

# Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern



**Nr. 447/I/2001**  
16. April 2002

PRÄSIDENTIN i.V. : Oberrichterin Binggeli  
MITWIRKEND : Oberrichter Schweingruber und Stucki  
SEKRETÄRIN : Kammerschreiberin Koller-Tumler

hat in der Strafsache gegen

1. K.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

alle amtlich vertreten durch Fürsprecher Thomas Marfurt, Waisenhausplatz 14, 3000 Bern

wegen **Rassendiskriminierung**

## Privatkläger:

1. D.

2. S.

vertreten durch Fürsprecher Dr. Francesco Bertossa, Zeughausgasse 29, Postfach 5460,  
3001 Bern

## **beschlossen:**

1. Auf die Appellation der Privatkläger gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 14. September 2001 wird **nicht eingetreten**.
2. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden den Appellanten D.                    und S.                    je hälftig zur Bezahlung auferlegt.
3. Den Appellaten wird eine Entschädigung zulasten des Staates in der Höhe ihrer in oberer Instanz entstandenen Verteidigungskosten zugesprochen; diese wird nach Eingang der Kostennote von Fürsprecher Marfurt festgelegt.

### **schriftlich zu eröffnen:**

- den Appellanten (Privatkläger), v.d. Dr. Francesco Bertossa, Bern
- den Appellaten, a.v.d. Fürsprecher Thomas Marfurt, Bern

## **BEGRÜNDUNG:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Am 26. September 1995 reichte das armenische Komitee für die „Gedenkfeier an den Armenischen Völkermord vor 80 Jahren“ eine mit etwa 5000 Unterschriften versehene Petition an die eidgenössischen Räte ein, in welcher diese aufgefordert wurden, „die nötigen politischen Schritte einzuleiten, um den Tatbestand des Genozids an den Armeniern als Völkermord anzuerkennen und zu verurteilen“ (96.2001 Amtl.Bull NR 1996, S. 41 [pag. 53]). Der Petition ist zu entnehmen, dass 1915 im Osmanischen Reich Hunderte armenische Intellektuelle verhaftet und hingerichtet worden waren und im Anschluss daran ein geplanter Völkermord stattgefunden hatte, dem rund 1.5 Millionen Armenier zum Opfer fielen.

Als Reaktion darauf reichte die Koordinationsstelle der türkischen Verbände in der Schweiz am 30. Januar 1996 an die eidgenössischen Räte die folgende mit ca. 4200 Unterschriften versehene (Gegen)Petition ein (96.2002 Amtl.Bull NR 1996, S. 42/43 [pag. 54/55]):

*„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 ‘Armenischer Völkermord’ werden die historischen Tatsachen massiv verzerrt.*

1. *Während des 1. Weltkrieges schlossen sich mehrere armenische Revolutionäre ottomanischer Staatsbürgerschaft dem Feind an und töteten in grosser Zahl die Zivilbevölkerung türkischer Städte. Opfer waren vor allem Frauen und Kinder.*
2. *Als Antwort auf diesen Verrat und zur Selbstverteidigung löste die ottomanische Regierung das armenische Revolutionskomitee auf und nahm deren Führer am 15. April 1915 gefangen. Zur gleichen Zeit wurden die im östlichen Teil des Landes lebenden Armenier aus der Kriegszone in den Süden des Reiches umgesiedelt. Andauernde Kriegshandlungen führten dazu, dass einige von ihnen auf ihrem Weg unglücklicherweise den Tod fanden. Die Armenier, die in den grossen Städten oder im Westen des Landes lebten, blieben hingegen verschont. Zeitgenössischen Quellen zufolge wurden ungefähr 600-700'000 Armenier umgesiedelt.*

*Historische Quellen in Archiven belegen, dass die Regierung die Order gab, für die Sicherheit der Armenier während der Umsiedlungsaktion zu sorgen. Zur Überprüfung der historischen Tatsachen steht das ottomanische Archiv in Istanbul jedem Interessierten offen.*

3. *Die Analogie, die das Komitee für die Gedenkfeier zwischen dem Holocaust und der armenischen Umsiedlung herzustellen versucht, ist völlig gegenstandslos. Es ist nicht möglich, von einem ‘Völkermord’ zu sprechen, da die ottomanische Regierung nie die Absicht hatte, die Armenier zu ‘vernichten’. Neben den erwähnten historischen Quellen, die diesen Sachverhalt belegen, wird dies auch durch die Tatsache unterstrichen, dass die armenische Gemeinde auch heute noch in der Türkei lebt. Sie geniesst alle Minderheitsrechte, einschliesslich der Erziehung in armenischer Sprache in eigenen Schulen oder Publikationen von Zeitungen in Armenisch.*
4. *Türken und Armenier sind zwei Völker, die seit 900 Jahren Nachbarn sind und ein gemeinsames Erbe teilen. Die zwischenstaatlichen Beziehungen zwischen der Türkei und Armenien bessern Schritt für Schritt. Kampagnen, die den Hass unter den Türken zu schüren und alte Feindseligkeiten wieder zu wecken versuchen, tragen mit Sicherheit nicht dazu bei, die Beziehungen zwischen den beiden Völkern und Staaten zu verbessern.*
5. *Wir, die Unterzeichnenden, sind überzeugt, dass es in Zeiten, in welchen ethnische Unruhen auf der ganzen Welt überhandnehmen, der gemeinsamen Anstrengung bedarf, um eine neue Weltordnung zu schaffen, in der Toleranz, Verständnis und Frieden zwischen den Völkern der Welt herrschen. Nur so können die folgenden Generationen vor der ‘Geissel des Krieges’ bewahrt werden.*
6. *Mit dieser Überzeugung hoffen wir, dass die eidgenössischen Räte Kampagnen, wie derjenigen, die vom Armenischen Komitee für die Gedenkfeier initiiert worden ist, keine Beachtung schenken. Diese beabsichtigen nur, die Völker mit ethnischen und religiösen Motiven auseinanderzutreiben statt zu vereinen.“*

2. Diese Petition war für die Gesellschaft Schweiz-Armenien (GSA) Anlass, am 24. April 1997 Anzeige wegen Widerhandlung gegen Art. 261<sup>bis</sup> StGB einzureichen (pag. 1). In der Folge wurde am 18./19. September 1997 gegen K. und weitere Angeschuldigte die

Strafverfolgung wegen Rassendiskriminierung eröffnet durch Überweisung an das Strafeinzelgericht (pag. 135). Am 4. März 1998 konstituierte sich der Verein "Gesellschaft Schweiz-Armenien" als Privatkläger (pag. 211). Der Gerichtspräsident 16 des GK VIII Bern-Laupen wies jedoch den Verein mit Beschluss vom 16. Juli 1998 zufolge fehlender Legitimation aus dem Verfahren (pag. 317 ff.). In der Begründung wurde zusammenfassend erwogen, dass das von Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützte Rechtsgut der öffentliche Friede sei, die "Gesellschaft Schweiz-Armenien" mithin nicht in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt sei; damit entfalle die Legitimation zur Privatklage. Dasselbe gelte auch für die einzelnen Mitglieder des Vereins (pag. 325).

3. Auf Appellation der "Gesellschaft Schweiz-Armenien" hin bestätigte die 2. Strafkammer am 10. Februar 1999 den erstinstanzlichen Entscheid (pag. 549 ff.). Die Kammer zeigte vorweg die kontroverse Diskussion der Frage des geschützten Rechtsgutes in Lehre und Literatur auf (öffentlicher Friede versus Menschenwürde) und verwies auch auf BGE 123 IV 202 ff., wo das Bundesgericht folgendes erklärt hatte:

*"Es werden der öffentliche Friede beziehungsweise der Respekt und die Achtung vor dem andern und dessen Anderssein als geschützt bezeichnet. In dieser Sicht gilt auch die Würde des Menschen als Rechtsgut, während der öffentliche Friede mittelbar geschützt wird als Folge des Schutzes des Einzelnen in seiner Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder religiösen Gruppe".*

Die 2. Strafkammer erwog sodann, wenn man wie die "Gesellschaft Schweiz-Armenien" davon ausgehe, geschütztes Rechtsgut von Art. 261<sup>bis</sup> StGB sei in erster Linie die Menschenwürde, so könne konsequenterweise Träger dieses Rechtsguts auch nur der einzelne Mensch sein, nicht aber eine Organisation oder ein Verband.

4. In der Folge deponierte Fürsprecher Bertossa am 18. April 2000 für D. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_, beide armenischer Abstammung, eine Zivilklage mit folgenden Rechtsbegehren (pag. 741 ff.):

1. *Die Beklagten seien in Anwendung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB zu bestrafen.*
2. *Es sei festzustellen, dass die Kläger durch die Leugnung des Völkermordes an den Armeniern durch die Beklagten in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt worden sind.*
3. *Die Beklagten seien zu verurteilen, den Klägern eine Genugtuung von Fr. 1.-- zu zahlen."*

In diesen Rechtsbegehren liegt eine Konstituierung als Privatkläger im Sinne von Art. 47 StrV, und zwar sowohl im Straf- als auch im Zivilpunkt. Zur Legitimation beriefen sich die Kläger auf drei Grundlagen, nämlich - ausgehend von der Menschenwürde als geschütztem Rechtsgut - auf Art. 47 Abs. 1 StrV, auf Art. 8 OHG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 4 StrV sowie auf Art. 271 BStP.

