

Recht, Geschichte und Politik

Eine Tragikomödie in vier Akten über das Rechtsgut bei Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB).
Zugleich Anmerkungen zu BGE 129 IV 95.

424



lic. iur. DOMINIQUE EXQUIS,
Assistentin, Universität
Freiburg



Prof. Dr. MARCEL A. NIGGLI,
Universität Freiburg

Inhaltsübersicht:

- I. Präludium – Die Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern
- II. 1. Akt: Strafeinzelgericht (Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen)
 1. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte
 2. Rechtliche Würdigung
 3. Anmerkungen
- III. Zwischenspiel: Der subjektive Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB
- IV. 2. Akt: 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern
 1. Urteilsbegründung
 2. Anmerkungen
- V. Zwischenspiel: Der öffentliche Friede als Rechtsgut?
- VI. 3. Akt – Das Urteil des Bundesgerichts (BGE 129 IV 95)
 1. Zusammenfassung
 2. Anmerkungen
 - a. Völkermord-Leugnung hängt mit Rassendiskriminierung nicht zusammen
 - b. Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB) und Völkermord-Leugnung (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB)
 - c. Unmittelbarkeit vs. Schwere der Beeinträchtigung
 - d. Nicht-öffentliche Völkermord-Leugnung ist nicht strafbar, auch wenn sie direkt gegenüber Betroffenen geäußert wird
 - e. Die herrschende Lehre
- VII. Zwischenspiel: Die grundlegende soziale Norm als solche
- VIII. 4. Akt: Katharsis
- IX. Nachspiel: Geschichte, Politik und Justiz
- X. Literatur

I. Präludium – Die Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern

Nachdem der Kanton Genf den Völkermord der Türken an den Armeniern im Jahre 1915 bereits 1998 offiziell anerkannt hatte, tat dies der Kanton Waadt im September 2003 ebenfalls. Auf Bundesebene hatte es im Nationalrat bereits seit 1995 parlamentarische Vorstösse gegeben,¹ und obwohl der Bundesrat tat, was er jeweils zuvor getan hatte, und sich auch diesmal wieder ängstlich gegen ein entsprechendes Postulat (VAUDROZ) stellte, nahm es der Nationalrat am

16. Dezember 2003 an.² Mit der Annahme war die Schweiz nun in guter internationaler Gesellschaft angelangt, hatten den selben Schritt doch – um nur einige zu nennen – Frankreich, Belgien, Kanada, Griechenland, die USA, das russische, italienische, schwedische, griechische, zypriotische und das europäische Parlament bereits – teils lange vorher – getan.³ Das Bundesgericht hatte indes bereits am 7. November 2002 über eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern zu befinden, so dass die nachmalige Anerkennung durch das Parlament zum Zeitpunkt des Urteils noch unbekannt war.⁴ Es dürfte kaum zweifelhaft sein, dass die Entscheidung des Parlamentes für die Justiz Bedeutung erlangt hätte.⁵ Ein guter Anlass also, die Geschichte nochmals Revue passieren zu lassen.

- 1 Interpellation FANKHAUSER: eingereicht Frühlingsession 1995 (Geschäftsnummer: 95.3186; schriftliche Stellungnahme durch den Bundesrat im August 1995; im Parlament diskutiert im Frühling 1996, gleichzeitig mit den Petitionen für und gegen Anerkennung); Motion ZIEGLER (1998); Postulat ZISYADIS (2000); Postulat VAUDROZ (DE BUMAN) (2002). Alle einzusehen unter: www.armenian.ch/~gsa/Pages/firststeps.html.
- 2 Nationalrat Geschäftsnummer 02.3069. Die Annahme erfolgte allerdings erst, nachdem die Aussenministerin der Schweiz als Reaktion auf die Anerkennung des Völkermordes durch den Kanton Waadt von einem geplanten Besuch der Türkei kurzfristig wieder ausgeladen worden war.
- 3 Eine Zusammenstellung findet sich unter: http://www.armenian-genocide.org/current_category.7/affirmation_list.html.
- 4 Anzumerken bleibt, dass das Postulat VAUDROZ bereits in der Frühlingsession 2002 eingereicht wurde, worüber in diversen Medien auch berichtet wurde. Da es 113 Mitunterzeichner (eine komfortable absolute Mehrheit) hatte, hätte das Bundesgericht durchaus erkennen können, dass die Anerkennung auf gutem Weg war. Zudem bestand bereits die Stellungnahme der aussenpolitischen Kommissionen beider Parlamentskammern, die anlässlich der Petition des Vereins der Völkermordgegner abgegeben worden war und die explizit von Völkermord sprach. Dies allerdings wird von keiner der Instanzen erwähnt werden.
- 5 Zeitlich sehr nahe fand ein vergleichbares Verfahren in London statt, das ungemein grössere internationale Aufmerksamkeit erlangte, letztlich aber ähnliche Fragestellungen aufwarf, nämlich das Ehrverletzungsverfahren, das *David Irving gegen Deborah Lipstadt und deren Verlag Penguin* anstrebte, weil LIPSTADT IRVING in ihrem 1994 in England erschienenen Buch "Denying the Holocaust" als Holocaust-Leugner bezeichnet hatte (gl. LIPSTADT 1994) und sich dem Wunsche IRVINGS widersetzte, die von diesem monierten Passagen zu streichen. Zum Verfahren: EVANS 2001; VAN PELT 2002; MENASSE 2000. Das Urteil ist 2000 (vgl. The Irving Judgment 2000) publiziert worden, aber auch über Internet abrufbar: www.holocaustdenialtrial.com.

II. 1. Akt: Strafeinzelgericht (Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen)

1. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Das armenische Komitee für die Gedenkfeier an den Armenischen Völkermord reichte am 26. September 1995 eine 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". Als Reaktion darauf reichte die Koordinationsstelle der türkischen Verbände in der Schweiz am 30. Januar 1996 an die eidgenössischen Räte die folgende Petition ein:

"Wir, die Unterzeichnenden, verurteilen die kürzlich initiierte Hetzkampagne des armenischen Komitees für die Gedenkfeier, die an den angeblichen 'armenischen Völkermord' vor 80 Jahren erinnern soll. Mit der Bezeichnung 'armenischen Völkermord' werden die historischen Tatsachen massiv verzerrt.

1. Während des Ersten 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 600 000 bis 700 000 Armenier umgesiedelt.

3. 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.

4. Die Analogie, die das Komitee für die Gedenkfeier zwischen 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.

[...]"

Aufgrund dieser Petition reichte die Gesellschaft Schweiz-Armenien am 24. April 1997 Anzeige wegen Widerhandlung gegen Art. 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung) ein. Mit Beschluss des Gerichtspräsidenten 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 16. Juli 1998 wurde der Verein "Gesellschaft Schweiz-Armenien" (GSA) mangels Legitimation zur Privatklage aus dem Verfahren gewiesen. Gegen diesen Zwischenentscheid erklärte die GSA die Appellation. Im Februar 1999 bestätigte die 2. Strafkammer des Obergerichts den Zwischenentscheid des Gerichtspräsidenten – unter anderem mit folgender Begründung: "Wenn man – wie die 'GSA' – davon ausgeht, geschütztes Rechtsgut von Art. 261^{bis} StGB sei in erster Linie die Menschenwürde, so kann konsequenterweise Träger dieses Rechtsguts auch nur der einzelne Mensch, nicht aber eine Organisation oder ein Verband sein."⁶ Als Folge konstituierten sich zwei Privatpersonen als Privatkläger im Verfahren, was stillschweigend akzeptiert wurde.

Das erstinstanzliche Gericht holte beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) einen Amtsbericht ein "über die Art und Weise der türkischen Thematisierung des Konfliktes zwischen Türken und Armeniern insbesondere im Jahre 1915"⁷. Das EDA sandte dem Gericht verschiedene Publikationen, nahm dazu jedoch keine Stellung. Weiter ersuchte das Gericht die türkische Botschaft um eine Expertise betreffs der offiziellen Geschichtsbücher, die im Schulunterricht in der Türkei verwendet werden. Die Botschaft lehnte dies ab, weil es den türkischen Behörden nicht möglich sei, die gewünschten Bücher dem Gericht zuzustellen, einer Überprüfung der Bücher vor Ort (in den Archiven des türkischen Erziehungsministeriums) stünde jedoch nichts entgegen. Daraufhin wurde das Institut für Islamwissenschaften der Universität Bern beauftragt, ein Gutachten zu verfassen, welches Aufschluss geben sollte über die "Thematisierung des Konfliktes des osmanischen Reiches bzw. der Türkei mit der armenischen Minderheit in der öffentlichen (nicht wissenschaftlichen) Debatte und im Geschichtsunterricht der Schulen der Türkei". Schliesslich ersuchte das Gericht die Bundeskanzlei um einen Amtsbericht, "ob sich auch das schweizerische Parlament oder der Bundesrat zur Frage des Völkermordes an den Armeniern geäussert hat und gegebenenfalls in welcher Form und namentlich, ob das Vorgehen der Türkei ebenfalls als Völkermord gewertet wurde oder ob allenfalls entsprechende Vorstösse hängig sind."⁸ Die Anklage beantragt einen Freispruch.

6 Entscheid der 2. Strafkammer vom 10.2.1999 betreffend die Appellation der Gesellschaft Schweiz-Armenien (GSA) gegen den Entscheid des Einzelrichters vom 16.7.1998.

7 Urteil des Strafeinzelgerichtes (Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen) vom 14.9.2001, Ziff. II/1.

8 Urteil des Strafeinzelgerichtes (Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen) vom 14.9.2001, Ziff. III/4. Die diesbzgl. parlamentarischen Vorstösse waren: die Interpellation FANKHAUSER vom 24.3.1995, die Motion ZIEGLER

2. Rechtliche Würdigung

Der erstinstanzliche Richter erwähnt zunächst das Bestimmtheitsgebot von Art. 1 StGB und stellt fest, dass die Verletzung dieses Gebotes im Falle von Art. 261^{bis} StGB in der einschlägigen Literatur kritisiert werde. Das Gericht stellt dann hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes fest, dass sich das Bundesgericht weitgehend der herrschenden Lehre angeschlossen habe, nach welcher diese Strafnorm die Menschenwürde schütze.⁹ Alsdann verweist das Gericht auf KUNZ¹⁰ und "die überzeugende Begründung" dafür, dass von der Norm der öffentliche Frieden geschützt werde. Dies ermögliche, die Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt zu verstehen und damit auch eine Anwendung auf Auslandstaten (insbesondere via Internet) zu bejahen.¹¹ Dem folgt das Gericht, ohne ernsthafte Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur. Öffentlichkeit und die Tathandlungen des Leugnens und gröblichen Verharmlosens erkennt es sodann als unproblematisch erfüllt. Weiter erklärt es, dass es in casu nur um die Leugnung von Völkermord gehen könne, weil die fragliche Petition nur diesen Begriff verwende. Hinsichtlich des Begriffes des "Völkermordes" allerdings meint es, der Begriff sei im StGB nicht konkretisiert, was einigermaßen überrascht, wenn man bedenkt, dass sowohl die Art. 264 StGB zugrunde liegende Völkermord-Konvention vom 9. Dezember 1948 als auch der seit Dezember 2000 in Kraft stehende Art. 264 StGB selbst Völkermord sehr wohl definieren. Beide Bestimmungen werden vom Gericht denn auch zitiert, gleichzeitig aber mit dem Hinweis auf TRECHSEL¹² beide als zu unbestimmt abgetan. Das Gericht stellt dann fest, dass es keine Schwierigkeiten biete, einen Völkermord festzustellen, wenn der fragliche Sachverhalt Gegenstand internationaler Strafgerichtsbehörden sei. Das schliesse allerdings die Anwendung auf weiter zurückliegende Ereignisse nicht aus.

Dennoch bekundet das Gericht deutlich Mühe, einen Völkermord an den Armeniern festzustellen. Zwar sei ein solcher anerkannt worden durch die Menschenrechts-Subkommission der UNO und das Europaparlament und selbst die parlamentarischen Beratungen von Art. 261^{bis} StGB hätten den Völkermord an den Armeniern erwähnt, trotzdem zweifelt das Gericht. Es versteht die von NIGGLI¹³ zitierte Verurteilung des Historikers Bernard Lewis vom 21. Juni 1995 durch das Tribunal de Grande Instance de Paris als "strafrechtlich relevantes Präjudiz",¹⁴ aufgrund dessen der Eindruck einer strafrechtlich gefestigten Praxis in Frankreich entstehe (woher das Gericht auch immer diesen Eindruck gewinnen mochte), ist dann aber herzlich enttäuscht darüber, dass sein (NIGGLI) abwegiges Verständnis der Quelle nicht zutrifft und es sich um ein Zivilurteil handelt (Verurteilung basierend auf der deliktischen Generalklausel des Art. 1382 Code Civil). Obwohl der Ausgangspunkt die Frage war, ob die fraglichen Vorgänge als Völkermord zu qualifizieren seien, und ob eine solche Qualifikation justiziell bereits erfolgt sei, werden die Feststellungen der Pariser Justiz für das Berner Gericht offenbar einfach dadurch obsolet, dass sie in einem Zivilverfahren erfolgten und nicht in einem – offenbar einzig als gültig erachteten – Strafverfahren.

Das Gericht fährt dann fort, weil es sich um eine schweizerische Strafnorm handle, seien vorab die Entscheide und Verlautbarungen der schweizerischen Staatsorgane massgeblich, auch wenn es zugibt, dass die Entscheidung dem Gericht obliege. Zudem sei bei der Auslegung eine gewisse Zurückhaltung angebracht, wenn der Gesetzgeber "explizit oder implizit zu diesbezüglichen Aspekten Stellung genommen" habe. Das Gericht gibt zu, dass die Haltung des Bundesrates hinsichtlich der Anerkennung des Völkermordes (Vorstösse ZIEGLER und ZISYADIS) erstaune, weil ihm und dem Parlament ja die selben qualitativ hochstehenden Informationsquellen zur Verfügung gestanden hätten wie dem Gericht. Materiell kämen jedoch die negativen Beschlüsse des Nationalrates einer authentischen Gesetzesinterpretation sehr nahe. Die Haltung von Bundesrat und Parlament lege den Schluss nahe, dass der Völkermord an den Armeniern vom Parlament mehrheitlich nicht als Völkermord bewertet werde, was bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen sei. Letztlich könne die Frage aber offen bleiben.

Schliesslich überprüft das Gericht den subjektiven Tatbestand und stellt hinsichtlich des Passus "aus einem dieser Gründe" (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB) fest, dass die Darstellung in der fraglichen Petition aus der Absicht heraus erfolgte, die vom türkischen Staat und in Lehrbüchern verbreitete Position zum Ausdruck zu bringen. Weiter komme in Ziff. 5 der Petition ja auch eine versöhnliche Haltung zum Ausdruck. Es bestünden deshalb keine objektivierbaren Anhaltspunkte für die verlangten Motive, vielmehr sei "mit STRATENWERTH"¹⁵ davon auszugehen, dass vorliegend aus borniertem Nationalismus heraus gehandelt worden sei. Auch das Wissen hinsichtlich des Vorliegens eines Völkermordes habe bei den Angeklagten nicht vorgelegen, weil es sich um keine Historiker handle, sondern um Personen, die nur ein unreflektiertes und ideologisiertes Geschichtswissen über die fragliche Zeit hatten. Entsprechend spricht das Gericht die Angeklagten frei.

vom 11.6.1998 sowie das Postulat ZISYADIS vom 6.6.2000. Der Bundesrat lehnte die Vorstösse jeweils ab und sprach hinsichtlich der fraglichen Vorgänge nicht von Völkermord sondern von "tragischen Ereignissen".

- 9 Das Gericht behauptet zwar, das Bundesgericht habe sich der von NIGGLI vertretenen Position angeschlossen, doch zeigt ein Blick in die Literatur, dass es sich dabei natürlich nicht um eine singularer vertretene Meinung handelt: vgl. hinten VI/2/e, 26.
- 10 KUNZ, ZStrR 1998, 232 [recte: 231].
- 11 Urteil des Strafeinzelgerichtes (Gerichtspräsident 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen) vom 14.9.2001, Ziff. IV/4.1.
- 12 TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} StGB N 36.
- 13 NIGGLI, Kommentar, N 976.
- 14 Was immer dies heissen mag, denn eine präjudizielle Wirkung kommt einem französischen Strafurteil für ein Schweizer Verfahren nicht zu.
- 15 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 37.

3. Anmerkungen

Grundsätzlich überraschend erscheint vorweg die Selbstbeschränkung des Gerichts auf den Begriff des Völkermordes, v.a. wenn man bedenkt, dass der Begriff des Verbrechens gegen die Menschlichkeit u.a. auch die Deportation der Zivilbevölkerung erfasst¹⁶ und die fragliche Petition doch als Rechtfertigung dieser Deportationen gelesen werden muss.

