

---

**Zur Frage der Öffentlich-  
keit einer rassendiskrimi-  
nierenden Äusserung**

Bundesgerichtsentscheid vom  
30. Mai 2002 (6S.635/2001)

**W**ann gilt eine rassendiskriminierende Äusserung als öffentlich und ist damit strafbar? Das Bundesgericht hat sich im Urteil vom 30. Mai 2002 mit dieser Frage auseinandergesetzt. Nach allgemeiner Auffassung ist eine Äusserung öffentlich, wenn sie von unbestimmt vielen Personen oder von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden kann (vgl. BGE 123 IV 202). «Ob Öffentlichkeit gegeben ist, hängt von den gesamten Umständen ab, deren Tragweite unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der in Betracht fallenden Strafbestimmung und des dadurch geschützten Rechtsguts zu bewerten ist. Zu den massgebenden Umständen gehören unter anderem einer-

# L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

seits der Ort, an dem die Äusserung getan wird, und andererseits, bei Äusserungen gegenüber einem bestimmten und begrenzten Personenkreis, die Zahl der Adressaten und die Beziehung des Urhebers der Äusserung zu diesen, wovon unter anderem auch abhängt, wie hoch das Risiko einer Weiterverbreitung der Äusserung durch einzelne Adressaten ist (siehe dazu auch BGE 126 IV 20 E. 1d S. 25 f.).

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

Die Vorinstanz qualifiziert die unmittelbar anwesenden sechs Personen zu Recht nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes. Sie stellt jedoch fest, dass sich der Vorfall an einem sonnigen Juniabend zwischen 18 und 20 Uhr auf der Strasse eines Einfamilienhausquartiers ereignet hat. Aufgrund der Jahreszeit, der guten Wetterverhältnisse und der räumlichen Umstände war also damit zu rechnen, dass eine Vielzahl von unbestimmten und mit dem Beschwerdeführer in keiner persönlichen Beziehung stehenden Drittpersonen in den umliegenden Gärten und auf den Balkonen potentielle Zeugen der lautstarken Äusserungen des Beschwerdeführers hätten werden können. Vor dem Hintergrund der oben referierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsbegriff des Strafgesetzbuches ist das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit damit in objektiver Hinsicht erfüllt. In subjektiver Hinsicht nimmt die Vorinstanz Eventualvorsatz an. Auch wenn sich der Beschwerdeführer nicht mit direkter Absicht an die Öffentlichkeit, sondern vielmehr an den Geschädigten richtete und diesen beschimpfte, nahm er billigend in Kauf, dass seine im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB tatbestandsmässigen Äusserungen für unbestimmte Drittpersonen wahrnehmbar waren.» ■

## ANMERKUNGEN:

1. Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht wie es scheint wieder weitgehend den Anschluss an seine langjährige und bewährte Praxis in Bezug auf den Begriff der Öffentlichkeit gefunden und damit dem zwischenzeitlichen Flirt mit einer rein numerischen Betrachtung des Öffentlichkeitsbegriffs (BGE 126 IV 176, vgl. *medialex* 2000, 172, und BGE 126 IV 230, vgl. *medialex* 2000, 226 f. mit kritischen Anmerkungen von M. A. NIGGLI) ein Ende bereitet.

2. Diese Wende ist um so begrüssenswerter, als das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Begehung nicht nur in Art. 261<sup>bis</sup> StGB auftaucht, sondern - wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid (E. 3a) selber anführt - in einer Vielzahl anderer Bestimmungen. Die Auslegung dieses Tatbestandselements in einer dieser Bestimmungen wirkt sich auch auf die anderen Bestimmungen aus, sofern sich nicht aus einer Norm die Notwendigkeit einer tatbestandspezifischen Differenzierung ergibt, welche dann auch spezifischer Begründung bedarf. Gerade bei Art. 261<sup>bis</sup> besteht je-

doch stets das Risiko, dass eine tatbestandspezifische Verengung des Öffentlichkeitsbegriffs als vom Bedürfnis nach einer möglichst restriktiven Anwendung dieser Bestimmung getragen scheinen könnte. So ist davon auszugehen, dass die öffentliche Handlung gleich auszulegen ist wie bei anderen Strafbestimmungen (M.A. NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, Zürich 1996, N 704). Jedenfalls zu weitgehend ist die Ansicht, dass es verschiedene Arten von Öffentlichkeit gebe, dass der Öffentlichkeitsbegriff also relativ sei und auch Strafwürdigkeitsüberlegungen in sich aufnehmen (so aber M. SCHUBARTH, *Justiziable Kunst? in: Martin Schubarth (Hrsg.), Der Fahrer-Prozess, Ein Beispiel für die Problematik von Kunst und Justiz*, Basel 1983, 93-107, 100 ff.). Wenn auch die Sachverhalte, bei denen sich die Öffentlichkeitsfrage stellt, sehr heterogen sein können, so ist doch der Begriff der Öffentlichkeit an sich ein einheitlicher Begriff, dessen Gehalt dem Gegensatz zur Privatheit entspringt (vgl. SCHUBARTH, a.a.O., 100, sowie unten Ziff. 4). Höchst problematisch wäre jedenfalls die Verquickung der Öffentlichkeitsfrage mit Strafwürdigkeitsüberlegungen, ganz abgesehen davon, dass die meisten Tatbestände, in denen die Öffentlichkeit als Erfordernis genannt ist, andere Merkmale enthalten, die sich hierfür eher anbieten würden.