Die Frage, ob eine oder mehrere der angerufenen Rechtsgrundlagen den Klägern tatsächlich die Privatklage-Legitimation zu verleihen vermag, wurde in erster Instanz nicht bzw. jedenfalls nicht explizit thematisiert; vielmehr wurden sie stillschweigend mit Gewährung der entsprechenden Parteirechte als Privatkläger zugelassen.

5. Am 14. September 2001 sprach der Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII sämtliche Angeschuldigten unter Zurückweisung der Zivilklage frei von der Anschuldigung der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Satzteil StGB (pag. 1249; Motiv pag. 1265 ff. insbes. 1285 ff.), unter Auferlegung der Verfahrenskosten an den Kanton und unter Ausrichtung einer Entschädigung für die Verteidigungskosten.
6. Gegen dieses Urteil erklärte Fürsprecher Dr. Bertossa namens der Privatklägerschaft noch am Urteilstermin zuhanden des Protokolls die Appellation. In der schriftlichen Eingabe vom 17. September 2001 wiederholte er, dass die Appellation vollumfänglich erklärt werde (pag. 1255).
7. Der Generalprokurator tat in der Folge nach Eingang der Akten bei der Appellationsinstanz bzw. bei der 1. Strafkammer mit Eingabe vom 15. Januar 2002 begründet dar, dass und weshalb die Generalprokuratur gemäss Art. 346 Abs. 1 Ziff. 2 StrV auf eine Teilnahme am Verfahren verzichtet und die Vertretung der Anklage einzig den Privatklägern überlässt. Gleichzeitig hielt der Generalprokurator fest, dass mangels Teilnahme am Verfahren offen gelassen werde, "ob bei dem von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB geschützten Rechtsgut des öffentlichen Friedens die beiden Privatkläger als blosse Angehörige der objektiv diskriminierten Gruppe ohne direkt angegriffen zu sein, legitimierte Opfer oder Privatkläger sind" (pag. 1325)
8. Die 1. Strafkammer setzte den Termin zur oberinstanzlichen Verhandlung fest, verfügte aber dann am 13. Februar 2002 folgendes (pag. 1359/1361):
  1. *Die vom Generalprokurator in der Verzichtserklärung vom 15. Januar 2002 aufgeworfene Frage nach der Legitimation der Privatkläger wird vorweg separat im Verfahren nach Art. 345 StrV geprüft.*
  2. *Davon ausgehend wird den Privatklägern und den Angeschuldigten Gelegenheit gegeben, innert 20 Tagen ab Erhalt dieser Verfügung zur Eintretensfrage schriftlich Stellung zu nehmen.*
  3. *Der Verhandlungstermin vom 14. März 2002 wird abgesetzt und je nach Ausgang des vorliegenden Verfahrens neu bestimmt werden.*

9. In der fristgerecht eingereichten Stellungnahme vom 7. März 2002 (pag. 1365 ff.) verweist Fürsprecher Bertossa zum einen auf die Eingabe vom 18. April 2000, in welcher sich D. und S. als Privatkläger konstituiert hatten. Zum anderen machte er geltend, dass im Entscheid der 2. Strafkammer vom 10. Februar 1999 die Legitimation der Gesellschaft Schweiz-Armenien auch deshalb verneint worden sei, weil sich die Gesellschaft nicht auf den Schutz der Menschenwürde berufen könne.
10. Fürsprecher Marfurt macht in der ebenfalls fristgerecht eingereichten Stellungnahme vom 14. März 2002 (pag. 1381 ff.) namens der Angeschuldigten geltend, die Appellanten erfüllten die Voraussetzungen zur Privatklage gemäss Art. 47 StrV nicht, auch komme ihnen keine Opferstellung nach Art. 2 OHG zu. Der 1916 in Terzili geborene D. sei durch die inkriminierte Petition weder direkt herabgesetzt noch individuell-konkret diskriminiert worden, so dass es an einer unmittelbaren Beeinträchtigung als Einzelperson fehle. Gleiches gelte noch in verstärktem Masse für den 1964 in der Schweiz geborenen S.

## **II. Die Bedeutung der Legitimationsfrage in oberer Instanz**

Nach Art. 335 Ziff. 2 StrV steht der Privatklägerschaft grundsätzlich das Appellationsrecht gegen ein freisprechendes Urteil zu. Voraussetzung dafür ist aber, dass dieser das Recht, als Privatkläger - und damit als Partei - aufzutreten, auch tatsächlich zusteht. Weil es dabei um eine Prozessvoraussetzung geht, kann bzw. muss die Frage auch noch in appellatorio geprüft werden, wobei die Rechtslage vielfach so klar und eindeutig ist, dass die Legitimationsfrage nicht speziell thematisiert werden muss. Im vorliegenden Fall hat sich indessen in der Instruktionsphase unter anderem aufgrund des expliziten Hinweises der Generalprokuratur gezeigt, dass die Legitimationsfrage umfassender Überprüfung bedarf. Davon ausgehend drängt sich ein separates förmliches Vorgehen nach Art. 345 StrV auf, und zwar nicht zuletzt deshalb, um zu verhindern, dass den Prozessbeteiligten im Verfahren nach Art. 354 StrV, in welchem die Legitimationsfrage grundsätzlich ebenfalls geprüft werden müsste, je nach Ergebnis unnötige Kosten durch Vorbereitung in der Sache selbst entstehen. Wenn nämlich die Legitimation verneint würde, hätte dies zur Folge, dass auf die Appellation gegen das erstinstanzliche Urteil nicht eingetreten werden kann. Daran könnte auch nichts ändern, dass die Konstituierung als Privatkläger in erster Instanz von den Angeschuldigten nie bestritten wurde und dass sie bisher auch seitens des Gerichts als Privatkläger anerkannt und im Verfahren als Partei zugelassen wurden. Das könnte weder eine mangelnde Legitimation heilen, noch liesse sich aus der bisherigen Zulassung als Partei eine Art "Gut-Glaubens-Anspruch" auf Verbleib als Privatkläger im Verfahren

ableiten. Wird jemand fälschlicherweise als Privatkläger behandelt, kann dies den Formmangel einer rechtsgültigen Konstituierung nicht ersetzen und noch weniger das Fehlen deren materieller Grundlagen (vgl. hierzu den Leitentscheid Nr. 415/II/1996 der 2. StrK vom 18.04.1997 i.S. E.; auszugsweise publiziert in ZBJV Bd. 133 [1997] S. 578 und die seither ergangene ständige Rechtsprechung der Strafkammern).

### **III. Die Legitimation zur Privatklage im bernischen Strafprozess**

1. Der Ursprung der Beteiligung Privater in einem Strafverfahren liegt einerseits im Vergeltungsbedürfnis des durch die strafbare Handlung unmittelbar Betroffenen und andererseits in der Einräumung eines Kontrollrechts bezüglich der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs (FRITZ FALB, Die Berücksichtigung der Interessen des Verletzten im Strafrecht, ZStrR 94/1977, S. 354). Das strafprozessuale Institut der Privatklage ist dementsprechend ein Versuch des Gesetzgebers, den durch eine strafbare Handlung Geschädigten, das Opfer, am Strafverfahren gegen den Täter teilnehmen zu lassen.
2. Art. 47 StrV ermöglicht die Konstituierung als Privatkläger schriftlich oder mündlich zu Protokoll bis zum Schluss des Beweisverfahrens in erster Instanz, und zwar entweder durch eine Erklärung, man verlange Bestrafung einer angeschuldigten Person und wolle Parteirechte ausüben (Abs. 2 Ziff. 1) oder durch Einreichen einer Zivilklage aus strafbarer Handlung, wobei in diesem Falle der verletzten Person auch die Parteirechte nach Ziff. 1 zustehen (Abs. 2 Ziff. 2); sodann gilt als Privatkläger, wer sich im Sinne von Art. 8 Abs. 1 OHG am Strafverfahren beteiligen will (Abs. 4) .