Mit an Originalität grenzendem Eigensinn hält das Strafengericht sodann den Begriff des Völkermordes trotz der (erga omnes, also für alle Länder geltenden) Genozid-Konvention, trotz dem seit 1983 in Kraft stehenden Art. 75^{bis} StGB (Unverjährbarkeit) und dem per Dezember 2000 in Kraft gesetzten Art. 264 StGB (Völkermord) offenbar für zu unbestimmt.¹⁷ Wollte man dem Gericht darin folgen, so wären nicht nur diese beiden Bestimmungen, sondern auch Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB zu unbestimmt. Das selbe müsste dann allerdings für Betrug (was ist Arglist?), Urkundenfälschung (was ist eigentlich eine Urkunde?) oder für die einfache Körperverletzung (was genau ist eine Schädigung an Körper oder Gesundheit in anderer Weise?) gelten.

Überraschend ist weiter der Hinweis des Gerichts, das in Art. 261^{bis} StGB angeblich geschützte Rechtsgut des öffentlichen Friedens erlaube, den Tatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt zu verstehen und dies wiederum erlaube auch ein Anwendung auf Auslandstaten (z.B. via Internet). Vorweg: Es handelt sich in casu gerade nicht um ein Internetdelikt, aber sei's drum. Gänzlich unklar ist, inwiefern die Konstruktion als abstraktes Gefährdungsdelikt die Verfolgung einer Auslandsstraftat verbessern könnte. Das Gegenteil ist der Fall. Erstens wird die Frage der Strafhoheit primär durch die Differenz von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten bestimmt, nicht durch diejenige von Gefährdungs- oder Verletzungsdelikten, wobei Erfolgsdelikte nach Art. 7 StGB einen weiteren Anwendungsbereich kennen (Ort der Handlung und Ort des Erfolges) als abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen typischerweise alleine der Ort der Handlung die Anknüpfung bestimmt. Wollte man also auf die Differenz von Gefährdungs- und Verletzungsdelikten abheben, so sollte zumindest zweifelsfrei sein, dass letztgenannte zumeist Erfolgsdelikte darstellen, während Gefährdungsdelikte üblicherweise Tätigkeitsdelikte sind, was eine Anwendung des schweizerischen Strafrechts gerade einschränkt, ausser man konstruiert auch die abstrakte Gefährdung als Erfolg i.S.v. Art. 7 StGB¹⁸. D.h. richtig ist just das Gegenteil der gerichtlichen Behauptung: Die Konstruktion als abstraktes Gefährdungsdelikt beschränkt die schweizerische Strafhoheit nach gegenwärtigem Stand von Lehre und Rechtsprechung und erleichtert sie keineswegs.¹⁹ Umgekehrt wäre beim Schutzgut "Menschenwürde" und der Konstruktion von Art. 261^{bis} StGB als Verletzungsdelikt die Anknüpfung am schweizerischen Recht deutlich einfacher.²⁰

Irritierend ist sodann die Position des Gerichts, dass für die Frage, ob der juristische Tatbestand des Völkermordes erfüllt sei, Verlautbarungen von politischen Organen massgeblich seien. Dies ist umso erstaunlicher, als das Gericht sich von der Haltung des Bundesrates angesichts der Akten-

lage überrascht zeigt. Nicht nur die Frage, was ein Völkermord ist, ist eine genuin rechtliche Fragestellung, sondern auch diejenige, ob in casu aus der Perspektive des Rechts ein Völkermord vorliegt. Diese Frage lässt sich zwar politisch entscheiden. Die Entscheidung ist dann aber ausschliesslich eine politische, die als solche auch nur nach politischen Kriterien und Rücksichten (politische Beziehungen, Repressalien, das gute Einvernehmen etc.) gefällt wird. Es ist nicht nur naiv, sondern auch juristisch bemerkenswert

16 Vgl. als Illustration nur das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17.7.1998, SR 0.312.1, Art. 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit (der Begriff war zuvor bereits praktisch identisch fixiert; vgl. dazu NIGGLI, Kommentar, N 979 ff.):

1. *Im Sinne dieses Statuts bedeutet "Verbrechen gegen die Menschlichkeit" jede der folgenden Handlungen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen wird:*
 - a. *vorsätzliche Tötung;*
 - b. *Ausrottung;*
 - c. *Versklavung;*
 - d. *Vertreibung oder zwangsweise Überführung der Bevölkerung;*
 - e. *Freiheitsentzug oder sonstige schwer wiegende Beraubung der körperlichen Freiheit unter Verstoss gegen die Grundregeln des Völkerrechts;*
 - f. *Folter;*
 - g. *Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation oder jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere;*
 - h. *Verfolgung einer identifizierbaren Gruppe oder Gemeinschaft aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, Gründen des Geschlechts im Sinne des Absatzes 3 oder aus anderen nach dem Völkerrecht universell als unzulässig anerkannten Gründen im Zusammenhang mit einer in diesem Absatz genannten Handlung oder einem der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen;*
 - i. *zwangsweises Verschwindenlassen von Personen;*
 - j. *das Verbrechen der Apartheid;*
 - k. *andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art, mit denen vorsätzlich grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden.*

17 Darin allerdings auf TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} N 36 abstellend.

18 Wie dies z.B. SCHWARZENEGGER (ZStrR 2000) tut.

19 Entsprechend ist man gezwungen, eine doch sehr eigenartige Konstruktion zu wählen und aus dem abstrakten ein konkret-abstraktes Gefährdungsdelikt zu machen, wie dies z.B. der deutsche BGH im Fall *Töben* (BGHSt 46, 212) getan hat.

20 Dieser Fehler findet sich bereits bei KUNZ, ZStrR 1998, 231, was das Gericht allerdings eigenen Nachdenkens nicht enthebt.

abwegig, auf der Grundlage der Ergebnisse einer politischen Diskussion eine juristische Subsumtion auszuführen. Der Verweis auf (Nicht-) Stellungnahmen von Bundesrat oder Parlament kann hier letztlich nur zu dem – zweifelsfreien, aber juristisch nicht relevanten – Ergebnis führen, dass sich diese Gremien zu der Völkermord-Frage offiziell nicht äussern wollten.

Zusammenfassend bestand beim Berner Strafeinzelgericht offenbar erhebliche Verwirrung über die eigene Aufgabe und Verantwortung. Die Frage, was Völkermord ist und ob in casu ein Völkermord gemäss den rechtlichen Regelungen vorliegt bzw. vorlag, ist eine Rechtsfrage und daher vom Gericht zu klären. Den Irrtum des Gerichts kann man allerdings dann nachvollziehen, wenn man sich der Position TRECHSELS anschliesst und davon ausgeht, dass Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB nur anwendbar ist bei "historischen Ereignissen, deren Realität keinem Zweifel "unterliegen"²¹. Die Berufung auf eine 'zweifelsfreie historische Realität' ist aber höchst problematisch und verdeckt nur die (ausgesprochen unangenehme) Verantwortung des Richters.²² Schliesslich muss der Richter beim Tatbestand des Völkermordes wie bei allen anderen von ihm zu beurteilenden juristischen Tatbeständen selbst feststellen, ob diese Tatbestände tatsächlich erfüllt sind. Die ehrenwerte Ansicht von Politikern oder die Autorität von Fachhistorikern kann ihn von der allein von ihm vorzunehmenden Subsumtionsarbeit nicht entlasten.²³ Es sei daran erinnert, dass selbst die historische Realität des Holocausts von sog. Auschwitz-Lügnern bezweifelt wird. Ob deren Zweifel angebracht sind, ist eben vom Gericht zu entscheiden.²⁴ Deshalb kann auch keine Rede davon sein, dass die Haltung von Nationalrat oder Bundesrat je eine authentische Interpretation darstellen könnten und selbst die Behauptung, die Haltung der schweizerischen Behörden sei besonders wichtig, weil es sich um die Auslegung einer schweizerischen Gesetzesnorm handle, ist abwegig. Einzig hinsichtlich der Frage, ob es sich beim Völkermord an den Armeniern um ein zweifelsfrei anerkanntes Ereignis handle, kann die Haltung der schweizerischen Behörden ebenso wie diejenige anderer Staaten mitberücksichtigt werden. Misst man ihr indes – wie das Berner Strafeinzelgericht – entscheidende Bedeutung zu, so stellt dies nichts anderes als ein Ablehnen der eigenen Verantwortung und ein Verstecken hinter den politischen Behörden dar.

Schliesslich hätte das erstinstanzliche Gericht gut daran getan, weniger Energie darauf zu verwenden, Autoren Fehler vorzuwerfen, die sie nicht begangen haben, und sich dafür besser zu informieren. Offensichtlich kann hinsichtlich der Frage, ob die entscheiderelevanten Vorgänge schon anderweitig als Völkermord qualifiziert wurden, nicht massgeblich sein, ob die betreffenden Feststellungen von Straf-, Zivil- oder Verwaltungsgerichten erfolgten.²⁵ Wollte man der Logik des Berner Strafeinzelgerichtes folgen, so wäre z.B. die justizielle Aufarbeitung des Holocaust im Verfahren *Irving vs. Lipstadt*²⁶ ebenfalls irrelevant, und zwar einfach deshalb, weil es sich um ein Zivilverfahren gehandelt hat. Das erscheint geradezu abstrus. Das Urteil des Tribunal de Grande Instance de Paris ist bedeutsam, und zwar aus dem

gleichen Grund wie etwa die Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern durch das europäische Parlament: Weil eine offizielle (und sogar justizielle) Instanz die Existenz des Völkermordes feststellte und darüber hinaus dessen Leugnung zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit führte. Natürlich hätte das Berner Strafeinzelgericht von dieser Qualifikation abweichen können, aber eine gerichtliche Anerkennung des Völkermordes, und alleine um diese ging es ja, lässt sich sicherlich nicht durch den Hinweis entwerten, das fragliche Gericht sei "nur" ein Zivilgericht gewesen.

Hätte sich das Strafeinzelgericht auch nur in rudimentärster Weise kundig gemacht, so hätte es zudem einfach via Internet erfahren können,²⁷ dass die selbe (und für das Schweizer Verfahren so zentrale) Feststellung eines Völkermordes (im korrespondierenden Strafverfahren gegen Bernard Lewis) sogar durch ein Strafgericht, nämlich durch die 17^{ème} Chambre du Tribunal correctionnel de Paris am 14. Oktober 1994, getroffen wurde (und zwar mit ausdrücklicher Unterstützung der Staatsanwaltschaft). Aber wahrscheinlich hätte dem Berner Strafeinzelgericht auch diese Feststellung für die Frage des Vorliegens eines Völkermordes nicht gereicht, denn der Angeklagte Lewis wurde freigesprochen, weil die Gesetzeslage in Frankreich einzig die Leugnung des Völkermordes begangen durch die Nationalsozialisten unter Strafe stellte (Verbrechen definiert in Art. 6 des Londoner Statuts von 1945).²⁸ Und dass darüber hinaus das französische Parlament im Januar 2001 ein Gesetz erliess, durch welches der Völkermord an den Armeniern offiziell anerkannt und rechtlich festgeschrieben wurde, verschweigt oder übersieht das Gericht, obwohl auch dies via Internet bequem vom Schreibtisch aus zu eruieren gewesen wäre.²⁹ Hätte das Gericht es allerdings erwähnt, so wäre es nach seiner verqueren Logik wohl für irrelevant erklärt worden, weil das Gesetz von einem Parlament und nicht von einem Strafgericht stammt.

21 TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} StGB N 36.

22 Vgl. dazu etwa FREI/VAN LAAK/STOLLEIS 2000.

23 Vgl. m.w.H. STOLLEIS, in: FREI/VON LAAK/STOLLEIS 2000, 179 ff.; GINZBURG 1991.

24 Vgl. das Verfahren *Irving vs. Lipstadt und Penguin* (vgl. dazu die Referenzen in FN 26).

25 Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass es bereits 1919–1921 vor dem Kriegsgericht in Istanbul Strafprozesse gab, um den Völkermord an den Armeniern zu klären und die Verantwortlichen zu bestrafen; vgl. AKÇAM.

26 Vgl. dazu: The Irving Verdict 2000 (abrufbar auch unter: www.holocaustdenialtrial.com); vgl. weiter die nachstehend zitierte Literatur: LIPSTADT 1994, EVANS 2001, VAN PELT 2002, GUTTENPLAN 2002 und MENASSE 2000.

27 Vgl. <http://www.cdca.asso.fr/cdca/cdca-lewis.htm>.

28 Vgl. Art. 24^{bis} des Pressegesetzes (Loi du 29 juillet 1881; Art. 24^{bis} wurde 1990 eingeführt und 1994 abgeändert).

29 Vgl. www.legifrance.gouv.fr.

In der Konsequenz scheint das Berner Strafeinzelgericht den objektiven Tatbestand als erfüllt anzusehen, aber nicht den Mut zu haben, dies auch auszusprechen. Um die (wahrscheinlich als politisch zu heikel empfundene) Feststellung nicht treffen zu müssen, lässt das Gericht die Frage offen und weicht auf den subjektiven Tatbestand aus.³⁰

III. Zwischenspiel: Der subjektive Tatbestand von Art. 261^{bis} StGB

Es kann und soll hier nicht das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes in diesem konkreten Fall diskutiert werden. Angesprochen werden muss aber der Passus 'aus einem dieser Gründe', den das erstinstanzliche Gericht anwendet: Zum einen verneint es das Wissen der Angeklagten um den Völkermord an den Armeniern, weil es sich um keine Historiker gehandelt habe, sondern um Personen, die nur ein unreflektiertes und ideologisiertes Geschichtswissen über die fragliche Zeit hätten. In diesem Zusammenhang drängt sich die grundlegende Frage auf, nach welchen Kriterien das Gericht Geschichtswissen überhaupt bewerten will. Wann ist Geschichtswissen "unreflektiert", wann "ideologisiert"? Wer kann dies in welchem Verfahren beurteilen? Selbst wenn man den Vorsatz eines Völkermord-Leugnens damit entschuldigen wollte, dass er eben nur über ein bescheidenes und verschrobenes Geschichtswissen verfügt, dann müsste man in der Konsequenz wohl auch den Vorsatz jedes Auschwitz-Lügners bestreiten. Deshalb ist es ganz entscheidend festzustellen, dass es nicht Aufgabe eines Gerichts ist, die Qualität von historischem Wissen zu beurteilen und bestimmte historische Aussagen als "unreflektiert" oder "ideologisiert" zu bezeichnen. Bei der Ermittlung des Vorsatzes eines Äusserungsdelikt nach Art. 261^{bis} StGB kann es nur darauf ankommen, ob der Angeklagte wusste, dass das betreffende Ereignis nach der herrschenden Ansicht *in loco fori* (und nicht etwa in der Türkei) als Völkermord qualifiziert wird. Zum anderen verneint das erstinstanzliche Gericht aber auch das Vorliegen der von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB geforderten subjektiven Merkmale, namentlich die Leugnung aus rassen-diskriminierenden Motiven. Dabei stellt es direkt auf STRATENWERTH³¹ ab, der zwar feststellt, auch die Leugnung eines Völkermordes aus borniertem Nationalismus sei strafwürdig, trotzdem aber vom Wortlaut der Norm nicht erfasst. Aus diesem Grund bestehe wenig Aussicht, den Tatbestand auch in anderen Fällen [d.h. in anderen als dem Falle des Holocaust]³² zur Anwendung zu bringen (insbesondere nicht im Fall des Völkermordes an den Armeniern). Das Strafeinzelgericht übernimmt diese Meinung dankbar und unterstellt den Mitgliedern der Koordinationsstelle der türkischen Verbänden in der Schweiz "bornierten Nationalismus".

Sofern wir indes die Argumentation STRATENWERTHS nicht völlig missverstehen, hiesse das doch, dass Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB nur für den Holocaust Geltung beanspruchen kann. Nachdem der Völkermord an den

Armeniern in den Materialien explizit als Anwendungsfall genannt wurde, dürfte diese Interpretation allerdings "weder den Intentionen des Gesetzgebers noch einem Gesetzeswortlaut" entsprechen, der diese Einschränkung eben gerade nicht trifft, und sie "lässt sich auch mit einem unbefangenen Verständnis der Bestimmung kaum vereinbaren", wie STRATENWERTH an anderer Stelle schreibt.³³ Folgte man nämlich dieser Argumentation, so müsste doch nicht nur die Völkermord-Leugnung aus "borniertem Nationalismus" straffrei bleiben, sondern auch diejenige, die aus Bewunderung für Hitler oder Deutschland und die "deutsche Leitkultur" erfolgt. Während z.B. bei David Irving die erstgenannte Motivation relativ deutlich sein dürfte, ist die zweitgenannte bei vielen Holocaust-Leugnern wie etwa Zündel, Butz, Faurisson, Rassinier, Graf, Stäglich u.a. spürbar. Trifft es tatsächlich zu, dass sich die Leugnung des Holocaust grundsätzlich *gegen die Opfer* richtet (also rassendiskriminierend motiviert ist), während umgekehrt die Leugnung anderer Völkermorde "nur" die Täter oder den Nationalismus reinwaschen will (also nicht rassendiskriminierend erscheint)? Das kann doch wohl nicht zutreffen, ist aber direkte Konsequenz dieser Position. Denn wenn "bornierter Nationalismus" straffrei bleibt, dann müsste dies doch auch bei Beschränktheit und Dummheit gelten. Und das selbe müsste bei purer Geltungssucht zutreffen, die ja für viele Auschwitz-Lügner keine unmassgebliche Motivation darstellen dürfte.³⁴ Mithin: Folgt man dieser Argumentation, hebt man die Strafnorm de facto auf, Holocaustleugnung inklusive.

