	41
4.6.3	Der Hitlergruss	43
4.6.4	Einführung eines Verbots rassistischer Symbole?	45
5.	Fazit	46

1. Einleitung

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (ICERD) trat in der Schweiz am 29. Dezember 1994 in Kraft. Es verpflichtet die Vertragsstaaten, eine Politik zu verfolgen, die sich umfassend gegen jede Form von Rassismus richtet und zu diesem Zweck konkrete politische und gesetzliche Massnahmen zu ergreifen.¹ Ein Jahr zuvor hatte sich das Schweizer Stimmvolk dafür ausgesprochen, das Strafgesetzbuch um Art. 261^{bis} StGB, der die öffentliche Rassendiskriminierung unter Strafe stellt, zu ergänzen. Diese Gesetzesänderung war Voraussetzung für die Ratifizierung des ICERD. Auch Rassismusstrafnorm genannt, verbietet Art. 261^{bis} StGB den öffentlichen Aufruf zu Hass oder Diskriminierung, die Verbreitung von rassistischen Ideologien, die Herabsetzung sowie die Verweigerung einer Leistung. Auch die Leugnung von Völkermorden wird unter Strafe gestellt. Bislang schützte der Artikel einzig vor Diskriminierungen aufgrund von «Rasse»², Ethnie und Religion. Am 9. Februar 2020 stimmte das Schweizer Stimmvolk jedoch über die Erweiterung von Art. 261^{bis} StGB ab, die mit 63.1% Zustimmung angenommen wurde. Seit dem 1. Juli 2020 stehen nun zusätzlich Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung unter Strafe.

Art. 261bis StGB³

Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung zu Hass oder Diskriminierung aufruft,

wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,

wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung 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,

wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

1 Art. 2 lit. a ICERD.

2 In der vorliegenden Publikation wird der Begriff «Rasse» mit Anführungszeichen versehen, um zu verdeutlichen, dass es sich um ein soziales Konstrukt handelt, welches rassistisch behaftet und aus historischen Gründen verpönt ist.

3 Stand am 1. Juli 2020.

Die vorliegende Analyse gibt einen Einblick in die letzten 25 Jahre Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB, allerdings noch ohne dessen Erweiterung auf Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung.

Eine Voraussetzung der Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} StGB ist die Öffentlichkeit, die gegeben ist, sobald eine Äusserung/Tat nicht mehr nur von einem kleinen, durch enge persönliche Bindung gekennzeichneten Personenkreis wahrgenommen wird oder wahrgenommen werden könnte. Zudem muss die Aussage eine gewisse Schwere erreichen, um strafbar zu sein; das heisst, sie muss die Menschenwürde verletzen. Diese ist verletzt, wenn jemandem das Recht auf ein gleichwertiges Leben und/oder gleiche Rechte abgesprochen werden oder das Recht auf Leben gänzlich verneint wird. Obwohl die Hürde für eine Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} StGB also relativ hoch ist, blieb die Rassismustrafnorm nicht frei von Kritik. Ihre Gegnerinnen und Gegner sind der Ansicht, sie beschränke die Meinungsäusserungsfreiheit, sodass sie die Norm als «Maulkorbartikel» bezeichnen und sie am liebsten abschaffen würden.

2. Methode und Zielsetzung

Im Folgenden wird die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB zwischen 1995 und 2019 analysiert. Zunächst erfolgt ein kurzer statistischer Überblick über die Entscheide, die sich in der öffentlichen Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) befinden und die Grundlage dieser Analyse bilden.⁴ Danach wird der Fokus auf sechs inhaltliche Kernthemen gelegt, die der EKR im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur Rassismusstrafnorm besonders wichtig scheinen, da sie in den letzten Jahren in der Öffentlichkeit viel Aufmerksamkeit erhalten haben oder grossen Veränderungen unterworfen waren (und sind). Bei den Kernthemen handelt es sich um die Spannungen zwischen Rassismus und Meinungsäusserungsfreiheit, den Rassismus in den sozialen Medien und im Internet, den Umgang der Rechtsprechung mit den Begriffen «Rasse» und Ethnie, die Leugnung von Völkermord sowie die Verwendung rassistischer Symbole.

Es handelt sich um eine qualitative Analyse, die bestimmte Themen fokussiert betrachtet, und nicht um einen quantitativen Überblick über alle Entscheide. Als Grundlage der Analyse dienen alle in der Datenbank der EKR enthaltenen Entscheide und allfällige weitere Entscheide des Bundesgerichts. Eine absolute Vollständigkeit der Entscheide ist nicht garantiert.

Bereits 2007 liess die EKR eine Analyse der Rechtsprechung von 1995-2004 erstellen, in welcher die einzelnen Tathandlungen, die Schutzobjekte, das geschützte Rechtsgut sowie der subjektive Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB betrachtet wurden. Der Artikel 261^{bis} StGB war damals relativ neu, und es wurde untersucht, wie die Gerichte die einzelnen Begriffe auslegen. Auf eine genaue Analyse der Begriffe und deren Auslegung in der Rechtsprechung wird hier deshalb zur Vermeidung einer Wiederholung verzichtet, zumal sich die Rechtsprechung zu diesen Themen bis heute kaum mehr geändert hat.

4 Zugänglich unter www.ekr.admin.ch > Dienstleistungen > Sammlung Rechtsfälle (besucht am 26.10.2020).

3. Grundlagen für die Analyse

3.1 Datenbank der EKR

In der Datenbank der EKR werden Zusammenfassungen von Urteilen, Strafbefehlen, Einstellungsverfügungen und Nichtanhandnahmen zu Art. 261^{bis} StGB veröffentlicht. Zum 26.10.2020 umfasst sie 935 Fälle für den Zeitraum von 1995 bis 2019.⁵ Sämtliche Urteile, Strafbefehle und Einstellungsbeschlüsse zu Art. 261^{bis} StGB müssen von den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden gemäss Mitteilungsverordnung⁶ an den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) gesendet werden, welcher diese anonymisiert an die EKR weiterleitet. Nichtanhandnahmen sind in der Mitteilungsverordnung nicht aufgeführt und werden deshalb nur von wenigen Gerichten und Strafverfolgungsbehörden mitgeteilt, was zu einer Unvollständigkeit in der Datenbank führt. Auch bei Urteilen, Einstellungsverfügungen und Strafbefehlen kann keine Vollständigkeit garantiert werden. Die vorliegende Analyse basiert auf den an die EKR weitergeleiteten Entscheiden aus den Jahren 1995 bis und mit 2019. Die EKR erstellt eine anonymisierte Zusammenfassung aller Entscheide und versieht sie mit Stichworten, um eine einfache Suche in der Datenbank zu gewährleisten. Zudem führt sie eine Statistik, die einen Überblick über die wichtigsten Informationen bietet. Manche Entscheide treffen erst Jahre später bei der EKR ein. Sie werden laufend zusammengefasst und in die Datenbank eingespeist. Die Fallzahlen, die in der vorliegenden Analyse aufgeführt werden, können somit Änderungen unterliegen.

2019 erfolgte eine grundlegende Umstellung der Datenbank. Bis dahin wurde jeder Entscheid gesondert aufgeführt. Wenn also in einem Fall zuerst ein Strafbefehl erlassen, gegen diesen Einsprache erhoben wurde und dann ein erstinstanzliches Gericht urteilte, wurden der Strafbefehl und das Gerichtsurteil je einzeln gezählt. Dies führte dazu, dass die Datenbank keinen Aufschluss über die Anzahl der Vorfälle, sondern nur über die Anzahl der Entscheide geben konnte. Um diese Ungenauigkeit zu beheben, entschloss sich die EKR, auf eine fallbasierte Datenbank umzustellen. Dazu wurden alle Entscheide, die zum selben Fall gehören, zusammengeführt. Somit findet nur der jeweils letztgefallte Entscheid Eingang in die Statistik. Die einzelnen Entscheide sind weiterhin abrufbar, aber nun ist jeweils sofort sichtbar, ob es zu weiteren Entscheiden gekommen ist und wie diese ausgingen. Allerdings ist es der EKR nicht möglich, bei jedem Entscheid zu überprüfen, ob er rechtskräftig ist oder ob eine Beschwerde gegen den Entscheid hängig ist.

3.2 Statistischer Überblick

Insgesamt beinhaltet die Datenbank 935 Fälle von 1995 bis 2019. 63% aller Fälle endeten mit einer Verurteilung. In den übrigen 37% kam es zu einem Freispruch, einer Einstellung des Verfahrens oder einer Nichtanhandnahme. Die Jahre 2006 und 2007 wiesen mit 64 bzw. 75 die höchsten Fallzahlen auf. In den ersten zwei Jahren nach Inkrafttreten der Strafnorm, also 1995 und 1996, sind mit 4 bzw. 18 die wenigsten Fälle verzeichnet.

⁵ Alle Zahlen in dieser Publikation beziehen sich auf das Stichdatum 26.10.2020.

⁶ Verordnung über die Mitteilung kantonalen Strafentscheide.

Die grosse Mehrheit der Fälle, über 490, bezieht sich auf den ersten Halbsatz von Abs. 4 der Strafnorm, d.h. auf rassistisch motivierte Herabsetzung oder Diskriminierung. Danach folgen Absätze 1 und 2 mit etwas mehr als 150 bzw. 130 Fällen. Nach Abs. 1 wird das Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung und nach Abs. 2 die Verbreitung rassistischer Ideologien unter Strafe gestellt. Leugnung von Völkermord (Abs. 4 zweiter Halbsatz) wurde in knapp 90 Fällen untersucht und die Organisation von Propagandaaktionen (Abs. 3) sowie Leistungsverweigerung (Abs. 5) nur in je knapp über 20 Fällen.

Betroffen waren mit 265 Fällen am häufigsten Juden, gefolgt von Ausländern (217) und Schwarzen (188). So ist auch die meistverbreitete Ideologie der Antisemitismus, gefolgt von Xenophobie und Anti-Schwarzen-Rassismus. In vielen Fällen ist aber nicht spezifiziert, um wen es sich bei der betroffenen Person genau handelt, weshalb diese Zahlen nur einen groben Überblick über die betroffenen Gruppen geben können.

Beim Begehungsort handelt es sich in den meisten Fällen um öffentliche Orte (324), gefolgt von Massenmedien inkl. Internet (165). Zählt man bei Letzteren die sozialen Medien dazu, kommt man auf 260 Fälle. Bei den Tatmitteln halten sich Wort und Schrift mit je rund 350 Fällen die Waage. In der Mehrheit der Fälle (356) wurde eine Busse ausgesprochen, gefolgt von Geld- (307) und Freiheitsstrafen (122).

Der Kanton Zürich führt mit 160 Fällen die Liste an. An zweiter Stelle steht der Kanton Aargau (116), an dritter und vierter Stelle folgen Bern (103) und Waadt (100). An letzter Stelle stehen Appenzell Innerrhoden (1), Nidwalden (1) und Obwalden (2). Somit befinden sich, wenig überraschend, die vier bevölkerungsreichsten Kantone an der Spitze und drei der bevölkerungsärmsten am Schluss der Liste.

4. Fokusthemen

4.1 Spannungsverhältnis zwischen Strafnorm und Meinungs- äusserungsfreiheit

4.1.1 Meinungsäusserungsfreiheit und Menschenwürde

Wird in der Öffentlichkeit Kritik an der Rassismusstrafnorm laut, dann meist in Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit. Die Gegner sprechen gar von einem «Maulkorbartikel». Das Rechtsgut, das durch die Rassismusstrafnorm geschützt wird, ist an erster Stelle die Menschenwürde. Von der Rechtsprechung wird auch der öffentliche Friede als Rechtsgut anerkannt, der sich aber laut Niggli aus der Menschenwürde ableiten lässt.⁷ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt der öffentliche Friede vor allem bei der Leugnung von Völkermord nach Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB zum Tragen. Niggli spricht sich aber auch in diesem Fall für die Menschenwürde als geschütztes Rechtsgut aus.⁸

Die Menschenwürde steht im Schweizer Grundrechtskatalog an erster Stelle (Art. 7 Bundesverfassung BV), ist oberstes Konstitutionsprinzip des Staates und der Zielwert, an dem sich die Rechtsordnung ausrichtet. Die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) ist ebenfalls ein wichtiger Pfeiler der Demokratie und garantiert, dass auch Standpunkte vertreten werden dürfen, die der Mehrheit missfallen und sogar schockieren.

Grundsätzlich wird bei einem Konflikt, in dem sich zwei Grundrechte gegenüberstehen, von der rechtsprechenden Behörde eine Güterabwägung vorgenommen, um zu entscheiden, welches Recht im konkreten Fall stärker zu gewichten ist. Auch bei der Beurteilung von Handlungen, die gegen die Rassismusstrafnorm verstossen, nehmen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte oftmals eine Güterabwägung zwischen den geschützten Rechtsgütern von Art. 261^{bis} StGB und der Meinungsäusserungsfreiheit vor oder gehen zumindest davon aus, dass Art. 261^{bis} StGB im Lichte der Meinungsäusserungsfreiheit auszulegen sei. Dabei kamen sie wiederholt zum Schluss, dass nur krasse, geradezu menschenverachtende und verabscheuungswürdige Äusserungen und Formen der Diskriminierung unter die Strafbestimmung fallen.

Folgt man der herrschenden Lehre, so ist die Menschenwürde Kern aller Grundrechte und ihre Verletzung wiegt schwerer als alles andere, weshalb man die Menschenwürde nicht gegen andere Rechte abwägen kann.⁹ Bei rassistischen Äusserungen wird beurteilt, ob eine Herabsetzung der Menschenwürde vorliegt. Äusserungen, die Menschen ihre Würde absprechen, können in keinem Fall durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt sein. Demnach kann die Meinungsäusserungsfreiheit auch nie ein Recht auf rassistische Äusserungen im Sinne von Art. 261^{bis} StGB beinhalten.¹⁰

Im Folgenden wird aufgezeigt, wie die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte mit dem (vermeintlichen) Konflikt zwischen Rassismusstrafnorm und Meinungsäusserungsfreiheit bis anhin umgegangen sind.

7 Niggli Marcel Alexander, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, N 340 ff.

8 Niggli, Kommentar, N 360 f.

9 Vgl. z.B. Niggli, Kommentar, N 384; Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 131; Vera Leimgruber, «Gratwanderung bei der Güterabwägung. Rassismus versus Meinungsäusserungsfreiheit» in Tangram Nr. 43 genauer erläutert: www.ekr.admin.ch > Publikationen TANGRAM > TANGRAM 43 (besucht am 8.9.2020).

10 Niggli, Kommentar, N 573 ff.

4.1.2 Meinungsäusserungsfreiheit und soziale Medien¹¹

In einer Mehrzahl der Strafbefehle und Urteile, oft zu Äusserungen in sozialen Medien, wurde nicht geprüft, ob die Meinungsäusserungsfreiheit tangiert war, da die Aussagen ganz offensichtlich die Menschenwürde verletzen. Etwa als jemand ein Video auf YouTube stellte, in dem eine Maschine erklärt wird, mit der täglich 3000 «Neger» gehackt werden können.¹² Gleich eindeutig waren für die zuständigen Strafverfolgungsbehörden die Facebook-Kommentare «... Leider hat unser lieber Hitler viel zu wenig von euch erwischt! Ich sags noch einmal – vernichtet Israel und es herrscht Weltfrieden»¹³, «Ich könnte alle Juden töten, aber ich habe einige am Leben gelassen, um Euch zu zeigen, wieso ich sie getötet habe – Adolf Hitler –»¹⁴, und «Vergase die hünd!»¹⁵. Auch bei diesem Post über muslimische Asylsuchende, «Schade ist nicht einer da wie Hitler, wo dieses Gesindel in die Gaskammer schickt. Oder sind die Kammern noch nicht betriebsbereit?»¹⁶ erschien die Strafbarkeit offensichtlich.

Sehr viele der Fälle in der Datenbank der EKR betreffen solche eindeutig strafbaren Aussagen in sozialen Medien.¹⁷ Sie werden oft durch einfache Strafbefehle erledigt, die keiner weiteren rechtlichen Ausführungen bedürfen.

In anderen, weniger eindeutigen Fällen, berücksichtigten die rechtsprechenden Instanzen jedoch die Meinungsäusserungsfreiheit. 2015 hatte ein Regionalgericht über den auf Facebook geposteten Kommentar: «mir kommt gleich das kotzen... wann wird diese religion endlich ausgerottet?!?» und ein ebenfalls auf Facebook gepostetes Bild mit der Überschrift «Weisheit des Tages: 'Hast du Allah in der Birne, ist kein Platz mehr für's Gehirn.'» zu urteilen.¹⁸ Der Beschuldigte berief sich in Zusammenhang mit dem Bild auf die Meinungsäusserungsfreiheit und erklärte, es habe sich um eine Karikatur bzw. um Satire gehandelt. Die erste Instanz erinnerte daran, dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht absolut gelte und nicht jede ehrverletzende oder rassendiskriminierende Äusserung zu rechtfertigen vermöge. Dem Text haften nichts Humoristisches an. Das Gericht hat in diesem Fall die Meinungsäusserungsfreiheit in seine Erwägungen miteinbezogen, diese aber im Gesamtkontext als weniger gewichtig beurteilt.

11 Weitere Fragen zur Entwicklung der Rechtsprechung zu Rassismus in den sozialen Medien und im Internet werden im nachfolgenden Kapitel 4.2 behandelt.

12 Entscheid 2016-018N, Datenbank EKR (im Weiteren als: EKR 2016-018N).

13 EKR 2017-003N.

14 EKR 2015-057N.

15 EKR 2015-026N.

16 EKR 2015-056N.

17 Weitere Fälle, in denen die Strafbarkeit auf der Hand lag: EKR 2016-005N; EKR 2014-015N; EKR 2014-017N.

18 EKR 2015-047N.

19 EKR 2003-030N (BGE 131 IV 23).

4.1.3 Meinungsäusserung in politischen Diskursen

In den meisten Entscheiden, in denen eine Abwägung zwischen rassistischen Aussagen und der Meinungsäusserungsfreiheit vorgenommen wurde, unterstrichen die Gerichte und Strafverfolgungsbehörden, dass der Meinungsäusserungsfreiheit besonders in politischen Auseinandersetzungen ein hoher Stellenwert eingeräumt werden müsse. Auf der besonderen Wichtigkeit des Rechts auf freie Meinungsäusserung in politischen Auseinandersetzungen beharrte auch das Bundesgericht, als es 2004 eine Verurteilung wegen Rassendiskriminierung aufhob und an die Vorinstanz zurückwies, da im Urteil der Meinungsäusserungsfreiheit zu wenig Beachtung geschenkt worden sei.¹⁹ Es ging um eine Medienmitteilung auf der Webseite der SVP, die kosovarische Flüchtlinge als übermässig gewaltbereite und kriminelle Personen bezeichnete und ihre sofortige Rücschaffung forderte. Ein Verstoss gegen die Rassismusstrafnorm sei nicht leichthin zu bejahen, urteilte das

Bundesgericht, da in einer Demokratie auch Kritik an einer bestimmten Bevölkerungsgruppe erlaubt sein müsse. Solche dürfe auch übertrieben formuliert werden, solange sie insgesamt sachlich bleibe und sich auf objektive Gründe stütze. Wichtig sei aber, «dass das Anliegen der Bekämpfung der Rassendiskriminierung nicht seiner Substanz beraubt wird».²⁰

2003 äusserte ein erstinstanzliches Gericht sehr deutlich, dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu gewährleisten sei, aber keinen uneingeschränkten Schutz genieße, als ein Beschuldigter sich auf diese berief, da er seine Äusserungen im Vorfeld einer eidgenössischen Abstimmung gemacht hatte.²¹ In seinen Äusserungen beschrieb der Beschuldigte die SS als bewaffnete Friedenssicherer Adolf Hitlers, in anderen Aussagen äusserte er sich über «Balkanesen» als Leute mit sozial völlig missbilligten Verhaltensweisen. Das Gericht liess dies nicht gelten. Der Gesetzgeber habe mit der Rassismusstrafnorm die Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt und man könne sich für ein nach Art. 261^{bis} StGB strafbares Verhalten grundsätzlich nicht mehr auf die Grundrechte als Rechtfertigung berufen. Die Berufungsinstanz führte weiter aus, dass zwischen Art. 261^{bis} StGB und Grundrechten grundsätzlich kein Konflikt möglich sei. Wer Grundrechte wahrnehme, wie etwa eine frei gebildete Meinung zu äussern, habe auch die Grundrechte anderer zu achten. Die Meinungsäusserungsfreiheit sei demnach so auszuüben, dass nicht Grundrechte anderer verletzt würden, im vorliegenden Fall die Menschenwürde. Damit folgte dieses Gericht der Ansicht, dass kein Konflikt im rechtlichen Sinne zwischen der Strafbarkeit rassistischer Aussagen, die die Menschenwürde verletzen, und der Meinungsäusserungsfreiheit vorliegen könne.