Privatkläger kann sein, wer durch eine strafbare Handlung "unmittelbar in eigenen rechtlich geschützten Interessen" verletzt worden ist (Art. 47 Abs. 1 StrV). Als geschädigt gilt gemäss der bis in die sechziger Jahre geltenden und seit 1997 wieder konstant angewandten Rechtsgüterschutztheorie nur, wer in einem strafrechtlich geschützten Rechtsgut beeinträchtigt worden ist oder dies behauptet. *„Die Unmittelbarkeit der Verletzung soll also im Grundsatz wieder durch die diese Verletzung verursachende, strafbare Rechtsgutverletzungshandlung definiert werden; eine unmittelbare Verletzung setzt im Regelfall demnach eine Beeinträchtigung eines strafrechtlich geschützten Individualrechts voraus. Bei Handlungen, die nicht gegen eine primär dem Schutz eines Individualrechts dienende Strafnorm verstossen, gilt eine dadurch individuell geschädigte Person darum in der Regel nicht als unmittelbar verletzt. Ausnahmen sind dann zu machen, wenn die tatbestandsmässige Handlung im Hinblick auf die Schädigung erfolgt ist, wenn sich also die Straftat ihrem Begriff nach gegen das durch die Strafdrohung bloss mitgeschützte individuelle*

*Recht oder Rechtsgut richtet*“ (THOMAS MAURER, Das bernische Strafverfahren, Bern 1999, S. 127 f.; vgl. auch das erwähnte Urteil Nr. 415/II/96 der 2. Strafkammer vom 18.04.1997 i.S. E. mit weiteren Ausführungen zu der dort vorgenommenen Praxisänderung, teilweise veröffentlicht in ZBJV Bd. 133 [1997], S. 578 ff).

Dementsprechend sind Geschädigte immer dann als Privatkläger zuzulassen, wenn ein Rechtsverstoss sich entweder gegen ein Individualrechtsgut richtet oder - obwohl er sich nicht gegen ein Individualrechtsgut richtet - letztlich einzig in der das Individuum schädigenden Absicht geschehen ist. Darüber hinaus ist immer als Privatkläger zuzulassen, wer sich als Opfer im Sinne von Art. 2 OHG (also auch gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung) ausweisen kann, und bei Antragsdelikten selbstverständlich auch die zum Strafantrag berechnete Person.

3. Damit befindet sich das bernische Strafprozessrecht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche mehrfach festgehalten hat, Geschädigte im Sinne des Strafprozessrechts sei diejenige Person, welcher durch das eingeklagte strafbare Verhalten unmittelbar ein Schaden zugefügt werde oder zu erwachsen drohe: *„Das ist in der Regel der Träger des Rechtsgutes, welches durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll (BGE 120 Ia 220 E. 3b; 120 IV 154 E. 3c/cc S. 159; 117 Ia 135 E. 2a mit zahlreichen Hinweisen). Bei Strafbestimmungen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten nur diejenigen Personen als Geschädigte, welche durch diese Delikte tatsächlich in ihren Rechten beeinträchtigt wurden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist (BGE 120 Ia 220 E. 3b; 119 Ia 342 E. 2b; 117 Ia 135 E. 2a, je mit Hinweisen)“* (Zitat aus E 7a des BGE 6S.719/1999 vom 23. März 2000)
4. Die Umschreibung des geschützten Rechtsgut bildet demnach eine entscheidende Weichenstellung für die Frage, ob jemand als Privatkläger zuzulassen ist oder nicht. Während bei den meisten Tatbeständen des Strafgesetzbuches das geschützte Rechtsgut mehr oder weniger einfach zu bestimmen ist, ist dies beim Tatbestand der Rassendiskriminierung nicht der Fall. Hier ist umstritten, ob diese Norm primär dem Schutz der Menschenwürde (als Individualrechtsgut) oder des öffentlichen Friedens (als Allgemeinrechtsgut) dient. Von dieser Frage hängt wesentlich ab, ob Privatpersonen sich als Privatkläger konstituieren können oder nicht. Wenn nämlich das geschützte Rechtsgut in der Menschenwürde jedes einzelnen Gruppenangehörigen zu sehen ist, so ist jeder Gruppenangehörige Träger des geschützten Rechtsgutes und somit nach der Rechtsgüterschutztheorie durch eine rassendiskriminierende Handlung wegen der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Individualrechtes unmittelbar verletzt und damit klagelegitimiert. Ist hingegen

Schutzobjekt der Strafnorm der öffentliche Friede, so gilt eine durch einen Verstoss dagegen individuell geschädigte Person grundsätzlich nicht als unmittelbar verletzt und sie kann sich nur ausnahmsweise (unter den oben dargelegten erhöhten Anforderungen) als Privatklägerin konstituieren.

5. In casu hat die Kammer in ihrem Entscheid, ob D. und S. als Privatkläger zuzulassen sind, den Umstand zu beachten, dass im Prozess gegen die zwölf Angeeschuldigten einzig ein Verstoss gegen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Halbsatz (Leugnen oder gröbli-ches Verharmlosen von Völkermord) Prozessgegenstand bildet. Mithin ist die Frage, ob Art. 261<sup>bis</sup> StGB eine Individualschutznorm darstellt oder nicht, einzig für diesen Teilbereich des Rassendiskriminierungstatbestandes zu beantworten.

#### **IV. Das durch Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB geschützte Rechtsgut**

##### **1. Ausgangslage**

Der Artikel 261<sup>bis</sup> wurde durch Bundesgesetz vom 18.06.1993 in den zwölften Titel des Strafgesetzbuches eingeführt und ist - nach knappem Scheitern des dagegen ergriffenen Referendums - seit dem 01.01.1995 in Kraft. Inhalt und Tragweite der Bestimmung wurden schon vor deren Inkrafttreten höchst unterschiedlich bewertet. Während die einen sich positiv äusserten und den neuen Tatbestand als praktikabel oder wenigstens gangbar bezeichneten, sprachen andere von einer in gesetzestechnischer Hinsicht missglückten Bestimmung, die gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verstosse und bei der es zu grossen Anwendungsschwierigkeiten kommen werde (Nachweise bei FRANZ RIKLIN, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung [Art 261<sup>bis</sup> StGB], in Medialex 1995, S. 36 ff., 37). In den letzten Jahren sind einerseits etliche - meist erstinstanzliche - Entscheide zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB ergangen (vgl. etwa die Dokumentation geführter Prozesse auf der Homepage der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus [GSA] unter <http://www.gra.ch/prozesse.asp>). Andererseits gab es auch einige diese Norm betreffende parlamentarische Vorstösse; so z.B. die (abgelehnte) Motion GUSSET, mit der kaum 2 Jahre nach Inkrafttreten eine Revision des Rassismusartikels angestrebt wurde, weil „in der Anwendung und Auslegung des Artikels 261<sup>bis</sup> Rechtsunsicherheiten bestehen“ oder die (zunächst in ein Postulat umgewandelte und sodann abgelehnte) Motion SCHWAAB, die im Jahre 2000 anregte, den Antirassismus-Organisationen ein Verbandsklage- bzw. Verbandsbeschwerderecht zuzugestehen, damit diese kantonale Urteile ans Bundesgericht weiterziehen können. In seiner Antwort legte der Bundesrat damals dar, dass die Bekämpfung der Rassendiskriminierung ein genuin öffentliches Anliegen sei, welches vom Staat wahrgenommen werden müsse. Immerhin sei die vom Bundesamt für Polizei ein-

gesetzte Arbeitsgruppe "Rechtsextremismus" u.a. damit beauftragt worden, die Effektivität der Strafnorm von Artikel 261<sup>bis</sup> StGB zu prüfen, was Gelegenheit biete, die Frage eines stärkeren Einbezugs von Verbänden in das Strafverfahren im Lichte der Überlegungen des Motionärs zu prüfen. Am 7.06.2001 reichte PATRICE MUGNY eine (später in ein Postulat umgewandelte) Motion ein, mit der der Bundesrat aufgefordert wurde, eine Gesetzesänderung zu prüfen, wonach u.a. Überlebende eines Völkermordes und deren Nachkommen das Recht erhalten sollen, in Strafverfahren wegen Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung eines Völkermordes als Privatkläger aufzutreten, zumal der Kanton Genf eine solche Norm in seine Strafprozessordnung eingeführt habe. Der Bundesrat erklärte sich bereit, die Schaffung einer Bundesregelung nach dem Muster von Art. 25 Abs. 2 der Genfer Strafprozessordnung zu prüfen.

## 2. Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 261bis Abs. 4

Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB lautet:

*„Wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft“.*

Der hier interessierende 2. Halbsatz ist in dieser Formulierung vom Nationalrat als Erstrat in das Gesetz eingefügt worden. E. 2c des Bundesgerichtsentscheides 6S.719/1999 vom 22. März 2000 zeigt auf, dass nach dem bundesrätlichen Entwurf bestraft werden sollte, wer "aus einem dieser Gründe das Andenken von Verstorbenen verunglimpft". Gemäss den Ausführungen in der Botschaft wurde die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener "im Hinblick auf die Ausschwitzlüge in den Tatbestand aufgenommen". Damit sollen "die als wissenschaftlich getarnten Werke der sog. Revisionisten" erfasst werden, so die Behauptung, der Holocaust habe gar nicht stattgefunden; es habe keine Gaskammern gegeben; es seien nicht 6 Millionen Juden umgebracht worden, sondern viel weniger, und die Juden würden aus dem Holocaust wirtschaftliche Vorteile ziehen (Botschaft des Bundesrates, BBl 1992 III 269 ff., 314). In der Literatur wurde die im bundesrätlichen Entwurf vorgeschlagene Formulierung betreffend die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener als zu vage kritisiert und gefordert, dass damit Gemeinte sei "konkret und präzise zum Ausdruck zu bringen, indem die Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Tathandlungen

benannt werden" (KARL-LUDWIG KUNZ, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung - Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStrR 109/1992, S. 154 ff., 164). Diesem Vorschlag von Kunz sind der Nationalrat mit seiner Kommission und anschliessend der Ständerat ohne grössere Diskussionen gefolgt (AB 1992 N 2650 ff., 2674 ff.; AB 1993 S 90 ff. 96 ff.)