Ist es nicht vielmehr so, dass der Leugnung, Verharmlosung und Rechtfertigung eines Völkermordes, auch wenn sie aus "borniertem Nationalismus" heraus geschehen, die geforderte Diskriminierung inhärent ist? Trifft es nicht zu, dass Völkermord-Leugnung die Opfer direkt tangiert, weil sie sie als Lügner darstellt und als Manipulatoren der Geschichte und ihnen zudem häufig eigennützige Motive unterstellt? Letztlich findet man hier ein direktes Analogon zur individuellen Ehre,³⁵ d.h. mittels der Leugnung des Völkermordes wird den Opfern deren Opferstellung abgesprochen und implizit ihre Behauptung, Opfer zu sein, als Lüge gekennzeichnet.

30 Vgl. dazu gleich III. Zwischenspiel.

31 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 37.

32 Zu den Bezügen von Holocaust und dem Völkermord an den Armeniern eingehend KIESER/SCHALLER.

33 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 39.

34 Erwähnt sei weiter auch, dass sich selbst bei den Tätern des Holocaust z.T. kein Hinweis auf die verlangte Motivation findet, wohl aber der vielbesagte Gehorsam und Karriereabsichten: Vgl. dazu etwa die Memoiren von RUDOLF HÖSS (HÖSS 2000 [1947]), dem langjährigen Kommandanten von Auschwitz, oder auch die Aussagen von FRANZ STANGL, dem Kommandanten von Sobibor und Treblinka (SERENY 1983 [1974]).

35 Art. 607 Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches (Strafbarkeit der Völkermord-Leugnung), übrigens eine Norm, die wie die schweizerische *keine* Einschränkung auf die Verbrechen des Dritten Reiches kennt, liesse sich entsprechend ohne

IV. 2. Akt: 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern³⁶

1. Urteilsbegründung

Mit Urteil vom 16. April 2002 trat das Obergericht des Kantons Bern auf die Appellation der Privatkläger gegen das eben zitierte erstinstanzliche Urteil nicht ein. Nach Eingang der Akten bei der Appellationsinstanz begründete der Generalprokurator, dass und weshalb er gemäss Art. 346 Abs. 1 Ziff. 2 StrV auf eine Teilnahme am Verfahren verzichte und die Vertretung der Anklage einzig den Privatklägern überlasse. Gleichzeitig hielt er fest, dass mangels Teilnahme am Verfahren offen gelassen werde, ob bei dem von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB geschützten Rechtsgut des öffentlichen Friedens die beiden Privatkläger als bloss Angehörige der objektiv diskriminierten Gruppe legitimierte Opfer oder Privatkläger seien, obwohl sie nicht direkt angegriffen seien. Das Obergericht des Kantons Bern verfügte sodann im Februar 2002 u.a., dass die aufgeworfene Frage nach der Legitimation der Privatkläger vorweg separat geprüft werde. Nach allgemeinen Ausführungen zur Legitimationsfrage in "oberer Instanz" sowie zur Legitimation zur Privatklage im kantonalen Strafprozess³⁷ ging das Obergericht sodann auf die Frage des von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz geschützten Rechtsgutes ein.

Nach einer kurzen Einleitung³⁸ versucht das Gericht, die Lehre darzustellen. Dabei widmet es den Publikationen von KUNZ,³⁹ ROM,⁴⁰ GUYAZ,⁴¹ MÜLLER,⁴² NIGGLI,⁴³ TRECHSEL,⁴⁴ REHBERG,⁴⁵ STRATENWERTH,⁴⁶ sowie dem Meinungsaustausch von KUNZ und NIGGLI in der ZStrR⁴⁷ im Stile einer Seminararbeit jeweils einen Absatz, stellt aber auf die Frage des von Art. 261^{bis} StGB grundsätzlich geschützten Rechtsgutes ab und nicht auf die spezifische Frage nach der Leugnung von Völkermord nach Abs. 4 dieser Norm (die Frage wird in MÜLLER, TRECHSEL und STRATENWERTH gar nicht angesprochen).

Anschließend wendet sich das Obergericht der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu:⁴⁸ Nach der Feststellung, dass das Bundesgericht sich nie ausdrücklich mit der Frage nach Geschädigtenstellung eines Völkermord-Opfers auseinandersetzen hatte (unter Verweis auf BGE 125 IV 206 und das Urteil vom 10. August 2000, 6S.292/2000), widmet es sich BGE 123 IV 202: Prima vista scheine das Bundesgericht in BGE 123 IV 206 das durch Art. 261^{bis} StGB geschützte Rechtsgut mit der Menschenwürde und somit als Individualrechtsgut begriffen zu haben. Dieser Eindruck werde durch den Text der Regeste verstärkt, wo die Rede davon sei, der Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 1 und 4 StGB schütze "die Würde des Einzelnen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion". Nach Ansicht des Obergerichts 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 (sic!). Dies weil es beim Entscheid um die Frage ging, ob ein Brief eine Herabwürdi-

gung und Unwerterklärung der Juden enthalten habe und damit Antisemitismus in der Form einer strafrechtlich relevanten Judenfeindschaft äussere. Wenn das Bundesgericht bei dieser Konstellation die Menschenwürde der Einzelnen in ihrer Eigenschaft als Angehörige einer bestimmten Religion zum durch Art. 261^{bis} Abs. 1 und Abs. 4 erster Halbsatz geschützten Rechtsgut erkläre, so könne dies nicht unbedenken auf andere Teilbereiche der Rassendiskriminierungsstrafnorm übernommen werden. Auffallend an diesem Entscheid sei, dass der Kassationshof keine echte Auseinandersetzung mit der Rechtsgutfrage vorgenommen habe, obwohl dies angesichts der kontroversen Diskussion in der Lehre zu erwarten gewesen wäre, wenn er die Frage präjudiziell hätte entscheiden wollen, eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und den Gesetzesmaterialien (die den öffentlichen Frieden als das geschützte Rechtsgut deklarieren) habe nicht stattgefunden.

Soweit das Bundesgericht in späteren Entscheiden auf BGE 123 IV 202 verweise, sei festzustellen, dass auch keine Auseinandersetzung mit der Rechtsgutproblematik stattfinde (unter Verweis auf BGE 124 IV 125/126 sowie 126 IV 24). In BGE 127 IV 203, 208 schliesslich, wo ebenfalls auf BGE 123 IV 202 verwiesen werde, setze sich das Bundesgericht mit dem Argument des Beschwerdeführers, Art. 261^{bis} 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 lasse sich demnach sagen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung weder in die eine noch

Weiteres als Anwendungsfall von Art. 510 Abs. E-StGB (Rassendiskriminierung) lesen, der jedes Verbreiten von beleidigenden Informationen über Gruppen oder Vereinigungen in Kenntnis ihrer Unwahrheit oder unter leichtfertiger Missachtung der Wahrheit unter Strafe stellt.

36 Das Urteil Nr. 447/2001 vom 16.4.2002 veröffentlicht in ZBJV 138, 2002, 400–418.

37 ZBJV 138, 2002, 401 ff.

38 Ausgangslage, Entstehungsgeschichte sowie Position der Botschaft, ZBJV 138, 2002, 404 ff.

39 KUNZ, ZStrR 1992, das Gericht stützt sich auf Seiten 159 sowie 163 f.

40 ROM, Diss., das Gericht stützt sich auf Seiten 93, 107 sowie 138.

41 GUYAZ, Diss., das Gericht stützt sich auf Seiten 197 ff., 228 ff., sowie 314.

42 MÜLLER, AJP/PJA 1996, das Gericht stützt sich auf Seite 664.

43 NIGGLI, Kommentar, das Gericht stützt sich auf N 71, 1025 f. sowie Seiten 1029–1030.

44 TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} N 6.

45 REHBERG, Strafrecht IV, das Gericht stützt sich auf Seite 180.

46 STRATENWERTH, BT/2, 4. und 5. A., Bern 1995 und 2000, das Gericht stützt sich auf § 39 N 22 der 4. A.

47 KUNZ, ZStrR 1998, NIGGLI, ZStrR 1999. Kurz erwähnt wird auch NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, AJP/PJA 1998.

48 ZBJV 138, 2002, 412 ff.

in die andere Richtung Leitlinien für die Definition des durch Art. 261^{bis} StGB geschützten Rechtsgutes gesetzt habe. So müsse insbesondere bezweifelt werden, ob BGE 123 IV 202 und den später darauf verweisenden Entscheiden Präjudizcharakter beizumessen sei. Der Stellenwert des Urteils sei 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 habe, indem es dort davon ausgegangen sei, dass eine individuelle Verletzung nur in äusserst seltenen Fällen ("sous réserve de rares exceptions") überhaupt gegeben sein könne. Als Konsequenz tritt das Obergericht auf die Appellation nicht ein.

2. Anmerkungen

Trotz eines ersten möglichen Eindrucks einer sachlichen Auseinandersetzung mit der Frage nach dem von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB geschützten Rechtsgut berührt auch das obergerichtliche Urteil eigenartig. Auffällig ist vorweg der Umgang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Das Gericht widmet sich ausführlich BGE 123 IV 202, 206 E. 3a und versucht zu begründen, warum dieser Entscheid nicht zum Leitentscheid geeignet sei. Das ist insofern irritierend, als dieser Entscheid ja vom Bundesgericht verschiedentlich ausdrücklich bestätigt wurde,⁴⁹ in Entscheiden mithin, die das Obergericht kannte und von diesem auch angeführt werden.

Neben den drei erwähnten Entscheiden⁵⁰ zitiert das Obergericht weiter BGE 125 IV 206 und das Urteil des Kassationshofes vom 10. August 2000, 6S.292/2000,⁵¹ in denen jeweils kantonale Entscheide bestätigt werden, durch die Einzelpersonen die Parteistellung abgesprochen wurde, ohne dass die Frage des Rechtsgutes diskutiert wurde. Die Stellung eines Geschädigten kommt gemäss BGE 125 IV 206, 210 E. 2b Einzelpersonen nur in Ausnahmefällen zu. In BGE 127 IV 203, 208 geht das Bundesgericht auf die Behauptung des Beschwerdeführers, Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB schütze ausschliesslich den öffentlichen Frieden, nicht ein, während im Urteil des Kassationshofes 6S.719/1999 vom 22. März 2000 das Bundesgericht hinsichtlich Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB ausdrücklich den öffentlichen Frieden und die Menschenwürde erwähnt (E. 2 d/aa.).

Insgesamt zitiert das Berner Obergericht damit sieben höchstrichterliche Urteile, fünf publizierte und zwei unpublizierte. Diese Urteile lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- zwei (ein publizierter und ein unpublizierter Entscheid) betreffen die Frage nach der Geschädigtenstellung von Einzelpersonen bei Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB, die verneint wird, ohne die Frage nach dem Rechtsgut anzusprechen;
- ein (publiziertes) Urteil spricht weder Geschädigtenstellung noch Rechtsgut an;
- ein (unpubliziertes) Urteil erwähnt bzgl. Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB die Rechtsgüter öffentlicher Friede und Menschenwürde (ohne Prioritäten zu nennen); und
- drei (publizierte) Entscheide bestimmen ausdrücklich die Menschenwürde als primär geschütztes Rechtsgut.

Es ist ein bemerkenswertes hermeneutisches Kunststück, wie das Berner Obergericht basierend auf diesen Texten trotzdem zu begründen sucht, das Bundesgericht habe sich hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes *nicht* (und zwar nicht nur nicht hinsichtlich Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB, sondern *überhaupt nicht*) festgelegt, obwohl drei der vier nach BGE 123 IV 202 publizierten Urteile sich direkt auf diesen Leitentscheid beziehen und ihn zitieren. Wie meistert das Obergericht diese Schwierigkeit? Nun, zum einen bemerkt es, aus BGE 123 IV 202 folge nicht zwingend, dass die Ausführungen des Bundesgerichts zum Rechtsgut von Art. 261^{bis} Abs. 1 und 4 erste Satzhälfte StGB auch für die Leugnung von Völkermord (Abs. 4 zweite Satzhälfte) Geltung beanspruchen könne. Das lässt sich soweit durchaus nachvollziehen. Der interessierte Leser würde allerdings eine Antwort auf die Frage erwarten, *warum* denn die Völkermord-Leugnung (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB) ein anderes Rechtsgut beschlage. Nur –: Fehlanzeige. Kein einziges Argument wird vom Obergericht vorgebracht. Vielmehr beschränkt es sich auf die Begründung, warum es "kaum den Intentionen des Kassationshofes entsprochen haben dürfte", mit BGE 123 IV 206 die Frage des geschützten Rechtsgutes zu entscheiden. Woher immer das Obergericht seine Kenntnis der Intentionen des Bundesgerichts hat, uns verrät es darüber nichts. Dafür erläutert es eingehend, dass das Bundesgericht bei Grundsatzfragen stets eine ausführliche und sorgfältige Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und den Materialien vornehme, wobei es als (einziges) Beispiel die von der Berner Strafverfolgung zuerst mutwillig ignorierte und später so schmerzhaft in Erinnerung gerufene Praxisänderung im Bereich des gewerbmässigen Betrugs anführt (BGE 116 IV 319). Eine solche Auseinandersetzung habe weder in BGE 123 IV 206 noch in den späteren Entscheiden stattgefunden. Seine Position stützt es dabei auch auf die Verwendung der Literatur durch das Bundesgericht im erwähnten Entscheid, wobei eigenartigerweise die Argumentation des Obergerichts für dieses selbst nicht zu gelten scheint:

An sich hatte das Obergericht die Frage zu entscheiden, welches Rechtsgut durch die Völkermord-Leugnung tangiert wird. Es vernebelt dies aber dadurch, dass es die Frage des Rechtsgutes bei Völkermord-Leugnung mit derjenigen nach dem von Art. 261^{bis} StGB *überhaupt* geschützten Rechtsgutes vermengt und primär auf diese Frage abhebt, wobei es zehn Publikationen jeweils einen Absatz widmet. Von den obergerichtlich angeführten Quellen treten für den öffentlichen Frieden als Rechtsgut KUNZ, MÜLLER und

49 So in BGE 124 IV 121, 125 f. E. 2c und BGE 126 IV 20, 24 E. 1c (nach dem obergerichtlichen Urteil u.a. auch in BGE 128 I 218, 222 E. 1.4).

50 BGE 123 IV 202; 124 IV 121 und BGE 126 IV 20.

51 Ein Urteil, das einst auf der Website des Bundesgerichtes aufgeladen war, offensichtlich aber inzwischen entfernt wurde. Die Praxis der Rücknahme von Veröffentlichungen wäre eine eigene Abhandlung wert, soll aber hier unterbleiben.

TRECHSEL ein, während für die Menschenwürde GUYAZ, NIGGLI und REHBERG optieren, ROM hält beide Rechtsgüter für direkt tangiert, bleibt aber in deren Priorität unklar und STRATENWERTH schliesslich lehnt im Wesentlichen beide Rechtsgüter ab.⁵² Lässt man einmal ausser Betracht, dass sich diejenigen Publikationen, die sich mit der Norm umfassend auseinandergesetzt haben (also die Monographien GUYAZ, NIGGLI, ROM) *alle* für die Menschenwürde aussprechen, so kann man halbwegs nachvollziehen, dass das Obergericht die Meinung vertritt, es bestehe keine dominierende Meinung. Nur –: Das Obergericht umgeht dabei die eigentliche Frage, nämlich diejenige nach dem Rechtsgut bei Leugnung von Völkermord. Hinsichtlich *dieser* Frage äussern sich drei der zitierten Quellen (MÜLLER,⁵³ TRECHSEL, STRATENWERTH) überhaupt nicht, umgekehrt tun dies vier Quellen explizit (GUYAZ: Menschenwürde;⁵⁴ KUNZ: öffentlicher Friede; NIGGLI: Menschenwürde; ROM: Menschenwürde und öffentlicher Friede, das Verhältnis der beiden bleibt unklar⁵⁵). Hinsichtlich der für das Obergericht massgeblichen Frage lässt sich auf diesem Hintergrund jedenfalls nicht behaupten, es bestehe keine dominierende Meinung. Drei der vier Quellen gehen davon aus, dass die Menschenwürde direkt tangiert wird durch eine Völkermord-Leugnung. Ein einziger Autor stützt dagegen die obergerichtliche Position für die Frage der Völkermord-Leugnung. Natürlich muss – je nach Konzept von "herrschender Lehre", das man vertritt – die dominierende Meinung nicht die herrschende Meinung sein. Wenn man aber herrschende Lehre als "richtige Lehre" versteht, dann wird nicht klar, warum die zitierten Quellen überhaupt in je einem Absatz kurz dargestellt werden sollten.

