

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_697/2013

Urteil vom 28. April 2014

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber Näf.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Maître Pascal Junod,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Uri, Postfach 959, 6460 Altdorf UR,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Rassendiskriminierung (Art. 261bis Abs. 2 StGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Uri, Strafrechtliche Abteilung, vom 28. Mai 2013.

Sachverhalt:

A.

X._____ nahm am 8. August 2010 an einer Veranstaltung der Z._____ Partei auf dem Rütli teil. Beim gemeinsamen Aufsagen des Rütlischwurs aus Friedrich Schillers "Wilhelm Tell" streckte er während ca. 20 Sekunden seinen rechten Arm mit flacher Hand auf Augenhöhe schräg nach oben zum sog. "Hitlergruss". Ausser den rund 150 Veranstaltungsteilnehmern und den Polizeibeamten waren zur fraglichen Zeit auch einige unbeteiligte Dritte als Wanderer und Spaziergänger auf der Rütliwiese zugegen, welche die Veranstaltung wahrnehmen konnten.

B.

Das Obergericht des Kantons Uri sprach X._____ mit Urteil vom 28. Mai 2013 in Bestätigung des Entscheids des Landgerichtsvizepräsidiums Uri vom 26. Juni 2012 der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 50.--, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von drei Jahren, und mit einer Busse von 300 Franken respektive, im Falle der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse, mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

C.

X._____ erhebt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der Rassendiskriminierung freizusprechen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D.

Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht des Kantons Uri haben auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, der angefochtene Entscheid sei nicht ausreichend begründet. Daher sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt.

1.2. Ein Berufungsurteil ist zwingend zu begründen (Art. 82 Abs. 1 StPO e contrario). Im Rechtsmittelverfahren kann das Gericht für die tatsächliche und rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts auf die Begründung der ersten Instanz verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz ist in diesem Sinne vorgegangen, da der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren keine neuen Argumente vorbrachte (Urteil E. 4a S. 5 f.). Ergänzend und teilweise präzisierend hat die Vorinstanz einige eigene Erwägungen angestellt und insbesondere ausgeführt, aus welchen Gründen das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit erfüllt ist (Urteil E. 4b S. 6). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer konnte dem angefochtenen Urteil in Verbindung mit dem erstinstanzlichen Entscheid entnehmen, aus welchen Gründen er durch die inkriminierte Handlung nach der Auffassung der Vorinstanz den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB erfüllte. Die Vorinstanz hat ihre Begründungspflicht nicht verletzt.

2.

Gemäss Art. 261bis StGB ("Rassendiskriminierung") wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe unter anderen bestraft, wer (Abs. 1) öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft, wer (Abs. 2) öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind, wer (Abs. 3) mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt.

2.1.

2.1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die inkriminierte Gebärde sei nicht nur in der Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland, sondern auch zu früheren Zeiten in anderen Gesellschaften zum Gruss verwendet worden, etwa als Römergruss und als olympischer Gruss. Die fragliche Gebärde sei auch vielfach von Anhängern von rechten und rechtsextremen Parteien und Gruppierungen praktiziert worden als Gegensatz zum kommunistischen Gruss durch den gestreckten Arm mit geballter Faust.

2.1.2. Es trifft zu, dass die fragliche Gebärde auch zu anderen Zeiten und in anderen Zusammenhängen verwendet wurde. Sie wird aber heutzutage und hierzulande vom unbefangenen durchschnittlichen Betrachter als sog. "Hitlergruss" verstanden, der in der Zeit des Nationalsozialismus namentlich in Deutschland praktiziert wurde.

2.2.

2.2.1. Der sog. "Hitlergruss" ist ein Kennzeichen des Nationalsozialismus, dessen Gedankengut im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB eine Ideologie darstellt, die auf die Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet ist. Wer heutzutage hierzulande den Arm zum sog. "Hitlergruss" hebt, bringt dadurch - soweit die Gebärde nicht als simple Provokation oder als ein Akt im Rahmen der Kunst erkennbar ist - nach dem Eindruck des unbefangenen durchschnittlichen Betrachters zum Ausdruck, dass er sich zum nationalsozialistischen Gedankengut zumindest in Teilen bekennt.

2.2.2. Den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB erfüllt nicht schon, wer sich öffentlich zu einer rassendiskriminierenden Ideologie bekennt. Art. 261bis Abs. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter die rassendiskriminierende Ideologie "verbreitet". Mit der Tathandlung des "Verbreitens" ist ein "Werben", ein "Propagieren" gemeint, wie sich deutlicher aus dem französischen und dem italienischen Gesetzeswortlaut ("celui qui ... aura propagé une idéologie ..."; "chiunque propaga ... un'ideologia ...") ergibt (siehe NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl. 2007, N. 1111; SCHLEIMINGER METTLER, Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl.