4.1.4 Neuere Rechtsprechung

Diese Relativierung der Abwägung zwischen Rassendiskriminierung und Meinungsäusserungsfreiheit bekräftigte das Bundesgericht 2017, als es eine Verurteilung von zwei SVP-Parteifunktionären wegen eines Inserates mit dem Titel «Kosovaren schlitzten Schweizer auf» bestätigte.²²

Das Bundesgericht war der Ansicht, dass diese Aussage ein unsachliches Pauschalurteil sei, welches Menschen mit kosovarischen Wurzeln als überdurchschnittlich kriminell darstelle und ihnen das Recht auf einen Aufenthalt in der Schweiz abspreche.²³ Das Berner Obergericht hatte 2016 in seinem ausführlichen Urteil der ersten Instanz beigepflichtet, indem es die Menschenwürde als «oberstes Konstitutionsprinzip des Staates» bekräftigte, womit diese ein «Zielwert, an dem sich die gesamte Rechtsordnung auszurichten hat,» sei. Der Kerngehalt der Grundrechte könne nicht eingeschränkt werden, weshalb es zwischen dem Verbot der Rassendiskriminierung und der Meinungsäusserungsfreiheit gar nicht zu einem Grundrechtskonflikt kommen könne, da die Menschenwürde Vorbedingung und Wurzel der einzelnen Grundrechte darstelle. Damit folgte das Obergericht der Auffassung von Niggli, der einen Konflikt prinzipiell verneint.²⁴ Dennoch betonte das Obergericht, dass bei der Auslegung von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB der Meinungsäusserungsfreiheit Rechnung zu tragen sei, besonders in politischen Diskursen.

20 EKR 2003-030N (BGE 131 IV 23 E.3.1 S. 28).

21 EKR 2003-010N.

22 EKR 2017-010N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_610/2016 vom 13. April 2017).

23 EKR 2017-010N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_610/2016 vom 13. April 2017 E.3.3.3).

24 Niggli, Kommentar, N 795.

Im Jahr 2019 bestätigte das Bundesgericht den Schuldspruch eines Regionalgerichts, gemäss welchem bei der Auslegung von Art. 261^{bis} StGB die Meinungsäusserungsfreiheit berücksichtigt werden müsse.²⁵ Der Beschuldigte hatte in den Jahren 2015 und 2016 in der Zeitschrift «Le pamphlet» fünf Texte veröffentlicht, in denen er die Beweise für Völkermord an den europäischen Juden in Frage gestellt und dabei mehrmals auf die Einschätzungen des französischen Holocaust-Leugners Robert Faurisson verwiesen hatte. Die Meinungsäusserungsfreiheit sei, so das Bundesgericht, den von Art. 261^{bis} StGB vorgesehenen Restriktionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung unterstellt. Der Beschuldigte könne sich daher nicht auf seine Grundrechte berufen. Auch die in Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) garantierte Meinungsäusserungsfreiheit könne unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden, urteilte das Bundesgericht. Sie biete nicht mehr Rechte als die Meinungsäusserungsfreiheit in der Bundesverfassung.

Das Bundesgericht unterstrich in einem weiteren Urteil, dass man in einer Demokratie Meinungen äussern dürfen müsse, die einer Mehrheit missfallen, auch solche, die viele als schockierend empfänden. Auch müsse es erlaubt sein, bestimmte Personengruppen zu kritisieren. In öffentlichen Diskussionen sei unsachliche Kritik oft nicht von Beginn an eindeutig von gerechtfertigter Kritik zu unterscheiden. Würde man also durch eine weite Auslegung des Strafrechts strenge Anforderungen an jegliche Äusserungen stellen, würde man riskieren, auch begründete Kritik zu beschränken.²⁶ Die entsprechenden Richtlinien, die bei der Auslegung von Angriffen auf die Ehre entwickelt wurden, sollten auch bei Art. 261^{bis} StGB zur Anwendung kommen. Man dürfe jedoch der Meinungsäusserungsfreiheit nicht eine so grosse Bedeutung zumessen, dass der Kampf gegen Diskriminierung seiner Substanz beraubt würde.²⁷

Bereits 2007 befand das Bundesgericht bei der Verurteilung des türkischen Politikers Doğu Perinçek, dass bei der Leugnung des Genozids an den Armeniern nicht von einer berechtigten Anrufung der Meinungs- oder gar der Wissenschaftsfreiheit gesprochen werden könne, da Art. 261^{bis} StGB eine gesetzliche Grundlage darstelle, die bestehende Grundrechte einzuschränken vermöge.²⁸ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschied daraufhin jedoch umgekehrt, gewichtete die Meinungsäusserungsfreiheit in diesem Fall höher und verurteilte die Schweiz.

Daraufhin passte das Bundesgericht in einem Urteil 2018 zu einem ähnlich gelagerten Fall seine Rechtsprechung an. Das Tessiner Appellationsgericht hatte den Autor eines Artikels verurteilt, welcher den Genozid in Srebrenica geleugnet und als propagandistische Lüge bezeichnet hatte.²⁹ Das Bundesgericht befand zwar, der objektive Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB sei grundsätzlich erfüllt, das Recht auf freie Meinungsäusserung jedoch verletzt. Das Bundesgericht stützte sich dabei auf die im Fall Perinçek entwickelte Rechtsprechung und betonte, dass Meinungsäusserungen zu Themen von allgemeinem Interesse ein sehr starker Schutz zuerkannt würden. Der Text betreffe die jüngere Geschichte und sei grundsätzlich von öffentlichem Interesse. Zwar sei der Text zweifellos respektlos und beleidigend für die Familien der Opfer, das Andenken Letzterer sowie die Gemeinschaft der bosnischen Muslime überhaupt, doch sei der Artikel nicht in einem solchen Mass als Verletzung ihrer Würde zu betrachten, dass ein strafrechtliches Eingreifen erforder-

25 EKR 2019-021N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_350/2019 vom 29. Mai 2019). Der Fall wird im Kapitel 4.4 vertieft besprochen.

26 EKR 2004-051N (BGE 131 IV 23 E.3.1 S. 28).

27 Hier berief sich das Bundesgericht auf ein Urteil des EGMR, *Jersild gegen Dänemark* vom 23. September 1994.

28 EKR 2006-054N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_398/2007 vom 12. Dezember 2007).

29 EKR 2018-039N (BGE 145 IV 23).

lich sei. Unter diesen Umständen könne die Verurteilung in einer demokratischen Gesellschaft nicht als notwendig erachtet werden – was indes in keiner Weise eine Legitimation des verfassten Artikels sei.

Hier zeigt sich, dass die Meinungsäusserungsfreiheit in Fällen der Leugnung von Völkermorden, die nicht den Holocaust betreffen, wohl höher gewichtet wird als bei Leugnungen ebendessen. Dies lässt sich vermutlich auf die Rechtsprechung des EGMR zurückführen, so hatte doch das Bundesgericht mit seinem ersten Urteil zum Fall Perinçek – nach Ansicht vieler richtigerweise – noch eine Gleichbehandlung der Völkermorde angenommen.³⁰

In einem Urteil aus dem Jahr 2019 kam das Berner Obergericht wie bereits zuvor das Regionalgericht und die Strafverfolgungsbehörde zum Schluss, dass die Zeichnung auf einem Plakat der Jungen SVP «klar das zulässige Mass» der Meinungsäusserungsfreiheit sprengt. Auf dem Plakat mit der Überschrift «Wir sagen Nein zu Transitplätzen für ausländische Zigeuner!» ist ein Mann mit Sennenkäppi mit zugehaltener Nase zu sehen vor einem mit Müll übersäten Campingplatz, auf dem eine Person dunkler Hautfarbe ihre Notdurft verrichtet. Das Obergericht befand, dass die Kritik anders hätte geäussert werden können. Ein unbefangener Durchschnittsleser verstehe das Plakat als pauschale Herabsetzung der Fahrenden, die gemäss Rechtsprechung als Ethnie zu qualifizieren sind.³¹ Das Plakat war im Hinblick auf die kantonalen Wahlen von zwei Mitgliedern der JSVP publiziert worden. Hier wurde also auch im politischen Diskurs die Grenze der Meinungsäusserungsfreiheit als überschritten betrachtet. Die Verurteilten kündigten an, den Entscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen.

In neuer Rechtsprechung zeigt sich also, dass die Meinungsäusserungsfreiheit zwar von den Gerichten berücksichtigt und als sehr wichtig betrachtet wird, in früheren Urteilen wurde sie aber oft höher gewertet. Mittlerweile folgt auch das Bundesgericht der Ansicht, dass die Menschenwürde nicht gegen andere Grundrechte abgewogen werden kann und die Meinungsäusserungsfreiheit keinesfalls menschenverachtende Aussagen schützt. In Fällen der Leugnung von Völkermorden, die nicht den Holocaust betreffen, scheint das Bundesgericht die Menschenwürde aber weniger hoch zu gewichten. Dies lässt sich auf die Perinçek-Rechtsprechung des EGMR zurückführen. Es leuchtet allerdings nicht ein, warum verschiedene Genozide unterschiedlich behandelt werden sollten, zumal diese von einer Vielzahl Staaten als Völkermord anerkannt werden.

Die schweizerische Rechtsprechung beurteilt somit das Verhältnis zwischen Art. 261^{bis} StGB und der Meinungsäusserungsfreiheit nicht einheitlich, sondern von Fall zu Fall. In einigen Fällen geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Menschenwürde, das Schutzobjekt von Art. 261^{bis} StGB, nicht gegen andere Grundrechte abgewogen werden kann, da sie den unantastbaren Kerngehalt aller Grundrechte darstellt. In anderen Fällen wägt sie dennoch die Strafbarkeit von rassistischen Äusserungen gegen die Meinungsäusserungsfreiheit ab, besonders in politischen und wissenschaftlichen Diskursen. In diesem Fall wird wohl vom öffentlichen Frieden als Schutzobjekt ausgegangen, da die Menschenwürde, als Kerngehalt aller Grundrechte, eigentlich gar nicht in die Waagschale gelegt werden darf.

30 Mehr zum Thema
Leugnung von Völkermord
in Kapitel 4.4.

31 EKR 2019-032N.

4.1.5 Exkurs: Was darf als rassistisch bezeichnet werden?

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit allenfalls stellt, ist, ob und wann einer Person Rassismus vorgeworfen werden kann. Während der Kampagne zur Minarettinitiative der SVP bezeichnete die Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) die Rede eines Präsidenten der Jungen SVP im Kontext der Debatte um die Minarettinitiative auf ihrer Internetseite als «verbalen Rassismus». Die GRA wurde daraufhin vom Bundesgericht wegen Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB verurteilt, da die Äusserungen des Politikers nicht strafbar gewesen seien.³²

Der EGMR sah das anders: Die Frage sei nicht, ob der Politiker der Jungen SVP mit seinen Worten das Strafrecht verletzt habe. Sondern es gehe um die Frage, ob die GRA die Grenzen der zulässigen Kritik, die von der Meinungsfreiheit abgedeckt werden, überschritten habe, indem sie die Aussage der JSVP als rassistisch bezeichnete. Das Gericht erinnerte an die Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer politischen Debatte vor einer Abstimmung und im Zusammenhang mit der Initiative, die einen fremdenfeindlichen Hintergrund hatte.³³

Dies zeigt also, dass der EGMR die Meinungsäusserungsfreiheit generell sehr hoch gewichtet, und dies nicht nur bei der Frage, ob vermeintlich rassistische Äusserungen gemacht werden dürfen, sondern auch bei der Frage, ob etwas als rassistisch bezeichnet werden darf.

4.2 Entwicklung der Rechtsprechung zu Rassismus in den sozialen Medien und im Internet

4.2.1 Definition soziale Medien

Soziale Medien sind Medien, Online-Plattformen, digitale Kanäle, die der Vernetzung und Kommunikation ihrer Benutzerinnen und Benutzer dienen.³⁴ Diese können darüber Informationen und Inhalte austauschen und Wissen sammeln. Es handelt sich z.B. um soziale Netzwerke (z.B. Facebook), Fotoplattformen (z.B. Instagram), Videoplattformen (z.B. YouTube), Mikrobloggingdienste (z.B. Twitter) sowie Wikis (z.B. Wikipedia). Sie sind meist öffentlich und weisen keine oder nur geringe Eintrittsbarrieren auf. Zudem zeichnet sie aus, dass der Austausch gegenseitig und nicht einseitig, wie beispielsweise in Print-Medien, stattfindet.³⁵

32 Urteil (des Bundesgerichts) 5A_82/2012 vom 29. August 2012.

33 EGMR-Urteil, GRA gegen Schweiz vom 09. Januar 2018.

34 Siehe www.wirtschafts-lexikon.gabler.de > definition > soziale medien (besucht am 8.9.2020).

35 Siehe www.onlinemarketing-praxis.de > glossar > social media (besucht am 8.9.2020).

In dieser Analyse werden die sozialen Medien sowie alle anderen Internetplattformen untersucht. Das heisst, öffentliche oder halb-öffentliche Foren, Plattformen, Webseiten, Chatrooms, Blogs usw., in welche man ohne grosse Mühe hineingelangt, um Informationen mit einer bestimmten oder unbestimmten Gruppe von Menschen zu teilen. Webseiten von Privaten, die ihre Meinungen kundtun, werden ebenfalls mitgezählt. Ein Fall, der sich in einem Teletext-Chatroom zugetragen hat, wird hier ebenfalls hinzugerechnet, da dieser grundsätzlich die Kriterien von sozialen Medien erfüllt. Hingegen gehören Massenmails und SMS nicht dazu, da sie nicht zu den sozialen Medien zählen (im Gegensatz zu WhatsApp-Gruppen z.B.) und hier die Empfängerinnen und Empfänger deutlich klarer bestimmbar und begrenztbar sind als

bei den meisten Online-Plattformen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass das Prinzip der «Öffentlichkeit» bei E-Mails und SMS nicht auch gegeben sein kann.³⁶

4.2.2 Entwicklung der Rassendiskriminierung im Internet

Rassendiskriminierung im Internet und in den sozialen Medien kann auf verschiedene Arten und in verschiedenen Foren geschehen. Es gibt öffentliche Foren, Chaträume, Blogs und Webseiten, die eigens dazu eingerichtet werden, Menschen einer bestimmten oder einer anderen als der eigenen Ethnie, «Rasse» oder Religion herabzusetzen, ausländerfeindliche Kommentare zu veröffentlichen und Hass zu verbreiten. Weiter gibt es öffentliche Webseiten und Foren wie Facebook, YouTube, Twitter, Webseiten von Parteien, Institutionen oder Medien, die von manchen Privatpersonen dazu genutzt werden, ebensolche Kommentare zu veröffentlichen.

Der erste in der Datenbank dokumentierte Fall von Rassendiskriminierung im Internet ereignete sich 1999.³⁷ Die Freiburger Staatsanwaltschaft verurteilte einen Mann wegen eines herabsetzenden Kommentars über Jugoslawen in einer Online-«Newsgroup». Der Angeklagte unterstellte den Jugoslawen, den Schweizern alles wegzunehmen und fürs «Nichtstun» bezahlt zu werden. Man solle sie zurück in ihre Länder schicken, wo sie sich bekriegen könnten. 2000 folgte die nächste Verurteilung einer Person wegen antisemitischen Äusserungen auf einer Diskussionsplattform im Internet durch die zuständige Staatsanwaltschaft.³⁸ Nach einer Einsprache sprach die erste Instanz den Beschuldigten jedoch wegen Verfahrensfehlern frei. 2001 kam es zu einer weiteren Verurteilung wegen Betreibens einer Webseite mit rassistischen Inhalten. Im selben Jahr wurde eine beschuldigte Person freigesprochen, die auf der eigenen Webseite Links zu Nazi-Webseiten gesetzt und ein Gästebuch eingerichtet hatte, das von Nazi-Sympathisanten genutzt wurde.³⁹ In der Lehre wird kritisiert, dass diese Handlungen zu Unrecht nicht als «Propagandaaktion» beurteilt wurden.⁴⁰ Zwischen 2001 und 2009 gab es drei bis acht Fälle pro Jahr, die allesamt Äusserungen auf eigenen Webseiten und Blogs, in öffentlichen Diskussionsforen sowie auf Partei- oder Newswebseiten betrafen.

2010 befasste sich eine Strafverfolgungsbehörde erstmals mit einem Facebook-Post.⁴¹ Die Zürcher Behörde verurteilte den Beschuldigten per Strafbefehl wegen seines rassistischen Kommentars «Lueg de nigger ah» zu einem Foto der Geschädigten. 2012 verurteilte eine St. Galler Staatsanwaltschaft eine beschuldigte Person, die auf YouTube ein Video hochgeladen hatte, das Hass schürte und die Vernichtung von Juden und Schwarzen propagierte.⁴² 2013 wurde ein weiterer Beschuldigter per Strafbefehl verurteilt, der während eines halben Jahres auf seinem Twitter-Account fremdenfeindliches und nationalsozialistisches Gedankengut verbreitet hatte. Darunter befanden sich Äusserungen wie «Wünsch euch ein Niger und Judenfreien Tag Heil Hitler».⁴³

2019 ergingen die ersten Entscheide zu Rassendiskriminierung in WhatsApp-Gruppen. Ein Polizist hatte in einer solchen Chat-Gruppe mit weiteren Polizisten mehrere Bilder geteilt, die den Holocaust lächerlich machten. Die Gruppe zählte ca. 20 Mitglieder (die Anzahl variierte), zwischen denen keine enge persönliche Bindung bestand. Die zuständige Staatsanwaltschaft erachtete deshalb die

36 Siehe z.B. EKR 1999-031N, EKR 2006-007N, EKR 2010-017N, EKR 2014-013N.

37 EKR 1999-045N.

38 EKR 2000-024N.

39 EKR 2001-030N, EKR 2001-032N.

40 Niggli, Kommentar, N 1223.

41 EKR 2010-032N.

42 EKR 2012-008N.

43 EKR 2013-027N.

Öffentlichkeit als gegeben und verurteilte den Mann.⁴⁴ In einem zweiten Fall wurde eine Nichtanhandnahme verfügt.⁴⁵ Hier wurde der Chat zwar auch als öffentlich beschrieben, eine Herabsetzung der Menschenwürde konnte jedoch nicht festgestellt werden.