Aufgrund doch bemerkenswerter Schlussfolgerungen aus der zitierten Literatur und der höchst eigenwilligen Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt das Obergericht dann zum festen Schluss, es bestehe "weder eine gefestigte höchstrichterliche Praxis noch eine einhellige oder auch nur dominierende Meinung in der Literatur". Deshalb, so die nächste fröhliche Folgerung des Gerichts, sei vorweg bedeutsam, dass nach der Botschaft der öffentliche Friede das geschützte Rechtsgut sei. Eigenartig bleibt nach der (in den Worten des Obergerichts) "eingehenden Analyse von Doktrin und Rechtsprechung" allerdings, dass das Gericht mit keinem Wort erwähnt, dass es das behauptete Rechtsgut des "öffentlichen Friedens" gar nicht gibt.⁵⁶ Hinsichtlich dieses Punktes nämlich dürfte zweifelsfrei eine herrschende, wenn nicht gar eine einhellige Lehre bestehen.⁵⁷ Unerwähnt bleibt natürlich auch, dass sowohl STRATENWERTH⁵⁸ als auch REHBERG⁵⁹ seltsam einmütig deklarieren, die Rassendiskriminierung habe nur entfernt mit dem öffentlichen Frieden zu tun bzw. schütze diesen höchstens indirekt. Wie aber von einer Norm ein Rechtsgut geschützt werden könnte, das es als etwas Eigenständiges nicht gibt, und mit dem es jedenfalls höchstens entfernt zu tun hat, wäre durch eine "eingehende Analyse der Doktrin" zumindest ansatzweise zu erklären, was aber unterbleibt. Ein Hinweis auf die Botschaft oder den ominösen Gesetzgeber erscheint bei einer Frage von solchem Gewicht jedenfalls ungenügend.⁶⁰

Unglücklich am Verfahrensverlauf ist sicherlich auch, dass das Berner Obergericht bereits 1999 zur Frage der Legitimation der Privatkülerschaft hatte Stellung nehmen müssen. In diesem ersten Entscheid ging es um die Frage, ob die Verzeigerin, die Gesellschaft Schweiz-Armenien (GSA) als Privatkülerin zuzulassen sei. Die Frage verneinend hatte das Obergericht ausgeführt, die GSA könne als juristische Person nicht Trägerin des tangierten Rechtsgutes der Menschenwürde sein,⁶¹ ohne dass die selbe Frage hinsichtlich einzelner Personen angeschnitten wurde, was letztlich zur stillschweigenden Zulassung von zwei direkt Betroffenen vor dem erstinstanzlichen Gericht führte. Dass sie als solche in den Augen des Obergerichts gar nicht zugelassen werden konnten, wurde erst im Nachhinein klar.

-
- 52 Heute wäre das zu ergänzen einerseits durch die Kommentierung von FIOLKA (Kommentar, Vor Art. 258 N 2), der den öffentlichen Frieden als Rechtsgut zu Recht als inexistent bezeichnet, sowie diejenige von SCHLEIMINGER, die sich für die Menschenwürde ausspricht (Kommentar, Art. 261^{bis} N 7).
- 53 Hinzuweisen ist allerdings auf die Tatsache, dass MÜLLER in seiner vom Gericht nicht zitierten Arbeit 1994 (MÜLLER, ZBJV 1994, 255) ausdrücklich darauf hinweist, dass die Opfer eines Völkermordes durch die Leugnung des selben "schwer in ihrer Persönlichkeit getroffen" werden.
- 54 Dass die relevante Passage in GUYAZ, Diss., 240 f. (vgl. nachfolgend VI/2.e, 26), die der obergerichtlichen Lösung direkt und ausdrücklich widerspricht, nicht einmal zitiert wird, erscheint mehr als nur unsauber.
- 55 An der vom Obergericht zitierten Stelle (ROM, Diss. 107) spricht sich der Autor für die Priorität des öffentlichen Friedens aus, an anderer Stelle (139) deklariert er zweifelsfrei, dass Völkermord-Leugnung *immer* eine Verletzung der Menschenwürde bedeute.
- 56 Vgl. nachfolgend Ziff. V. Zwischenspiel, 16.
- 57 Eingehend FIOLKA, Kommentar, vor Art. 258 N 2 ff. m.N. Vgl. weiter HAFER, BT/2, 445: "Jedes Verbrechen stört den gesellschaftlichen Frieden"; SCHWANDER, StGB, Nr. 712: "Jeder grössere Rechtsbruch ist Friedensbruch"; REHBERG, IV, 150 ("im Grunde genommen kein selbständiges Rechtsgut"); STRATENWERTH, § 37 N 1 (S. 161): "Der Zustand des friedlichen Zusammenlebens, als den man den öffentlichen Frieden umschrieben hat, wird im Grunde durch *jede* Straftat berührt", sowie ausführlich NIGGLI, Kommentar, N 1022 ff., insb. 1031.
- 58 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22.
- 59 REHBERG, IV, 150. Ebenso in der Neuauflage: DONATSCH/WOHLERS, IV, 172.
- 60 Zum Argument des Obergerichts, pro und contra Individualrechtsgut bestünden gleich gute Argumente (unter Verweis auf JENNYS Einwand, die Strafbarkeit nur öffentlichen Handelns sei unverständlich, wenn es sich um Individualrechtsschutz handle; G. JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, 629) vgl. nachfolgend Ziff. VI/2.d, 24.
- 61 Entscheid der 2. Strafkammer vom 10.2.1999 betreffend die Appellation der Gesellschaft Schweiz-Armenien (GSA) gegen den Entscheid des Einzelrichters vom 16.7.1998.

Alles in allem scheint das obergerichtliche Urteil durch einen starken Unwillen geprägt, die bestehende bundesgerichtliche Praxis zum Rechtsgut von Art. 261^{bis} StGB zu akzeptieren. Die scheinbar "eingehende Analyse von Doktrin und Rechtsprechung" erscheint als blosser Vorwand. Denn tatsächlich findet zur konkret strittigen Frage des Rechtsgutes von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte *überhaupt* keine Analyse der Literatur statt, hätte dazu doch die Literatur gesichtet werden müssen, die sich *dazu* äussert, und zur Frage nach dem Rechtsgut von Art. 261^{bis} StGB im Allgemeinen findet jedenfalls keine *eingehende* Analyse statt, weil dafür hätte begründet werden müssen, wie ein nach h.L. inexistentes Rechtsgut von einer Strafnorm geschützt werden kann. Es findet weiter nicht nur keine eingehende, sondern überhaupt keine Analyse der Rechtsprechung statt, sondern es wird im Wesentlichen begründet, warum man sich nicht an die Bundesgerichtspraxis halten wolle. Dabei erscheint das Argument, Grundsatzentscheide könnten nur als solche gelten, wenn sie "sehr ausführlich und mit sorgfältiger Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und den Materialien" begründet würden, als allzu fadenscheinig. Offensichtlich will das Gericht uns bedeuten, dass ein höchstrichterlicher Entscheid nur dann Geltung beanspruchen könne, wenn er den Kriterien des Obergerichts Bern genüge. Die eigentliche Sorge, die das Gericht plagt, ist entsprechend erst nach all diesen Spiegelfechtereien zu erkennen: Die Sorge nämlich um eine praktikable prozessuale Lösung. Würde man zugeben, dass es sich beim geschützten Rechtsgut um ein Individualgut handelt, entstünde natürlich die Schwierigkeit, sich mit der Frage der Geschädigtenstellung auseinanderzusetzen, was im Falle von Rassendiskriminierung nicht einfach sein dürfte.⁶²

Geradezu erschreckend ist es schliesslich, wenn das Obergericht bemerkt, dass bei Offizialdelikten (wie der Rassendiskriminierung) konzeptionell der öffentliche Ankläger den staatlichen Strafanspruch vertrete, "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"⁶³. In casu nämlich hatte der "aufgrund der Objektivitätsverpflichtung nach den Kriterien der Wahrheit und der Gerechtigkeit" handelnde Ankläger einen Freispruch verlangt. Korrespondierend zu dieser Perspektive kämpfte die Berner Justiz erfolgreich *gegen* die Zulassung von Privatklägerschaften. Es ging also nicht darum, dass "unabhängig von der Beteiligung einer privaten Klägerschaft" ein richtiger Entscheid angestrebt wurde (also: darum, dass ein richtiger Entscheid *auch ohne* Privatkläger möglich ist), sondern offensichtlich darum, dass dies *nur ohne* Privatklägerschaft möglich war. Warum in aller Welt sollte dies wohl zutreffen? Offenbar deshalb, weil der Ankläger einen Freispruch anstrebte (obwohl das erstinstanzliche Gericht den objektiven Tatbestand für wahrscheinlich erfüllt ansah) und die Privatkläger dabei nur störten. Warum aber sollte der Ankläger keine Verurteilung anstreben? Das kann – so scheint es jedenfalls – nur deshalb geschehen, weil der Ankläger den subjektiven oder objektiven

Tatbestand für *offensichtlich* nicht gegeben hält. Dass der subjektive Tatbestand nicht erfüllt war, kann indes nicht das Motiv gewesen sein. Denn der "aufgrund der Objektivitätsverpflichtung nach den Kriterien der Wahrheit und Gerechtigkeit" handelnde öffentliche Ankläger hat den massgeblichen Grund vor erster Instanz selbst genannt: "Was damals zwischen Armeniern und Türken geschehen ist, geht den Staat Bern nichts an."⁶⁴ Solches ist natürlich nicht nur nicht objektiv, sondern auch inhaltlich schlicht falsch. Die persönliche Meinung des Anklägers trifft sich jedenfalls nicht mit derjenigen des Gesetzgebers, denn dieser hat die Bestimmung explizit nicht auf den Holocaust beschränken wollen. Der "aufgrund der Objektivitätsverpflichtung nach den Kriterien der Wahrheit und Gerechtigkeit" handelnde öffentliche Ankläger kritisierte offenbar Art. 261^{bis} StGB als Kuckucksei im schweizerischen Rechtssystem und äusserte die Befürchtung, dass schweizerische Justizbehörden zukünftig auch Fälle von Kambodschanern oder nordamerikanischen Indianern zu beurteilen hätten.⁶⁵ Dass sich der Ankläger vor solchem fürchtet, mag hingehen, weil er sich mit Dingen auseinanderzusetzen hätte, die ihn möglicherweise nicht interessieren. Dass aber diese Furcht für die Frage des Rechtsgutes massgeblich sein sollte, lässt sich nicht nachvollziehen. Aber eben: Der Diskurs über das zu schützende Rechtsgut ergibt *so* betrachtet wenigstens einen Sinn: Wenn man den öffentlichen Frieden als Schutzgut postuliert und die Beeinträchtigung von Einzelnen durch die Leugnung von Völkermord leugnet oder als indirekt und damit rechtlich nicht massgeblich definiert, dann bleibt die Kontrolle darüber, was nach Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Halbsatz StGB strafbar sein bzw. verfolgt werden soll, alleine bei den Strafverfolgungsbehörden. Und sie alleine können entsprechend entscheiden, ob ein Sachverhalt zu verfolgen sei, was – wenn man die Äusserungen des Anklägers richtig versteht – nie der Fall sein wird, und wenn, dann höchstens im Falle der Leugnung des Holocaust. Dies allerdings widerspricht direkt der gesetzgeberischen Absicht.⁶⁶

62 Vgl. dazu etwa NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, AJP/PJA 1998.

63 ZBJV 138, 2002, 416.

64 Zitiert nach: BOYADJIAN: Rechtsfall, 3. In der Berner Zeitung vom 8.9.2001, 5 wird die Passage als wörtliches Zitat wie folgt wiedergegeben: "Die Frage zu den Geschehnissen zwischen den Armeniern und Türken in der Zeit von 1915–1918 geht den Staat Bern nichts an."

65 BOYADJIAN: Rechtsfall, 3; vgl. auch Berner Zeitung vom 8.9.2001, 5.

66 Vgl. auch MÜLLER, ZBJV 1994, 255.

V. Zwischenspiel: Der öffentliche Friede als Rechtsgut?

Vorweg muss daran erinnert werden, dass Art. 261^{bis} StGB als Konsequenz der Unterzeichnung der RDK⁶⁷ ins StGB eingeführt wurde, die den Unterzeichner-Staaten die Verpflichtung auferlegt, entsprechende Normen zu erlassen: Ziel dieser Konvention aber kann es gar nicht sein, den (nationalen) öffentlichen Frieden zu schützen.⁶⁸

Selbst wenn man diesen Einwand nun aber beiseite schieben und Obergericht sowie Bundesgericht in ihrer Auffassung folgen wollte, so bliebe doch *ein schwerwiegendes* Problem: Ein selbständiges Rechtsgut "öffentlicher Friede" existiert nicht, zumindest nicht gemäss der herrschenden Lehre in der Schweiz⁶⁹:

DONATSCH/WOHLERS: "Der 'öffentliche Frieden', der grundsätzlich durch jede Straftat berührt wird, stellt nach alledem kein selbständiges Rechtsgut dar."⁷⁰

FIOLKA: "Der öffentliche Friede kommt als selbständiges Rechtsgut spezifischer Tatbestände nicht in Frage."⁷¹

HAFTER: "Jedes Verbrechen stört den gesellschaftlichen Frieden, wenn man ihn als den durch das Recht geordneten Zustand des gesicherten Zusammenlebens einer Menschengemeinschaft auffasst. [...] Zu schützen ist der Zustand des friedlichen Zusammenlebens der Volksgenossen gegen gefährliche Angriffe, die sich gegen die Volksgesamtheit oder wenigstens gegen einen Volksteil richten."⁷²

SCHWANDER: "Jeder grössere Rechtsbruch, nicht aber eine bloss geringfügige Ordnungswidrigkeit ist Friedensbruch [...] Gegen den öffentlichen Frieden (paix publique) richten sich Taten, durch welche die Bevölkerung oder Bevölkerungsteile wie Dörfer, Gegenden, Klassen, Rassen, Konfessionen oder Parteien in ihren Rechten erheblich gefährdet oder verletzt werden. [...] Dass er als Einteilungsgrund des speziellen Teiles verwendet wird, ist vor allem geschichtlich zu erklären (Friedensrecht des Mittelalters!)."⁷³

STRATENWERTH: "Der Zustand des friedlichen Zusammenlebens, als den man den öffentlichen Frieden umschrieben hat, wird im Grund durch jede Straftat berührt [...]"⁷⁴

Bemerkenswert ist, dass dies im Hinblick auf die Rassendiskriminierung nochmals präzisiert wird, und zwar dergestalt, dass der öffentliche Friede (so man ihn denn überhaupt anführen will) damit gar nichts oder nur entfernt etwas zu tun hat:

DONATSCH/WOHLERS: "Auf eine Störung des 'öffentlichen Friedens', verstanden als Vertrauen der Öffentlichkeit in ein geschütztes friedliches Zusammenleben, beziehen sich unmittelbar nur die ersten drei Bestimmungen [d.h. Art. 258–260 StGB]. Für die anderen Bestimmungen [d.h. u.a. für Art. 261^{bis} StGB] gilt, dass diese, wie zahlreiche Artikel in anderen Titeln des StGB auch, den 'öffentlichen Frieden' allenfalls indirekt schützen."⁷⁵

STRATENWERTH: " Die Besonderheit der hier in Rede stehenden Taten liegt also höchstens darin, dass sie unmittelbar gegen den öffentlichen Frieden gerichtet sind [...] Dieser Gesichtspunkt gilt indessen, wie schon oft hervorgehoben

worden ist [...] nur für die an erster Stelle genannten Tatbestände [d.h. Art. 258-260 StGB]. Die Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit, die Rassendiskriminierung und die Störung des Totenfriedens haben dagegen nur entfernt mit dem öffentlichen Frieden zu tun."⁷⁶

Fraglich erscheint deshalb, wie die Gerichte mit solcher Leichtigkeit ein Rechtsgut geltend machen können (und dies zudem unter Berufung auf eine herrschende Lehre), wenn genau diese herrschende Lehre dem fraglichen Rechtsgut seinen selbständigen Charakter abspricht und zudem einen Konnex zu Art. 261^{bis} StGB nur sehr entfernt sieht. Es scheint, dass sich allgemeine Erkenntnisse leicht in ihr Gegenteil verkehren, wenn sie im Konkreten unerwünschte Konsequenzen nach sich ziehen.

VI. 3. Akt – Das Urteil des Bundesgerichts (BGE 129 IV 95)⁷⁷

1. Zusammenfassung

Das Bundesgericht geht zuerst auf die Frage ein, ob die Beschwerdeführer Opfer im Sinne des OHG seien (E. 3), wobei die Unmittelbarkeit auch wesentliches Merkmal des Geschädigtenbegriffs sei (E. 3.1). In BGE 123 IV 202 habe es die Menschenwürde als von Art. 261^{bis} Abs. 1 und 4 StGB geschütztes Rechtsgut erkannt, den öffentlichen Frieden nur als mittelbar geschütztes Gut (E. 3.2). Diesen Entscheid habe es in BGE 128 I 218 betreffend Art. 261^{bis} Abs. 4 ers-

67 Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104.).