### 3. Die Position des Bundesrates in der Botschaft

Die Botschaft geht davon aus, dass das von Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützte Rechtsgut im öffentlichen Frieden besteht:

*„Rassendiskriminierung stellt eine Gefährdung des öffentlichen Friedens dar, ob sie sich nun in Form von Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung äussert, Angriffen auf die Menschenwürde oder Verunglimpfungen des Andenkens Verstorbener, die zu den betroffenen Gruppen gehören, oder in Form von Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung. Der Angriffspunkt ist allerdings die Menschenwürde eines jeden einzelnen der betroffenen Gruppe. In einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet und herabgesetzt werden können, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden darf, wo einzelne Menschen aufgrund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angegriffen werden können, wo aus derartigen Gründen einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen eine Leistung verweigert werden darf.....(ist) der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet.*

*Mit Blick auf das geschützte Rechtsgut gehören sämtliche Varianten des Tatbestandes zum Typus des abstrakten Gefährdungsdeliktes, das heisst, das Verhalten als solches birgt die erhöhte Möglichkeit einer Gefährdung in sich. Eine Konkretisierung der Gefahr für den öffentlichen Frieden tritt erst beim Zusammentreffen der Diskriminierungsdelikte mit anderen Straftaten ein.“*

(Botschaft vom 2.3.1992, BBl 1992 III 269 ff. insbes. 309 ff.).

### 4. Stellungnahmen der Doktrin

In der Doktrin ist die Frage nach dem durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützten Rechtsgut höchst umstritten. Eine Analyse der einschlägigen Literaturstellen zeigt, dass sich zwar alle Autoren, die zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB publiziert haben, mehr oder weniger ausführlich zur Frage des geschützten Rechtsgutes äussern, dass jedoch nur einige dies spezifisch für Abs. 4 (erster und/oder zweiter Satzteil) tun und nur vereinzelt überhaupt einen Bezug herstellen zu den damit verbundenen prozessualen Fragen nach der Klageberechtigung Privater.

- 1992 kritisierte KARL-LUDWIG KUNZ (Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung - ZStrR 109/1992, S. 154 ff. [159]) den Versuch, Diskriminierungen gemäss Abs. 4 mittels der Bestrafung eines Angriffs auf die Menschenwürde strafrechtlich erfassen zu

wollen. So sei „der Begriff der Menschenwürde ein „unumgrenztes Sammelbecken“, das - wenn überhaupt - nur strafbarkeitsbegrenzende, nie und nimmer aber strafbarkeitsbegründende Funktion wahrnehmen könne. Die zur Erfassung der sog. Ausschwitzlüge aufgenommene Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener bringe das Schutzanliegen nur unzutreffend zum Ausdruck, weil es dabei weder um die Verletzung der Ehre Verstorbener noch um die Verletzung des Pietätsgefühls, „sondern um eine besondere Gefährdung des öffentlichen Friedens“ gehe. Daher regte er an, das wirklich Gemeinte konkret und präzise zum Ausdruck zu bringen, indem die Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Tathandlungen benannt werden (a.a.O. 163/4).

- 1995 analysierte ROBERT ROM in seiner Dissertation (Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1995) zunächst die schützenswerten Rechtsgüter sowie die Relativität der Rechtsgüter, um in einem ersten Ergebnis sodann zu folgern: „Eine strafrechtliche Norm zur Pönalisierung von Rassendiskriminierungen lässt sich daher ausser zum Schutz von Rechtsgütern wie beispielsweise öffentlicher Friede auch zur Erhaltung der Menschenwürde rechtfertigen (a.a.O. pag. 93). Aufgrund der Eingliederung in den 12. Titel (Delikte gegen den öffentlichen Frieden) des StGB kommt er sodann zur Erkenntnis, der gesetzlichen Systematik entsprechend müsse der *öffentliche Friede* als das von Art. 261<sup>bis</sup> StGB *primär geschützte Rechtsgut* angesehen werden (a.a.O. pag. 107). Der zweite Satzteil von Abs. 4 (Leugnung von Völkermord etc.) müsse nicht nur auf die sog. Ausschwitzlüge sondern auch auf andere Völkermorde, ethnische Säuberungen etc. Anwendung finden „*vorausgesetzt, dass ein Leugnen solcher Ereignisse bei den Angehörigen der entsprechenden Gruppe in der Schweiz noch eine Beeinträchtigung auszulösen vermag, welche den öffentlichen Frieden beeinträchtigen könnte.*“ (pag. 138).
- 1995 vertrat ALEXANDRE GUYAZ in seiner Lausanner Dissertation (L'incrimination de la discrimination raciale, Bern 1996) die Ansicht, Verstöße gegen das Rassismusverbot seien zu unterteilen in solche, die sich gegen die einzelnen Rechtsgenossen, und solche, die sich gegen Kollektivinteressen richten (Vgl. Chapitre VII/Section 1: Les comportements dirigés contre des intérêts individuels [S. 197 ff.] und Chapitre VII/Section 2 Les comportements dirigés contre des intérêts collectifs [S. 228 ff.]). Er schlägt in der Folge (S. 314) vor, die Rassismusstrafnorm neu zu fassen und unter dem 3. Titel (Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich) einen neuen Art. 178<sup>bis</sup> StGB *Atteinte à la dignité humaine* einzufügen, nach welchem „*Celui qui ..... aura abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine*

*une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse“ bzw. „Celui qui aura refusé ... une prestation offerte au public“ auf Antrag mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft wird. Unter dem Titel Discrimination raciale soll im Art. 261<sup>bis</sup> StGB u.a. das Leugnen, gröbliche Verharmlosen oder Rechtfertigen von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Officialdelikt mit Gefängnis oder Busse bestraft werden.*

- 1996 äusserte PETER MÜLLER, in seinem „interdisziplinären Gespräch“ über die Frage der Auswirkungen der Migrationsbewegungen auf unser Land (Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP 1996, S. 659 ff.), mit einer Reaktion des Strafrechts müsse seit der Einführung der neuen Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung rechnen, „wer eine rassistische und damit auch ausländerfeindliche Handlung begeht, die geeignet ist, das gesellschaftliche Klima zu vergiften oder um in der strafrechtlichen Terminologie zu bleiben, den öffentlichen Frieden zu stören oder zu gefährden“ (a.a.O. 664).
- 1996 legte MARCEL ALEXANDER NIGGLI mit dem Buch „Rassendiskriminierung“ einen Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG vor, worin er die Meinung vertrat, geschütztes Rechtsgut von Art. 261<sup>bis</sup> StGB könne sinnvollerweise einzig die Menschenwürde als Individualrechtsgut - und nicht der öffentliche Friede - sein, zumal letzterer weder als Begründungs- noch als Begrenzungskriterium staatlicher Strafe (a.a.O. N 71) taugte. NIGGLI umschreibt die Menschenwürde eng, nämlich *„als Anspruch darauf, als gleichberechtigtes und gleichwertiges Wesen respektiert zu werden“*: Das hat hinsichtlich der Tatbestandsvariante des Leugnens von Völkermord zur Folge, dass NIGGLI daran zweifelt, inwiefern solches die Menschenwürde der Betroffenen angreifen sollte (a.a.O. N 1025, 1026): *„Direkt betroffen werden vom einfachen Leugnen die Achtung und der Respekt der Überlebenden für die Verstorbenen und ihre Stellung als Opfer und Verfolgte, nicht aber ihre Würde als gleichwertige Menschen. Die eigentliche Crux der Norm besteht darin, dass das Leugnen von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit - im Gegensatz zu den übrigen Tatbeständen von Art. 261<sup>bis</sup> StGB - letztlich nicht Rassendiskriminierung, sondern bloss Rassismus darstellt, ein ansonsten strafloses Empfinden und Denken. Es sollen bei den Tathandlungen nach Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB ja nicht die Opfer diskriminiert, sondern die Täter reingewaschen werden...“* (a.a.O. N 1029). Dennoch könne das *üblicherweise für Art. 261<sup>bis</sup> StGB geltend gemachte Rechtsgut des „öffentlichen Friedens“ auch hier „weit weniger“ als Entscheidungskriterium* taugen, weshalb letztlich doch die Menschenwürde (in einem weiteren Sinn, nämlich als Zugehörigkeit zu einer bestimmten Geschichte und Kultur) das durch

Abs. 4 geschützte Rechtsgut darstelle (a.a.O. N. 1026/1030). Daraus zieht NIGGLI folgenden Schluss: *„Als geschütztes Rechtsgut ist deshalb auch bei Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB die Menschenwürde zu erkennen, allerdings mit der eigenartigen Einschränkung, dass Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB teilweise (bei den Tathandlungen des Rechtfertigens und z.T. des Verharmlosens) ein Verletzungsdelikt darstellt, wie alle übrigen Tatbestände des Art. 261<sup>bis</sup> StGB, teilweise aber (bei der Tathandlung des schlichten Leugnens) ein Gefährdungsdelikt“* (N 1031).