2015 sprang die Anzahl Fälle im Internet von 9 im Vorjahr auf 28, davon betrafen 19 Facebook. In den darauffolgenden Jahren blieb Facebook die Plattform mit den meisten Fällen, allerdings sank die Anzahl wieder etwas. Die hohe Anzahl im Jahr 2015 ist damit zu erklären, dass in jenem Jahr der öffentliche Diskurs zum Thema Israel-Palästina wieder an Bedeutung gewann. Die Mehrheit der Facebook-Posts stammte von einer öffentlich zugänglichen Facebook-Seite, die zu pro-palästinensischen Aktionen aufrief.⁴⁶ Dies zeigt, dass die Entscheide und die Ursachen der Fälle durchaus vom jeweils aktuellen öffentlichen Diskurs abhängig sein können.

Von 2016-2019 wurden jährlich zwischen 10 und 18 Fälle im Internet verzeichnet. Das entspricht je etwa einem Viertel bis einem Drittel aller rassistischen Vorfälle in diesen Jahren. 2015 machten die Fälle im Internet die Hälfte aller Fälle aus. 2014 ebenfalls, wobei die Anzahl der Fälle insgesamt wesentlich tiefer war. 2013 betrug der entsprechende Anteil ein Drittel. Zwischen 1999 und 2012 wurden deutlich weniger bis fast keine Vorfälle im Internet verzeichnet. Dies kann sich unter anderem damit erklären lassen, dass Facebook – die Plattform, von der die meisten Fälle stammen –, 2004 gegründet und in der Schweiz erst etwa ab 2007 populär wurde.

4.2.3 Webseitenbetreiber und Internetdiensteanbieter

Die hier relevanten Webseiten können, wie bereits erwähnt, in zwei Kategorien aufgeteilt werden. Einerseits rassistische Webseiten und Blogs, die mit dem Ziel geschaffen wurden, rassistisches Gedankengut zu verbreiten, andererseits allgemein Webseiten, die über Kommentarspalten, Foren oder weitere Austauschmöglichkeiten verfügen. Bei den Fällen der Datenbank zu Internet und Soziale Medien handelt es sich bei rund einem Viertel um explizit rassistische Webseiten und Blogs. Die Mehrzahl betrifft hingegen Webseiten, inklusive soziale Medien, die für rassistische Kommentare missbraucht werden. Bei diesen «normalen Webseiten» handelt es sich bei einem grossen Teil um Seiten politischer Parteien, auf denen rassistische Inhalte publiziert wurden, z.B. als Teil des Parteiprogramms.⁴⁷ Vorfälle betreffend Parteiseiten beziehen sich vor allem auf die Zeit vor 2012. Möglicherweise haben Parteien in den letzten Jahren durch die erfolgte Rechtsprechung gelernt, was gesetzlich erlaubt ist und was sie besser nicht veröffentlichen, um eine Verurteilung zu vermeiden.

44 EKR 2019-007N.

45 EKR 2019-016N.

46 EKR 2015-001N; EKR 2015-003N; EKR 2015-008N bis EKR 2015-021N.

47 Siehe z.B. EKR 2007-063N, EKR 2006-051N, EKR 2005-018N.

48 «20min» hat im Mai 2020 ihre App erneuert, wozu auch ein neuer Algorithmus gehörte, der rassistische Kommentare herausfiltern sollte. Da dieser aber noch nicht richtig funktionierte, gelangten plötzlich viel mehr rassistische Äusserungen in die Kommentare. Dies zeigt die Wichtigkeit dieser Filterfunktion.

Überraschend mag erscheinen, dass Kommentare auf Newsportalen wie «20min.ch» und «Blick.ch» nur 3 Fälle betreffen. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass Userinnen und User meist anonym kommentieren und daher für die Strafverfolgungsbehörden nur schwer identifizierbar sind. Andererseits moderieren Newsportalen ihre Kommentarspalten und löschen solche mit rassistischem Inhalt sofort oder veröffentlichen sie erst gar nicht.⁴⁸ Die meisten Zeitungen verfügen zudem über eine sogenannte Netiquette, die rassistische Kommentare verbietet.

Was Internetdiensteanbieter betrifft, verneinte eine Strafverfolgungsbehörde 2002 die Strafbarkeit eines Providers, der kostenlos einen Server betrieb, auf dem ca. 250 Webseiten mit fremdenfeindlichem, rassistischem und nationalsozialistischem Inhalt lagen.⁴⁹ Laut Staatsanwaltschaft werde die strafbare Handlung in erster Linie durch die Produzentinnen und Produzenten der Inhalte begangen. Nur wenn ein Provider in aktiver Weise die Verbreitung der Inhalte moderiere, liege eine strafrechtlich relevante Tätigkeit vor. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Providers durch Unterlassen setze voraus, dass sich eine Pflicht zum Tätigwerden begründen lasse. Dem Provider wäre es beispielsweise zuzumuten, entsprechende Abklärungen zu treffen und die betreffenden Verzeichnisse bzw. Daten zu löschen, wenn er über verletzende Inhalte Kenntnis erhalte.

4.2.4 Öffentlichkeit in den sozialen Medien und im Internet

Die Frage der Öffentlichkeit wird in der Rechtsprechung selten angesprochen, da man davon ausgeht, dass sie auf öffentlich zugänglichen Internetplattformen grundsätzlich gegeben ist.⁵⁰ 2008 stellte ein Gericht klar, dass das Internet jedermann zugänglich sei. Da man für die Teilnahme im Chatroom bloss eine Registrierung benötige, seien die Äusserungen des Beschuldigten in der Öffentlichkeit erfolgt.⁵¹

2014 musste eine Staatsanwaltschaft rassistische Tweets rekonstruieren, da diese vom Beschuldigten nach dem Posting sehr rasch gelöscht worden waren.⁵² Weil gelöschte Tweets von der Gesellschaft Twitter Inc. selbst nicht wiederhergestellt werden können, wandte sich die Staatsanwaltschaft an zwei Gesellschaften mit Sitz in Kanada und den USA, welche Werkzeuge zur Analyse von Online-Plattformen entwickeln und unter anderem Tweets in ihren Archiven speichern. Das erstinstanzliche Gericht musste prüfen, ob die Protokolle auf korrektem Weg beschafft worden und damit verwertbar waren. Bei Ermittlungsmassnahmen, die Objekte im Ausland tangieren, gilt das Territorialitätsprinzip, auch wenn die Datenbeschaffung online erfolgt. Für die Datenbeschaffung über im Ausland liegende Server ist grundsätzlich der Rechtshilfeweg zu beschreiten. Die erste Instanz kam zum Schluss, dass die Daten in diesem Fall rechtshilfeweise hätten beschafft werden müssen, da die Protokolle nicht auf einem öffentlich zugänglichen Bereich der im Ausland liegenden Server lagen.

Im gleichen Fall war der Tweet, der rekonstruierbar war und zur Verurteilung führte, laut Aussage des Beschuldigten nur 5–10 Minuten auf Twitter sichtbar gewesen, bevor er ihn wieder gelöscht habe. Es komme aber nicht auf die Dauer der Sichtbarkeit eines Posts oder auf die Anzahl der tatsächlich damit erreichten Personen an. Da der Post an einem Samstagabend veröffentlicht worden sei, habe der Beschuldigte gemäss der ersten Instanz nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit rechnen müssen, dass seine Äusserung von Dritten hätte wahrgenommen werden können. Die erste Instanz führte weiter aus, dass allein die Möglichkeit einer Wahrnehmung durch unbeteiligte Dritte massgebend sei. Entgegen der Ansicht der Verteidigung schliesse die Tatsache, dass der Tweet von nur mindestens zwei bis drei Followern in Echtzeit verfolgt worden sei, keinesfalls aus, die Handlung als öffentlich zu qualifizieren.

49 EKR 2002-005N.

50 EKR 2002-022N, EKR 2003-049N.

51 EKR 2008-009N.

52 EKR 2014-005N.

2015 verurteilte eine Strafverfolgungsbehörde den Verfasser des Kommentars: «Schade ist nicht einer da wie Hitler, wo dieses Gesindel in die Gaskammer schickt. Oder sind die Kammern noch nicht betriebsbereit?» in einer geschlossenen Facebook-Gruppe. Das Thema Öffentlichkeit wurde im Strafbefehl nicht thematisiert, die Öffentlichkeit aber offensichtlich als gegeben betrachtet, was zeigt, dass auch geschlossene Gruppen nicht immer als privat qualifiziert werden. Entscheidend ist immer die Bindung zwischen den einzelnen Personen.⁵³

Die Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit ist generell und auch bezogen auf das Internet und Medien relativ gefestigt. Die Öffentlichkeit wird schnell als gegeben betrachtet, wenn nicht eindeutig enge persönliche Bindungen zwischen allen Personen bestehen, die körperlich oder online «anwesend» sind.

4.2.5 Spezialfragen

Das «Setzen von Links»

2002 mussten sich ein erst- und ein zweitinstanzliches Gericht im Kanton Zürich mit der Frage beschäftigen, ob der Rassismus-Tatbestand durch das Setzen von Links erfüllt sein könne. Im konkreten Fall hatte ein Professor auf seiner universitätsinternen Homepage einen Link zu einer anderen, nicht von ihm geführten Webseite gesetzt.⁵⁴ Diese antirassistische Webseite enthielt wiederum ca. 100 Links, die allesamt auf Seiten mit rassendiskriminierendem Inhalt führten. Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, mit dem harmlos wirkenden Link «click here» das Interesse der Besucher wecken gewollt zu haben, um die Hasseiten einem möglichst breiten Publikum zugänglich zu machen und so die dort vertretenen Ideologien weiter zu verbreiten. Der Beschuldigte bestritt dies. Die Links seien im Rahmen einer Diskussion um Internet-Benutzerregeln sowie als Kritik an bestehenden Regeln aufgeschaltet worden und nicht, um rassistische Propaganda zu fördern. Beide Instanzen verneinten die Förderung einer rassistischen Propagandaaktion. Sie stützten sich in der Begründung darauf, dass sich der Beschuldigte die Inhalte der verlinkten Webseiten nicht durch technische oder inhaltliche Integration in seine Homepage angeeignet habe. Vielmehr habe er diese Verlinkung zu illustrativen Zwecken einer Diskussion um Internet-Benutzungsregeln aufgeschaltet. Zudem führte der erste Link auf eine antirassistische Webseite, und erst von dieser aus konnte man sich auf die fraglichen Seiten verlinken.

Gemäss der ersten Instanz sei von der Verteidigung zu Recht auf die Bedeutung der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit im Sinne von Art. 16 und 20 BV bzw. Art. 10 EMRK hingewiesen worden. Zwar könne sich keineswegs auf diese Rechte aus BV und EMRK berufen, wer im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB Propagandaaktionen fördere, aber: «Bei der Frage, wann ein tatbestandsmässiges Fördern vorliegt, ist den genannten Freiheitsrechten aber Rechnung zu tragen, soll nicht jede Diskussion oder Stellungnahme, die auf gemäss Art. 261^{bis} StGB strafbare Quellen verweist, unterbunden werden.» Weiter «[...] sollen nicht beispielsweise wissenschaftliche Quellennachweise in Fussnoten einer Hitler-Biographie oder das Zeigen von historischen Filmaufnahmen aus dem Dritten Reich in einem Dokumentarfilm als strafbares Verbreiten nationalsozialistischen Gedankenguts geahndet werden.»

53 EKR 2015-056N.

54 EKR 2002-024N.

Beim «Setzen von Links» stelle sich die Frage, ob es sich um eine blosser Zugangsvermittlung zu einer anderen Webseite handle, die einem Verweis gleichzusetzen sei, oder ob ein Link als ein Bereithalten von (fremden) Inhalten zu qualifizieren sei. Stammen die Inhalte vom Linkanbieter selbst, sei er zivil- und strafrechtlich dafür verantwortlich. Ermöglichte er aber durch den Link Zugang zu fremden Inhalten, würde eine uneingeschränkte Strafbarkeit in diesen Fällen «weder der Eigenart des Links als zentrales Instrument des Internet gerecht, noch der Pflicht der rechtsanwendenden Organe zur Berücksichtigung der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit auch im Rahmen von Art. 261^{bis} StGB.» In diesen Fällen sei daher zu prüfen, ob sich der Linkanbieter diesen Inhalt zu eigen gemacht habe. Dafür seien drei Unterkriterien massgebend: 1. der konkrete Kontext des Links, d.h. die Stellungnahme zum Linkverweis; 2. der thematische Kontext des Links, also der thematische Zusammenhang der Inhalte von der Webseite zum Unterverzeichnis; 3. die Link- Methode, d.h. die technische Ausgestaltung des Links.

Das «Liken» von Posts

Bisher musste sich noch kein Gericht mit dem «Liken» rassistischer Kommentare auseinandersetzen. In Zusammenhang mit einer Ehrverletzungsklage urteilte 2017 ein Bezirksgericht, dass mit dem Anklicken des «Like»-Buttons eine Ehrverletzung befürwortet werde. Es handle sich nicht um ein Weiterverbreiten, sondern um eine positive Würdigung des Inhalts. Der Klickende mache sich den Inhalt zu eigen, so das Gericht. Das Bundesgericht bestätigte diesen Ansatz, dem auch die zweite Instanz folgte. Auch das Drücken des «Teilen»-Buttons könne den Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB erfüllen, wenn der Beitrag dadurch Dritten mitgeteilt werde. Sowohl das Drücken des «Like»- als auch des «Teilen»-Buttons könne zur besseren Sichtbarkeit und damit zur Verbreitung des markierten Beitrags im sozialen Netzwerk führen. Ob eine strafbare Weiterverbreitung eines verletzenden Inhalts vorliege, müsse jedoch von Fall zu Fall beurteilt werden. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde trotzdem gut, da die Vorinstanz der beschuldigten Person zu Unrecht den Wahrheitsbeweis der fraglichen Aussage verweigert hatte.⁵⁵ Es ist denkbar, dass Ähnliches für rassistische Kommentare gelten könnte.

Die Territorialität bei Äusserungen im Internet

2016 musste sich eine St. Galler Staatsanwaltschaft mit der Frage befassen, ob das Posten eines rassendiskriminierenden Kommentars auf Facebook in der Schweiz strafbar ist, wenn der Verfasser sich zum Zeitpunkt des Verfassens im Ausland befindet.⁵⁶ Dem StGB ist in der Regel nur unterworfen, wer die Straftat in der Schweiz begeht (Art. 3 StGB). Von diesem Territorialitätsprinzip kann es aber Ausnahmen geben (etwa Art. 7 StGB). Straftaten im Internet können in der Schweiz geahndet werden, wenn entweder der Ausführungs- oder der Erfolgsort in der Schweiz liegen (siehe Art. 8 StGB). Die Strafverfolgungsbehörde kam zum Schluss, dass der Ausführungsort höchstwahrscheinlich ausserhalb der Schweiz liege und deshalb keine schweizerische Gerichtsbarkeit zu begründen vermöge. Ausserdem handle es sich sowohl bei den Ehrverletzungsdelikten wie auch bei der Rassendiskriminierung um abstrakte Gefährdungsdelikte (welche per se keinen Erfolg im

55 Urteil (des Bundesgerichts) 6B_1114/2018 vom 29. Januar 2020.

56 EKR 2016-001N.

juristischen Sinne haben können und somit auch keinen Erfolgsort), weshalb auch über den Erfolgsort keine schweizerische Gerichtsbarkeit begründet werden könne.

Im gleichen Jahr verneinte eine weitere Strafverfolgungsbehörde die schweizerische Gerichtsbarkeit in einem Fall, in dem der Beschuldigte seinen Wohnsitz in Guatemala und auch den strittigen Beitrag dort verfasst hatte. Da sich der Beschuldigte nicht in der Schweiz aufhalte, liege keine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip nach Art. 7 StGB vor.⁵⁷

In einem anderen Fall hingegen wurde ein Beschuldigter verurteilt, der ausserhalb der Schweiz auf einer öffentlichen und von der Schweiz zugänglichen Facebook-Seite ein Bild von Adolf Hitler beim Hitlergruss veröffentlicht hatte. Es wird jedoch nicht darauf eingegangen, ob eine Ausnahme im Sinne von Art. 7 StGB vorliegt oder nicht.⁵⁸

Verschulden

2012 stellte ein erstinstanzliches Gericht beim Beschuldigten in dessen Verbreitung von rassistischen Texten über eine eigene Webseite nur ein leichtes Verschulden fest.⁵⁹ Das Gericht befand, dass antisemitische Texte weit verbreitet und im Internet sehr leicht auffindbar seien. Er habe sich also bloss der Weitergabe von Texten, welche bereits vorliegen und Interessierten durchaus zugänglich seien, schuldig gemacht. Solch plumpe Texte und Verschwörungstheorien würden auch nicht mehr sehr ernst genommen. Diese Interpretation mag erstaunen, da das Argument, solche Texte seien bereits vielfach zu finden, vermutlich auf sämtliche Texte zutrifft. Auch sind antisemitische Verschwörungstheorien keinesfalls harmlos und werden leider durchaus noch von vielen Menschen ernst genommen. Ein weiteres Verfahren wurde eingestellt, weil die beschuldigte Person geltend machte, ihr Facebook-Account sei gehackt worden. Es konnten keine Angaben zur Urheberschaft sichergestellt werden.⁶⁰

4.3 Umgang der Rechtsprechung mit dem Begriff «Rasse»⁶¹

4.3.1 Der Begriff «Rasse» im Strafgesetzbuch

Schon früher, aber besonders im 19. Jahrhundert, tauchte die Idee einer biologischen Einteilung der Menschen in hierarchische Kategorien auf und postulierte die Existenz verschiedener menschlicher «Rassen». Im entsprechenden historischen und sozialen Kontext diente das Konstrukt der «Rasse» dazu, Machtverhältnisse zu legitimieren.

Zwei Jahrhunderte später wurde der Begriff «Rasse» ins Strafgesetzbuch aufgenommen, um Rassendiskriminierung zu bestrafen. Dabei orientierten sich die Gesetzgeber an der Begrifflichkeit des ICERD.⁶² Der Begriff taucht auch in Art. 8 BV sowie in wenigen weiteren Erlassen auf. Im schweizerischen Recht bezieht sich der Begriff nicht auf den irrtümlichen biologischen Ursprung des Wortes, der heute sowohl moralisch als auch wissenschaftlich als unhaltbar gilt, sondern wird

57 EKR 2016-025N.

58 EKR 2015-032N.

59 EKR 2012-011N.

60 EKR 2016-028N.

61 Text mehrheitlich übernommen von Marine Merenda, «Definition des Rassenbegriffs durch die Schweizer Justizbehörden», in Tangram Nr. 44.