68 NIGGLI, Kommentar, N 112.

69 Vgl. für Deutschland indes auch: FISCHER, Diss., 599 ff.; STRENG, JZ, 205 f.

70 DONATSCH/WOHLERS, IV, 172; ebenso REHBERG, IV, 150.

71 FIOLKA, Kommentar, Vor Art. 258 N 2.

72 HAFTER, BT/2, 445.

73 SCHWANDER, StGB, Nr. 712.

74 STRATENWERTH, BT/2, § 37 N 1 (S. 161).

75 DONATSCH/WOHLERS, IV, 172; *unsere* Hervorhebung; ebenso REHBERG, IV, 150.

76 STRATENWERTH, BT/2, § 37 N 1 (S. 161).

77 Der volle Text des Urteils (Nichtigkeitsbeschwerde) ist auf dem Internet (www.bger.ch) einsehbar unter der Aktennummer 6S.196/2002, die korrespondierende staatsrechtliche Beschwerde ist ebenfalls aufgeladen: 6P.73/2002.

ter Satzteil StGB bestätigt. Mit der Frage der Geschädigtenstellung habe es sich mit Urteil 6P.78/2000 befasst und die Verneinung der Geschädigtenstellung durch die kantonalen Instanzen als willkürlich gewürdigt. Trotz der Position der Botschaft müsse indes die Menschenwürde als Schutzgut in Art. 261^{bis} Abs. 4 erster Satzteil StGB geschützt sein, weil gleichzeitig auch ein Ehrverletzungstatbestand erfüllt sein könne, was zu Inkonsistenzen führe bei primärem Schutz des öffentlichen Friedens (E. 3.3). Die Leugnung von Völkermord unterscheide sich jedoch davon. Sie gehöre gar nicht in den Zusammenhang der Rassendiskriminierung und sei primär mit Blick auf die Leugnung des Holocaust geschaffen worden. Wohl würden durch diese Äusserungen auch Einzelne betroffen, und diese Betroffenheit könne unter Umständen schwer wiegen. Dennoch sei diese Betroffenheit keine, die sich unmittelbar aus der Holocaust-Leugnung ergebe. Eine Leugnung könne auch privat erfolgen und sei dann nicht strafbar, was nur bedeuten könne, dass die individuelle Betroffenheit als mittelbare Beeinträchtigung zu sehen sei (JENNY⁷⁸ folgend, ohne ihn zu zitieren). Entsprechendes gelte auch für andere Völkermorde. Zwar habe das Bundesgericht in BGE 120 Ia 220 bei Art. 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) die Geschädigtenstellung von Personen anerkannt, denen unmittelbar Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohe. Geschützt sei eben nicht nur der öffentliche Friede, sondern auch die religiöse Überzeugung des Einzelnen. Dennoch könne dies nicht für Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Satzteil StGB gelten, weil die Leugnung des Holocaust schon als solche den objektiven Tatbestand der Norm erfülle, während nach Art. 261 StGB nur die Begehung "in gemeiner Weise" strafbar sei. "Gerade durch die verletzend Form der Äusserung wird der Einzelne in seiner religiösen Überzeugung im strafprozessrechtlichen Sinne unmittelbar betroffen",⁷⁹ weshalb eine Parallelität zu Art. 261^{bis} Abs. 1 erste Satzhälfte bestehe (E. 3.4). Allein das allgemeine Rechtsgut des öffentlichen Friedens sei durch die Leugnung von Völkermord unmittelbar betroffen. Individuelle Rechtsgüter würden nur mittelbar geschützt. Dies scheine im Ergebnis auch die Auffassung der wohl herrschenden Lehre.⁸⁰ Es gebe deshalb bei Völkermord-Leugnung keine Opfer im Sinne des OHG, weil es an der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung fehle. Auch dass die Berner Justiz die Durchsetzung von Bundesrecht vereitelt und Rechtsverweigerung betrieben habe, hält das Bundesgericht für "offensichtlich unbegründet". Die erste Instanz habe sich sehr ausführlich mit der Frage des Völkermordes auseinandergesetzt. Das Berner Obergericht habe nach sehr gründlicher Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Rechtsgut die Geschädigtenstellung verneint. Auch aus der Tatsache, dass sich einzelne Angeklagte anlässlich des Verfahrens erneut zu der Petition bekannt hätten und dass dies nicht strafrechtlich verfolgt worden sei, leite sich nichts ab. Schliesslich habe die Staatsanwaltschaft sich dem Begehren, dieses Verhalten strafrechtlich zu fassen, nicht grundsätzlich widersetzt. Es könne entsprechend keine Rede davon sein, dass die Bernischen Strafverfolgungsbehörden die Durchsetzung von Bundesrecht vereitelten (E. 4).

2. Anmerkungen

Das Bundesgericht bringt fünf Argumente vor, warum ein Einzelner nicht als Geschädigter bzw. Opfer einer Völkermord-Leugnung nach Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte gelten könne bzw. für seine Theorie des geschützten Rechtsgutes:

1. Völkermord-Leugnung gehöre nicht in den Zusammenhang von Rassendiskriminierung;
2. Zwischen der Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit nach Art. 261 StGB und der Völkermord-Leugnung nach Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB bestünden fundamentale Unterschiede, weshalb BGE 120 Ia 220 nicht analog gelten könne;
3. Es fehle daher an der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung bei Völkermord-Leugnung; diese könne zwar schwer wiegen, sei aber trotzdem eine indirekte;
4. Die nicht-öffentlich begangene Völkermord-Leugnung sei nicht strafbar, auch wenn sie direkt gegenüber Betroffenen geäussert werde, was anzeige, dass kein Individualgut verletzt werde;
5. Dieses Resultat entspreche auch der wohl herrschenden Lehre.

a. Völkermord-Leugnung hängt mit Rassendiskriminierung nicht zusammen

Sehr einfach macht es sich das Bundesgericht, wenn es den Zusammenhang von Völkermord-Leugnung mit Rassendiskriminierung verneint, indem es je einen Satzteil von STRATENWERTH⁸¹ und REHBERG⁸² wörtlich übernimmt und sie – ohne Anführungszeichen – zu einem "eigenen" Satz zusammensetzt. In dieser Verkürzung nämlich ist die Aussage einfach falsch.⁸³ Die Leugnung von Völkermord stellt nicht

78 G. JENNY, ZBJV 1998, 628 f.

79 BGE 129 IV 95, 105.

80 Unter Berufung auf TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} N 6; KUNZ, ZStrR 1998, 223 ff., 229 ff.; WEISHAUP, Diss., 43 f.; JENNY, ZBJV 1998, 628 f.; RIKLIN, Medialex 1995, 38; auch STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22; für die Gegenmeinung führt das Bundesgericht an: NIGGLI, Kommentar, N. 105 ff., 240 ff., 295 ff.; NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, AJP/PJA 1998, 1069, 1064 und 1073; REHBERG, IV, 180; ROM, Diss., 138/139; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002, 202.

81 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 37.

82 REHBERG, IV, 187.

83 Vgl. dazu etwa die Zusammenstellung von LASEK, die deutlich werden lässt, wie eng die Kontakte zwischen Völkermord-Leugnern und Rechtsextremisten sind.

einfach eine Diskussion um historische Vergangenheit dar (als die sie immer wieder einmal präsentiert wird), sondern bezweckt die Verleumdung von Opfern bzw. deren Nachkommen.⁸⁴ Wer einen Völkermord bestreitet, behauptet implizit, dass diejenigen, die diesen Völkermord behaupten, Lügner sind. Dabei wird nicht zuletzt insinuiert, dass jene Lügner andere anschwärzen und womöglich von ihrer Lüge auch finanziell profitieren wollen. Und wenn der Völkermord für die Mehrheit der Vernünftigen nicht weiter streitig ist, so kann dies doch gar nichts anderes sein, als Resultat von Propaganda und Verschwörung derjenigen, die sich als Opfer stilisieren, und dies wiederum – cui bono? – kann ja nur von den vermeintlichen Opfern angezettelt worden sein. Was dies bedeutet, wurde im Verlaufe des Verleumdungsprozesses offenbar, den *David Irving* gegen *Deborah Lipstadt* anstrebte, weil sie ihn einen Holocaust-Leugner genannt hatte.⁸⁵ Den Überlebenden von Auschwitz wurde wiederholt die Ungeheuerlichkeit unterstellt, sie hätten sich die (noch immer sichtbare) Häftlingsnummer *selbst* in den Arm tätowiert.⁸⁶ Nicht umsonst hat denn die Verteidigung von *Lipstadt* eigens einen Gutachter beauftragt, der die Kontakte von *Irving* mit der rechtsextremen Szene untersuchen sollte.⁸⁷ Gerade diese enge Verknüpfung von Völkermord-Leugnern mit der rechtsextremen Szene zeigt exemplarisch den Zusammenhang zwischen Völkermord-Leugnung und Rassendiskriminierung auf: Das Leugnen eines Völkermordes ist eben *nicht* vergleichbar der Behauptung, die Erde sei eine Scheibe, denn das kümmert allemal herzlich wenig. Vielmehr ist sie der Versuch, das für den Völkermord verantwortliche Regime und seine Täter weiszuwaschen, auf dass deren verbrecherische Ideologie akzeptabler oder gar akzeptabel erscheine.⁸⁸ Im gleichen Zug werden die Opfer als Lügner qualifiziert.⁸⁹ Was aber wäre von einer Gruppe zu halten, die fähig ist, sich selbst Nummern in den Unterarm zu tätowieren und die Geschichtsschreibung weltweit zu manipulieren? Die Leugnung bestärkt mithin jene, die die Opfer ohnehin ablehnen und wirbt für ihre Diskriminierung bei den anderen.⁹⁰ Unzutreffend deshalb auch die STRATENWERTHSche Aussage, es gehe nicht darum, die Opfer zu verunglimpfen, sondern darum, die Täter reinzuwaschen.⁹¹ Ein Blick auf eine der gängigen Auschwitzleugner-Websites reicht zum Beleg dazu aus.⁹²

Schliesslich noch ein Wort zu denen, die die Strafbarkeit der Leugnung von Menschheitsverbrechen prinzipiell in Frage stellen: Die Postulierung von Meinungsfreiheit in diesem Bereich ist keine – scheinbar harmlose und scheinbar nur konsequente – Anwendung des allgemeinen Freiheitspostulats auf den Bereich der Meinungsäusserung. Freiheit ist nämlich nicht der einzige und nicht der höchststehende Wert in einer Gemeinschaft. Jede Gemeinschaft muss sich immer auch gegen jene Formen des Freiheitsgebrauchs schützen können, die andere Grundwerte der Gemeinschaft gefährdet und in Abrede stellt. Dazu gehört die Leugnung schwerster Verbrechen und damit der Schutz von Opfern dieser Verbrechen. Die rechtliche Ordnung einer Gemeinschaft, in der solche Äusserungen möglich sind, bereitet einer Gemeinschaft den Boden, die letztlich jegliche Freiheit negieren kann.

b. Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB) und Völkermord-Leugnung (Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB)

Hinsichtlich der Position, bezüglich Art. 261^{bis} Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB könnten keine Geschädigten existieren, weil sie nicht direkt tangiert seien, bestand für das Bundes-

-
- 84 Zur Bedeutung der Negation des Völkermordes an den Armeniern etwa: KUPELIAN/SANENTZ KALAYJIAN/KASSABIAN 1998, 194: "BOYADJIAN and GRIGORIAN (1982), in their study of psychological sequelae of the genocide, found symptoms among Armenian survivors that are similar to those of Holocaust survivors, including anxiety, depression, compulsive associations to trauma-related material, guilt, night-mares, irritability, anhedonia, emptiness, and fear of loving. SALERIAN (1982) adds phobias, psychosomatic disorders, and severe personality changes. BOYAJIAN and GRIGORIAN's subsequent (1988) study of Armenian survivors, their second-generation children, and third-generation grandchildren, concludes that most participants experienced anxiety, anger frustration, and guilt. Second-generation participants reported manifestations of anxiety in association with extreme parental overprotectiveness. Anger and frustration for all generations were associated with modern Turkey's denial of the genocide and other governments' tolerance of that denial. One participant, a self-described pacifist, was concerned because his 11-year-old son verbalized angry, militant ideas, and vengeful feelings." Vgl. weiter KALAYJIAN/SHAHINIAN/GERGERIAN/SARAYDARIAN 1996; allgemeiner zur multigenerationellen Weitergabe von Traumata: DANIELI, 1998, 669 ff.; allgemeiner zur Bedeutung der Erinnerung im Hinblick auf den Völkermord an den Armeniern bereits DES PRES 1986.
- 85 Vgl. dazu den Stein des Anstosses: LIPSTADT 1994 sowie die Gutachten der Verteidigung EVANS 2001 (zur Frage der Geschichtsfälschung sowie einem sehr guten allgemeinen Prozessbericht) und VAN PELT 2002 (zur Geschichte von Auschwitz und der Leugnung der Gaskammern); gute Prozessberichte bieten auch GUTTENPLAN 2002 und MENASSE 2000; vgl. schliesslich das Urteil The Irving Verdict 2000 (abrufbar auch unter: www.holocaustdenialontrial.com).
- 86 Vgl. dazu MENASSE 2000 und EVANS 2001.
- 87 Es handelt sich um den deutschen Soziologieprofessor HAJO FUNKE, dessen Gutachten leider noch nicht in publizierter Form vorliegt, aber via Internet einzusehen ist: www.holocaustdenialontrial.com unter der Rubrik "evidence".
- 88 Vgl. dazu ZARUSKY, passim.
- 89 Ebenso stellt das Bestreiten der Mondlandung die implizite Behauptung dar, die jeweiligen Astronauten seien Lügner. Es vermag nicht zu erstaunen, dass Edwin Aldrin (der 2. Mann auf dem Mond) den Präsidenten einer amerikanischen Mondlandungs-Leugner-Vereinigung, Bart Sibrel, auf dessen Aufforderung, auf die Bibel zu schwören, dass er auf dem Mond gewesen sei, mit der Faust ins Gesicht schlug.
- 90 AUBERT, AJP/PJA 1994, 36 f.
- 91 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 37.
- 92 Vgl. dazu weiter LIPSTADT 1994; ZIMMERMAN 2000; SHERMER/GROBMAN 2000 sowie SEIDEL 1986 (vgl. etwa die fiktive Werbung für ein Auschwitz-Pyjama, 132). Natürlich gibt es auch entsprechende Sites, die den Völkermord an den Armeniern leugnen.

gericht eine wesentliche Schwierigkeit in seiner eigenen Jurisprudenz: Bezüglich der Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit nach Art. 261 StGB hatte das Gericht nämlich noch vor kurzem das Gegenteil behauptet.⁹³ Warum aber sollte für die Völkermord-Leugnung anderes gelten? Das Bundesgericht beantwortet diese Frage, indem es zuerst die Bestimmung auf den Holocaust beschränkt, was zweifellos *nicht* Sinn der Bestimmung ist,⁹⁴ auch wenn die Holocaust-Leugnung Anlass zur Schaffung der Bestimmung darstellte. Ausgehend von dieser Beschränkung behauptet das Gericht, der Holocaust sei eine von der Allgemeinheit als wahr erwiesene anerkannte historische Tatsache, die nicht in Zweifel gezogen werden könne. Deshalb erfülle die öffentliche Leugnung schon als solche den objektiven Tatbestand. In dieser Aussage stecken zwei Ungenauigkeiten: Zum einen gilt das selbe natürlich auch für den Völkermord an den Armeniern, und es galt – dies sei betont – natürlich auch *bevor* das Parlament den Völkermord als solchen offiziell anerkannte. Zum anderen aber kann eben alles in Zweifel gezogen werden, wie die Auschwitz-Leugnung ja belegt. Das eben ist die *ratio legis*: Gerade *weil* es in Zweifel gezogen werden kann, dies aber nicht geschehen soll, existiert diese Norm. Dem setzt nun das Bundesgericht Art. 261 StGB entgegen, der nicht jede Tathandlung mit Strafe bedrohe, sondern nur die "in gemeiner Weise" begangene. "Gerade durch die damit vorausgesetzte verletzende Form der Äusserung wird der Einzelne in seiner religiösen Überzeugung im strafprozessrechtlichen Sinne unmittelbar betroffen."⁹⁵ Anders gewendet: Aus der *Einschränkung* in Art. 261 StGB schliesst das Bundesgericht, dass bei dieser Norm Einzelne direkt betroffen sein können, dieweil dies bei der selben Norm ohne solche Einschränkung nicht möglich sein sollte.