3. Erstaunlich ist immerhin, wie diskret diese Rückkehr zum herkömmlichen Öffentlichkeitsbegriff vollzogen wurde. Sie wird weder als Rechtsprechungsänderung behandelt, noch findet eine Auseinandersetzung mit der zwischenzeitlich vertretenen Position statt. Vielmehr wird zum Begriff der Öffentlichkeit verschiedentlich auf BGE 126 IV 176 zurückgegriffen, dies ist jedoch insofern trügerisch, als mit dem vorliegenden Entscheid viel von dem, was in jenem Entscheid vertreten wurde, aufgegeben wird. Der Argumentation und dem Ergebnis nach schliesst man an die vorhergehenden, der herkömmlichen Linie folgenden Entscheide an.

4. Inhaltlich ist zum herkömmlichen und mit dem vorliegenden Entscheid wieder vertretenen Öffentlichkeitsbegriff zu bemerken, dass die Beziehung des Äusserers zu den Adressaten massgeblich ist, und dass insofern auch das Risiko der Weiterverbreitung einer Äusserung bei der Prüfung der Öffentlichkeit einer Äusserung von Belang ist. Der Begriff der Öffentlichkeit lässt sich nämlich wie bereits angetönt nur aus seinem Gegenbegriff, dem Begriff des Privaten erschliessen: Öffentlich ist all das, was nicht privat ist. Welche Äusserungen privat sind, wird wiederum durch das Vorliegen persönlicher Beziehungen zwischen Äusserer und Adressaten bestimmt und erst in zweiter Linie durch die zahlenmässige Beschränkung von Personenkreisen (dazu eingehend G. FIOUKA / M.A. NIGGLI, *Das Private und das Politische*, AJP 2001, 533-547, 539 f.; NIGGLI, a.a.O., N 700).

5. Damit geht einher, dass sich für den Begriff der Öffentlichkeit keine zahlenmässige Begrenzung aufstellen lässt. Dies wurde zwar bereits in BGE 126 IV 176, 178 gesagt, konnte allerdings nicht sinnvoll operationalisiert werden, weil zugleich die anderen Möglichkeiten, die Öffentlichkeit einer Äusserung anhand der Vertrauensverhältnisse zwischen Äusserer und Adressaten und der daraus ableitbaren Kontrolle des Wirkungskreises zu ermitteln, verbaut wurden, so dass man sich doch wieder auf die Betrachtung der Anzahl Adressaten zurückgeworfen sah.

6. Skeptisch stimmt allerdings, dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid (E. 3c) festhält, die Vorinstanz habe die sechs unmittelbar anwesenden Personen «zu Recht» nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes bezeichnet. Es wäre verfehlt, aus dieser Aussage zu schliessen, dass eine Äusserung vor sechs Personen i.d.R. nicht öffentlich sei. Auch bei nur sechs Personen kommt es jedoch darauf an, ob zwischen dem Äusserer und diesen Personen ein Vertrauensverhältnis besteht, welches der Äusserung den öffentlichen Charakter zu nehmen vermöchte. Nur wenn dies gegeben ist (worüber der Entscheid keine Angaben enthält), wäre die Äusserung vor sechs Personen nicht öffentlich. Wenn es sich jedoch um beliebige Passanten oder andere dem Äusserer nicht näher bekannte Personen, so könnte durchaus bereits schon in einer solchen Konstellation (ohne das Risiko der Kenntnisnahme durch weitere Personen) Öffentlichkeit gegeben sein.

7. Man könnte nun einwenden, dass sich BGE 126 IV 176 nur mit dem Risiko der Weiterverbreitung befasst und dieses als unmassgeblich aus dem Öffentlichkeitsbegriff ausgeschieden habe, während es im vorliegenden Fall um das Risiko der direkten Wahrnehmung der Äusserung gegangen sei. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich diese beiden Risiken nicht trennen lassen,

# L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

---

denn die Weiterverbreitungsmöglichkeit ist immer nur ein Fortsatz der ursprünglichen Äußerung, und auch beim Weiterverbreitungsrisiko steht nicht die Weiterverbreitung an sich im Vordergrund, sondern die Frage, ob der Äusserer zu seinen Adressaten in einem Vertrauensverhältnis steht, welches eine Weitergabe unwahrscheinlich macht. Beim vorliegenden Entscheid ist es einfacher, das Vorliegen eines solchen Vertrauensverhältnisses zu verneinen, da der Äusserer nicht wusste, wer alles zuhören würde, während es bei BGE 126 IV 176 um die Qualifikation des Verhältnisses zwischen dem Äusserer und seinen gewählten Adressaten gab. Im Kern haben beide Erwägungen jedoch den selben Anknüpfungspunkt. Zentral ist nicht die Unterscheidung zwischen tatsächlicher Kenntnisnahme und sekundären Kenntnisnahmerisiken (durch Weitergabe), sondern die Gemeinsamkeit, dass in beiden Fällen Kenntnisnahmerisiken (primäre einerseits, sekundäre andererseits) bestehen, welche anhand bestehender Vertrauensverhältnisse zwischen Äusserer und Adressaten zu bewerten sind.

*LIC. IUR. GERHARD FOLKA, FREIBURG*