62 Botschaft des Bundesrats zum ICERD, BBl 1992 III 311.

in einem soziologischen und historischen Sinn verstanden. Bei der Verabschiedung von Art. 261^{bis} StGB definierte der Bundesrat den Begriff der «Rasse» als «eine Gruppe von Personen, die sich von anderen Gruppen unterscheiden oder die von diesen aufgrund angeborener und unveränderlicher Merkmale als solche angesehen werden».

4.3.2 Definition des Begriffs «Rasse» durch die Rechtsprechung

1997 stellte das Bundesgericht fest, dass sich die Begriffe «Rasse», ethnische Zugehörigkeit und Religion auf unterschiedliche Kontexte beziehen und rechtlich nicht in einer klaren Formel verstanden werden können. Es ging noch weiter und befand, dass strafrechtliche Definitionen von «Rasse» und Ethnizität unnötig seien. Es müsse nicht untersucht werden, ob entsprechende Eigenschaften tatsächlich existierten, ob der jeweilige Personenkreis sie sich selbst zugeschrieben habe oder ob sie ihm zu Recht oder zu Unrecht zugeschrieben worden seien. Allein die (rassistische) Motivation des Täters/der Täterin sei entscheidend.⁶³

Diese Erklärung des Bundesgerichts verdeutlicht die Rolle der Schweizer Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in Fällen der Rassendiskriminierung. Gerichte müssen einzig beurteilen, ob eine rassistisch motivierte Diskriminierung vorliegt. Es besteht für Gerichte weder die Notwendigkeit, noch ist es ihre Aufgabe, den Begriff «Rasse» inhaltlich zu definieren. So äussert sich das Bundesgericht nicht zur Existenz von «Rassen» und weist darauf hin, dass es nicht Sache der schweizerischen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sei, dies zu tun. Der Begriff «Rasse» bezieht sich jedoch auf eine Reihe von Kriterien, auf die sich beschuldigte Personen beziehen, um zwischen Menschen zu unterscheiden, wie z.B. die Hautfarbe. Um Art. 261^{bis} StGB wirksam anzuwenden und Rassendiskriminierung zu bekämpfen, obliegt es den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten, die Bestimmung auszulegen, indem sie Kriterien definieren, auf denen unzulässige Unterscheidungen beruhen. Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind schliesslich verpflichtet, ein Verhalten zu sanktionieren, das aufgrund dieser Kriterien differenziert.

Die von den kantonalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten verwendeten Definitionen weichen leicht voneinander ab. Es lassen sich drei Ansätze unterscheiden: «Rasse» als Aussenwahrnehmung, «Rasse» als Gruppenwahrnehmung und «Rasse» als eine Reihe von gemeinsamen Merkmalen. Es ist wichtig, daran zu erinnern, dass die Behörden ausdrücklich feststellen, dass aus wissenschaftlicher Sicht eine Aufteilung der Menschheit in verschiedene «Rassen» unmöglich sei und dass eine solche Aufteilung nur als willkürliche Abstraktion anerkannt werden könne, die sich aus sozialen und historischen Phänomenen ergebe.⁶⁴

«Rasse» als äussere Wahrnehmung (Fremdidentifikation): Eine Strafverfolgungsbehörde des Kantons Luzern bezieht sich auf die folgende Definition von «Rasse»: eine Gruppe von Personen, die aufgrund ihrer mehr oder weniger unveränderlichen physischen und/oder kulturellen Merkmale als signifikant verschieden von anderen wahrgenommen wird.⁶⁵

«Rasse» als Gruppenwahrnehmung (Selbstidentifikation): Ein Gericht zweiter Instanz des Kantons Waadt sieht «Rasse» als menschliche Gruppe, die sich selbst

63 EKR 1997-026N (BGE 123 IV 202 E.3 S. 206).

64 EKR 1998-018N.

65 EKR 1998-002N.

anders definiert oder von anderen Gruppen aufgrund einer Reihe von – physischen oder kulturellen – Merkmalen, die ihr eigen und mehr oder weniger unveränderlich sind, als anders definiert wird.⁶⁶

«Rasse» als eine Reihe von gemeinsamen Merkmalen: Ein Zürcher Bezirksgericht weicht leicht von obiger Definition ab, indem es vorsieht, dass der Begriff «Rasse» einer Gruppe von Personen entspricht, die gemeinsame biologische Merkmale aufweisen oder denen gemeinsame biologische Merkmale zugeschrieben werden.⁶⁷ Während die Luzerner Strafverfolgungsbehörde vorsieht, dass die Zugehörigkeit zu einer «Rasse» durch externe Personen zugewiesen werden müsse, fügt das Waadtländer Gericht dieser Definition eine zusätzliche Dimension hinzu und berücksichtigt die Selbstwahrnehmung der betreffenden Gruppe.⁶⁸ Das Zürcher Gericht stellt schliesslich fest, dass die Gemeinsamkeit bestimmter Merkmale ausreicht, um eine Gruppe von Menschen als «Rasse» zu qualifizieren.

Aus diesen Definitionen lassen sich zwei unterschiedliche Auffassungen des Begriffs «Rasse» ableiten: Erstens, «Rasse» als Kriterium zur Unterscheidung zwischen Gruppen von Menschen, das von Individuen innerhalb oder ausserhalb einer der Gruppe zugeschrieben wird. Zweitens, «Rasse» als intrinsische Realität einer Gruppe, die gemeinsame Merkmale aufweist. Im ersten Fall geht es bei der Anerkennung einer Gruppe als «Rasse» um Wahrnehmung und Zuschreibung. Im zweiten Fall reicht die Tatsache, dass eine Gruppe bestimmte gemeinsame Merkmale aufweist, an sich schon aus, um die Gruppe als «Rasse» zu bezeichnen. Im ersten Fall wird eine Gruppe mit gemeinsamen Merkmalen erst dann als «Rasse» klassifiziert, wenn Einzelpersonen sie als solche wahrnehmen und ihr eine «Rasse» zuschreiben. Ohne diese Zuschreibung stellt die Gruppe keine «Rasse» dar. Daraus lässt sich ableiten, dass nach dieser Konzeption «Rasse» in der Realität nicht an sich existiert, sondern sich nur auf die Zuschreibung dieser Eigenschaft bezieht. Im Gegensatz dazu geht das Zürcher Bezirksgericht undifferenzierter mit dem Begriff «Rasse» um. Der Unterschied zwischen diesen beiden Konzeptionen ist subtil, offenbart aber wichtige Unterschiede in der Sichtweise.

4.3.3 Gebrauch des Begriffs «Rasse» in der Rechtsprechung

Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte legen in ihren Entscheiden zu Art. 261^{bis} StGB keine einheitliche Praxis der Verwendung des Begriffs «Rasse» vor. Während sich einige Gerichte von dem Begriff distanzieren und betonen, dass sich dieser Begriff aus einer sozialen Abstraktion ableitet, zögern andere Behörden nicht, Gruppen von Personen als rassistisch unterschiedlich zu bezeichnen.

Ein Gericht erster Instanz des Kantons Zürich verwendet etwa die Formulierung «Menschen mit dunkler Hautfarbe, die nach dieser Definition eine «Rasse» im Sinne von Art. 261^{bis} StGB darstellen».⁶⁹ Weitere Zürcher Gerichte erster Instanz benutzen die Ausdrücke «sogenannte Rasse der dunkelhäutigen Menschen»⁷⁰ und «sogenannte schwarze Rasse»⁷¹. Diese Formulierungen machen deutlich, dass der Begriff von einer sozialen Abstraktion und einer – äusseren oder inneren – Wahrnehmung der Gruppe herrührt. Das Bundesgericht verwendet eine ähnliche Formulierung: «Schwarze stellen eine Rasse im Sinne dieser Bestimmung dar».⁷²

66 EKR 2004-004N.

Eine ähnliche Definition enthält das Urteil EKR 2003-049N.

67 EKR 1998-018N. Dieses Zürcher Bezirksgericht präzisiert ausdrücklich, dass aus wissenschaftlicher Sicht eine Unterteilung in verschiedene menschliche «Rassen» unmöglich sei. Sie könne nur als eine willkürliche Abstraktion anerkannt werden, die ihren Ursprung in sozialen und historischen Phänomenen habe.

68 EKR 2004-004N.

69 EKR 2003-049N.

70 EKR 2003-027N.

71 EKR 2000-058N.

72 EKR 1997-030N (BGE 124 IV 121 E.2 S. 124).

Umgekehrt beschreibt eine Strafverfolgungsbehörde des Kantons Neuenburg eine in einer Zeichnung erscheinende Figur als «schwarze Person»⁷³. In ähnlicher Weise entschied ein Gericht erster Instanz des Kantons Waadt über die Absicht des Beschuldigten und erklärte, er habe vor, «die schwarze Rasse anzugreifen».⁷⁴ Eine Strafverfolgungsbehörde des Kantons Zürich spricht ebenfalls von «schwarzer Rasse».⁷⁵ Diese Formulierungen veranschaulichen, dass diese Gerichte «Rassen» – im soziologischen Sinne des Wortes – identifizieren und nicht davor zurückschrecken, diesen Status bestimmten Personengruppen zuzuschreiben.

Wichtig ist festzuhalten, dass sich alle Strafverfolgungsbehörden und Gerichte bei der Verwendung des Begriffs «Rasse» an die vom Bundesrat vorgeschlagene soziologische Konzeption halten. Trotzdem unterstreichen die Unterschiede in der Verwendung des Begriffs die Komplexität des Verweises auf ein Konzept, das als rassistisch empfunden werden muss. Die Vielfalt der Verwendungen des Begriffs «Rasse» zeugt möglicherweise von einer Unkenntnis über den historischen Ursprung des Wortes, die die Gerichte in Verlegenheit bringt.

Die oben zitierten Bundesgerichtsurteile legen nahe, dass das Bundesgericht Bezugnahmen auf den Begriff «Rasse» mit einer klaren Distanzierung vom Begriff bevorzugt. Dies steht im Einklang mit seinem ersten Urteil zur Rassendiskriminierung, das vorsieht, dass es einzig Sache der Behörden ist, anzuerkennen, dass die Unterscheidung auf der Grundlage der «Rasse» getroffen wurde, und nicht über die Existenz von «Rassen» zu entscheiden oder diesen Status einer Gruppe zuzuschreiben.⁷⁶

4.3.4 Was beinhaltet der Begriff «Rasse»?

In einigen Fällen wird in strittigen Ausdrücken oder Verhaltensweisen ausdrücklich auf die «Rasse» Bezug genommen. Dies ist z.B. der Fall bei Aussagen wie «Rassenvermischung ist Völkermord».⁷⁷ In einer solchen Situation ist es offensichtlich, dass die Diskriminierung aufgrund der «Rasse» erfolgt und keiner weiteren Analyse durch die Behörden bedarf.

Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte verlangen jedoch nicht, dass der Autor oder die Autorin ausdrücklich auf den Begriff «Rasse» Bezug nimmt, solange er/sie eine Unterscheidung aufgrund der «Rasse» trifft. Dies gilt insbesondere für die Aussage, dass «nicht alle Schwarzen Kriminelle sind, sondern dass ein Amerika ohne Schwarze sicherer, sauberer und reicher wäre». Das Bundesgericht befand in diesem Fall, dass «die Botschaft alle Schwarzen [...] angreift, ausschliesslich weil sie schwarz sind [...]. Die Rasse im Sinne von Art. 261^{bis} StGB ist insbesondere durch die Hautfarbe gekennzeichnet. Es besteht daher kein Zweifel, dass die Schwarzen eine Rasse im Sinne dieser Bestimmung darstellen».⁷⁸ Nach der gleichen Argumentation hat die Strafverfolgungsbehörde des Kantons Genf entschieden, dass «der Begriff «schmutziger Neger» eindeutig mit der Rasse im Sinne der Rechtsprechung verbunden ist».⁷⁹

73 EKR 2003-050N.

74 EKR 2007-010N.

75 EKR 2013-014N.

76 EKR 1997-026N (BGE 123 IV 202).

77 EKR 2006-014N.

78 EKR 1997-030N (BGE 124 IV 121 E.2 S.124).

79 EKR 2017-028N.

Dies erfordert die Identifizierung der Kriterien, die sich auf eine «Rasse» beziehen, um ohne ausdrückliche Erwähnung des Worts «Rasse» beurteilen zu können, ob die von der beschuldigten Person vorgenommene Unterscheidung auf der Grundlage dieses Merkmals getroffen wurde. Zur Interpretation des Begriffs im Sinne von Art. 261^{bis} StGB haben die kantonalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte folgende Kriterien festgelegt: eine Reihe von mehr oder weniger unveränderlichen physischen und/oder kulturellen Merkmalen, die spezifisch für die Gruppe sind (wie Hautfarbe, Abstammung, Sprache, Sitten, Gebräuche)⁸⁰ und eine Reihe von gemeinsamen Erbanlagen⁸¹. Diese Kriterien sind ähnlich und überschneiden sich teilweise. Ausserdem sind sie vage und es ist zum Teil schwierig, auf ihrer Grundlage zu bestimmen, welche konkreten Gruppen als «Rasse» im Sinne von Art. 261^{bis} StGB anerkannt werden können. Die Praxis der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sorgt für eine Verdeutlichung dieser Kriterien.

Die Gerichte erkennen, dass die «Rasse» im Sinne von Art. 261^{bis} StGB insbesondere durch die Hautfarbe gekennzeichnet sei.⁸² Äusserungen, Beleidigungen und Verhaltensweisen, die Menschen wegen ihrer Hautfarbe unterscheiden, gelten daher als Diskriminierungen aufgrund der «Rasse».⁸³

Ein erstinstanzliches Gericht des Kantons Freiburg hat festgehalten, dass die Verunglimpfung von «Balkanesen» eine Diskriminierung aufgrund der «Rasse» darstelle.⁸⁴ Das Kriterium der Zugehörigkeit sei hier nicht die Hautfarbe, sondern eine Reihe physischer und/oder kultureller Merkmale, die gruppenspezifisch und mehr oder weniger unveränderlich sind. Diese Einordnung scheint in diesem Fall doch eher fragwürdig, da nicht ersichtlich ist, was die unveränderlichen physischen Merkmale sein sollten. Die kulturellen Merkmale sollten demnach eher für den Schutz als Ethnie sprechen.

Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte folgen der Praxis des Bundesgerichts, wonach es unerheblich ist, ob die Mitglieder der Gruppe tatsächlich die von ihnen behaupteten oder ihnen zugeschriebenen Merkmale aufweisen oder nicht.⁸⁵ Wichtig ist nur, dass die Unterscheidung auf der Grundlage eines nach Art. 261^{bis} StGB verbotenen Merkmals getroffen wird.

Die Schweizer Gerichte haben bis anhin keine anderen Gruppen – abgesehen von «Schwarzen» und «Balkanesen» – explizit identifiziert, die unter «Rasse» im Sinne von Art. 261^{bis} StGB fallen könnten. Andere Gruppen, die durch Art. 261^{bis} StGB geschützt werden, sind ethnische Gruppen. Die Unterscheidung zwischen «Rasse» und ethnischer Zugehörigkeit⁸⁶ ist subtil und manchmal schwer zu treffen. In Grenzfällen beschränken sich die Staatsanwaltschaften und Gerichte regelmässig auf die Feststellung, dass der fragliche Ausdruck eine Unterscheidung auf der Grundlage eines nach Art. 261^{bis} StGB verbotenen Kriteriums trifft, ohne zu präzisieren, ob die Unterscheidung sich auf «Rasse» oder ethnische Zugehörigkeit bezieht.

Aus dieser Analyse geht hervor, dass kantonale Behörden zögern oder Schwierigkeiten haben, eine klare und präzise Definition des Begriffs «Rasse» festzulegen. Damit folgen die Behörden dem Bundesgericht in seinem ersten Urteil zur Rassen-

80 EKR 2004-004N;
EKR 1996-002N.

81 EKR 2004-004N;
EKR 2003-049N.

82 EKR 1997-030N (BGE 124
IV 121).

83 Zum Beispiel:
EKR 2018-009N;
EKR 2017-028N;
EKR 2007-010N.

84 EKR 2003-010N.

85 EKR 2016-007N
(Urteil [des Bundesgerichts]
6B_715/2012 vom 6. Februar
2014).

86 Siehe zur Frage des Schutz-
objekts Ethnie das folgende
Kapitel 4.4.

diskriminierung. Die Rolle der Gerichte beschränkt sich darauf, anzuerkennen, dass eine Unterscheidung zwischen Menschen auf der Grundlage der «Rasse» getroffen wurde. Es steht ihnen nicht zu, die Existenz verschiedener «Rassen» zu bestimmen. Die Behörden müssen sich darauf beschränken, die Kriterien zu bestimmen, die im Begriff «Rasse» enthalten sind. Doch dies ist ein komplexes Unterfangen, und die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte haben diese Kriterien nur in sehr begrenztem Umfang geklärt. Es ist auch möglich, dass das Fehlen einer genauen Definition darauf zurückzuführen ist, dass es den Behörden peinlich ist, den Begriff zu verwenden, dessen rassistischer Charakter stark ausgeprägt ist. Wie kann nämlich ein von rassistischen Ideologien geschaffener Begriff definiert werden, ohne ihn zu validieren? Denn, wie jeder weiss, sind es nicht «Rassen», die Rassismus schaffen, sondern der Rassismus schafft «Rassen». Das Unterfangen ist daher heikel und wirft viele philosophische Fragen auf. Aus rechtlicher Sicht hat jedoch ein wirksamer Schutz vor Diskriminierung auf der Grundlage von Art. 261^{bis} StGB Vorrang. Obwohl die rechtliche Interpretation des Begriffs «Rasse» unter dieser mangelnden Bestimmtheit und der teilweisen Verwechslung der Schutzobjekte «Rasse» und Ethnie leidet, wird der Schutz vor Rassendiskriminierung dadurch nicht geschmälert, und dies ist der wichtigste Punkt.

4.4 Umgang der Rechtsprechung mit dem Begriff Ethnie

4.4.1 Problematik

Ein weiteres der vier Schutzobjekte von Art. 261^{bis} StGB ist die Ethnie. Zum Merkmal «sexuelle Orientierung» gab es 2019 noch keine Rechtsprechung. Während «Religion» einigermaßen eindeutig erscheint und «Rasse», wie in Kapitel 4.3 besprochen, eine gewisse Unsicherheit und Zurückhaltung bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten auslöst, sticht bei der Ethnie eher eine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung ins Auge. Gerichte kommen zum Teil bei der gleichen Ausgangslage zu verschiedenen Schlüssen, was dazu führt, dass eine gewisse Rechtsunsicherheit in Bezug auf das Schutzobjekt der Ethnie herrscht.