Dies aber widerspricht den Gesetzen der Logik, weil inkonsistent. Dass Art. 261 StGB im Gegensatz zu Art. 261^{bis} StGB eine Einschränkung der Strafbarkeit auf bestimmte Begehungsweisen kennt, kann *entweder* bedeuten, dass die Völkermord-Leugnung *immer* einen "gemeinen" Angriff darstellt, also auch dann, wenn sie nett verpackt wird (was das Bundesgericht zumindest andeutet, wenn es sagt, z.B. der Holocaust könne nicht in Zweifel gezogen werden). Das Kriterium der "Gemeinheit" wäre hier bereits im Begriff der Völkermord-Leugnung enthalten. Bei diesem Verständnis aber kann aus der Einschränkung in Art. 261 StGB für Art. 261^{bis} StGB gerade nicht abgeleitet werden, Einzelne seien davon nicht direkt betroffen. *Oder aber* die "gemeine Weise" ist etwas, das nicht zum Begriff der Völkermord-Leugnung gehört, sondern unabhängig davon vorliegen kann oder eben nicht.⁹⁶ Dies wiederum bedeutet, dass es offenbar zwei Kategorien von Völkermord-Leugnung geben muss, namentlich das "gewöhnliche" oder einfache Leugnen einerseits, bei dem keine Individuen direkt betroffen sind (z.B. weil die Leugnung nett, sachlich respektvoll, pseudowissenschaftlich oder sonstwie ausgedrückt wird), und andererseits das Leugnen "in gemeiner Weise" (quasi ein qualifiziertes Leugnen), von dem Individuen direkt betroffen sein können (à la Art. 261 StGB und BGE 120 Ia 220). Auf den subjektiven Tatbestand wurde bereits ein-

gegangen,⁹⁷ doch sei hier noch einmal das Erstaunen ausgedrückt, dass dies bedeutet, dass die Strafbarkeit einer Handlung selbst dann vorliegen kann (der öffentliche Friede tangiert oder gefährdet sein kann), wenn kein einziger Mensch (kein Individuum) davon betroffen ist.

c. Unmittelbarkeit vs. Schwere der Beeinträchtigung

Das Bundesgericht führt wörtlich aus: "Die Kriterien der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung einerseits und der Schwere der Beeinträchtigung andererseits dürfen nicht miteinander vermengt werden"⁹⁸, wohl seien durch Völkermord-Leugnung insbesondere Personen, die zu der verfolgten Gruppe gehörten, betroffen und diese Betroffenheit könne je nach den Verhältnissen des Einzelnen unter Umständen schwer wiegen, die individuelle Betroffenheit stelle dennoch bei der Völkermord-Leugnung *im Rechtssinne lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung dar*, auch wenn sie im konkreten Einzelfall schwer wiege.⁹⁹ Darin folgt das

93 BGE 120 Ia 220.

94 Vgl. nur MÜLLER, ZBJV 1994, 256; RIKLIN, Medialex 1995, 42; GUYAZ, Diss., 305 ff.

95 BGE 129 IV 95, 105.

96 So tatsächlich die Reaktion des Auschwitz-Leugner Robert Faurisson nach seiner Verurteilung 1981 zu einem Franc Schadenersatz durch ein französisches Zivilgericht basierend aufgrund von Art. 1382 Code Civil, weil sich das Gericht zur Geschichte und ihrer Konstruktion nicht äussern wollte/konnte, sondern nur zur Art und Weise der Darstellung dieser Geschichte durch Faurisson (vgl. KAHN 2004, 31 ff.). Dieses Urteil sowie seine Bestätigung durch die Berufungsinstanz und der Skandal, der sich daraus trotz Verurteilung Faurissons ergaben, haben letztlich zur Einführung der sogenannten *loi Gayssot* (L. n. 90-615, 13 juill. 1990, art. 9; vgl. KAHN 2004, 101 ff.) geführt, d.h. zur Einführung der Strafbarkeit der Auschwitzlüge durch die Einführung von Art. 24^{bis} im Gesetz über die Pressefreiheit (DP 1881. 4. 65). 1992 wurde weiter Art. 24 desselben Gesetzes geändert und die rassistische Hetze unter Strafe gestellt sowie die Verherrlichung (Apologie) von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder von Verbrechen der Kollaboration.

97 Vgl. vorstehend Ziff. III, 8.

98 BGE 129 IV 95, 103.

99 Welch unglückliche Konsequenzen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Legitimation zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde und zum Opferbegriff hat, zeigt sich überdeutlich am jüngst ergangenen Entscheid des Kassationshofes 6P.137/2004 vom 20.1.2005. Darin tritt das Bundesgericht auf die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Rassendiskriminierung i.S.v. Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB eines Raelianers nicht ein, dem in einem Restaurant die Bedienung wegen seiner Zugehörigkeit zu den Raelianern verweigert worden war. Es tritt auf die Beschwerde deshalb nicht ein, weil dem Beschwerdeführer mangels Schwere der Beeinträchtigung die Opfer-eigenschaft fehle, und dies obwohl die Genfer Justizbehörden das Verfahren mit der offensichtlich äusserst zweifelhaften

Bundesgericht praktisch wörtlich dem Berner Obergericht, das feststellte: "Rassendiskriminierung in Form von 'blossem' Leugnen von Völkermord kann ein einzelnes Individuum – unabhängig von seiner persönlichen Lebensgeschichte – nicht im Rechtssinne verletzen."¹⁰⁰

Das Eigenartige dieser Position besteht nun darin, dass die Dichotomie "schwer – unmittelbar" hier überhaupt nicht passt. Nachzuvollziehen ist die Argumentation von WEISHAUPT¹⁰¹, auf die sich das Bundesgericht beruft, z.B. im Falle von Landfriedensbruch. Wenn hier argumentiert wird, der Landfriedensbruchs-Tatbestand schütze keine Individualinteressen, diese seien durch speziellere Strafbestimmungen geschützt,¹⁰² dann kann man erkennen, was gemeint ist: Aus Sachbeschädigung tangierte Interessen sind über diesen Tatbestand zu verfolgen und nicht über Landfriedensbruch. Nur –: Solches trifft eben bei vielen Delikten des 12. Titels, so z.B. bei Art. 261 und Art. 261^{bis} StGB, gerade nicht zu. Es gibt keine *spezifischeren* Strafbestimmungen, weil die Bestimmungen genau das erfassen, was erfasst werden soll.¹⁰³ Fraglich bleibt nur, ob es sich dabei tatsächlich um Rechtsgüter der Allgemeinheit handelt. In beiden Fällen, so die Argumentation von WEISHAUPT,¹⁰⁴ seien aber individuelle Rechtsgüter mitgeschützt. Entsprechend geht WEISHAUPT denn auch davon aus, bei Rassendiskriminierung handle es sich um ein Verletzungsdelikt.¹⁰⁵

Geht man nun mit dieser Autorin und dem Bundesgericht davon aus, dass die Leugnung von Völkermord sowohl den öffentlichen Frieden als Allgemeingut (primär) als auch die Menschenwürde als Individualgut (sekundär) schütze, so ergeben sich zwei Konstellationen: Entweder der Anwendungsbereich der beiden betroffenen Rechtsgüter ist deckungsgleich, oder er ist es nicht. (1) Sind die Anwendungsbereich deckungsgleich, so ist kein Fall vorstellbar, bei welchem der öffentliche Friede tangiert wird, ohne dass gleichzeitig die Menschenwürde betroffen wäre. Entsprechend erhebt sich natürlich die schwierige Frage, wie es möglich sein könne, dass die Menschenwürde als blosser Reflex des öffentlichen Friedens geschützt werden könne. Wenn nämlich der öffentliche Friede jeweils nur dann berührt ist, wenn *gleichzeitig* auch die Menschenwürde betroffen ist, so weist er keinen eigenständigen Stellenwert auf, sondern ist hier im Ergebnis genau so betroffen wie bei allen anderen Delikten gegen Individualgüter. Denn es kann ja wohl nicht zutreffen, dass die Menschenwürde deshalb tangiert wird, *weil* der öffentliche Friede gefährdet ist. Vielmehr kann nur umgekehrt gelten, dass der öffentliche Friede als Konsequenz einer Verletzung der Menschenwürde tangiert wird (der öffentliche Friede ist gefährdet, *weil* die Menschenwürde Einzelner angegriffen wird). Gelinde gesagt erscheint es zumindest eigenartig, ein Primat des öffentlichen Friedens zu unterstellen. (2) Sinnvoll kann entsprechend höchstens die Position sein, nach der die beiden Rechtsgüter keinen deckungsgleichen Anwendungsbereich haben. Auch hier lassen sich zwei Varianten unterscheiden: (2a) Entweder der öffentliche Friede wird als eigenständiges Gut der Allgemeinheit verstanden, der auch dort gefährdet sein kann, wo kein Konnex zu einer Individualgüterverletzung besteht. (2b) Oder aber der Schutz des

öffentlichen Friedens als Allgemeingut wird als *Reflex* der individuellen Menschenwürde verstanden, d.h. der öffentliche Friede wird dort tangiert oder gefährdet, wo Individualinteressen betroffen sind.

Zu 2a: Wird der öffentliche Friede als eigenständiges Gut verstanden, das auch dort gefährdet sein kann, wo die Menschenwürde des Einzelnen *überhaupt nicht* im Spiele ist, so bedeutet dies, dass man den Völkermord-Leugner nicht bestraft, weil er jemanden verletzt, sondern weil er die Rechtsgemeinschaft stört (die Betroffenheit des Einzelnen ist purer Reflex und sekundär). Das aber bedeutet einerseits, dass es durchaus möglich ist, dass ein Völkermord-Leugner den sozialen Frieden gar nicht stört, obwohl vielleicht Völkermord-Opfer durch die Leugnung schwer betroffen werden. Andererseits folgt aber aus der Konstruktion logisch zwingend auch, dass der öffentliche Friede selbst dann betroffen sein kann, wenn keine Individualgüter in Frage stehen. D.h. die Allgemeinheit, der öffentliche Friede oder das Gebot der Toleranz können potentiell auch dort verletzt oder gefährdet werden, wo es gar keine betroffenen Individuen gibt, z.B. weil keines mehr existiert (wie im Falle des Völkermordes der Römer an den Etruskern oder Karthagern in der Antike oder demjenigen an den Katharern/Albigensern im 13. Jahrhundert) oder aber weil es eine solche Gruppe gar nie gab. Zu erinnern ist daran, dass es keine menschlichen Rassen gibt,¹⁰⁶ dies aber für Art. 261^{bis} StGB insoweit belanglos ist, als die Gruppen-Zuschreibungen nicht der Realität entsprechen müssen¹⁰⁷ – und im Übrigen auch niemals entsprechen. D.h. rassendiskriminierende Äusserungen hinsichtlich der Marsbewohner oder der Brobdingnaguaner wären in dieser Konstruktion trotzdem potentielle Gefährdung des öffentlichen Friedens. Das erscheint als unvermeidliche Konsequenz, wenn man wie das Bundesgericht den Akzent auf die Allgemeinheit legt. Damit indes wird genau das verwirklicht, was die Gegner der Norm ihr schon seit jeher vorgeworfen haben, namentlich dass es sich um ein Maulkorbgesetz handle. Denn wie anders als mit Meinungspolizei wäre zu begründen, dass bestimmte Äusserungen strafbar sein sollen, obwohl sie gar keine Menschen betreffen?

Begründung eingestellt hatten, die Raelianer seien nicht als Religion zu betrachten. Die materielle Frage kann/muss das Bundesgericht in folgedessen gar nicht beurteilen, was zur Folge hat, dass die Auslegung von Art. 261^{bis} StGB schlicht den kantonalen Behörden überlassen wird/werden muss.

100 ZBJV 2002, 416 f.

101 WEISHAUPT, Diss. 35.

102 WEISHAUPT, Diss., 43.

103 Spezifischer wäre höchstens die Tatsache, dass eben gerade jetzt ein Völkermord stattfindet, dann käme Art. 264 zum Zug.

104 WEISHAUPT, Diss., 43.

105 WEISHAUPT, Diss., 43.

106 NIGGLI, Kommentar, N 395 ff.

107 TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 261^{bis} N 11; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 28.

Zu 2b: Die eben erwähnten abstrusen Resultate lassen sich einzig vermeiden, wenn man den Schutz des öffentlichen Friedens (oder eben des allgemeinen Gebots der Toleranz) auf ein bestimmtes menschliches Schutzobjekt bezieht (eine bestimmte Gruppe und ihre Mitglieder). Albigenser, Marsbewohner oder Brobdingnaguaner sind *deshalb* keine Anwendungsfälle von Art. 261^{bis} StGB, weil es sie *nicht* (mehr) gibt. Es ist überhaupt kein Grund erkennbar, warum die Allgemeinheit je durch Äusserungen hinsichtlich dieser Gruppen betroffen sein könnte.¹⁰⁸ Will man schon mit Allgemeingütern argumentieren, so kann der Schutz des öffentlichen Friedens jedenfalls logisch gar nicht anders verstanden werden, denn als *Reflex* des Schutzes des Einzelnen. Die Legitimation des Friedensschutzes leitet sich so aber *zwingend* vom Schutz des Einzelnen ab¹⁰⁹ und die Konstruktion der individuellen Betroffenheit als zwar möglicherweise schwerer, trotzdem aber mittelbarer kann so nicht aufrecht erhalten werden. Vielmehr ist es eben – wenn es denn sein muss – der öffentliche Friede, der mittelbar und indirekt (als Folge der Individualverletzung) betroffen wird. Damit erscheint aber zwingend, dass die Angehörigen der Gruppe, die durch den Völkermord dezimiert oder eliminiert werden sollte, *direkt* betroffen und damit – jedenfalls hinsichtlich der Unmittelbarkeit – sowohl als Geschädigte im Sinne des Strafprozessrechts¹¹⁰ als auch als Opfer im Sinne des OHG erscheinen.¹¹¹ Wird der Völkermord in Abrede gestellt, so wird damit ein für die betroffene Gruppe zentrales Element der Gruppenidentität angegriffen. Diese Gruppenidentität aber bildet sich in jedem einzelnen Mitglied der Gruppe und ihre Bedeutung für die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung kann gar nicht überschätzt werden.¹¹² *Last but not least* gehört der Schutz von individuellen Identitäten und Gruppenidentitäten¹¹³ zu den fundamentalen Werten unserer Gesellschaft, die bekanntlich aus Individuen *und* Gruppen besteht.

d. Nicht-öffentliche Völkermord-Leugnung ist nicht strafbar, auch wenn sie direkt gegenüber Betroffenen geäußert wird

Das Bundesgericht sucht seine Position, nach der die Leugnung des Völkermordes primär ein Rechtsgut der Allgemeinheit betrifft, durch Hinweis auf ein Argument von JENNY¹¹⁴ zu stützen, demzufolge es unverständlich sei, dass der Tatbestand die privat begangene Diskriminierung nicht erfasse, wenn Rechte des Einzelnen geschützt würden. Das scheinbar überzeugende Argument bezieht sich an sich nicht auf die Leugnung von Völkermord, sondern auf die privat geäußerte Diskriminierung i.S.v. Art. 261^{bis} Abs. 4 erste Variante. Dennoch muss hier darauf eingegangen werden.

Zum einen ist zu bemerken, dass das JENNYsche Argument für alle Tatbestände von Art. 261^{bis} StGB ebenso gilt, denn in sämtlichen Varianten von Art. 261^{bis} gehört die Öffentlichkeit der Handlung (zumindest implizit wie in Abs. 5) zum Tatbestand. Während Art. 261^{bis} Abs. 1 bis 3 StGB als "Vergiftung des Klimas", als Werbung für Diskriminierungshandlungen aufgefasst werden können, erscheint

Abs. 4 des nämlichen Artikels als Umsetzung, quasi Erfolg dieser Werbung.¹¹⁵ Umsetzen von Ideen bedeutet nichts anderes als entsprechendes Handeln. Art. 261^{bis} Abs. 4 und Abs. 5 erfassen diese Umsetzungen. Das Bundesgericht geht bei diesen Tatvarianten indes (korrekt) davon aus, dass primär die Menschenwürde geschützt werde. Es folgt dem Argument also zumindest in anderem Zusammenhang nicht.

Tatsächlich ist auch der Unterschied zwischen z.B. einer Ehrverletzung (Art. 173 StGB) und einer rassendiskriminierenden Äusserung (Art. 261^{bis} StGB) eklatant. Ich darf niemanden (weder öffentlich noch privat) als Schwein bezeichnen, umgekehrt aber der rassischen, ethnischen oder religiösen Gruppe, der er angehört, privat ohne Weiteres das Lebensrecht absprechen und sie mit Ungeziefer gleichsetzen. Das erscheint zweifelsfrei so inkonsistent als nur möglich. Nur –: Lässt sich daraus tatsächlich ableiten, die Leugnung von Völkermord schütze kein Individualrechtsgut? Wohl kaum.

Diese Diskrepanz zwischen z.B. den Ehrverletzungen einerseits und der auf die öffentliche Handlung beschränkten Strafbarkeit nach Art. 261^{bis} StGB lässt sich nicht aus unterschiedlichen Rechtsgütern, sondern wohl nur auf rechtspolitische Konstellationen zurückführen, also auf das zur Zeit der Entstehung der Norm herrschende politische Klima. Wollte man nämlich effektiv aus der Tatsache, dass Art. 261^{bis} StGB nur öffentliches Handeln unter Strafe stellt, ableiten, dass dies eine Konsequenz des geschützten Rechtsguts sei, so würde man damit nur verdecken, dass nicht die Beschränkung auf die Öffentlichkeit aus dem geschützten Rechtsgut gefolgert, sondern umgekehrt das Rechtsgut den Gegebenheiten des konkreten Tatbestandes angepasst wurde.