- 1997 nennt STEFAN TRECHSEL, (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl. Zürich 1997) in N 6 zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB vorweg unter Verweisung auf MÜLLER in AJP 1996, S. 664 klipp und klar den öffentlichen Frieden als geschütztes Rechtsgut: *„Wer ... , zerstört die grundlegenden Voraussetzungen für ein geordnetes und einigermaßen friedfertiges Zusammenleben. Dies zu verhindern, ist der Zweck von Art. 261<sup>bis</sup> StGB“*. TRECHSEL verweist sodann auf die Kritik von NIGGLI und die Meinung von RIKLIN, für den *„die Gefahr sozialer Spannungen entstehen“* muss und er fährt weiter: *„Eine präzise Bestimmung des geschützten Rechtsguts ist nicht möglich, STRATENWERTH BT II §39 N 32. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, Botsch. 310,313, a.M. – Verletzungsdelikt – NIGGLI N 233 ff., REHBERG IV 180. In al. 4, 1. Variante, und in al. 5 ist allerdings die Menschenwürde der unmittelbar Betroffenen auch verletzt. Bisweilen wird denn auch die Menschenwürde als Rechtsgut in den Vordergrund gerückt, z.B. BARONE 43, NIGGLI N 211. Sekundär sind demnach auch Individualinteressen geschützt, REHBERG IV 180, wo allerdings die Einräumung der Parteistellung im Strafprozessrecht an alle Angehörige der angegriffenen Rasse ... abgelehnt wird.“*
- 1996 schliesst sich JÖRG REHBERG (Strafrecht IV - Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Aufl. Zürich 1996) insofern der Lehrmeinung Niggli's an, als dieser mit überzeugender Begründung dargelegt habe, *„dass die in der Botschaft nur mit „Angriffspunkt“ bezeichnete Menschenwürde als unmittelbar geschütztes Rechtsgut betrachtet werden muss und dieser Schutz sich nur im Sinne einer Reflexwirkung auch auf die Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens auswirkt“*.(a.a.O. S. 180). Kritisch äussert sich REHBERG dann aber zur Ansicht Niggli's, wonach die prozessuale Stellung eines Geschädigten nicht nur demjenigen zukommen soll, gegen den sich der Angriff in erkennbarer Weise persönlich richtet, sondern auch den Personen in der Konstellation, wo der Angriff ausschliesslich auf die Rasse, ethnische Gruppe oder Religion abzielt, welcher die Personen zugehören. Dies scheint REHBERG *„bei einem Delikt, welches primär gegen allgemeine Rechtsgüter gerichtet ist, nicht zwingend. Abgesehen davon könnte es in der Praxis zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten kommen, wenn eine unbestimmte Zahl von Einzelpersonen die aus der Geschädigtenstellung fliessenden Teilnahmerechte beanspruchen würde.“*

- GÜNTHER STRATENWERTH vertrat in der 4. Auflage seines Lehrbuches Schweizerisches Strafrecht BT II (Bern 1995, § 39 N 22) die Auffassung, dass es bei der Rassendiskriminierung nicht um ein konkret fassbares Rechtsgut gehe, sondern um eine allgemeine Verhaltensnorm, nämlich um den Grundsatz, dass niemand wegen seiner Zugehörigkeit zu einer ethnischen (oder religiösen) Gruppe missachtet oder herabgesetzt werden sollte. Erstrebt werde eine über die prinzipielle rechtliche Gleichstellung hinausgehende Durchsetzung bestimmter Aspekte des Gleichheitssatzes in der Öffentlichkeit. Das sei ein grundlegendes menschenrechtliches, überindividuelles "Interesse", mit dessen Schutz sich derjenige des Einzelnen vor Diskriminierung als blosser Reflex verbinde. Mit dem öffentlichen Frieden habe die Frage nur insofern zu tun, als Rassendiskriminierungen zu sozialen Spannungen, unter Umständen auch zu gewalttätigen Auseinandersetzungen führen könnten. Insofern bilde der Tatbestand ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

In der 5. Auflage des BT II (Bern 2000 § 39, N 22) fasst STRATENWERTH die Kontroverse zur Frage, welches Rechtsgut der Tatbestand schützt, wie folgt zusammen:

*"Ein Teil der Doktrin findet es, in Übereinstimmung mit der Botschaft (309 f.), im öffentlichen Frieden, den der Paralleltatbestand von § 130 dt. StGB ausdrücklich nennt (so u.a. RIKLIN, 38; ROM, 107; TRECHSEL, 6 zu Art. 261<sup>bis</sup>; eingehend KUNZ, Z 116 227 ff.; dagegen NIGGLI, Z 117 89 ff.). Daran ist richtig, dass Rassendiskriminierung in der Tat zu sozialen Spannungen, unter Umständen auch zu gewalttätigen Auseinandersetzungen führen kann. Es bleibt jedoch der Einwand, dass die Störung des öffentlichen Friedens als sekundäres Phänomen, als blosse Folge des eigentlichen Unrechts erscheint: einer massiven Verletzung der für unsere pluralistische Gesellschaft unabdingbaren Verhaltensnorm, dass niemand wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten "Rasse, Ethnie oder Religion" missachtet oder herabgesetzt werden sollte. Die Gegenmeinung sieht das hier geschützte Rechtsgut dementsprechend in der Menschenwürde, der jede Diskriminierung aus solchem Grunde krass widerspricht (so BGE 123 IV 206; eingehend NIGGLI, Kommentar, N 112 ff.; ferner GUYAZ, 240 ff., REHBERG, 180). Ihr wird zu Recht entgegengehalten, dass der Schutz der Menschenwürde ein unspezifischer Gesichtspunkt ist, der für viele Straftatbestände gilt. In Wahrheit dürfte es, ähnlich wie beim Schutz der Glaubens- und Kulturfreiheit und dem des Totenfriedens, gar nicht um ein konkret fassbares Rechtsgut, sondern um die Wahrung einer grundlegenden sozialen Norm als solcher gehen, hier um den "Grundsatz der angeborenen Würde und Gleichheit aller Menschen" (BGer, a.a.O.). Das ist ein elementares menschenrechtliches, überindividuelles „Interesse“, mit dessen Schutz sich der des Einzelnen vor Diskriminierung als blosser Reflex verbindet (JENNY, ZBJV 134 (1998) 629; STRAUSS, 229 f.)."*

- Im Anschluss an BGE 123 IV 202 (vgl. dazu unten 4.) veröffentlichten KUNZ und NIGGLI je einen Aufsatz in der schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht. Dabei widmeten sie sich noch einmal eingehend der Frage nach dem öffentlichen Frieden oder der Menschenwürde als geschütztem Rechtsgut von Art. 261<sup>bis</sup> StGB, ohne grundsätzlich von ihren jeweiligen Positionen abzuweichen.

KUNZ (Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung ZStR 116/1998, S. 223 ff.) legte mit ausführlicher Begründung dar, weshalb Art. 261<sup>bis</sup> StGB seiner Ansicht nach nicht auf die Menschenwürde, sondern auf den sozialen Frieden im Sinne des Rechtsfriedens zu beziehen sei, wobei er neben zahlreichen rechtlichen Überlegungen auch den praktischen Aspekt erwähnte, dass bei individualbezogenem verstandenem Rechtsgut bei einer Gruppendiskriminierung sämtliche einzelnen Gruppenmitglieder - etwa: alle Moslems, Juden, Sintis und Romas - als individuell geschädigt anzusehen und damit als Partei im Strafverfahren zuzulassen sind. Die Möglichkeit der massenweisen Zulassung einer Unzahl von Geschädigten als Verfahrensbeteiligte dürfte Justizpraktiker in Alpträume versetzen und gefährde die Durchführbarkeit von Strafverfahren (a.a.O. S. 231).