Als Ethnie wird im Allgemeinen eine Gruppe von Personen bezeichnet, die derselben Kultur (gleiche Sprache, Bräuche, Traditionen) angehören. Die dazugehörigen Personen verstehen sich selbst als distinkte Gruppe und werden vom Rest der Bevölkerung als solche wahrgenommen.⁸⁷

4.4.2 Staatsangehörigkeit als Ethnie?

In mehreren Entscheiden kam die Frage auf, ob die Nationalität als Ethnie im Sinne von Art. 261^{bis} StGB verstanden werden könne. Es scheint darauf anzukommen, um welche Nationalität es sich handelt. In älteren Entscheiden sind Albaner, Kosovo-Albaner, Portugiesen, Italiener, Araber und Palästinenser als Ethnie verstanden worden.⁸⁸ Auch Schweizerinnen und Schweizer sind bereits von einem Zürcher Bezirksgericht als Ethnie anerkannt worden.⁸⁹ Die Schweiz bestehe zwar nicht aus einer einheitlichen sprachlichen, religiösen und kulturellen Bevölkerungsgruppe, was aber nicht bedeute, dass Schweizerinnen und Schweizer nicht

87 Niggli, Kommentar, N 653 ff.

88 EKR 2002-009N;
EKR 1999-022N;
EKR 1996-012N;
EKR 2001-045N;
EKR 1999-029N;
EKR 1997-024N;
EKR 2008-022N;
EKR 2009-010N;
EKR 2004-037N.

89 EKR 2000-014N.

über eine gemeinsame und starke Identität verfügen können, die ihrerseits Ziel rassistischer oder fremdenfeindlicher Angriffe werden könne, folgerte das Gericht. Viele Staaten würden sich aus verschiedenen sprachlichen, kulturellen, ethnischen und religiösen Gruppen zusammensetzen und sich dennoch als eine Gemeinschaft verstehen, die auch als solche wahrgenommen, anerkannt oder abgelehnt werde. Ein Gericht zweiter Instanz im Kanton Bern bezog sich mehrere Jahre später auf diesen Zürcher Entscheid, als es «Deutschweizer/innen» als Ethnie im Sinne von Art. 261^{bis} StGB betrachtete.⁹⁰ In einem anderen Fall verneinte jedoch die Strafverfolgungsbehörde das Vorliegen des Schutzobjektes bei der Beschimpfung «verdammter Dreckschweizer».⁹¹

2009 verurteilte ein erstinstanzliches Gericht im Kanton Jura einen Beschuldigten, der seine Nachbarin als «sale marocaine» bezeichnet hatte.⁹² Bei einem Fall im Kanton Luzern kam die Staatsanwaltschaft zum Schluss, dass bei «Personen aus dem Balkan» von einer gemeinsamen Geschichte und einem zusammenhängenden System von Eigenschaften ausgegangen werden könne und es sich somit um eine Ethnie handle.⁹³ 10 Jahre zuvor hatte ein anderes Gericht in Frage gestellt, ob «Jugoslawen» eine Ethnie darstellen würden, setzte sich doch das ehemalige Jugoslawien aus mehreren ethnischen Volksgruppen zusammen, wie auch die inzwischen erfolgte Aufteilung dieses Staates in unabhängige Nationen zeige.⁹⁴ In der Lehre sei denn auch umstritten, ob eine Nation, die sich aus mehreren ethnischen Volksgruppen zusammensetzt, als Personengruppe verstanden werden könne, die den Schutz von Art. 261^{bis} StGB genieße. Bei Albanern hingegen würden in der Öffentlichkeit die Nationalität mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten, nämlich zur albanischen, Ethnie verbunden. Der Volksstamm der Albaner qualifiziere sich denn auch als eigene Ethnie. Es zeigt sich also, dass grundsätzlich die Staatsangehörigkeit als solche, d.h. als rechtliche Kategorie, nicht von Art. 261^{bis} StGB erfasst wird. Wird indes mit der Nationalität die betreffende Ethnie gemeint, kommt der Artikel zum Tragen. Zu entscheiden, wann Letzteres der Fall ist, scheint aber nicht immer sehr einfach zu sein. Gerichte kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wobei eine Tendenz ausgemacht werden kann, Nationalität als Ethnie öfters zu bejahen.

In einem wegweisenden Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017 wurde die Verurteilung zweier SVP-Parteifunktionäre bestätigt, nachdem sie im Internet und in einigen Tageszeitungen ein Inserat mit der Überschrift «Kosovaren schlitzten Schweizer auf» geschaltet hatten.⁹⁵ Die Beschuldigten machten geltend, dass im Kosovo mehrere verschiedene Bevölkerungsgruppen lebten, man Kosovaren also nur durch eine sogenannte «ethnische Sammelbezeichnung» als Ethnie bezeichnen könne, was aber unzulässig sei. Die Nationalität sei nicht durch Art. 261^{bis} StGB geschützt. Die Vorinstanz hatte hierzu ausgeführt, dass sich ethnische Gruppen durch eine gemeinsame Geschichte und ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensnormen (Tradition, Brauchtum, Sprache usw.) unterscheiden würden. In den Augen von Schweizerinnen und Schweizern bildeten die in der Schweiz lebenden Kosovaren demnach eine Ethnie. Dabei spiele es keine Rolle, ob und wann der Kosovo durch die Schweiz als Staat anerkannt worden sei. Das Bundesgericht führte im Sinne der Vorinstanz aus, dass mit Ethnie im Sinne von Art. 261^{bis} StGB ein Segment der Bevölkerung gemeint sei, das sich selbst als abgegrenzte Gruppe verstehe und das vom Rest der Bevölkerung als Gruppe verstanden werde. Sie

90 EKR 2008-052N.

91 EKR 1998-031N.

92 EKR 2009-054N.

93 EKR 1997-027N.

94 EKR 1999-022N.

95 EKR 2017-010N (Urteil
[des Bundesgerichts]
6B_610/2016 vom
13. April 2017).

müsse eine gemeinsame Geschichte sowie ein gemeinsames zusammenhängendes System von Einstellungen und Verhaltensnormen (Tradition, Brauchtum, Sitte, Sprache usw.) haben, wobei die genannten Merkmale zur Abgrenzung verwendet werden müssten. Nationen und Nationalitäten seien als rechtliche Kategorien von Art. 261^{bis} StGB nicht erfasst. Anwendbar sei die Strafnorm, wenn mit der Nationalität nicht der rechtliche Status, sondern die mit der Nation verknüpften ethnischen Charakteristika gemeint seien. Der Begriff «Kosovaren» bezeichne die Menschen aus dem Kosovo. Im Kosovo leben verschiedene ethnische Gruppen, zur Hauptsache (über 90%) Kosovo-Albaner, daneben unter anderem Serben, Bosniaken, Kroaten und Roma. Der Begriff der «Kosovaren» bezeichne nicht allein eine Nationalität beziehungsweise Staatsangehörigkeit, sondern als Sammelkategorie die verschiedenen im Kosovo lebenden Ethnien. Auch eine Vielzahl von Ethnien, die unter einem Sammelbegriff zusammengefasst werden, werde vom Begriff der Ethnie im Sinne von Art. 261^{bis} StGB erfasst. Es könne nicht in Betracht kommen, dass die Tatbestandsmässigkeit einer Äusserung davon abhängt, ob sie sich beispielsweise auf «Kosovo-Albaner» oder aber auf «Kosovaren» beziehe. Gestützt auf diese Überlegungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass «Kosovaren» eine Ethnie nach Art. 261^{bis} StGB darstellen.⁹⁶

Die Gerichte und Strafverfolgungsbehörden haben offensichtlich Schwierigkeiten bei der Anwendung des Begriffs Ethnie, da sie bislang keine eindeutige Definition entwickelt haben. Ob eine Gruppe derselben Kultur (gleiche Sprache, Bräuche, Traditionen) angehört und die dazugehörigen Personen sich selbst als distinkte Gruppe verstehen und vom Rest der Bevölkerung als solche wahrgenommen werden, ist nicht immer eindeutig festzustellen. Oft würde diese Definition auch auf die Staatsangehörigkeit zutreffen, die aber nicht identisch ist mit der Ethnie. Deswegen kommen einige Gerichte und Strafverfolgungsbehörden zum Schluss, dass immerhin gewisse Staatsangehörigkeiten auch Ethnien darstellen. Bei Schweizerinnen und Schweizern sind sich die Gerichte uneinig, ob diese als Ethnie anerkannt werden können. Die Lehre bejaht dies für gewisse kantonale Gruppen.⁹⁷

4.4.3 Sammelbegriffe

Mit dem vorangehenden Entscheid folgte das Bundesgericht in Bezug auf sogenannte «Sammelbegriffe» der Lehre von Niggli. Nach dieser ist Art. 261^{bis} StGB auch dann anwendbar, wenn Begriffe wie «Ausländer» oder «Asylsuchende» als blosser Synonyme oder als Sammelbegriffe für die gegen rassistische Diskriminierung geschützten Gruppen verwendet würden. «Ein Verhalten wird nicht dadurch straflos, dass es sich gegen mehrere Ethnien bzw. «Rassen» gleichzeitig wendet und die einzelnen Gruppen nicht gesondert aufzählt.»⁹⁸

Im Fall eines Polizisten, der einen algerischen Asylsuchenden mit «Sauausländer» und «Dreckasylant» beschimpft hatte, urteilte die erste Instanz in Basel-Stadt, dass der Beschuldigte auf die fremde ethnische Zugehörigkeit des Angeschuldigten abziele, indem er ihn als «Ausländer» und «Asylant» beschimpfte.⁹⁹ Ob ein Täter die ethnische Zugehörigkeit explizit benenne oder überhaupt kenne, ist gemäss dem Gericht irrelevant, wenn die Strafbarkeit nicht von Zufälligkeiten wie der Wortwahl des Täters bzw. seinem Bildungs-/Kenntnisstand abhängig gemacht werden solle.

96 EKR 2017-010N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_610/2016 vom 13. April 2017 E.2.3).

97 Niggli, Kommentar, N 675.

98 Niggli, Kommentar, N 736.

99 EKR 2011-032N.

Der Polizist gelangte bis vor Bundesgericht, dieses hielt 2014 in seinem Urteil fest, dass bei Äusserungen wie «Dreckjugo», «Saujude» oder «schwarze Sau» der Bezug zu einer bestimmten «Rasse», Ethnie oder Religion zweifellos gegeben sei. Bei Äusserungen wie «Sauausländer» oder «Drecksasylant» fehle jedoch der Bezug zu einer bestimmten «Rasse», Ethnie oder Religion, da unter die Begriffe «Ausländer» und «Asylanten» ganz unterschiedliche Personengruppen fallen. Das Bundesgericht verwies jedoch auf die herrschende Lehre, nach welcher auch solche Begriffe von Art. 261^{bis} StGB erfasst werden, die als Synonym für bestimmte «Rassen» oder Ethnien oder als Sammelbegriff für eine Mehrzahl konkreter einzelner «Rassen» oder Ethnien verwendet werden. Entgegen der Meinung der Vorinstanz waren die Bezeichnungen «Asylant» und «Ausländer» laut Bundesgericht jedoch nicht zwingend als Sammelbegriffe beziehungsweise Synonyme für aussereuropäische «Rassen» und Ethnien zu verstehen, bloss weil der Betroffene offensichtlich nordafrikanischer Herkunft sei. Es sei ebenso gut möglich, dass nach dem Eindruck eines unbefangenen Dritten der Angeklagte den Betroffenen nicht aufgrund seiner «Rasse», Ethnie oder Religion beschimpft habe, sondern weil er Ausländer und Asylbewerber sei. Der rechtliche Status als Ausländer und Asylsuchender sei allerdings nicht vom Schutzbereich von Art. 261^{bis} Abs. 4 erster Halbsatz StGB erfasst. Der Polizist wurde freigesprochen.¹⁰⁰

2004 hatte ein erstinstanzliches Gericht im Kanton Freiburg den Verfasser eines Flugblattes verurteilt, auf dem ein Text gegen ein geplantes Asylheim stand, in dem Asylsuchende verunglimpft wurden.¹⁰¹ Das Gericht ging davon aus, dass der Begriff «Asylant» als Sammelbegriff für eine andere «Rasse» oder Ethnie stehe, wobei die «Rasse» oder Ethnie nicht bestimmbar zu sein brauche. Dem Gericht zufolge äussere sich die Verwendung des Begriffes «Asylant» als Sammelbegriff dadurch, dass im gegebenen Fall eine kollektive Schmähung aller «Andersrassigen» stattfindet. Die Äusserungen zielten nach Meinung des Gerichtes immer auf die jeweilig anwesende Gruppe Asylsuchender ab, die gerade in der Unterkunft untergebracht sei. Dem Urheber komme es dabei aber nicht darauf an, was für einer «Rasse» oder Ethnie sie angehöre. Für ihn sei es wesentlich, dass sie, die Asylsuchenden, keine Schweizer seien.

Andere Strafverfolgungsbehörden verurteilten Personen auf Grundlage von Art. 261^{bis} StGB, die sich auf herabsetzende Weise über syrische Flüchtlinge¹⁰² und syrische Asylsuchende¹⁰³ geäussert hatten. Auch die Aussagen «Asylante ir schwiz.. Ja minetwäge wens mues sii.. Asylante im ämmitau.. Nid-mauvillech!! Use mit däm dräckspack!»¹⁰⁴ und «Anstatt s obligatorische Schiesse.. De asylante-stick iführe.. wär nid trifft mues ne heinä...»¹⁰⁵ führten zu Schuldsprüchen.

100 EKR 2011-032N (Urteil
[des Bundesgerichts]
6B_715/2012 vom
6. Februar 2014 E.2.2.2 ff.).

101 EKR 2004-057N.

102 EKR 2015-040N.

103 EKR 2015-038N;
EKR 2015-039N.

104 EKR 2014-016N.

105 EKR 2014-014N.

4.5 Die Leugnung von Völkermord

4.5.1 Allgemein

Art. 264 StGB sowie Art. 6 des Römer Statuts¹⁰⁶ und Art. 2 der Genozid-Konvention¹⁰⁷ der UNO definieren Völkermord als:

«Jede der folgenden Handlungen, die in der Absicht begangen wird, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu vernichten:

- a) Tötung von Mitgliedern der Gruppe;
- b) Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden an Mitgliedern der Gruppe;
- c) vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen für die Gruppe, die geeignet sind, ihre körperliche Vernichtung ganz oder teilweise herbeizuführen;
- d) Verhängung von Massnahmen, die auf die Geburtenverhinderung innerhalb der Gruppe gerichtet sind;
- e) gewaltsame Überführung von Kindern der Gruppe in eine andere Gruppe.»

Der zweite Halbsatz von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB stellt die Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord und anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe. Das hiermit geschützte Rechtsgut ist laut Bundesgericht der öffentliche Friede. Individuelle Rechte wie der Schutz der Menschenwürde sind nur indirekt geschützt.¹⁰⁸ Es ist unerheblich, ob die Äusserungen gegenüber den von einem Völkermord betroffenen Personen(gruppen) gemacht werden oder gegenüber unbeteiligten Dritten.¹⁰⁹

Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB zielt nicht ausschliesslich auf die Leugnung der vom nationalsozialistischen Regime begangenen Verbrechen ab. Der Gesetzestext sollte mit Bezug auf jegliche Genozide gelten. Voraussetzung ist aber, dass ein Genozid universell oder quasi-universell als solcher anerkannt ist. Rechtsprechung und Lehre sehen den Holocaust als eine von der Allgemeinheit als wahr erwiesene, anerkannte historische Tatsache, die in einem Strafprozess nicht bewiesen werden muss. Diese Grundlage der Strafbarkeit der Leugnung des Holocausts diktiert Richtern die Vorgehensweise, wenn es um die Leugnung anderer Völkermorde geht. Zu prüfen ist demnach, ob ein genereller Konsens bezüglich der geleugneten Tatsachen besteht.

Zwischen 1995 und 2019 kam es zu 84 Fällen (mit insgesamt 98 Entscheidungen) der Leugnung von Völkermord. Davon endeten 8 mit einem Freispruch, 68 mit einem Schuldspruch, 11 mit einer Nichtanhandnahme und 11 mit einer Einstellung des Verfahrens.

106 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, SR 0.312.1.

107 Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR 0.311.11.

108 Siehe EKR 2019-007N mit Verweis auf EKR 2002-024N (BGE 129 IV 95); vgl. aber Niggli, der die Meinung vertritt, dass auch bei Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB die Menschenwürde das geschützte Rechtsgut sei, Kommentar, N 360 f.

109 EKR 2002-024N (BGE 129 IV 95 E 3.5 S. 105); EKR 1998-029N (BGE 126 IV 20 E.1 S.23).

Eine überwiegende Mehrheit der Fälle (73) betrifft die Leugnung des Holocausts. In einem Fall ging es um die chinesische Besetzung Tibets,¹¹⁰ in einem anderen um den Völkermord in Ruanda.¹¹¹ Bei beiden kam es zu einer Nichtanhandnahme. Fünf Fälle betrafen den Völkermord an den Armeniern.¹¹² Ein neuerer Entscheid befasst sich mit dem Genozid in Srebrenica.¹¹³

4.5.2 Geschütztes Rechtsgut und Beschwerdelegitimation

In einem Fall reichten die Beschuldigten eine «Gegenpetition» zu einer Petition für eine Gedenkfeier zum armenischen Genozid ein: «Wir, die Unterzeichnenden, verurteilen die kürzlich initiierte Hetzkampagne des armenischen Komitees für die Gedenkfeier, die an den angeblichen armenischen Völkermord vor 80 Jahren erinnern soll. Mit der Bezeichnung werden die historischen Tatsachen massiv verzerrt.»¹¹⁴ Die Klage wurde von dem zuständigen Gericht erster Instanz abgewiesen und die Beschuldigten wurden freigesprochen. Das Gericht liess in diesem Entscheid die Frage offen, ob an den Armeniern während des Ersten Weltkriegs ein Völkermord begangen worden sei, da es aufseiten der Beschuldigten bereits am subjektiven Tatbestand gefehlt habe. Die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung des «Völkermordes» an den Armeniern sei von den Beklagten nicht aus einem rassistischen Motiv erfolgt, da sie mit der Petition lediglich die zu dieser Frage in der Türkei übliche, vom Staat vertretene und in Lehrbüchern verbreitete Position zum Ausdruck hätten bringen wollen. Die zweite Instanz sowie das Bundesgericht wiesen die Beschwerden gegen das Urteil ab, da die Beschwerdeführer weder Privatkläger noch Opfer seien.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der zweite Halbsatz von Art. 261^{bis} Abs. 4 ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden, die Menschenwürde wird nicht als unmittelbar geschütztes Rechtsgut gesehen. 2012 entschied ebenfalls ein erstinstanzliches Gericht im Kanton Zürich, gestützt auf bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass es bei der Leugnung von Völkermord keine unmittelbar beeinträchtigten Einzelpersonen und damit keine Geschädigten im strafprozessrechtlichen Sinne gebe. Folglich könne man sich nicht als Privatkläger konstituieren und sich daher nicht für das Beschwerdeverfahren legitimieren.¹¹⁵

4.5.3 Holocaust

Der Holocaust als historische Tatsache

Der Holocaust wird von der Rechtsprechung als historische Tatsache anerkannt, welche in einem Strafprozess nicht bewiesen werden muss. Das Gericht muss in einem solchen Fall nicht auf die Arbeiten von Historikerinnen und Historikern zurückgreifen. Auch bringt die Leugnung des Holocausts demnach immer automatisch eine Herabsetzung der Juden mit sich. Zudem gehen die Strafverfolgungsbehörden davon aus, dass jede Person, die über eine durchschnittliche Schulbildung verfüge oder die in einer Gesellschaft wie der unseren am Alltag teilnehme, über den Holocaust Bescheid wisse.¹¹⁶ Man kann sich also nicht darauf berufen, nicht gewusst zu haben, was man verbreitet. Als Leugnung des Holocausts zählt nicht

110 EKR 2003-002N.

111 EKR 2000-018N.

112 EKR 2001-027N;
EKR 2006-054N;
EKR 2008-017N;
EKR 2009-001N;
EKR 2012-010N.

113 EKR 2018-039N
(BGE 145 IV 23).

114 EKR 2001-027N.

115 EKR 2012-010N.

116 EKR 2019-007N.

nur seine gesamthafte Leugnung, sondern auch das Anzweifeln gewisser Elemente wie z.B. der Gaskammern.¹¹⁷

Holocaustleugnung im Internet und in den sozialen Medien

In einem prominenten Fall aus dem Jahr 2014 wurde der Autor des folgenden Tweets verurteilt: «vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht...diesmal für Moscheen».¹¹⁸ Die erste Instanz im Kanton Zürich stellte fest, dass er mit dieser Aussage ausdrücke, dass die Kristallnacht schon einmal nötig gewesen sei, womit er einen Völkermord zu rechtfertigen versuche. Dem Beschuldigten seien die historischen Hintergründe der Kristallnacht bewusst gewesen und auch der Umstand, dass der Begriff «Kristallnacht» gleichbedeutend für Völkermord verwendet und verstanden werde. Die Reichskristallnacht stelle allgemein anerkannt den Übergang von der antisemitistischen Diskriminierung zur systematischen Verfolgung und Ermordung der Juden im Nationalsozialismus dar. Der Beschuldigte habe also mit seiner Aussage, die darauf abzielte, Muslime in ihrer Menschenwürde herabzusetzen, gleichzeitig den Völkermord an den Juden gerechtfertigt. Die zweite Instanz bestätigte das Urteil.