108 Ganz ähnlich übrigens die Argumentation in: MÜLLER, AJP/PJA 1996, 55: "ausschlaggebend ist letztlich, ob ein derartiges Leugnen bei den Angehörigen der entsprechenden Gruppe noch Betroffenheit auszulösen vermag und [man beachte: als Konsequenz!] den öffentlichen Frieden beeinträchtigen kann."

109 Vgl. GUYAZ, Diss., 240 f.

110 Vgl. entsprechend die Änderung von Art. 25 der Genfer StPO, wonach sich die Überlebenden eines Völkermordes und deren Angehörige sowie bestimmte Vereinigungen als Zivilpartei konstituieren können.

111 So korrekt SCHLEIMINGER, Kommentar, Art. 261^{bis} N 58 m.w.N. und unter Verweis auf KÄLIN.

112 Dies wird im Übrigen leicht sichtbar, wenn man sich an den Schock erinnert, der viele Schweizer traf, als sie vom Raubgold erfuhren, oder wenn man sich vorstellt, BR Blocher wäre schwarzer Hautfarbe oder jüdischen Glaubens. Diese Gruppenidentität ist so zentral, dass in europäischen Darstellungen Christus typischerweise blond abgebildet wird, obwohl alle Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Haarfarbe spricht.

113 Vgl. zu den Wurzeln des Konzeptes der kollektiven Identität NIETHAMMER.

114 JENNY, ZBJV 1998, 629.

115 SCHLEIMINGER, Kommentar, Art. 261^{bis} N 6.

Zudem käme man in unauflösliche Widersprüche. So müsste man etwa zugeben, dass ein anderes Rechtsgut geschützt würde, sobald etwa auch Handeln im privaten Rahmen strafbar erklärt würde¹¹⁶. Solches aber dürfte sicherlich abzulehnen sein. Mit gleichem Recht wie die eben erwähnte Position des Bundesgerichts und JENNYS könnte man umgekehrt sagen, dass die schweizerische Regelung vor dem Hintergrund der Menschenwürde als geschütztem Rechtsgut als zu eng erscheint, weil sie eben "nur" öffentliches Handeln erfasse. Auch hier ist eine Antwort auf die Frage nach dem "Warum" dieser Begründung nicht über das Rechtsgut, sondern nur über die Politik zu finden. Ein Blick über die Grenzen bestätigt die Widersprüche: In Frankreich, Belgien oder Spanien etwa sind auch rassendiskriminierende Handlungen im privaten Raum strafbar.¹¹⁷ Die Beschränkung auf öffentliche Handlungen fokussiert entsprechend auf den Staat und man möchte die Position fast als "deutsch" bezeichnen, wenn nicht die meisten Vertreter dieser Position¹¹⁸ deutscher Herkunft wären. Das unterschiedliche Erfassen auch des privaten Raumes kann nun viererlei bedeuten:

1. dass die romanischen Regelungen vor dem Hintergrund des geschützten Rechtsgutes zu weit seien;
2. dass die schweizerische Regelung vor dem Hintergrund des geschützten Rechtsgutes zu eng sei;
3. dass von praktisch identischen Strafbestimmungen in verschiedenen Ländern gänzlich unterschiedliche Rechtsgüter geschützt werden können;
4. dass sich aus der Beschränkung der Strafbarkeit auf Handlungen im öffentlichen Raum nichts ableiten lässt.

Alternativen 1 und 2 scheiden deshalb aus, weil die Regelungen nur als falsch qualifiziert werden können unter Berufung auf eine Metaebene, eine solche Metaebene aber steht kulturübergreifend gerade nicht zur Verfügung. *Alternative 3* (identische Strafbestimmungen/unterschiedliche Rechtsgüter) ist gleichbedeutend mit dem Todesstoss für den Topos des Rechtsgutes überhaupt und würde damit die Diskussion darum, welches Gut genau geschützt werde, überflüssig werden lassen. Identische Strafbestimmungen können nicht gänzlich unterschiedliche Rechtsgüter schützen, sofern man den Rechtsgutstopos ernst nimmt. Anderes wäre nur möglich, wenn es keine Rechtsgüter, sondern nur Nationalrechtsgüter gäbe. Einzig die *Alternative 4* scheint mithin sinnvoll.

Selbst wenn man aber dem Bundesgericht und JENNY darin folgen wollte, dass das Leugnen von Völkermord deshalb strafbar sei, weil solche Handlungen den öffentlichen Frieden (oder irgendein anderes Gut der Allgemeinheit) gefährden, bliebe aber die wichtigste und entscheidende Frage damit unbeantwortet: Warum genau sollte die Leugnung von Völkermord überhaupt strafbar sein, wenn dies nicht zum Schutze von Individualinteressen geschieht? Wenn es sich nicht um die Betroffenheit der Mitglieder der entsprechenden Gruppen handelt, warum könnte dann der öffentliche Friede überhaupt je tangiert sein? Weil eine Behauptung aufgestellt wird, die nicht der Allgemeinmeinung entspricht? Wer davon ausgeht, landet wieder bei jener

Position, die von den Gegnern dieses Gesetzes, aber auch von den Auschwitzlügnern dauernd ins Feld geführt wird. Geht es nämlich nicht mehr (oder nicht mehr primär) um die Güter individueller Personen, dann erscheint die Bestimmung tatsächlich als eine Art Zensur, die ohne haltbare Begründung in die Meinungsäusserungsfreiheit eingreift.¹¹⁹ Vor diesem Hintergrund wird mithin die Legitimität der Strafbestimmung überhaupt fraglich.

e. Die herrschende Lehre

Bei seiner Bestimmung des Rechtsgutes stellt das Bundesgericht auf eine "wohl herrschende [...] Lehre" ab, die annehme, dass durch Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Satzteil StGB in erster Linie der öffentliche Friede als allgemeines Rechtsgut geschützt sei. Als Beleg für diese "wohl herrschende Lehre" zitiert das Bundesgericht TRECHSEL,¹²⁰ KUNZ,¹²¹ WEISHAUPT,¹²² JENNY,¹²³ RIKLIN¹²⁴ sowie STRATENWERTH.¹²⁵ Als Beleg der Gegenthese nennt das Bundesgericht NIGGLI,¹²⁶ NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER,¹²⁷ REHBERG,¹²⁸ ROM¹²⁹ sowie CHAIX/BERTOSSA.¹³⁰ Unerwähnt bleibt GUYAZ,¹³¹ der ebenfalls hier einzuordnen wäre, sowie natürlich SCHLEIMINGER¹³² die erst später erschien. Interessant (wenn auch nicht wirklich überraschend) erscheint v.a., dass das Bundesgericht die Arbeit von GUYAZ nicht zitiert. Dieser nämlich verneint explizit die bundesgerichtliche Position:

Les propos racistes ou antisémites ne peuvent être réprimés que dans la mesure où ils portent atteinte à la dignité humaine ou à l'identité raciale, la paix publique ne constituant pas un motif suffisant pour une si grave restriction de la liberté d'expression. [...] De même nous ne pouvons suivre l'opinion de Stratenwerth qui prétend que la protection de l'individu ne découle que par simple réflexe de celle d'un intérêt "supra-individuel". Cette façon de voir ne se justifierait que si la mise en danger de la paix publique

116 So implizit JENNY, ZBJV 1998, 629.

117 Vgl. Art. R. 624-4 F-StGB; ebenso Belgien: Art. 444 B-StGB in Verbindung mit der Loi du 30.7.1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie; Spanien: Art. 510, 511 und 512 E-StGB.

118 STRATENWERTH, KUNZ, WOHLERS.

119 So völlig korrekt GUYAZ, Diss., 240 f.

120 TRECHSEL Kurzkomentar, Art. 261^{bis} N 6.

121 KUNZ, ZStrR 1998, 223 ff., 229 ff.

122 WEISHAUPT, Diss., 43 f.

123 JENNY, ZBJV 1998, 628 f.

124 RIKLIN, Medialex 1995, 38.

125 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22.

126 NIGGLI, Kommentar, N 1022 ff., insb. 1031.

127 NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, AJP/PJA 1998, 1069, 1064 und 1073.

128 REHBERG, IV, 180.

129 ROM, Diss., 138 f.

130 CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002, 202.

131 GUYAZ, Diss.

132 SCHLEIMINGER, Kommentar, Art. 261^{bis} N 7.

*pouvait se concevoir de façon autonome, sans référence à un bien individuel. Or tel n'est pas le cas dans les alinéas qui nous occupent.*¹³³

In sehr eigenwilliger (dem Berner Obergericht aber durchaus verwandter) Art konstruiert nun das Bundesgericht die "wohl herrschende Lehre". Es erwähnt zwar selbst, dass nur wenige Autoren ausdrücklich zur Frage Stellung nehmen, welches Rechtsgut von Art. 261^{bis} Abs. 4 zweiter Satz StGB geschützt werde, führt aber frischfröhlich auch solche Autoren als Beleg seiner These an, die sich dazu gar nicht äussern. Während sich explizit für die Menschenwürde als geschütztem Rechtsgut bei *Leugnung des Völkermordes* (also der vorliegend einzig wichtigen Tatvariante) die Mehrheit der Autoren, namentlich NIGGLI,¹³⁴ CHAIX/BERTOSSA,¹³⁵ ROM,¹³⁶ NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER¹³⁷, REHBERG¹³⁸ sowie der nicht erwähnte GUYAZ¹³⁹ und schliesslich die erst nach Fällung des Entscheides publizierte SCHLEIMINGER¹⁴⁰ aussprechen, äussert sich von den vom Bundesgericht zum Belege seiner These zitierten Autoren gerade einmal *einer* zur Leugnung des Völkermordes, nämlich KUNZ.¹⁴¹ Alle anderen erwähnen die Leugnung des Völkermordes nicht explizit, sondern gehen davon aus, dass Art. 261^{bis} StGB *grundsätzlich* den öffentlichen Frieden schütze. Nun hat das Bundesgericht allerdings diese Position selbst bereits – wie bekannt und bereits erwähnt – mehrfach verworfen.¹⁴² Genau betrachtet zitiert das Bundesgericht damit also eine "wohl herrschende" Lehre, die es selbst bereits abgelehnt hat. Denn wie Argumente, die man andernorts verworfen hat, und die sich zum spezifischen Aspekt, um welchen es geht, nicht äussern, gerade für diesen Aspekt eine "herrschende Lehre" darstellen und eine Abweichung von der im Übrigen vertretenen Position rechtfertigen könnten, bleibt – sofern es sich nicht um eine Praxisänderung handeln soll – das Geheimnis des Gerichts. Nachvollziehbar ist es für uns Normalsterbliche nicht.

VII. Zwischenspiel: Die grundlegende soziale Norm als solche

Um den beschriebenen¹⁴³ Schwierigkeiten zu entgehen, ist nun vorgebracht worden, Art. 261^{bis} StGB schütze gar kein konkret fassbares Rechtsgut. Vielmehr gehe es um eine grundlegende soziale Norm als solcher (in concreto: den Grundsatz der angeborenen Würde und Gleichheit der Menschen). Dabei handle es sich um ein elementares, menschenrechtliches, überindividuelles Interesse, mit dem sich der Schutz des Einzelnen als blosser Reflex verbinde.¹⁴⁴ Geschützt werde also nicht die Menschenwürde als individuelles Rechtsgut, sondern eine für die pluralistische Gesellschaft unabdingbare Verhaltensnorm.¹⁴⁵

Das aber erscheint als zwar gutgemeinter, aber letztlich hilfloser Versuch, die Menschenwürde nicht als Individualgut anzuerkennen, sind die Einwände doch die selben wie beim öffentlichen Frieden: Welche Strafnorm schützt denn nicht "eine grundlegende soziale Norm"? Warum etwa sollte der Tatbestand des Diebstahls (Art. 139 StGB) das

(individualrechtliche) Eigentum schützen (was er bei genauer Betrachtung ja gar nicht tut) und nicht die für eine marktwirtschaftliche Gesellschaft unerlässliche allgemeine Verhaltensnorm, dass das Eigentum anderer zu respektieren sei, womit sich der Schutz des individuellen Eigentums nur als blosser Reflex verbinde? Auch hier liesse sich der Diskurs entindividualisieren und mittels der selben Argumentation auf den Staat hin orientieren, denn wir strafen den Dieb ja nicht, weil er X bestohlen hat, sondern deshalb, weil er das Eigentum (und das daraus folgende Diebstahlsverbot) missachtet hat, andernfalls müsste das Delikt doch als Antragsdelikt ausgestaltet sein, oder täuschen wir uns? Oder ein anderes Beispiel: Mit identischer Begründung und Berechtigung liesse sich vertreten, die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) schütze nicht das individuelle Leben, sondern die allgemeine und grundlegende soziale Norm, derzufolge das Recht auf Leben aller Menschen zu respektieren sei. Damit sei der Schutz des individuellen Lebens als blosser Reflex verbunden, denn – tatsächlich – wir strafen den Täter nicht, weil er den Menschen X getötet hat, sondern weil er den Grundsatz des Respekts vor dem menschlichen Leben (und die daraus folgenden strafrechtlichen Verbote) nicht respektiert hat. Überdeutlich wird dies daran, dass der error in persona unbeachtlich bleibt. Selbst wenn ich statt des mir verhassten Nachbarn irrtümlich meine eigene Tochter töte, tritt die Strafbarkeit ohne Zweifel ein, und zwar nicht etwa für eine fahrlässige (sofern mein Irrtum fahrlässig begründet war), sondern wegen vorsätzlicher Tötung. Die Strafe tritt mithin ein, weil ich vorsätzlich das Leben eines anderen Menschen genommen habe, *unabhängig* davon, *wessen* Leben es war. Was daran individueller sein sollte als ein Angriff auf eine Person ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe wegen (ausser eben, dass sich der Angriff typischerweise nicht gegen eine einzelne Person, sondern eine ganze Gruppe richtet), ist uns nicht ersichtlich.

Ins Allgemeine gewendet: Im Strafrecht geht es *immer* um grundlegende soziale Normen als solche; das in concreto angegriffene Objekt oder Lebewesen ist *immer* blosser Ausfluss und Anwendungsfall dieser allgemeinen Norm. Alle

133 GUYAZ, Diss., 240 f.

134 NIGGLI, Kommentar, N 1022 ff., insb. 1031.

135 CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002, 202.

136 ROM, Diss., 138 f.

137 NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, AJP/PJA 1998, 1069, 1064 und 1073.

138 REHBERG, IV, 180.

139 GUYAZ, Diss., 240 f.

140 SCHLEIMINGER, Kommentar, Art. 261^{bis} N 58.

141 KUNZ, ZStrR 1998, 230 ff.

142 BGE 123 IV 202, 128 I 218.

143 Vgl. 16: V. Zwischenspiel.

144 STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22 unter Verweis auf JENNY, ZBJV 1998, 629.

145 DONATSCH/WOHLERS, IV, 209.

diese Normen aber bestehen deshalb, weil sie Individuen schützen, Menschen. Ihr Existenzgrund ist dieser Schutz.¹⁴⁶ Wie aber der Schutz dieser Individuen blosser Reflex einer allgemeinen Norm sein könnte, die sich ihrerseits von den Individuen und ihrem Schutz herleitet, lässt sich entsprechend rethorisch zwar behaupten, logisch schlüssig aber einfach nicht dartun.

Freilich lässt sich Strafrecht eher individual- oder eher gemeinschafts- und wertorientiert konstruieren, und beide Positionen erscheinen vertretbar. Irritierend aber ist, dass mit der behaupteten *allgemeinen* Orientierung der gesamten Rechtsordnung auf die Menschenwürde hin (die für sich ja sehr menschenfreundlich wirkt), die *konkrete* Konsequenz einhergeht, dass die betroffenen Individuen eben als rechtlich gar nicht betroffen erscheinen. Damit aber ist man dort angelangt, wo sich jedenfalls die Völkermörder wohl fühlen dürften, nämlich beim Resultat, dass der Staat und seine Organe alleine darüber entscheiden (ohne störende Interventionen vorgeblicher Opfer, die *rechtlich* eben gar nicht betroffen sind), wann ein rassendiskriminierender Angriff verfolgt und wann die Strafbarkeit einer Völkermord-Leugnung als opportun erscheint ('was damals geschah, geht den Staat nichts an').