NIGGLI, der mit METTLER und SCHLEIMINGER bereits in AJP 1998 S. 1075 ff. einen Beitrag zur Rechtsstellung des Geschädigten im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierung publiziert hatte (nunmehr integriert im 1999 erschienenen Ergänzungsband zum Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und 171c MStG; im Folgenden zitiert als Rassendiskriminierung/Gerichtspraxis) antwortete ebenso ausführlich (Zur Unschärfe des Strafrechts, seiner Funktion und der Bedeutung von Rechtsgütern ZStR 117/1999, S. 84 ff.). NIGGLI anerkennt, dass es im Falle nicht individualisierbarer Geschädigter zu unhaltbaren Zuständen führen würde, wenn man diesen volle Geschädigtenstellung zugestehe, wenn mithin jedem Gruppenangehörigen sowohl im Straf- wie auch im Zivilpunkt dieselben Rechte zustünden wie einem individualisierbaren Geschädigten. Es dürfe kaum Sinn und Zweck von Art. 261<sup>bis</sup> StGB sein, das Institut der Sammelklage einzuführen. NIGGLI hält indessen dafür, dass es auch nicht angehe, gestützt auf solche Erwägungen die nicht individualisierbaren Geschädigten gänzlich vom Prozess auszuschliessen. Denn wenn man tatsächlich aus Sorge um die Praktikabilität der Strafnorm bzw. diesbezüglicher Strafprozesse den nicht individualisierbaren Geschädigten jegliches prozessuale Recht abspräche, so würde das nichts anderes bedeuten als das geschützte Rechtsgut der Menschenwürde auf prozessuellem Weg aufzuheben und wiederum auf das Rechtsgut des öffentlichen Friedens zu reduzieren (Rassendiskriminierung /Gerichtspraxis S. 239). Um das Problem der "unhaltbaren Zustände" in den Griff zu bekommen, schlägt NIGGLI eine Lösung mit einer Beschränkung der Geschädigtenrechte vor. Eine solche Beschränkung gebiete auch der Grundsatz des *ne bis in idem*, weil es in einem Fall, wo die Schuld des Angeklagten nur gegenüber einem Teil der diskriminierten Gruppe festgestellt würde (mithin das Delikt wie ein Delikt gegen Individualinteressen behandelt würde), dem Rest der Gruppenangehörigen wegen mangelnder Tatidentität unbenommen bliebe, erneut einen Strafprozess gegen den Urheber der rassistischen Äusserung oder Handlung anzustrengen (a.a.O. S. 241).

Insgesamt lässt sich die Stellung der Doktrin dahingehend zusammenfassen, dass zwar die Meinungen der Autoren darüber, ob primär die Menschenwürde oder der öffentliche Friede das durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützte Rechtsgut sei, auseinander geht, dass jedoch weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass Abs. 4 zweiter Satzteil einen Sonderfall darstellt, bei welchem mit der Bestimmung des geschützten Rechtsgut so oder so nicht allzuviel gewonnen ist. So gehen sowohl NIGGLI wie auch KUNZ davon aus, dass in dieser Tatbestandsvariante ein (abstraktes) Gefährdungsdelikt vorliegt. Während KUNZ dies als weiteres Element dafür sieht, dass geschütztes Rechtsgut der öffentliche Friede sei, und daraus systemkonform folgert, ein Verfahren nach Art. 261bis Abs. 4 zweiter Halbsatz sei der Zulassung einer Privatküglerschaft nicht zugänglich, ist die Stellung NIGGLIS schwieriger zu fassen. So ist NIGGLI einerseits ein vehementer Verfechter der Menschenwürde als dem von Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschütztem Rechtsgut, er nimmt dann aber eine Dreiteilung der möglichen Beeinträchtigungen durch rassendiskriminierende Handlungen vor. Nach seinem Drei-Kreise-Modell sind als Geschädigte im Prozess immer zuzulassen diejenigen Personen, die sich im innersten Kreis befinden, d.h. diejenigen, die durch eine diskriminierende Handlung eine konkrete, persönliche Betroffenheit (bzw. eine direkte und unmittelbare physische und/oder psychische Beeinträchtigung) erleiden, während diejenigen des äussersten Kreises, die bloss als Mitglied irgendeiner diskriminierten Gruppe bzw. der Gesamtmenschheit betroffen sind, nicht zuzulassen sind. Grosse Abgrenzungsschwierigkeiten bietet der mittlere der konzentrischen Kreise, dessen Mitglieder „direkt und indirekt“ betroffen sind. NIGGLIS Lösungsvorschlag bedingt, dass trotz der von ihm nachhaltig postulierten Individualrechtsgut-Qualifikation ein Verstoss gegen die Rassendiskriminierungsnorm letztlich doch nicht gleich wie andere gegen Individualinteressen gerichtete Delikte behandelt werden soll, so dass bei den von ihm vorgeschlagenen Beschränkungen "Systemwidrigkeiten" in Kauf genommen und "Kompromisse" eingegangen werden müssten (vgl. Rassendiskriminierung/Gerichtspraxis S. 243 und 247).

## 5. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Ob ein Überlebender eines Völkermordes oder ein Nachkomme eines Opfers von Völkermord durch Leugnung oder Verharmlosung eines solchen Verbrechens Schaden im Sinne des Strafprozessrechts erleiden und damit die Stellung von Geschädigten beanspruchen kann, ist höchstrichterlich noch nicht explizit entschieden worden. Das Bundesgericht hat jedoch in zwei Entscheiden unter dem Gesichtspunkt der Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde kantonale Urteile bestätigt, in welchen solchen Personen eine Parteistellung

abgesprochen wurde (BGE 125 IV 206 und Urteil vom 10. August 2000, 6S.292/2000). Der Kassationshof hat in BGE 125 IV 206 E. 2b signalisiert, dass eine Einzelperson, wenn überhaupt, nur in seltenen Ausnahmefällen in Bezug auf die Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 und Abs. 4 zweiter Satzteil StGB als Geschädigte betrachtet werden könnte. Die Frage musste jedoch nicht weiter geprüft werden, da in jenem Fall auf die Nichtigkeitsbeschwerde schon aus andern Gründen nicht einzutreten war. Auch im Entscheid 6S.719/1999 vom 22. März 2000 musste nicht geprüft werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Einzelperson Geschädigte in Bezug auf die Straftat der Rassendiskriminierung in der Tatbestandsvarianten von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Satzteil StGB sein kann.

Zur Frage nach dem geschützten Rechtsgut hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich einzig im Entscheid 123 IV 202 ff., in dem ein Verstoß gegen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 4 erster Satzteil - ohne Beteiligung einer Privatklägerschaft - zu beurteilen war, geäußert. Dort hat es festgehalten (S. 206 f.):

*„Hintergrund ... der Rassismusstrafnorm bilden die Erfahrungen des Kolonialismus, des Völkermords und anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit, insbesondere die Tatsache der unter den Begriffen Shoah und Holocaust zusammengefassten Verbrechen, aber auch rassistische Vorkommnisse in der Schweiz.*

*Es werden der öffentliche Friede beziehungsweise der Respekt und die Achtung vor dem andern und dessen Anderssein als geschützt bezeichnet. In dieser Sicht gilt auch die Würde des Menschen als Rechtsgut, während der öffentliche Friede mittelbar geschützt wird als Folge des Schutzes des Einzelnen in seiner Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder religiösen Gruppe (NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, N. 105, 130, 211; REHBERG, Strafrecht IV, 2. Auflage, Zürich 1996, S. 180; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 4. Auflage, Bern 1995, § 39 N. 22; TRECHSEL, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 261bis N. 1, 6; GUYAZ, L'incrimination de la discrimination raciale, Bern 1996, S. 241, 250).*

3.- a) *Der Tatbestand schützt wesentlich die Würde des einzelnen Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer "Rasse, Ethnie oder Religion". Diese Begriffe beziehen sich auf unterschiedliche Kontexte und lassen sich insoweit auch juristisch nicht auf eine griffige Formel bringen. Die Zielsetzung des Gesetzes ist dagegen klar. Strafrechtlich ist entscheidend, dass Art. 261bis StGB auf dem Grundsatz der angeborenen Würde und Gleichheit aller Menschen beruht. Die Bestimmung verbietet daher eine Diskriminierung selbst bei einem Bestehen behaupteter Unterschiede, weshalb sich eine nähere strafrechtliche Definition von "Rasse" oder "Ethnie" erübrigt. Vielmehr macht sich strafbar, wer eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen einer zugeschriebenen Rasse, Ethnie*

*oder Religion diskriminiert. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob solche Eigenschaften tatsächlich bestehen, ob sich dieser Personenkreis solche Eigenschaften selbst zurechnet oder ob solche Eigenschaften fälschlich oder wahnhaft zugeschrieben werden; massgebend ist der Beweggrund (STRATENWERTH, a.a.O., § 39 N. 28; REHBERG, a.a.O., S. 183; GUYAZ, a.a.O., S. 128 ff., 135, 142 f.).*

Prima vista scheint das Bundesgericht in BGE 123 IV 206 das durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützte Rechtsgut mit der Menschenwürde und somit als Individualrechtsgut begriffen zu haben. Dieser Eindruck wird durch den Text der Regeste verstärkt, wo die Rede davon ist, der Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und 4 StGB schütze „*die Würde des Einzelnen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion*“ (So hält auch GUIDO JENNY, "Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997" in ZBJV 134/1998, S. 629 dafür, dass die Regeste darauf „hindeute“).