Auch ein 2019 auf Facebook gepostetes Video, in dem der Holocaust geleugnet und die Kriegsschuld der Deutschen angezweifelt wurde, führte zu einer Verurteilung. Als Überschrift des Videos hatte der Beschuldigte «Ganz wichtiges Video! DER 7 Millionen HOLOCAUST! Die PROPAGANDALEICHEN in BUCHENWALD waren VERHUNGERTER ERMORDETE DEUTSCHE SOLDATEN» gepostet.¹¹⁹

Weitere Beispiele der Holocaust-Leugnung im Internet sind: «PUTIN hat schon wieder Recht! Es ist allerhöchste Zeit, dass die Holocaust-Lüge aufgedeckt und die Verursacher genannt werden!!! Dann müsste Rothschilds Israel den Deutschen einige Milliarden zurückzahlen!!!!!»¹²⁰, «wenn du das video anschaust weisst du auch warum hittler den 2 weltkrieg anfang....und wen die zionisten so lügen und die Medien unter sich habe zweifle ich sehr wohl das der holocaust in dem masse stattgefunden hatt....»¹²¹ und «Ich könnte alle Juden töten aber ich habe einige am Leben gelassen um Euch zu zeigen, wieso ich sie getötet habe» (Wiedergabe Zitat von Adolf Hitler inklusive Bild von ihm)¹²².

Eine Mehrheit der Fälle zu Art. 261bis Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB betrifft solche Aussagen im Internet, meist auf Facebook. Sie sind oft so eindeutig in ihrer Leugnung oder Verharmlosung und der damit einhergehenden Menschenverachtung, dass sie durch kurze Strafbefehle abgehandelt werden, die nicht weiter ausgeführt werden.

Oftmals betrieben wegen Holocaust-Leugnung verurteilte Personen auch eigens dazu eingerichtete Webseiten. Darunter befindet sich auch eine Person, die mehrere Artikel zum Holocaust veröffentlicht und zum Teil selbst verfasst hatte, wonach Juden zwar enteignet und vertrieben, aber nicht ermordet worden seien. In den Texten wurde der Holocaust mehrfach als Lüge bezeichnet, da es technisch unmöglich sei, Menschen mit Zyklon B umzubringen.¹²³ 2015 gelangte ein zu einer Freiheitsstrafe Verurteilter mit Beschwerde vor das Bundesgericht. Er hatte auf

117 z.B. EKR 2015-033N;

EKR 2015-035N.

118 EKR 2014-005N.

119 EKR 2019-011N.

120 EKR 2017-012N.

121 EKR 2015-035N.

122 EKR 2015-034N.

123 EKR 2018-021N.

seinem Blog Inhalte veröffentlicht wie: «le comportement des juifs suscite l'aver- sion [...] jusqu'au point où on considère leur extermination comme un bienfait» oder «On s'éloigne d'autant plus de la thèse d'un génocide que ses partisans sont incapables de produire la moindre preuve d'un quelconque ordre écrit d'exterminer les juifs, ni la preuve de l'existence d'une chambre à gaz. [...]». Das Bundesge- richt wies die Beschwerde ab.¹²⁴ 2010 wurde ein Mitglied des Vorstands einer Partei erstinstanzlich verurteilt, nachdem er auf der Parteiwebseite einen Artikel unter dem Titel «Die Lügen um Anne Frank» veröffentlicht hatte, in welchem er die Echtheit des Tagebuchs in Frage stellte und den Holocaust als «gezielte Manipulation von Menschen, nicht aber als eine historisch belegte Tatsache» bezeichnete.¹²⁵ 2009 verurteilte eine Strafverfolgungsbehörde einen Mann, der auf der Webseite einer rechtsextremen Organisation, deren ehemaliges Mitglied er war, unter anderem folgende Beiträge veröffentlicht hatte: «Der Holocaust wird als die grösste Propagandalüge in die Geschichte eingehen», «Die einzige Lösung ist und bleibt Israel und die jüdische Weltbevölkerung zu vernichten», «Wenn nun mal das Brennholz ausgeht, können wir ja mal versuchen, ob Juden wirklich so gut brennen wie es uns erzählt wird.»¹²⁶ 2007 verurteilte eine Strafverfolgungsbehörde den Verfasser eines Artikels auf einer Webseite, in dem er das Holocaust-Denkmal in Berlin als «seelenzerstörende Perversion» betitelt hatte.¹²⁷

Zwischen 2016 und 2018 hatte ein Polizist in einer WhatsApp-Gruppe mit anderen Polizisten mehrere Bilder geteilt, die den Holocaust banalisierten und lächerlich machten. Für die Staatsanwaltschaft war damit die Grenze zwischen straflosem geschmacklosem Humor und strafbarem Angriff auf die Menschenwürde zweifel- los überschritten.¹²⁸

«Pseudowissenschaftliche» Holocaustleugnung

Abgesehen von Holocaust leugnenden Äusserungen im Internet und in den sozi- alen Medien beschäftigen sich die Gerichte und Strafverfolgungsbehörden auch regelmässig mit anderen Arten der Kommunikation, nämlich Büchern, Zeitschriften und Vorträgen. Diese weichen in ihrer Art und in ihrem Umfang – und oft wohl auch in ihrer Intention – sehr von einzelnen Äusserungen im Internet ab. Während bei Letzteren häufig der Holocaust verharmlost oder als Zeichen des Hasses gegenüber Juden «wieder herbeigewünscht», jedoch nicht wirklich mit pseudowis- senschaftlichen Belegen geleugnet wird, zielen revisionistische Bücher, Zeitschriften und Konferenzen darauf ab, die historische Tatsache des Holocaust zu widerlegen.

2018 wurde ein Organisator einer Konferenz von der ersten Instanz freigespro- chen,¹²⁹ nachdem ihn zuvor die Strafverfolgungsbehörde für schuldig befunden hatte¹³⁰. An der Konferenz hielt eine Rednerin einen 90-minütigen Vortrag zum Thema «Sprechverbot-Beweisverbot-Verteidigungsverbot, Die Wirklichkeit der Meinungsfreiheit». Dabei leugnete sie den Holocaust und behauptete unter einer scheinwissenschaftlichen Beweisführung, es gebe für die Tatorte, die Täter, die Op- ferzahlen sowie die Tatzeiträume keine schlüssigen Beweise. Die Rednerin wurde in Deutschland aufgrund dieser Veranstaltung wegen Holocaust-Leugnung schuldig gesprochen. Für den Freispruch des Veranstalters in der Schweiz liegt leider keine schriftliche Urteilsbegründung vor.

124 EKR 2015-049N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_1100/2014 vom 14. Oktober 2015).

125 EKR 2010-024N.

126 EKR 2009-027N.

127 EKR 2005-025N.

128 EKR 2019-007N.

129 EKR 2017-013N.

130 EKR 2017-013N.

1997 wurden acht Personen von einer Strafverfolgungsbehörde für schuldig befunden, weil sie in der Öffentlichkeit einen «Nazifilm» gedreht hatten unter Verwendung von Hakenkreuzfahnen und -standarten, Naziarmbinden sowie selbstgebastelten Wegweisern («Treblinka 300 km», «Dachau 150 km», «Auschwitz 400 km»).¹³¹ Die Laienschauspieler trugen beim Filmen Uniformen der Schweizer Armee oder Häftlingskleider. Es wurde nach einem handgeschriebenen Drehbuch gearbeitet. Die Strafverfolgungsbehörde beurteilte das Verschulden des Beschuldigten als nicht allzu schwer, da die Gräueltaten des Naziregimes in keiner Weise verherrlicht worden seien. Vielmehr seien diese in Satireform veröffentlicht worden. Leider enthält der Strafbefehl keine rechtlichen Ausführungen dazu, weshalb dieser Sachverhalt den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB dennoch erfüllte.

Mehrmals wurden in den letzten Jahren Verleger von revisionistischen Zeitschriften verurteilt. Das Bundesgericht wies zwischen 2000 und 2002 gleich mehrere Beschwerden von Verurteilten ab. Einer der Verleger hatte 150 Exemplare seiner Zeitschrift an Bekannte und Bibliotheken verteilt.¹³² Darin war unter anderem zu lesen, dass der Holocaust keine bewiesene historische Tatsache sei, sondern eine Glaubenssache, und er von den Juden missbraucht werde, um die Welt zu unterwerfen. Auch schrieb er, dass Hitler den zionistischen Traum verwirklicht habe, da die Juden in Israel nun eine neue Heimat gefunden hätten. Ein weiterer verurteilter Verleger hatte in seiner Zeitschrift drei eigens verfasste Artikel veröffentlicht, in welchen er die Existenz der Gaskammern bestritt, den Holocaust leugnete und ein revisionistisches Buch vorstellte.¹³³ Ein Autor mehrerer Bücher und Zeitschriftbeiträge, die die Massenvernichtung der Juden und vor allem die Gaskammern bestritten und sie als «Erfindung zur politischen und finanziellen Erpressung des deutschen Volkes» bezeichneten, wurde ebenfalls verurteilt.¹³⁴ Im selben Jahr befasste sich das Bundesgericht mit zwei Buchhändlern, die ein revisionistisches Buch namens «Les Mythes fondateurs de la politique israélienne» von Roger Garaudy vertrieben hatten.¹³⁵ Darin wird unter anderem die Zahl der sechs Millionen ermordeten Juden während des Zweiten Weltkriegs angezweifelt. 2017 wurde der Autor eines Buches mit antisemitischem Inhalt, in dem der Holocaust mehrfach als komplette Fälschung und Lüge und der «orthodoxe Lumpen-Jude» als «abscheuliche Kreatur» bezeichnet wurde, verurteilt.¹³⁶

Bereits mehrfach wurden Personen verurteilt, die antisemitische Flugblätter verteilt hatten. Darauf fanden sich Aussagen wie «Der Holocaust ein zionistischer Mythos»¹³⁷, «Die Vernichtung von sechs Millionen Juden während dem 2. Weltkrieg ist die grösste Lüge»¹³⁸ oder die Gaskammern mit den 6 Millionen Opfern seien noch nie nach juristisch und wissenschaftlich haltbaren Grundsätzen, also objektiv, untersucht worden¹³⁹.

2019 wurde der Verleger einer Zeitschrift verurteilt, nachdem er in dieser einige von ihm verfasste Artikel publiziert hatte. Darin widmete er sich etwa Robert Faurissons Theorie, dass die Gaskammern nicht existiert hätten. Der Autor fragte sich, ob die Mehrheit oder vielleicht doch Faurisson recht habe. In weiteren Artikeln bezeichnete er die «Lehre» Faurissons gar als die reine Wahrheit. Die erste Instanz urteilte, dass eine Leugnung nicht nur ein direktes Bestreiten der Wahrheit sein könne, sondern auch ein Bezweifeln der solchen durch «Pseudo-Argumente». In diesem Fall gab es für das Gericht keinen Zweifel, dass durch die Artikel die

131 EKR 1997-003N.

132 EKR 2000-057N.

133 EKR 2000-020N.

134 EKR 1999-024N.

135 EKR 1997-017N.

136 EKR 2017-004N.

137 EKR 2007-073N.

138 EKR 2012-025N.

139 EKR 2007-022N.

Existenz der Gaskammern, und somit der Holocaust, in Frage gestellt wurden. Dass der Autor sich als Journalist aufspiele und so tue, als sei er auf der Suche nach der Wahrheit, erschwere das Verschulden noch und sei keine Entschuldigung.

Dieser Beschuldigte erhob gegen das Urteil Beschwerde wegen einer angeblichen Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Im Verfahren vor der ersten Instanz sei der Experte, den er hatte anhören lassen wollen, nicht angehört worden. Die zweite Instanz sah das Recht, angehört zu werden, nicht als verletzt, wenn das, was vorgebracht werden wolle, unfähig sei, die Tatsache, die festgestellt werden müsse, zu beweisen. Der Holocaust sei eine historische Tatsache und der Beschuldigte habe zugegeben, die Artikel geschrieben zu haben. Das Gericht sah also keinen Grund, warum ein weiterer Zeuge/Experte hätte angehört werden müssen. Auch die zweite Instanz kam zum Schluss, dass eine Infragestellung der Existenz der Gaskammern einer Leugnung der Verbrechen der Nationalsozialisten gleichkomme und unter Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB falle. Die Leugnung könne direkt den Völkermord betreffen, aber auch dessen Voraussetzungen, zum Beispiel die Befehle Hitlers oder die Existenz der Konzentrationslager. Die Leugnung der Gaskammern sei die Leugnung eines wichtigen Teils des Holocausts.

Das Bundesgericht bestätigte das Urteil des Obergerichts. Der Holocaust sei eine geschichtsnotorische Tatsache und die Anzweiflung der Existenz der Gaskammern stelle den Genozid der Nazis an den Juden in Frage, was ohne Zweifel unter Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB falle.¹⁴⁰ Der EGMR bezeichnete im Zusammenhang mit Garaudy, der mit seinem Buch die Verbrechen der Nazis an den Juden in Frage stellte, die Leugnung historischer Fakten des Holocausts als eine der schärfsten Formen der rassistischen Diffamierung gegenüber Juden.¹⁴¹

4.5.4 Völkermord an den Armeniern und der Fall Doğu Perinçek

In der Schweizer Öffentlichkeit erregte der Fall des türkischen Politikers Doğu Perinçek grosse Aufmerksamkeit. 2005 hatte Perinçek an mehreren öffentlichen Veranstaltungen den Genozid an den Armeniern als «internationale Lüge» bezeichnet.¹⁴² Die erste Instanz stellte damals fest, dass die Leugnung eines Massakers nicht reiche, um unter Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB zu fallen, sondern es müsse sich um einen Genozid handeln, wie er von der Genozidkonvention und vom Römer Statut definiert werde. Dabei handle es sich aber nicht nur um von der internationalen Justiz bereits als Genozide anerkannte Fälle. Bei der Beratung von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB sei der Genozid an den Armeniern als Beispiel genannt worden. Ausserdem sei er ein historischer Fakt und von der Schweiz seit 2003 als solcher anerkannt, was auch der Beschuldigte gewusst habe. Aus diesen Gründen wurde dieser der Leugnung eines Völkermordes schuldig gesprochen.

Das Bundesgericht befasste sich schliesslich auch mit dem Fall Perinçek und entschied, dass nicht von einer berechtigten Anrufung der Meinungs- oder gar der Wissenschaftsfreiheit gesprochen werden könne. Art. 261^{bis} StGB stelle eine gesetzliche Grundlage dar, welche bestehende Grundrechte wie die beiden angerufenen einzuschränken vermöge. Die Bezeichnung des Völkermords an den Armeniern als internationale und historische Lüge sei dazu geeignet, unmittelbar

140 EKR 2019-021N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_350/2019 vom 29. Mai 2019).

141 EGMR-Urteil, Garaudy gegen Frankreich vom 24. Juni 2003.

142 EKR 2006-054N.

den öffentlichen Frieden zu stören und mittelbar die menschliche Würde der Angehörigen der armenischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen. Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen und die Verurteilung Perinçek bestätigt.¹⁴³

2013 zog Perinçek diesen Bundesgerichtsentscheid vor den EGMR weiter. Dort sprachen zunächst die kleine und danach die grosse Kammer die Schweiz schuldig. Mit der Verurteilung habe die Schweiz Perinçek's Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK verletzt. Der EGMR sah die Fakten des Völkermords an den Armeniern nicht als juristisch anerkannte Tatsache, wie es etwa bei den Gaskammern mit der Feststellung durch die Nürnberger-Tribunale der Fall sei. Ausserdem befand der Gerichtshof, dass Perinçek nicht nachgewiesen werden könne, dass er durch seine Aussagen zu Rassenhass und Diskriminierung habe aufrufen wollen.¹⁴⁴ In einem neuen Urteil musste das Bundesgericht 2016 den Schuldspruch aufheben und Doğu Perinçek vom Vorwurf der Rassendiskriminierung freisprechen.¹⁴⁵

Ein ähnlicher Fall ereignete sich 2009 während des Besuchs eines Europavertreters der türkischen Arbeiterpartei in der Schweiz. An einer Pressekonferenz bezeichnete dieser den Genozid an den Armeniern ebenfalls als «internationale Lüge». Er sagte, dass es sich bei den 1915 am armenischen Volk begangenen Massakern und Deportationen nicht um Völkermord gehandelt habe.¹⁴⁶

Die erste Instanz im Kanton Zürich stellte betreffend den Genozid an den Armeniern einen breiten Konsens in der Gemeinschaft fest, welcher in seiner politischen Anerkennung durch die Schweiz Ausdruck finde. Der Völkermord an den Armeniern stelle ein «klassisches» Beispiel im internationalen Völkerstrafrecht dar und es bestehe kein Anhaltspunkt, von diesen Tatsachen abzuweichen. Der subjektive Tatbestand – Vorsatz – wurde ebenfalls als erfüllt betrachtet und der Beschuldigte verurteilt.

Vor der zweiten Instanz führte der Beschuldigte aus, die damaligen Ereignisse seien ein gegenseitiges Gemetzel gewesen, und die meisten Leute seien durch Krankheit und Hungersnot umgekommen, die Vorkommnisse seien kein gezielter Völkermord gewesen wie derjenige an den Juden in Nazi-Deutschland. Die Verteidigung berief sich auf die Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit gemäss Art. 16 und 20 BV. Das Gericht verwies in seinen Erwägungen vollumfänglich auf die Ausführungen und genannten Belegstellen der Vorinstanz, welche darlegten, dass die Ereignisse von 1915 unzweifelhaft als Tatsachen im Sinne eines Völkermordes feststünden, weshalb im Strafprozess darüber nicht Beweis geführt werde und sich weitere Beweiserhebungen erübrigten. Teilweise ergänzend wies die zweite Instanz darauf hin, dass im Bundesgerichtsentscheid zum Fall Perinçek klar festgehalten worden sei, dass über den Völkermord an den Armeniern ein breiter Konsens in der Gemeinschaft existiere, welcher in politischen Erklärungen Ausdruck finde und auch auf einem breiten wissenschaftlichen Konsens über die Qualifikation der Ereignisse von 1915 als Völkermord beruhe. In diesem Entscheid habe das Bundesgericht festgehalten, dass die Armenier ein Volk oder zumindest eine Ethnie darstellten, die sich insbesondere mit ihrer Geschichte, die durch die Ereignisse von 1915 gekennzeichnet sei, identifiziere. Dies habe zur Folge, dass die Leugnung des Völkermords an den Armeniern eine Verletzung ihrer Identität darstelle.