2013, Art. 261bis StGB N. 38; TRECHSEL/VEST, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 261bis StGB N. 21; SCHUBARTH/VEST, Delikte gegen den öffentlichen Frieden [Art. 258 - Art. 263 StGB], 2007, Art. 261bis StGB N. 58). Die Absätze 1 bis 3 von Art. 261bis StGB erfassen die rassendiskriminierende Propaganda in einem weiteren Sinne. Durch die Propaganda sollen andere Menschen für die geäusserten Gedanken gewonnen oder in ihrer Überzeugung gefestigt und bestärkt werden (Botschaft des Bundesrates vom 2. März 1992 über den Beitritt

der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269 ff., 312 f.). Propaganda kann objektiv in irgendwelchen für andere Personen wahrnehmbaren Handlungen liegen, z.B. im Halten von Vorträgen, Ausleihen und Verteilen von Schriften, Ausstellen von Bildern, Tragen von Abzeichen, sogar in blossen Gebärden. Subjektiv erfordert die Propaganda nicht nur das Bewusstsein, dass eine bestimmte Handlung von anderen Personen wahrgenommen werde, sondern auch die Absicht, durch sie nicht nur Gedanken zu äussern, sondern dafür zu werben, d.h. so auf andere Personen einzuwirken, dass sie für die geäusserten Gedanken gewonnen oder, falls sie ihnen bereits zugetan sind, in ihrer Überzeugung bestärkt werden (BGE 68 IV 145 E. 2 zu Art. 1 und 2 des Bundesratsbeschlusses vom 6. August 1940 über Massnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit; siehe auch TRECHSEL/ VEST, a.a.O., Art. 275bis StGB N. 2; LANDSHUT, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, Art. 275bis StGB N. 2).

2.2.3. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates vom 2. März 1992 kann unter Propaganda auch eine "averbale Kommunikation (z.B. Hitlergruss) " fallen (Botschaft, a.a.O., S. 312). Die Lehre nimmt an, dass der sog. "Hitlergruss" selbst bereits ein werbendes Verbreiten darstellen kann. Dies allerdings nur, wenn die so gegrüsste Person diese Ideologie nicht teilt. Werde die Geste dagegen unter Gleichgesinnten verwendet, so dürfte darin jedenfalls kein "Verbreiten" im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB zu erkennen sein, auch dann nicht, wenn es in der Öffentlichkeit geschieht. Der sog. "Hitlergruss" sei also nur dann als "Verbreiten" zu qualifizieren, wenn er sich nach aussen, an eine unbeteiligte Öffentlichkeit richtet (Niggli, a.a.O., N. 1196; Schleiminger Mettler, a.a.O., Art. 261bis StGB N. 39).

2.2.4. Der Bundesrat schlug in teilweiser Erfüllung der Motion 04.3224 der Rechtskommission des Nationalrats vom 29. April 2004 mit Bericht und Vorentwurf vom Juni 2009 über die Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuches betreffend rassistische Symbole einen neuen Artikel 261ter StGB betreffend Verwendung rassistischer Symbole vor. Der Bericht weist darauf hin, dass Rechtsextreme, die sich beispielsweise darauf beschränken, untereinander den sog. "Hitlergruss" auszuführen, nach geltendem Recht straflos bleiben, da diesfalls die Tathandlung des "Verbreitens" im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB mit seinem werbenden Element nicht erfüllt ist (Bericht vom Juni 2009 S. 17). Gemäss Art. 261ter VE StGB sollte mit Busse bestraft werden, wer rassistische Symbole, insbesondere Symbole des Nationalsozialismus, oder Abwandlungen davon, wie Fahnen, Abzeichen, Embleme, Parolen oder Grussformen, oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen, öffentlich verwendet oder verbreitet. Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens empfahl der Bundesrat mit Bericht vom 30. Juni 2010 dem Parlament, auf ein Verbot der öffentlichen Verwendung