Nach Ansicht der Kammer ist dieses Urteil jedoch aus mehreren Gründen nicht geeignet, einen leading case hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes abzugeben. Zum einen deshalb, weil solches kaum den Intentionen des Kassationshofes entsprochen haben dürfte. Beim Entscheid ging es um die Frage, ob ein Brief eine Herabwürdigung und Unwerterklärung der Juden enthalten habe und damit Antisemitismus in der Form einer strafrechtlich relevanten Judenfeindschaft äussere. Wenn das Bundesgericht bei dieser Konstellation, in welcher keine Privatkläger involviert waren, die Menschenwürde der Einzelnen in ihrer Eigenschaft als Angehörige einer bestimmten Religion zum durch Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 4 erster Halbsatz geschützten Rechtsgut erklären, so kann dies nicht unbesehen auf andere Teilbereiche der Rassendiskriminierungsstrafnorm übernommen werden.

Auffallend bei diesem Entscheid ist nämlich, dass der Kassationshof keine echte Auseinandersetzung mit der Rechtsgutfrage vorgenommen hat, obwohl dies angesichts der kontroversen Diskussion in der Lehre zu erwarten gewesen wäre, wenn er die Frage präjudiziell hätte entscheiden wollen. Bei Grundsatzfragen referiert nämlich das Bundesgericht stets sehr ausführlich und mit sorgfältiger Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und den Materialien (vgl. z.B. die eingehende Begründung zur Praxisänderung beim gewerbsmässigen Betrug in BGE 116 IV 319 ff.). In BGE 123 IV 206 ist das nicht der Fall; eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und den Gesetzesmaterialien (die den öffentlichen Frieden als das geschützte Rechtsgut deklarieren) hat nicht stattgefunden. Hinzu kommt eine weitere Auffälligkeit. Das Bundesgericht hat auf die Autoren NIGGLI, REHBERG, STRATENWERTH, TRECHSEL und GUYAZ hingewiesen, obwohl sich die angegebenen Literaturstellen nur zum Teil bzw. zum Teil überhaupt nicht für die Menschenwürde als

geschütztes Individualrechtsgut aussprechen (vgl. dazu oben 3.). Die Hinweise auf die Doktrin haben offensichtlich nicht den Stellenwert von Literaturnachweisen, die sich uneingeschränkt für die Menschenwürde als dem geschützten Individualrechtsgut aussprechen würde. Es handelt sich dabei vielmehr um eine Zusammenstellung von Literaturfundstellen, die sich mit der Problematik des geschützten Rechtsgutes beschäftigen.

Soweit das Bundesgericht in späteren Entscheiden auf BGE 123 IV 202 ff. verweist, ist festzustellen, dass auch keine Auseinandersetzung mit der Rechtsgutproblematik stattfindet (vgl. BGE 124 IV 125/126 sowie 126 IV 24). In BGE 127 IV 203ff. (208) schliesslich, wo ebenfalls auf BGE 123 IV 202 verwiesen wird, setzt sich das Bundesgericht mit dem Argument des Beschwerdeführers, Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB schütze einzig den öffentlichen Frieden und nicht die individuelle Würde eines Mitglieds der anvisierten Gruppe, nicht auseinander, weil auf die Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt nicht einzutreten war.

Zusammenfassend lässt sich demnach sagen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis heute weder in die eine noch in die andere Richtung Leitlinien gesetzt hat für die Definition des durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützten Rechtsgutes. So muss insbesondere bezweifelt werden, ob BGE 123 IV 202 ff. und den später darauf verweisenden Entscheiden Präjudizcharakter beizumessen ist. Der Stellenwert des Urteils ist keineswegs abschliessend gesichert, zumal das Bundesgericht in BGE 125 IV 210 hinsichtlich Abs. 4 zwar nicht explizit, wohl aber in der Konsequenz gerade Gegenteiliges zum Ausdruck gebracht hat, indem es dort davon ausgegangen ist, dass eine individuelle Verletzung nur in äusserst seltenen Fällen (*“sous réserve de rares exceptions”*) überhaupt gegeben sein kann.

## 6. Konklusion der Kammer

Nach eingehender Analyse von Doktrin und Rechtsprechung kommt die Kammer zum Schluss, dass es hinsichtlich des durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB geschützten Rechtsgutes bis heute weder eine gefestigte höchstrichterliche Praxis noch eine einhellige oder auch nur dominierende Meinung in der Literatur gibt.

Bei dieser Ausgangslage gilt es sich vorweg der Tatsache zu besinnen, dass nach der Position des Gesetzgebers der öffentliche Frieden das geschützte Rechtsgut ist. Bei Art. 261<sup>bis</sup> StGB handelt es sich um eine Bestimmung, die erst seit dem 1. Januar 1995 in Kraft ist, von der also nicht gesagt werden kann, dass methodisch gesehen das Bedürfnis nach

einer geltungszeitlichen Anpassung entstanden wäre (vgl. hierzu auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die nicht ohne Not von einem "jungen gesetzgeberischen Willen" abweicht, etwa BGE 125 II 206 E. 4a a.E. und BGE 127 III 344). Zu einem Abweichen von der gesetzgeberischen Haltung hinsichtlich der Rechtsgutfrage gibt es umso weniger Anlass, als nicht gesagt werden kann, dass die "Gegner" der Individualrechtsgut-Qualifikation im Schrifttum weniger gute Gründe vorbringen als deren "Befürworter". Festzustellen ist beispielsweise auch mit GUIDO JENNY ("Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997" in ZBJV 134/1998, S. 629), dass – wären Rechte des Einzelnen geschützt – völlig unverständlich bliebe, weshalb der Tatbestand die Diskriminierung unter vier Augen nicht erfasst.

Was NIGGLI anbelangt, der als Verfechter der Individualrechtsgut-Qualifikation im Vordergrund steht, wurde oben bereits aufgezeigt, dass sein Lösungsvorschlag bedingt, Verstöße gegen die Rassendiskriminierungsnorm letztlich doch nicht gleich wie andere gegen Individualinteressen gerichtete Delikte zu behandeln, so dass bei den von ihm vorgeschlagenen Beschränkungen "Systemwidrigkeiten" in Kauf genommen und "Kompromisse" eingegangen werden müssten. NIGGLI kann zwar insofern zugestimmt werden, als die rein praktisch Schwierigkeit, viele (oder unbestimmte) Geschädigte in einem Prozess sich beteiligen zu lassen, nicht Grund dafür sein darf, diesen den materiellrechtlichen Schutz einer Norm zu versagen. Andererseits zeigt sich im Konzept NIGGLIS beispielhaft, dass wenn zwar jeder Angehörige einer Rasse, Ethnie oder Religion X als durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB individuell geschützt erklärt wird, dann aber - der praktischen Schwierigkeiten gewahr - prozessuale Einschränkungen vorgenommen werden müssen (bis hin zur res iudicata mit der Konsequenz, dass denjenigen Geschädigten, die nicht am Prozess teilgenommen haben, der individuelle Rechtsschutz gerade versagt bleibt), der prozessuale Aspekt letztlich auch hier auf den materiellrechtlichen zurückwirkt. Folgte man dem Ansatz NIGGLIS, müsste die fehlende Kohärenz in Kauf genommen werden, weil die andernfalls nicht wegzudiskutierende Möglichkeit, dass es in der Praxis zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten kommt, Ziel und Zweck der Strafbestimmung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB hochgradig gefährden könnte. Von daher ist es sachgerechter (und ehrlicher), mit der Botschaft und KUNZ zu sagen Art. 261<sup>bis</sup> StGB schütze vorweg den sozialen Frieden und damit ein allgemeines Rechtsgut, die Menschenwürde hingegen nur indirekt, sozusagen im Reflex.

Hervorzuheben ist schliesslich auch noch, dass das Straf- und Strafprozessrecht vor allem bei Officialdelikten, zu denen auch die Rassendiskriminierung gehört, konzeptionell davon ausgeht, dass der öffentliche Ankläger den staatlichen Strafanspruch vertritt und zwar

aufgrund der Objektivitätsverpflichtung nach den Kriterien der Wahrheit und der Gerechtigkeit, so dass unabhängig von der Beteiligung einer privaten Klägerschaft sichergestellt ist, dass ein richtiger, der Sachlage angepasster Entscheid angestrebt wird (vgl. hierzu HAUSER/SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., § 37, N 2 ff.).