143 EKR 2006-054N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_398/2007 vom 12. Dezember 2007).

144 Siehe www.amnesty.ch > Über Amnesty > Publikationen > Magazin «AMNESTY» > Europäische Menschenrechtskonvention > Die Schweiz will Klärung (besucht am 8.9.2020).

145 Urteil (des Bundesgerichts) 6F_6/2016 vom 25. August 2016.

146 EKR 2009-001N.

Das Bundesgericht wies auch im Zürcher Fall die Beschwerde des Beschuldigten ab.¹⁴⁷ Allerdings erging dieser Entscheid noch vor dem Perinçek-Urteil des EGMR. Seither ist das Bundesgericht um einiges zurückhaltender in Fällen, die andere Genozide als den Holocaust betreffen.

Das Perinçek-Urteil des EGMR wurde mehrfach kritisiert.¹⁴⁸ Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb zwischen verschiedenen Genoziden unterschieden werden sollte, besonders zwischen denjenigen, die von einer Mehrheit der Staatengemeinschaften anerkannt sind. Allerdings bedeutet das EGMR-Urteil nicht, dass Art. 261^{bis} StGB an sich gegen die Meinungsäusserungsfreiheit verstösst. Das Urteil hat somit keinen Einfluss auf die übrige Anwendung der Strafnorm.¹⁴⁹ Immerhin diene das Perinçek-Urteil der GRA in dem unter 4.1.5 erwähnten Fall: Wenn sogar die Leugnung eines Genozids durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt sei, dann erst recht die Aussage, die Rede eines Mitglieds der Jungen SVP stelle «verbalen Rassismus» dar.

4.5.5 Leugnung des Massakers von Srebrenica

In einem neueren Urteil des Bundesgerichts zur Leugnung der Geschehnisse von Srebrenica wurde der Beschuldigte freigesprochen, da sein Text weder zu Gewalt, Hass oder Diskriminierung aufgerufen, noch Vorwürfe gegenüber den bosnischen Muslimen enthalten habe. Zwar sei der Text zweifellos respektlos und beleidigend für die Familien der Opfer, das Andenken Letzterer sowie die Gemeinschaft der bosnischen Muslime überhaupt. Doch sei der Artikel nicht in einem solchen Mass als Verletzung ihrer Würde zu betrachten, dass ein strafrechtliches Eingreifen erforderlich wäre, schloss das Bundesgericht.

147 EKR 2009-001N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_297/2010 vom 16. September 2010).

148 Siehe etwa Offener Brief des International Institute for Genocide and Human Rights Studies vom 16. Februar 2014, www.humanrights.ch > Informationsplattform > Rechtsprechung und Empfehlungen > Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte > Erläuterte Schweizer Fälle > Erstes EGMR-Urteil von 2013 zum Fall Perinçek gegen die Schweiz (besucht am 3.11.2020).

149 Vgl. Stellungnahme der EKR www.ekr.admin.ch > Aktuell > Stellungnahmen > 2015 (besucht am 3.11.2020); siehe auch www.humanrights.ch > Rechtsprechung und Empfehlungen > Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte > Erläuterte Schweizer Fälle > EGMR zum Fall Perinçek: Auch die Grosse Kammer schützt die Meinungsäusserungsfreiheit (besucht am 3.11.2020).

150 EKR 2018-039N (BGE 145 IV 23 E.5.4.5).

Das Tessiner Appellationsgericht hatte den Autor des Artikels noch schuldig gesprochen. Der Mann hatte im Text den Genozid in Srebrenica geleugnet und als propagandistische Lüge bezeichnet. Das Bundesgericht befand zwar, der objektive Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB sei grundsätzlich erfüllt, die diskriminierende Absicht des Verfassers könne aber nicht abschliessend nachgewiesen werden und müsse eigentlich zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Da das Bundesgericht aber in der Verurteilung des Autors durch das Appellationsgericht dessen Recht auf freie Meinungsäusserung verletzt sah, verzichtete es auf eine Rückweisung. Es stützte sich dabei auf die Rechtsprechung im Fall Perinçek und betonte, dass Meinungsäusserungen zu Themen von allgemeinem Interesse ein sehr starker Schutz zuerkannt werde. Der Text betreffe die jüngere Geschichte und sei grundsätzlich von öffentlichem Interesse. Unter diesen Umständen könne die Verurteilung in einer demokratischen Gesellschaft nicht als notwendig erachtet werden – was indes in keiner Weise den Inhalt des Artikels legitimiere.¹⁵⁰

4.5.6 Unterschiedliche Behandlung verschiedener Völkermorde

Es ist interessant und gleichsam erstaunlich, wie unterschiedlich der Holocaust im Vergleich zu den anderen Völkermorden juristisch behandelt wird. Während

sowohl der Holocaust als auch der Genozid an den Armeniern sowie das Massaker in Srebrenica international und in der Schweiz als Genozide anerkannt sind, werden nur bei einer Leugnung des Holocausts automatisch rassistische Motive sowie eine Herabsetzung der Angehörigen der Ethnie der Opfer angenommen. Die Rechtsprechung lässt zum Beispiel in dem Sinn einen Automatismus zu, indem sie die sog. «Auschwitz-Lüge», also das Infragestellen der Konzentrationslager und/oder der Gaskammern, immer als Verstoß gegen Art. 261^{bis} StGB betrachtet. Wer nämlich die Existenz von Gaskammern zur Massenvernichtung von Juden durch das nationalsozialistische Regime bestreite, bringe damit zumindest implizit zum Ausdruck, dass dieses Regime nicht schlimmer gewesen sei als manches andere, dass in Tat und Wahrheit viel weniger Menschen umgebracht worden seien, als allgemein angenommen werde, und dass Gaskammern eine Erfindung seien, von welcher gerade auch die Juden heute profitieren wollten.¹⁵¹

Bei den anderen beiden Genoziden wird hingegen nicht automatisch von einem rassistischen Motiv ausgegangen und die Leugnung auch nicht direkt mit der Verletzung der Würde der Angehörigen der betroffenen Ethnie gleichgestellt. Zudem verlangte das Bundesgericht im Urteil bezüglich der Geschehnisse in Srebrenica, dass zusätzlich eine Aufstachelung zu Hass vorliege, was allerdings keine Tatbestandsvoraussetzung von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB ist. Die Zurückhaltung des Bundesgerichts und die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Genozide lässt sich möglicherweise mit dem Perinçek-Urteil des EGMR erklären.

Ebenfalls interessant ist, dass das Bundesgericht im oben erwähnten Urteil zur Leugnung des Massakers von Srebrenica nicht besprach, ob Srebrenica als Völkermord zu qualifizieren sei oder nicht. 2001 hatte der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in seinem Urteil gegen Radislav Krstić die Geschehnisse in Srebrenica als Völkermord qualifiziert.¹⁵² Entscheidend war für das Bundesgericht einzig die Abwägung von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB gegen die Meinungsäußerungsfreiheit.

4.5.7 Neue Rechtsprechung zum subjektiven Tatbestand

Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB fordert einen rassendiskriminierenden Beweggrund als subjektiven Tatbestand. In der herrschenden Lehre besteht jedoch Einigkeit darüber, dass die Leugnung von Völkermord unabhängig von ihrer Motivation strafwürdig sei. Vor kurzem entschied das Bundesgericht bezüglich des Erfordernisses eines rassistischen Motivs, dass es nicht reiche, einen Genozid «einfach» zu leugnen oder zu rechtfertigen.¹⁵³ Um strafbar zu sein, müsse die Aussage auf rassistischen Überzeugungen des Autors oder der Autorin gründen. Es müssten Hass oder Verachtung gegenüber Personen einer bestimmten «Rasse», Ethnie oder Religion dahinterstehen. Das diskriminierende Motiv sei bei einer Rechtfertigung eines Völkermordes praktisch intrinsisch, da diese eine Zustimmung zu solchen Abscheulichkeiten enthalte. Bei einer Leugnung oder dem Herunterspielen hingegen könne dies nicht so einfach gefolgert werden. Man müsse also in jedem Einzelfall die Umstände betrachten, auch wenn solches Verhalten nur wenig Raum für ehrbare Motive lasse.

151 Urteil (des Bundesgerichts, Kassationshof) 6S.420/1999 vom 21. Juni 2000 E. 3.b.bb; vgl. auch BGE 126 IV 20; BGE 126 IV 176; BGE 126 IV 230; Urteil 6S.698/2001 vom 22. Januar 2003 E. 2.1 ff.

152 Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien vom 2. August 2001.

153 EKR 2019-021N (Urteil [des Bundesgerichts] 6B_350/2019 vom 29. Mai 2019 E. 1.1 ff.).

4.6 Die Problematik im Umgang mit rassistischen Symbolen

4.6.1 Kein Verbot rassistischer Symbole

Ob und wann das öffentliche Zeigen von Symbolen den Rassismus-Tatbestand erfüllt, scheint nicht immer eindeutig. Im Gegensatz zu Deutschland herrscht in der Schweiz kein Verbot rechtsextremer Symbole. Grundsätzlich sind diese also erlaubt und Vorstösse für ein Verbot sind im Parlament bisher gescheitert (siehe 4.6.4). Art. 261^{bis} StGB stellt aber die öffentliche Verbreitung von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer «Rasse», Ethnie oder Religion gerichtet sind, unter Strafe. Zur Frage der Strafbarkeit ist also zu beurteilen, ob und ab wann die Verwendung rechtsextremer oder anderer Symbole, die Angehörige einer «Rasse», Ethnie oder Religion herabsetzen, mit der Verbreitung der jeweiligen Ideologie gleichgesetzt werden kann. Die Staatsanwaltschaften und Gerichte kamen hier teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen.

4.6.2 Bekenntnis oder Verbreitung?

Ein Mann, der 2016 auf seiner Facebook-Seite unter anderem Symbole der «Waffen SS», den Namenszug und die Unterschrift von Heinrich Himmler und den Reichsadler veröffentlicht hatte, wurde von der Strafverfolgungsbehörde im Kanton Solothurn der öffentlichen Verbreitung einer Ideologie, die die systematische Herabsetzung des Judentums zum Ziel habe, für schuldig befunden.¹⁵⁴ Zum selben Schluss war 2010 eine andere Solothurner Staatsanwaltschaft gekommen, die im Sprayen der Worte «Reichsadler» und «Hakenkreuze» an öffentliche und private Gebäude sowie an Signaltafeln eine öffentliche Verbreitung der Ideologie des Nationalsozialismus erkannte.¹⁵⁵ Auch das Sprayen von Hakenkreuzen und den Ziffern «88» an Bäume wurden als tatbestandsmässig erkannt.¹⁵⁶

Ein Strafverfahren im Kanton Aargau gegen mehrere Personen, die auf einem öffentlichen Grillplatz eine Hakenkreuzfahne gehisst hatten, wurde hingegen eingestellt.¹⁵⁷ Die Staatsanwaltschaft befand, dass als Bekenntnis zur nationalsozialistischen Ideologie unter anderem das Aufhängen eines Hitlerbildes, das Zeichnen eines Hakenkreuzes oder das Grüssen mit dem Hitler-Gruss zu qualifizieren seien. Sie stellte zudem fest, dass die Hakenkreuzfahne ein wesentliches Symbol des Nationalsozialismus sei. Es bestehe jedoch kein generelles Verbot, rechtsextreme Symbole öffentlich zur Schau zu stellen, da dies noch nicht als Verbreitung einer Ideologie erscheine. Vielmehr müsse man sich an die Öffentlichkeit richten und diese beeinflussen und umwerben. Die Darstellung des Hakenkreuzes sei also nur dann strafbar, wenn es werbend verwendet werde. In diesem Fall sei die Fahne von den Beschuldigten einzig zum Zeichen ihrer Gesinnung gehisst worden, weitere Aktivitäten seien nicht bekannt.

Damit entschied die Staatsanwaltschaft gleich wie einige Jahre zuvor eine im Kanton Zürich. Dort hatte eine Gruppe Jugendlicher bei einer privaten Grillparty auf einem öffentlichen Grillplatz einschlägige Fahnen aufgehängt, Marschmusik abgespielt und ein Hakenkreuz aus Ästen gebastelt.¹⁵⁸ Ein Anwesender nahm zudem einen vermeintlichen «Hitlergruss» vor. Grundsätzlich könnten das Aufhängen von Fahnen,

154 EKR 2016-021N.

155 EKR 2010-053N.

156 EKR 2015-025N.

157 EKR 2007-071N.

158 EKR 2001-008N.

das Abspielen von Musik und die Verwendung von Zeichen und Gesten erst dann strafrechtlich relevant sein, wenn sie eine Ideologie kennzeichnen, die auf die systematische Herabsetzung bestimmter Gruppen gerichtet sei, argumentierte die zuständige Staatsanwaltschaft. Dies ist bei Symbolen des Nationalsozialismus ohne Zweifel der Fall. Jedoch kam auch diese Strafverfolgungsbehörde zum Schluss, dass in diesem Fall das werbende Element fehle und somit kein Verbreiten einer Ideologie im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB vorliege. Um als «Verbreiten» zu gelten, müsse sich eine Handlung oder Äusserung an ein – in der Zahl bestimmtes oder unbestimmtes – Publikum richten, wobei die Tathandlung darauf ausgerichtet sein müsse, den Empfängern einen bestimmten Inhalt, Sachverhalt oder eine Wertung zur Kenntnis zu bringen und damit implizit dafür zu werben. Dazu müsse der Täter die Öffentlichkeit nicht nur wollen oder damit rechnen, vielmehr müsse er sich an sie richten, sie beeinflussen und umwerben wollen. Die Darstellung des Hakenkreuzes, welches als wichtiges Symbol des Nationalsozialismus zu werten ist, sei nur strafbar, wenn es werbend und nicht nur im Sinne eines Bekenntnisses verwendet wird. In diesem Fall sei das aus Ästen gebastelte Hakenkreuz kaum sichtbar am Boden verankert gewesen, weshalb es als reines Bekenntnis gewertet wurde. Die Staatsanwaltschaft hielt zudem fest, dass der Hitlergruss unter Gleichgesinnten nicht als Verbreitung einer verpönten Ideologie gelte, selbst wenn er in der Öffentlichkeit ausgeführt werde, umso mehr, wenn kein Nachweis erbracht werden könne, dass er gegenüber Dritten verwendet worden sei.

Bei einem ähnlichen Fall im Kanton Zürich, bei dem das Hakenkreuz bei einem Grillplatz in den Rasen gebrannt sowie ein Bild von Adolf Hitler aufgehängt und ein T-Shirt mit dem Aufdruck «Heil Hitler» und einem Reichsadler zurückgelassen wurde,¹⁵⁹ war gemäss der Strafverfolgungsbehörde Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB objektiv erfüllt: Das Aufhängen eines Hitler-Bildes an einem öffentlich zugänglichen und von einer Vielzahl von verschiedenen Personen häufig frequentierten Platz bzw. Ort erfülle in objektiver Hinsicht den Tatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB, weil dadurch öffentlich Ideologien verbreitet würden, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer «Rasse», Ethnie oder Religion gerichtet seien.

Das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Tatbegehung sei aber erst dann erfüllt worden, als das Bild nach der Geburtstagsparty nicht abgenommen worden sei und dadurch die Naziideologie an einen grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Kreis von Personen gerichtet gewesen sei. Die Angeklagten hätten als verantwortliche Mitorganisatoren das Bild nach der Party wieder abnehmen müssen. Da es jedoch am Vorsatz fehlte, wurden zwei der Angeklagten freigesprochen. Die drei, die das Hakenkreuz in den Rasen gebrannt hatten, wurden hingegen verurteilt.

Im Kanton Zürich wurde eine Untersuchung gegen einen Beschuldigten, der per SMS ein Hakenkreuz an eine Teletext-Chatplattform gesandt hatte, von der Strafverfolgungsbehörde eingestellt.¹⁶⁰ Sie war der Ansicht, dass der Mann keine Ideologie im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB verbreitet habe. Die Darstellung bzw. das Tragen eines solchen Zeichens sei nur dann strafbar, wenn weitere rassistische Handlungen oder Äusserungen – ebenfalls in der Öffentlichkeit – hinzukommen würden.

159 EKR 2001-036N.
160 EKR 2002-004N.

2007 sprach ein Solothurner Gericht zweiter Instanz einen Beschuldigten vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei, nachdem er an einer Demonstration der rechtsgerichteten «Helvetischen Jugend» in Solothurn teilgenommen und danach über diese in einem Parteiblatt berichtet hatte.¹⁶¹ Der Bericht war illustriert mit einem Foto der genannten Kundgebung, auf dem der Demonstrationzug mit einem grossen, teilweise verdeckten, Transparent zu sehen ist. Lesbar sind die Buchstaben «WER R[...]ERT» «DEN AR[...]TER», daneben ist ein gelber Davidstern auf einer blauen Kugel zu erkennen. Der vollständige Text heisst unbestrittenermassen «Wer regiert den Arbeiter», der gelbe Stern bezieht sich auf Israel bzw. die Juden und die blaue Kugel symbolisiert die Welt. Das Transparent sollte zum Ausdruck bringen, dass die Juden die Welt und die Arbeiter regieren würden. Das Obergericht betonte, dass ein wesentlicher Aspekt von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB das Bestreben sei, die Öffentlichkeit zu beeinflussen. Das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit erachtete das Gericht bei der Zustellung der Zeitschrift an 70 Empfänger als zweifellos gegeben. Es gehe aber um das Element des «Werbens», d.h. der Ausdehnung, im Gegensatz zum blossen Bekenntnis. Massgeblich sei die Zielrichtung der Handlung: Der Täter müsse sich an einen möglichst grossen Adressatenkreis wenden, im Bestreben, diesen werbend zu beeinflussen. In seinem verfassten Text habe der Beschuldigte jedoch seine Teilnahme an der Kundgebung gerechtfertigt und sogar eine Entschuldigung an die betroffene Bevölkerung gerichtet. Das Gericht ging zu Gunsten des Beschuldigten davon aus, dass er mit der Publikation des Bildes nicht eine allenfalls rassistische Aussage auf dem darauf abgebildeten Transparent habe verbreiten wollen.

2019 wurde im Kanton Thurgau ein Beschuldigter wegen des Verbreitens von rassistischen Ideologien verurteilt, nachdem er auf seinem Facebook-Profil ein Bild von einem mit roter Sauce gezeichneten Hakenkreuz auf hellem Teig in einem Backblech sowie ein Video, in dem der Holocaust geleugnet wird, gepostet hatte¹⁶². Aus dem Strafbefehl geht allerdings nicht genau hervor, welcher Post welche Tatbestandsvariante zu erfüllen vermochte und ob das Hakenkreuzfoto alleine für eine Verurteilung gereicht hätte.