extremistischer, gewaltverherrlichender und rassistischer Symbole sowie auf eine Ergänzung des StGB und des MStG mit einer Strafnorm betreffend rassistische Symbole zu verzichten, und er beantragte, die Motion 04.3224 abzuschreiben (Bericht des Bundesrates vom 30. Juni 2010 zur Abschreibung der Motion 04.3224 der Rechtskommission des Nationalrats vom 29. April 2004, BBl 2010 4851 ff.). Die eidgenössischen Räte nahmen den Vorschlag an (AB 2011 N 832, AB 2011 S 851 f.). Der Bundesrat weist in seinem Bericht darauf hin, dass damit die Verwendung oder Verbreitung rassistischer Symbole nicht straflos sei. Sie sei vielmehr nach Art. 261bis StGB strafbar, wenn diese Symbole eine rassendiskriminierende Ideologie kennzeichnen und dafür in der Öffentlichkeit geworben wird. Durch das Zeigen des sog. "Hitlergrusses" werde nach geltendem Recht nur dann geworben, wenn sich der Beschuldigte mit dem Gruss an die Öffentlichkeit richtet mit dem Willen, diese werbend zu beeinflussen (Bericht des Bundesrates vom 30. Juni 2010, BBl 2010 4851 ff., 4861, 4862). In den Verhandlungen des Ständerats hielt Bundesrätin Sommaruga fest, dass mit der Abschreibung der Motion keineswegs darauf verzichtet werde, den Gebrauch von Symbolen rassistischer Ideologien

in der Öffentlichkeit zu bestrafen. Die Verwendung solcher Symbole in der Öffentlichkeit sei nach geltendem Recht, Art. 261bis StGB, strafbar, wenn dadurch für die damit gekennzeichnete Ideologie in der Öffentlichkeit geworben wird. Eine öffentliche Werbung liege dann vor, wenn sich jemand beispielsweise mit dem sog. "Hitlergruss" an die Öffentlichkeit richtet mit dem Willen, diese werbend

zu beeinflussen (Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2011 S 852).

2.2.5. Daraus ergibt sich Folgendes. Wird der sog. "Hitlergruss" nicht in der Öffentlichkeit, sondern im privaten Rahmen verwendet, ist Art. 261bis StGB nicht anwendbar, weil das Merkmal der Öffentlichkeit fehlt. Die Verwendung des fraglichen Grusses in der Öffentlichkeit unter Gesinnungsgenossen fällt nicht unter die Strafnorm, da das Erfordernis der werbenden Beeinflussung und damit das Merkmal des "Verbreitens" nicht gegeben ist. Der sog. "Hitlergruss" in der Öffentlichkeit erfüllt den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB nicht schon, wenn er (auch) an unbeteiligte Dritte gerichtet wird, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass dadurch Dritte für die damit gekennzeichnete rassendiskriminierende Ideologie werbend beeinflusst werden sollen. Das zur Erfüllung des Merkmals des "Verbreitens" erforderliche Element der werbenden Einflussnahme ist nicht schon ohne weiteres gegeben, wenn und weil sich die Gebärde an unbeteiligte Dritte richtet. Auch in diesem Fall kann sich der Gruss in einem eigenen Bekenntnis zur damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie erschöpfen. Denn auch das eigene Bekenntnis in der Öffentlichkeit zeichnet sich dadurch aus, dass es auf eine Kenntnisnahme durch Dritte gerichtet ist. Ob

die Verwendung des sog. "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 ist, hängt von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab.

2.3. Der Beschwerdeführer hob anlässlich einer Veranstaltung der Z._____ Partei beim gemeinsamen Aufsagen des Rütlichschwurs aus Friedrich Schillers "Wilhelm Tell" den rechten Arm während rund 20 Sekunden zum sog. "Hitlergruss". Die Veranstaltung wurde von Spaziergängern wahrgenommen.

Unter den gegebenen Umständen war die Gebärde des Beschwerdeführers bei objektiver Betrachtung nicht dazu bestimmt, über das dadurch allenfalls bekundete eigene Bekenntnis zur nationalsozialistischen Ideologie hinaus werbend unbeteiligte Dritte für diese Ideologie zu gewinnen. Der Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB ist nicht erfüllt.

2.4. Die öffentliche Verwendung des sog. "Hitlergrusses" kann unter Umständen, je nach den örtlichen Gegebenheiten und/oder dem Adressatenkreis, den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte StGB erfüllen, wonach unter anderen bestraft wird, wer öffentlich durch Gebärden eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt. Solche Umstände liegen hier nicht vor.

3.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Uri, Strafrechtliche Abteilung, vom 28. Mai 2013 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben. Der Kanton Uri hat den Beschwerdeführer mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen. Die Entschädigung ist dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Maître Pascal Junod, auszurichten.

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Uri, Strafrechtliche Abteilung, vom 28. Mai 2013 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Der Kanton Uri hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen. Die Entschädigung ist dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Maître Pascal Junod, auszurichten.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Uri, Strafrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. April 2014

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Näf