## **V. Sind die Privatklagen von D. und S. zuzulassen?**

1. Nachdem Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Satzteil StGB keine Rechte Einzelner schützt, eine blosser Verletzung dieser Norm eine Privatklage gemäss Art. 47 StrV also nicht zu begründen vermag, stellt sich im vorliegenden Fall einzig noch die Frage, ob sich die Privatklagelegitimation von D. und S. herleiten lässt aus der Rechtsprechung betreffend die ausnahmsweise Parteizulassung bei Tatbeständen, welche nicht primär Individualrechte schützen. Dies wäre - nach der oben III. dargelegten Rechtsprechung der Strafkammern - dann der Fall, wenn durch den Tatbestand zwar ein Allgemeinrechtsgut betroffen ist, die entsprechende Tathandlung jedoch vor allem im Hinblick auf die Schädigung konkreter Personen vorgenommen wurde. Festzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass die ausnahmsweise Parteizulassung bei Art. 261<sup>bis</sup> StGB massgeblich von der tatbestandsmässigen Handlung abhängt, indem beispielsweise die Tathandlung der Leistungsverweigerung in Abs. 5 offenkundig eine „persönliche Spitze“ hat, so dass hier ohne Weiteres gesagt werden kann, die Straftat richte sich ihrem Begriff nach gegen das durch die Strafdrohung mitgeschützte individuelle Recht.
2. Bei Abs. 4 zweitem Halbsatz ist das regelmässig nicht der Fall, weil sich die Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord begrifflich nicht gegen individuelle Einzelpersonen richtet. Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord vermag unbestrittenermassen insbesondere bei Überlebenden oder Angehörigen Getöteter tiefe Betroffenheit auszulösen. Diese ist aber nicht Schutzobjekt von Art. 261<sup>bis</sup> StGB. Rassendiskriminierung in Form von „blossem“ Leugnen von Völkermord kann ein einzelnes Individuum - unabhängig von seiner persönlichen Lebensgeschichte - nicht im Rechtssinne verletzen. Wer Völkermord leugnet, bestreitet weder explizit noch implizit das Lebensrecht noch tangiert er den Kern der Menschenwürde lebender Personen.
3. Dass es bei der Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord um ein „überindividuelles“ Interesse geht, zeigt sich denn auch gerade im vorliegenden Fall sehr deutlich. So schildert der 1916 im 200 km vom Berg Ararat entfernten Terzili geborene D. den Grund für seine Privatklage wie folgt (pag. 795 ff.): Er sei, nachdem sein Vater erschossen und er von

seiner Familie getrennt worden sei, 1926 als Waise in die Schweiz gekommen. In Genf habe er nach Abschluss der Schulen etliches durchgemacht, weil er D. und nicht Dunand oder Durand hiess. Er habe aber letztlich in der Schweiz doch eine Heimat gefunden, sei hier eingebürgert und habe Militärdienst geleistet. Es tue ihm weh, zu sehen, wie das Parlament die Geschichte des 1. Genozids im 20. Jahrhundert wirtschaftlichen Interessen opfere, während es die Klagen der Juden gegen die Schweizer Banken für gerechtfertigt halte. Er schliesst mit den Worten: „Je souhaite que le Parlement débâte bientôt de la reconnaissance du génocide. Je ne demande aucune compensation, je ne revendique rien; je veux seulement que la vérité soit mise en lumière, reconnue par tous et que l'on ne tolère plus la négation du génocide des Arméniens“ (pag. 797). Damit hat D. selber zum Ausdruck gebracht, dass es bei der Leugnung des Völkermordes an den Armeniern nicht um eine Individualrechtsgut-Verletzung geht, sondern dass übergeordnete Interessen, nämlich primär eine historische und politische Anerkennung der Gräueltaten an den Armeniern als Völkermord, zur Debatte stehen.

S. schildert ebenfalls die Flucht seiner Familie, die unterschiedliche Bewertung der armenischen Geschichte durch den aus dem Osten geflüchteten Vater und die in Istanbul aufgewachsene Mutter, sowie das Erwachen seines eigenen Interesses an der Geschichte seiner Vorfahren und des immer stärker aufkommenden Ungerechtigkeitsgefühls. Er konstituierte sich als Privatkläger, weil er die öffentlichen und privaten Erinnerungen am Völkermord an den Armeniern aufrecht erhalten will. „Ich möchte mich als Schweizer armenischer Abstammung, gegen diese öffentliche (Be)Drohung der geschichtlichen Wahrheit und meines persönlichen Rechtes an der Erinnerung eines Gründungsstückes meiner Familiengeschichte - Bestandteil meines eigenen Vermögens - durch das Gesetz schützen lassen.“ (pag. 803). Auch S. beschreibt mit seinem Interesse am Schutz der geschichtlichen Wahrheit kein Individualrechtsgut. Erinnerungs- bzw. Vermögenswerte werden durch den Rassendiskriminierungstatbestand evidentermassen nicht geschützt.

4. Da durch Leugnen von Völkermord keine Individualrechtsgüter verletzt werden, fehlt es sowohl bei D. als auch bei S. an einer unmittelbaren Beeinträchtigung im Sinne von Art. 2 OHG, weshalb auch eine darauf gestützte Klagelegitimation ausser Betracht fällt (vgl. dazu BGE 125 IV 79 (81), 126 IV 147 sowie neuestens mit Bezug auf Gefährdungsdelikte BGE 6S.729/2001 vom 25. Februar 2002).
5. Die Zulassung als Partei kann sich schliesslich auch nicht aus Art. 271 BStP ergeben. Diese Bestimmung regelt die Legitimation im Zivilpunkt für den Fall, dass der Zivilanspruch zusammen mit der Strafklage beurteilt worden ist (vgl. MARTIN SCHUBARTH, Nichtigkeits-

beschwerde 2001, Bern 2001, S. 68). Darin liegt mithin keine eigenständige Klagelegitimation, welche die Kantone unabhängig vom kantonalen Strafprozessrecht zur Klagezulassung verpflichten würde.

6. Steht D. und S. unter keinem Titel das Recht zur Privatklage zu, so ist im Verfahren nach Art. 345 StrV ein instanzabschliessender Vorentscheid zu fällen und auf deren Appellation nicht einzutreten. Anzumerken ist der Vollständigkeit halber, dass an diesem Ergebnis auch der Entscheid der 2. Strafkammer vom 10. Februar 1999 nichts ändern kann, zumal dort die Klagelegitimation der Gesellschaft Schweiz-Armenien schon deshalb nicht gegeben war, weil - wie die Generalprokuratur in der damaligen Stellungnahme (pag. 527) zu Recht aufzeigte - die Wahrnehmung (straf-)prozessualer Rechte von Mitgliedern oder an Stelle einzelner Mitglieder nicht zum Vereinszweck der Gesellschaft Schweiz-Armenien gehört (vgl. hierzu jetzt auch den oben erwähnten BGE 125 IV 206 ff. E 2a, wo das Bundesgericht den klagenden Verbänden die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde abgesprochen hat).

## **VI. Kosten**

### **1. Verfahrenskosten**

Art. 392 Abs. 1 StrV sieht für den Fall des Nichteintretens die Auferlegung der Verfahrenskosten an den Rechtsmitteleinleger vor. Da es sich hier um einen instanzabschliessenden Vorentscheid handelt, sind diese gestützt auf Art. 21 und 17 lit. a i.V.m. Art. 6 GebDStr festzusetzen. In Anbetracht des Umfangs dieses Vorentscheids legt die Kammer die Gebühr auf Fr. 1'000.-- fest. Diese ist von den Appellanten anteilmässig je zur Hälfte zu tragen.

### **2. Parteikosten/Entschädigung**

Für die Verteilung der Parteikosten bei Nichteintreten auf die Appellation besteht keine besondere gesetzliche Bestimmung. Weil hier ein freisprechendes Urteil angefochten wurde und Nichteintreten auf die Appellation im Ergebnis als Verfahrensausgang zugunsten der Appellaten zu interpretieren ist, ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 396 Abs. 2 StrV geboten. Art. 396 Abs. 2 StrV macht die Parteikostenpflicht des Privatklägers (auch im Rechtsmittelverfahren) grundsätzlich nicht vom Ausgang des Verfahrens, sondern einzig vom Umstand abhängig, ob seine Beteiligung am Verfahren gerechtfertigt war. Die Materialien bringen wenig Erhellung in bezug auf die Frage, wann

von einer "gerechtfertigten Beteiligung" des Privatklägers am Verfahren gesprochen werden kann. Nach dem Gesetzestext ist einzig klar, dass selbst das Ausbleiben des prozessualen Erfolgs der privatklägerischen Anträge "eine gerechtfertigte" Beteiligung nicht ausschliesst. Vor diesem Hintergrund scheint es rechtlich vertretbar (und in Anbetracht der bis in das Appellationsverfahren unbestrittenen Zulassung von D. .. und S. als Privatkläger wohl auch billig), im konkreten Fall keine ungerechtfertigte Beteiligung anzunehmen. Damit entfällt eine Kostenpflicht der Privatkläger bezüglich der obsiegenden Appellaten. Diese haben aber zweifellos Anspruch auf den angebehrten Ersatz ihrer Verteidigungskosten, weshalb ihnen diese in Anwendung von Art. 404 StrV in Form einer vom Staat zu entrichtenden Entschädigung zu vergüten sind.

Bern, 16. April 2002

NAMENS DER 1. STRAFKAMMER  
DES OBERGERICHTS DES KANTONS BERN

Die Präsidentin i.V.:

Die Kammerschreiberin:

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen das vorerwähnte Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der vollständigen (d.h. begründeten) Ausfertigung des Entscheides beim Kassationshof des Bundesgerichts Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eidgenössischen Rechts erhoben werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde muss in der in Art. 273 BStP vorgeschriebenen Weise schriftlich begründet und mit Unterschrift versehen beim Bundesgericht (Kassationshof des Schweizerischen Bundesgerichts, av. du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14) eingereicht werden.

Die Berechtigung zur Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt sich nach Art. 270 BStP.