Wie die untersuchte Rechtsprechung zeigt, ist die Grenze zwischen straffreiem Bekenntnis zu einer diskriminierenden Ideologie und einem strafbaren Verbreiten nicht immer einfach zu ziehen. Die Entscheide der Staatsanwaltschaften und Gerichte sind nicht einheitlich. Eine wichtige Rolle bei der Unterscheidung spielen aber sicher der Ort der Geschehnisse und die dabei anwesenden Personen sowie das aktiv betriebene Ziel, Personen ausserhalb der als Gemeinschaft fungierenden Gruppe zu beeinflussen oder anzuwerben.

4.6.3 Der Hitlergruss

2010 hatte ein Beschuldigter an einer Partei-Veranstaltung auf dem Rütli teilgenommen.¹⁶³ Beim gemeinsamen Aufsagen des Rütli Schwurs streckte er für ca. 20 Sekunden den rechten Arm zum «Hitlergruss» aus. Ausser den rund 150 Veranstaltungsteilnehmenden und dem Polizeibeamten waren zur fraglichen Zeit auch einige unbeteiligte Dritte als Wanderer und Spaziergänger auf der Rütliwiese zugegen, welche die Veranstaltung wahrnehmen konnten. Die erste und zweite Instanz verurteilten den Beschuldigten wegen Rassendiskriminierung. Das Bundesgericht

¹⁶¹ EKR 2006-059N;
siehe auch EKR 2006-059N
(erste Instanz).

¹⁶² EKR 2019-011N.

¹⁶³ EKR 2014-004N
(BGE 140 IV 102).

hiess die Beschwerde des Beschuldigten gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, welche den Beschuldigten freisprach. Es qualifizierte den «Hitlergruss» als Geste des Nationalsozialismus, und dieser entspreche einer Ideologie im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB, die auf die Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer «Rasse», Ethnie oder Religion gerichtet sei. Der Gruss werde von unbefangenen Dritten als zumindest teilweises Bekenntnis zum Nationalsozialismus verstanden. Aber der Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB sei nicht durch das öffentliche Bekenntnis zu einer bestimmten Ideologie erfüllt. Vielmehr sei Voraussetzung, dass die Ideologie «verbreitet» werde. Damit sei ein «Werben», ein «Propagieren» gemeint.

Laut Bundesgericht ist die Lehre der Meinung, dass der «Hitlergruss» selbst bereits ein werbendes Verbreiten darstellen könne. Allerdings nur, wenn die so gegrüsste Person diese Ideologie nicht teile. Werde die Geste dagegen unter Gleichgesinnten verwendet, so dürfte darin jedenfalls kein «Verbreiten» im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB zu erkennen sein, auch dann nicht, wenn es in der Öffentlichkeit geschehe. Das zur Erfüllung des Merkmals des «Verbreitens» erforderliche Element der werbenden Einflussnahme sei aber nicht schon ohne weiteres gegeben, wenn und weil sich die Gebärde an unbeteiligte Dritte richte. Auch in diesem Fall könne sich der Gruss in einem eigenen Bekenntnis zur damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie erschöpfen. Denn auch das eigene Bekenntnis in der Öffentlichkeit zeichne sich dadurch aus, dass es auf eine Kenntnisnahme durch Dritte gerichtet sei. Ob die Verwendung des «Hitlergrusses» in der Öffentlichkeit gegenüber Dritten objektiv und subjektiv lediglich eine Bekundung eines eigenen Bekenntnisses oder ein tatbestandsmässiges Propagieren und damit Verbreiten der durch das Symbol gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie sei, hänge von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab.

Dazu ein Beispiel aus dem Jahr 2015: Als sich ein Restaurantgast durch einen anderen Gast provoziert fühlte und erkannte, dass es sich bei diesem um einen Ausländer handelte, knallte er seine Fersen zusammen, streckte die Hand zum Hitlergruss aus und rief mehrmals «Heil Hitler». Die zuständige Strafverfolgungsbehörde im Kanton Aargau erachtete damit den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB als erfüllt.¹⁶⁴ Gleich hatte eine andere Staatsanwaltschaft ein paar Jahre zuvor in einem ähnlichen Fall entschieden.¹⁶⁵

Die zweite Instanz im Kanton Solothurn verurteilte 2012 einen Angeklagten, der am 1. August mit mehreren hundert Gleichgesinnten durch die Stadt marschiert war und dabei den Arm zum Hitlergruss erhoben hatte.¹⁶⁶ Weiter wurde ihm vorgehalten, während einer Kontrolle durch die Polizei mehrfach den Hitlergruss gemacht und rechtsextreme Parolen geschrien zu haben. Das Obergericht führte dazu aus, dass das Erheben der Hand zum Hitlergruss eine Widerhandlung gegen Art. 261^{bis} StGB darstelle, sofern die begrüßte Person diese Ideologie nicht teile. Im vorliegenden Fall geschah dies wohl in einer marschierenden Gruppe Gleichgesinnter. Jedoch verfolgten den Marsch nachgewiesenermassen mehrere Passanten und Journalisten, womit der Marsch öffentlich war. Es sei offensichtlich, dass die Marschierenden den Zuschauern ihre Meinung dargelegt und für ihre Gesinnung geworben hätten. Die skandierten Parolen und Gesten wurden damit nicht nur unter den Marschierenden ausgetauscht, sondern waren an die Zuschauer – also

164 EKR 2015-002N.
165 EKR 2012-017N.
166 EKR 2012-004N.

an die Öffentlichkeit – gerichtet. Das Obergericht schliesst zudem aus dem Umstand, dass die Parolen und Gesten an einem Nationalfeiertag in der Öffentlichkeit präsentiert worden waren, auf ein werbendes Verbreiten des ideologischen Hintergrunds des Beschuldigten. Auch die mehrfache Ausführung des Hitlergrusses gegenüber der Polizei in der Öffentlichkeit führe zu einer Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB.¹⁶⁷

In weiteren Fällen wurden mehrere Personen verurteilt, die gegenüber unbeteiligten Dritten, die ihre Ideologie nicht teilten, den Hitlergruss ausführten und/oder «Sieg Heil» schrien.¹⁶⁸ Ebenfalls zu Verurteilungen führten das Ausführen des Hitlergrusses gegenüber zwei Personen jüdischen Glaubens¹⁶⁹, gegenüber dunkelhäutigen Personen¹⁷⁰ und vor dem Hotel, in dem die Gedenkfeier zum 100. Jahrestages des Zionisten-Kongresses stattfand¹⁷¹.

Bemerkenswert ist, dass vor dem wegweisenden «Hitlergruss-Urteil» des Bundesgerichts 2014 relativ viele Entscheide zum Hitlergruss getroffen wurden, von denen die allermeisten in einer Verurteilung endeten. In den Jahren danach kam es nur noch zu der oben erwähnten Verurteilung 2015 im Kanton Aargau, wobei der Hitlergruss in diesem Fall an eine bestimmte Person gerichtet war. Dies zeigt, dass vor diesem Leitentscheid des Bundesgerichts der Hitlergruss in der Öffentlichkeit von den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten meist als Verbreitung einer Ideologie im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB eingestuft wurde, wenn er sich nicht an eine bestimmte Person richtete und Unbeteiligte zugegen waren. Danach ist kein solcher Entscheid mehr zu finden, was auf eine Änderung der Praxis nach Massgabe des Bundesgerichtsentscheids schliessen lässt.

4.6.4 Einführung eines Verbots rassistischer Symbole?

Im Jahr 2009 wurde im Parlament die Einführung eines Art. 261ter StGB betreffend rassistischer Symbole diskutiert. Es sollte mit Busse bestraft werden, wer öffentlich rassistische Symbole verwendet oder verbreitet, insbesondere Symbole des Nationalsozialismus oder Abwandlungen davon, wie Fahnen, Abzeichen, Embleme, Parolen oder Grussformen sowie Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen. Der Bundesrat empfahl jedoch, auf ein solches Verbot der öffentlichen Verwendung extremistischer, gewaltverherrlichender und rassistischer Symbole zu verzichten.¹⁷² National- und Ständerat folgten dieser Empfehlung. Eines der wohl stärksten Argumente gegen ein Verbot solcher Symbole war, dass es schwierig wäre, eine abschliessende Liste von verbotenen Symbolen zu erstellen.

Nachdem 2019 an der Schwyzer Fasnacht mehrere Personen in Ku-Klux-Klan Kostümen auftraten, flammte die Diskussion um ein solches Verbot wieder auf. Eine Motion wurde im Parlament eingereicht, die die öffentliche Verwendung von Propagandamitteln, besonders des Nationalsozialismus oder einer Vereinigung, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer «Rasse», Ethnie oder Religion gerichtet ist, unter Strafe stellen will.¹⁷³ Es wird sich zeigen, wie die Räte dieses Mal entscheiden.

167 Siehe hierzu auch EKR 2012-001N.

168 EKR 2010-023N;
EKR 2009-046N;
EKR 2009-025N;
EKR 2009-014N;
EKR 2009-011N;
EKR 2008-026N;
EKR 2007-024N;
EKR 2004-052N.

169 EKR 1998-008N.

170 EKR 2010-054N.

171 EKR 1998-010N.

172 BBl 2010 4851.

5. Fazit

Obwohl Art. 261^{bis} StGB seit seiner Einführung Kritik ausgesetzt ist, hat sich die Strafnorm in unserer Gesellschaft etabliert. Die kürzlich vom Volk deutlich angenommene Erweiterung von Art. 261^{bis} StGB zeigt, dass die Norm von der Bevölkerung im Kampf gegen Rassismus und Diskriminierung als wichtig und notwendig erachtet wird.

In der Rechtsprechung erwies sich die Rassismusstrafnorm in den letzten 25 Jahren als gut anwendbare Norm, die zu keiner grundsätzlichen Rechtsunsicherheit führte, wie dies zum Teil von Gegnern vorgehalten wird. In verschiedenen in dieser Analyse beleuchteten Bereichen, unterlag die Rechtsprechung Veränderungen und Entwicklungen. Doch grundlegende Differenzen im Vergleich zum Ergebnis der letzten Analyse der Rechtsprechung der EKR aus dem Jahr 2007 sind nicht feststellbar. Trotzdem zeigen sich bei gewissen Anwendungsfragen immer noch Unsicherheiten und Uneinheitlichkeit bei den rechtsprechenden Behörden. Bedarf nach Klarheit besteht vor allem bezüglich der in Art. 261^{bis} StGB genannten Diskriminierungsmerkmale. Auch die Verlagerung rassistischer Handlungen vom physischen in den virtuellen Raum stellt die Gerichte vor neue Fragen und Herausforderungen.

Spannungsfeld Meinungsäusserungsfreiheit

Gegner der Rassismusstrafnorm behaupten immer wieder, dass durch die Strafnorm die Meinungsäusserungsfreiheit übermässig eingeschränkt werde. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt jedoch, dass dem nicht so ist. Einerseits ist das Recht auf freie Meinungsäusserung nicht grenzenlos und beinhaltet kein Recht auf rassistische Äusserungen, welche die Menschenwürde verletzen. So muss die Meinungsäusserungsfreiheit nicht geprüft werden, wenn eine Aussage ganz offensichtlich die Menschenwürde verletzt. Dieser Ansicht folgt auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung. Andererseits wird aber in der Rechtsprechung auch der Wichtigkeit der Meinungsäusserungsfreiheit in einer Demokratie Rechnung getragen, weshalb sie in den Erwägungen der Gerichte nicht selten berücksichtigt wird. So misst auch der EGMR der Meinungsäusserungsfreiheit jeweils einen hohen Stellenwert zu, besonders in politischen und wissenschaftlichen Diskursen.

Internet und soziale Medien

Rassistische Äusserungen und Hate Speech im Internet haben in den letzten 25 Jahren erheblich zugenommen. Das Internet bietet einen unendlichen Raum für diskriminierende Handlungen und Äusserungen und viele Möglichkeiten, anonym zu bleiben, die leider rege genutzt werden. Die Häufigkeit variiert je nach entsprechenden politischen oder gesellschaftlichen Ereignissen. Diskriminierende Äusserungen werden in unterschiedlichen sozialen Medien sowie auf «normalen» Webseiten verbreitet. Die vorliegende Analyse zeigt, dass die Rechtsprechung anpassungsfähig ist, was bei der schnellen technologischen Entwicklung unabdingbar ist. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die meisten Internet-

plattformen und Webseiten öffentlich im Sinne von Art. 261^{bis} StGB sind. Das gilt etwa auch für geschlossene Facebook- oder WhatsApp-Gruppen, in denen keine «enge persönliche Bindung» zwischen den Mitgliedern besteht. Doch es stellen sich auch Fragen, die es noch genauer zu klären gilt. So lässt sich etwa noch nicht eindeutig sagen, wie weit die Verantwortung der Internetprovider reicht. Auch wie mit der Löschung oder dem «Liken» von Posts umgegangen werden soll, scheint noch nicht abschliessend geklärt. Eine besondere Herausforderung stellt das Territorialitätsprinzip dar, beziehungsweise der räumliche Geltungsbereich des schweizerischen Strafrechts. Demnach sind dem StGB nur Personen unterworfen, die die Tat im Inland ausgeübt haben (Art. 3 StGB). Vom Territorialitätsprinzip gibt es zwar Ausnahmen, z.B. nach Art. 7 StGB, wenn etwa die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder sich die beschuldigte Person danach wieder in der Schweiz aufhält. Wenn aber keine Ausnahmen vorliegen, ist die Tat nur dann in der Schweiz strafbar, wenn der Ort, an dem der Erfolg eintritt, in der Schweiz liegt. Da es sich aber bei Rassendiskriminierung und Ehrverletzungsdelikten um sogenannte abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, können sie an sich gar keinen Erfolgsort haben. Dies führt zu einer unbefriedigenden Situation, in der eine Vielzahl von rassistischen Äusserungen im Internet nicht strafrechtlich verfolgt werden kann, auch wenn die entsprechenden Inhalte von der Schweiz aus im Internet zugänglich sind.¹⁷⁴

Die Begriffe «Rasse» und Ethnie

Bezüglich der Schutzobjekte von Art. 261^{bis} StGB bergen die Begriffe «Rasse» und Ethnie einen gewissen Auslegungsspielraum, der von der Rechtsprechung zum Teil unterschiedlich genutzt wird. Bezüglich des Begriffs «Rasse» stellt sich die Frage, wie stark man dieses in sich rassistische Konstrukt überhaupt übernehmen darf. Die Gerichte und Strafverfolgungsbehörden gehen hier teilweise unterschiedliche Wege. Während einige sich klar vom Begriff distanzieren, zögern andere nicht, ihn auf bestimmte Personengruppen anzuwenden. Der Begriff wird vor allem dann verwendet, wenn eine Gruppe gewisse äusserliche Merkmale aufweist, welche nicht von der Ethnie erfasst sind. Immerhin halten sich alle rechtsprechenden Behörden an die vom Bundesrat vorgeschlagene soziologische Konzeption des Begriffs als soziales Konstrukt. Allerdings kommt es für die rechtsprechenden Behörden weniger auf die Definition des Begriffs als vielmehr auf die rassistische Motivation der Tat (Subjektivität anstatt Objektivität) an.

Bei der Ethnie bereitet den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden nicht der Begriff an sich Schwierigkeiten, sondern die Frage, was alles unter Ethnie verstanden werden kann. Es handelt sich dabei gemäss Lehre um eine Gruppe, die dieselbe Sprache, die gleichen Bräuche, Traditionen, Sitten usw. teilt und die sich selbst als distinkte Gruppe versteht oder als solche wahrgenommen wird. Die Staatsangehörigkeit ist nicht identisch mit der Ethnie, es gibt aber durchaus gewisse Überschneidungen. Obwohl nicht von Einheitlichkeit gesprochen werden kann, zeichnet sich in der Rechtsprechung die Tendenz ab, dass Nationalität und Ethnie öfters gleichgesetzt werden. Bei der Frage, ob Schweizerinnen und Schweizer eine Ethnie darstellen, entschieden die Gerichte unterschiedlich. Herausfordernd ist für rechtsprechende Behörden, wenn Sammelbegriffe für verschiedene Ethnien

174 Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll des Europarats zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.

verwendet werden, zum Beispiel «Ausländer» oder «Asylbewerbende». Unterschiedliche Instanzen kommen dabei zu verschiedenen Entscheidungen. Gemäss der Lehre kann es aber nicht sein, dass eine Handlung straflos ist, nur weil sie sich auf mehrere Ethnien gleichzeitig bezieht und diese nicht einzeln benennt.

Leugnung von Völkermord

Die Leugnung von Völkermord gehört zwar nicht zu den am häufigsten vorkommenden Tatbestandsvarianten von Art. 261^{bis} StGB. Sie muss aber dennoch genauer betrachtet werden, da sie auf grausame historische Geschehnisse Bezug nimmt, die zum Teil einen elementaren Kern des Rassismus ausmachen. Die Tendenz der Rechtsprechung, unterschiedliche Völkermorde anders zu behandeln und zu gewichten, wirft Fragen auf. So erscheint es nicht gerechtfertigt, bei Äusserungen, die den Genozid an den Armeniern betreffen, die Meinungsäusserungs- und Wissenschaftsfreiheit höher zu gewichten als bei Äusserungen bezüglich des Holocausts. Diese Entwicklung der schweizerischen Rechtsprechung ist auf das Perinçek-Urteil des EGMR zurückzuführen, der die Schweiz wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit eines Leugners des Armenien-Genozids verurteilte. Es ist zwar verständlich, dass die Schweiz eine erneute Verurteilung durch den Gerichtshof vermeiden möchte. Allerdings ist die unterschiedliche Behandlung verschiedener vom Bundesrat und der Mehrheit der Staatengemeinschaft anerkannter Völkermorde stossend. Damit das Bundesgericht in solchen Fällen überhaupt die Meinungsäusserungsfreiheit in Betracht ziehen kann, anerkennt es im Falle von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB den öffentlichen Frieden als geschütztes Rechtsgut. In der Lehre ist dies aber umstritten. Würde man nur die Menschenwürde als Rechtsgut anerkennen, dürfte man diese streng genommen nicht gegen die Meinungsäusserungsfreiheit abwägen, da sie als unantastbarer Kern aller Grundrechte gilt.

Rassistische Symbole und Gesten

Es zeigt sich, dass die Grenze zwischen einem strafbaren Verbreiten einer bestimmten Ideologie und einem straflosen Bekenntnis zu derselben Ideologie nicht immer einfach zu bestimmen ist. Die Grenze wird in der Rechtsprechung unterschiedlich gezogen. Sowohl bei rassistischen Symbolen als auch Gesten gilt, dass das Tragen des Symbols oder die Geste an sich nicht strafbar sind. Um den Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB zu erfüllen, muss vielmehr mit dem Symbol oder der Geste eine rassistische Ideologie propagiert werden. Ein gänzlich Verbot rassistischer Symbole mag zwar auf den ersten Blick als sinnvoll erscheinen, birgt aber Schwierigkeiten, schon nur in der Frage, welche Symbole verboten würden und welche nicht. Es wird sich zeigen, welchen Weg das Parlament in dieser Frage einschlagen wird.