VIII. 4. Akt: Katharsis

Um zu verstehen, was jemand tut, muss man danach fragen, *warum* er es tut. Bei der Völkermord-Leugnung scheint das relativ deutlich: Der Völkermord wird negiert, weil er allgemein geächtet und moralisch oder politisch nicht zu rechtfertigen ist. Dies stellt einerseits ein moralisches Problem für dasjenige Regime oder diejenige Ideologie dar, die den Völkermord zu verantworten hat, zum anderen aber kommt den Opfern eine moralische (und möglicherweise politische) Aufwertung zu, die man nicht wünscht. Hat der Völkermord dagegen nicht stattgefunden, können die verantwortlichen Regime oder Ideologien nicht nur uneingeschränkt propagiert werden. Vielmehr liefern die "vermeintlichen" Opfer sogar selbst ein Argument für ihre Ablehnung: Wie, wenn nicht durch betrügerische Machenschaften und Täuschung, sollte es ihnen denn gelungen sein, unbeteiligte Dritte von "ihrer" Wahrheit, d.h. der Tatsächlichkeit des Völkermordes zu überzeugen? Dies ist das klassisch-antisemitische Argument: Warum sollte all das Unrecht immer den Juden geschehen, wenn sie selbst nicht dazu Anlass böten?

Bei der Frage nach dem Rechtsgut von Art. 261^{bis} StGB ist die Antwort deutlich schwieriger. Die *versöhnliche* Interpretation lautet: Strafrechtsdogmatik ist stark von der Aufklärung geprägt und unterscheidet entsprechend nur zwischen einzelnen Menschen und der Allgemeinheit. Dabei bleibt auf der Strecke, was letztlich die Delikte des 12. Titels (Delikte gegen den öffentlichen Frieden) charakterisiert: Der Angriff auf eine Gruppe, eine (im Sinne der Individualvorstellung unspezifische) Personenmehrheit. Was nicht als Angriff auf einen Einzelnen verstanden wird, wird als

Angriff auf alle qualifiziert. Dies aber geht am Sinne der Delikte gegen den öffentlichen Frieden vorbei, was im Falle der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB), der Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB) oder der Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB) besonders augenfällig wird. Nicht *alle* sind von diesen Delikten betroffen, sondern eben nur (aber immerhin) die Mitglieder der betroffenen Gruppen (z.B. die Mitglieder einer Ethnie, einer Religion oder die Angehörigen eines Verstorbenen). Wir schützen die Mitglieder dieser Gruppen nicht deshalb, weil *wir alle* betroffen sind, sondern weil *alle Mitglieder* dieser Gruppen direkt betroffen sind. Dabei geht es nicht darum, dass der allgemeine Friede betroffen wäre, sondern dass Menschen betroffen werden, auch wenn dies "nur" im Hinblick auf ihre Gruppenzugehörigkeit zutrifft. Die "grundlegende soziale Norm", um die es sich handelt, schützt mithin Menschen (nicht soziale Ordnungen, wie es der Begriff des öffentlichen Friedens vermuten liesse, denn darum geht es gar nicht). Geschützt wird der Anspruch auf Respekt der eigenen Überzeugungen und die Gleichwertigkeit aller Menschen, unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit. Und dies wiederum geschieht, weil die akzeptierte Ungleichwertigkeit (ergebe sie sich nun aus Hetze, Propaganda, Ideologie oder Völkermord-Leugnung) die konkrete Diskriminierung (z.B. Leistungsverweigerung nach Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB) bereits in sich trägt. Denn welchen Grund gäbe es, einer Laus die selben Rechte zu gewähren wie einem Menschen? Welchen Grund gäbe es, sie nicht zu zerquetschen?

Aufs *Konkrete* bezogen muss die Interpretation allerdings anders lauten: Warum sollte ein Rechtsgut geltend gemacht werden, von dem man weiss, dass es eigenständig nicht existiert und mit Rassendiskriminierung nichts oder nur entfernt zu tun hat? Warum sollte man die Menschenwürde als zu unspezifisch ablehnen, nur um dann den öffentlichen Frieden zu befürworten? Warum sollte man zugeben, dass die Opfer eines Völkermordes durch dessen Leugnung schwer betroffen sein können, nur um gleichzeitig festzustellen, dabei handle es sich aber nicht um eine Betroffenheit im rechtlichen Sinne? Die Antwort darauf ist wohl nur zu geben, wenn man danach fragt, was die beiden Positionen in ihrer Konsequenz unterscheidet. Und dies nun ist überdeutlich: Handelt es sich um ein Allgemeingut, dann gibt es keine Geschädigten im Sinne des Strafprozesses und keine Opfer im Sinne des OHG. Das bedeutet zum einen, dass es keine entsprechenden finanziellen Ansprüche gibt, viel wichtiger aber ist: Es existiert niemand ausser der Strafverfolgung, der eine Verfolgung erzwingen oder gegen einen Freispruch opponieren könnte. Dies ist letztlich das Bedeutsame.¹⁴⁷ Nun kann man natürlich hier – wie in fast allem –

146 Vgl. für die Rassendiskriminierung und die Völkermord-Leugnung in Deutschland explizit: TRÖNDLE/FISCHER, § 130 N 2 und 24a.

147 So völlig korrekt DONATSCH/WOHLERS, IV, 209.

in guten Treuen verschiedener Ansicht sein. Doch sollte es zumindest skeptisch machen, dass jedenfalls die Völkermord-Leugner ihre Freude haben an der These vom Allgemeinut. Denn sie erlaubt, alle direkt Betroffenen aus dem Verfahren zu weisen. Sie erlaubt mithin genau das, was in casu passiert ist: Das Abwürgen eines Verfahrens, das politisch nicht als opportun erscheint, weil es dem Staat (bzw. seinen Organen) gerade nicht in den Kram passt. Zwar wird den Opfern versichert, man habe Verständnis für ihre (schwere) Betroffenheit, nur die stelle eben nichts rechtlich Relevantes dar. Relevant hingegen ist z.B. die mangelnde Zivilcourage der Gerichte, einen Völkermord auch als solchen zu bezeichnen. Und nicht einmal diese Zivilcourage haben die Gerichte der drei Instanzen aufgebracht. Selbst das sonst nie um ein obiter dictum verlegene Bundesgericht hat sich ganz auf den Holocaust orientiert, um den es vorliegend ja gar nicht ging.¹⁴⁸ Das Abstellen auf ein Rechtsgut der Allgemeinheit bewirkt mithin v.a. eines: Dass die Kirche im Dorf bleibt und Völkermorde (die als Makro-kriminalität ja typischerweise von Staaten begangen oder geduldet werden) von denjenigen Organisationseinheiten beurteilt werden, die sie auch begangen haben, nämlich Staaten. Unbehelligt von bloss störenden Opfern und unangenehmen Fragen zur Geschichte kann man sich dann auf das konzentrieren, was wirklich zählt: den Staat und seine Interessen, insbesondere seine politischen und wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Staaten.

IX. Nachspiel: Geschichte, Politik und Justiz

Lässt man den Fall über die verschiedenen Stadien Revue passieren, so kann man sich eines schalen Nachgeschmacks nicht erwehren. Überdeutlich wird im Gesamtbild der Prozessgeschichte ein doch erheblicher Unwille aller Ebenen der schweizerischen Justiz, sich des (damals jedenfalls noch) politisch heiklen Problems einer juristischen Bewertung des Völkermordes an den Armeniern anzunehmen.

Natürlich schaffen die (in jüngster Zeit häufiger und heftiger werdenden) Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Politik (Einbürgerungsentscheide¹⁴⁹; Öffentlichkeitsentscheid im Bereich Rassendiskriminierung¹⁵⁰) ein Klima, in dem es nicht unbedingt angenehm erscheint, richten zu müssen. Und natürlich ist es skandalös, dass eine grosse Volkspartei – ungeachtet des Beratungsgeheimnisses – die Forderung erheben kann, sie wolle wissen, wie "ihre" Richter gestimmt hätten, und sie zudem bei "Ungehorsam" der Parteilinie gegenüber mit einer Abwahl bedroht, gerade so, als wären Richter Exekutivorgane einer Partei.¹⁵¹ Und natürlich ist es schliesslich höchst erschreckend und bedrückend zugleich, wenn all dies nahezu unwidersprochen geschehen kann. Nur –: Richten zu müssen, ist auch ohne solche Entgleisungen keine primär angenehme Aufgabe, alleine schon deshalb, weil es kaum etwas Verantwortungsvolleres gibt. Und dieser Verantwortung kann und darf sich die Justiz auch dort nicht entziehen, wo sie belastend ist.

Selbstverständlich könnte man davon ausgehen, dass sich Geschichte grundsätzlich justizieller Bewertung entzieht und mit dem Berner Staatsanwalt behaupten, historische Geschehnisse (v.a. dann, wenn sie in geographisch entfernteren Regionen stattgefunden haben) gingen die Schweiz überhaupt nichts an. Dem kann man einfach entgegen, dass einer solchen Position schlicht das Gesetz entgegensteht, denn Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB erfasst – wie die analoge spanische Strafnorm – die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung jeden Völkermordes oder Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Darüber hinaus aber geht die simplizistische Forderung nach strikter Trennung von Geschichte und Justiz schlicht an der Tatsache vorbei, dass die Justiz sich historischen Fragen gar nicht entziehen kann, so sehr sie dies vielleicht auch möchte:

Natürlich sei nicht bestritten, dass Recht und Wissenschaft zwei ganz unterschiedliche Systeme sind. Wissenschaft stellt – im Gegensatz zum Recht – gerade kein hierarchisches, auf Widerspruchsfreiheit und Entscheidung hin orientiertes System dar, sondern ist grundsätzlich offen und operiert dergestalt, dass gleichzeitig alternative, sich widersprechende Ansätze und Perspektiven Gültigkeit haben (was im Recht schlicht als Versagen erschiene). Entsprechend klärt Wissenschaft Fragen auch nie endgültig und definitiv, sondern immer nur mehrheitlich und vorläufig auf Zusehen hin (was ja überhaupt erst ermöglicht bzw. notwendig werden lässt, dass die Geschichte, und zwar sowohl die neuere als auch die ältere Geschichte, stets neu geschrieben werden muss). Dieser gleichzeitigen Vielfalt entsprechend gibt Wissenschaft herrschende Ansichten auch nicht aufgrund autoritativer Entscheidung auf und ersetzt sie durch andere, sondern verändert sich typischerweise dadurch, dass bestimmte Fragestellung einfach nicht mehr interessieren bzw. andere Fragen gestellt werden. Trotz all dieser Unterschiede sind die beiden Bereiche aufeinander orientiert: So stellen z.B. justiziell erarbeitete Erkenntnisse teilweise bedeutsame historische Quellen dar, auch wenn sie im wissenschaftlichen (historischen) Referenzrahmen teils ganz anders zu interpretieren sind.¹⁵² Umgekehrt ist auch Recht auf Geschichte angewiesen:¹⁵³ Wenn

148 Obwohl natürlich Bezugspunkte zwischen Holocaust und Völkermord an den Armeniern bestehen (KIESER/SCHALLER); vgl. insbesondere GUST.

149 BGE 129 I 217 und 232.

150 Urteil des Kassationshofes 6S.318/2003 vom 27.5.2004.

151 <http://www.nzz.ch/2004/08/22/il/page-article9SYFX.html>.

152 Zu erinnern ist hier auch daran, dass teilweise erst die justizielle Aufarbeitung des Nazi-Regimes Quellen an den Tag gebracht hat, die von der Wissenschaft allein wohl kaum hätten erarbeitet werden können: vgl. nur UEBERSCHÄR 2000; GILBERT 2004; VON LANG 2001; RÜCKERL 1974 sowie neuestens BLOXHAM 2004.

153 Vgl. dazu etwa BAZYLER 2004, als Darstellung zahlreicher Fälle historischer Ereignisse, die juristisch in den USA aufgearbeitet werden.

man will, kann man praktisch jeden Strafprozess bereits als Geschichtsschreibung auffassen, denn hier wird ja immer Vergangenheit (re-)konstruiert, auch wenn diese Vergangenheit typischerweise (wenn auch bei Weitem nicht immer) nicht allzu weit entfernt liegt. Darüber hinaus und allgemeiner aber kann für die Interpretation von Gesetzen (als grundsätzlich historischen Texten) unstrittig deren Entstehungszusammenhang bedeutsam sein. Und schliesslich kann Geschichte bzw. Geschichtsverständnis auch zur Beurteilung des Verhaltens eines Angeklagten notwendig sein. In diesen Fällen stellt die Justiz denn auch problemlos auf entsprechendes Fachwissen ab; verwiesen sei nur auf die für den grossen Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963–1965¹⁵⁴ erstellten, nach wie vor auch wissenschaftlich bedeutsamen Gutachten von BUCHHEIM, BROZAT, JACOBSEN und KRAUSNICK,¹⁵⁵ Gutachten von Wissenschaftlern für einen Strafprozess zur Verfolgung einiger der Haupttäter der in Auschwitz begangenen Verbrechen. Nichts anderes aber gilt, wenn die Justiz Historiker nicht zur Klärung des historischen Umfeldes einer zu beurteilenden Tat benötigt, sondern zur Klärung einer Vorfrage (namentlich, ob und wie spezifische historische Ereignisse stattgefunden haben). In all diesen Fällen gibt die Justiz dadurch, dass sie sich entsprechende Fachkenntnisse verschafft, die Interpretations- und Entscheidungskompetenz nicht an die Wissenschaft ab, sondern stützt sich, soweit dies rechtlich opportun ist, darauf ab und interpretiert die entsprechenden Quellen aus rechtlicher Perspektive.

Die Unvermeidbarkeit historischer Fragen für die Justiz ergibt sich schliesslich auch nicht erst aus dem Verbot der Völkermord-Leugnung, was wohl am eindrucklichsten von der Tatsache belegt wird, dass der bedeutendste Prozess der letzten Jahre, der sich mit der Frage der Auschwitz-Leugnung zu befassen hatte, nämlich das Ehrverletzungsverfahren, das David Irving gegen Deborah Lipstadt und deren Verlag Penguin anstrebte, in England stattfand, einem Land also, das die Leugnung eines Völkermordes gerade nicht unter Strafe stellt. Bereits das Verfahren, das der ehemalige Auschwitzer Häftlingsarzt Wladislaw Dering 1962 gegen Leon Uris wegen Äusserungen in dessen Bestseller Exodus anstrebte, war ein Ehrverletzungsverfahren.¹⁵⁶ Sowohl das Irving-Verfahren als auch das Dering-Verfahren bedingten notwendigerweise umfangreiche Beweisaufnahme bezüglich historischer Gegebenheiten. Und selbst in den USA, Hort der uneingeschränkten Meinungsäusserungsfreiheit, wurde 1981 ein Zivilverfahren über den Holocaust geführt.¹⁵⁷ Obwohl weitere Fälle angeführt werden könnten, genügen diese Beispiele wohl, um darzutun, dass es der Justiz auch dort, wo keine Normen bestehen, die das Leugnen eines Völkermordes unter Strafe stellen, nicht gelingt (und nicht gelingen kann), die Frage nach historischen Ereignissen schlicht an die Geschichtswissenschaft zu verweisen. Dass ihr dies nicht gelingen kann, ist darin begründet, dass moderne Gesellschaften spezifische Systeme entwickelt haben, um Unentscheidbares zu entscheiden, namentlich Rechtssysteme. Rechtssysteme aber sind dadurch gekennzeichnet, dass sie alle an sie herangetragen Fragen entscheiden *müssen*, sofern ihnen rechtliche Re-

levanz zukommt, d.h. soweit aus ihnen rechtliche Konsequenzen abgeleitet werden (sie müssen zumindest darüber entscheiden, ob das fragliche Ereignis tatsächlich rechtliche Konsequenzen zeitigt). Eine Nicht-Beantwortung gilt vielmehr als Rechtsverweigerung. Einfach gesagt: Was einmal ins Rechtssystem Eingang gefunden hat, kann nicht wieder zurückgezogen und daraus entfernt werden. Weder zu leugnen noch zu verhindern aber ist, dass aus historischen Ereignissen rechtliche Konsequenzen abgeleitet werden, die die Justiz unter rechtlichen Aspekten würdigen *muss*, so man es von ihr verlangt. Entsprechend erscheint die im Herbst 2004 im Nationalrat eingereichte Motion,¹⁵⁸ die eine ersatzlose Streichung von Art. 261^{bis} StGB fordert, als ungeeignetes Mittel, die Justiz vor der Konfrontation mit der Geschichte zu bewahren. Menschen werden Geschichte nicht los, was aber zum Menschen gehört, daran kommt das Recht nicht vorbei.

Das Zusammentreffen von Geschichte und Justiz wird nicht selten als "politisch" qualifiziert, und gerade die Angst der schweizerischen Justiz vor der politischen Bedeutung des vorliegend besprochenen Falles dürfte der tiefere Grund für deren Unwilligkeit gewesen sein, eine Entscheidung zu treffen. Beinahe schon tragisch berührt dabei, dass es – dem Charakter des Rechts entsprechend – der Justiz natürlich gar nicht möglich ist, *keine* Entscheidung zu fällen. Mit dem unverkennbaren Ziel, *keine politische* Verantwortung zu übernehmen und die als Entscheidung missverständene Nicht-Entscheidung der Politik zu imitieren, hat die Justiz eine Qualifikation der fraglichen Ereignisse als Völkermord mit den unterschiedlichsten Begründungen so gut als möglich vermieden. Damit aber hat sie (weil es im Recht eben keine Nicht-Entscheidung gibt) gegen die Qualifikation als Völkermord optiert, was selbstverständlich *eine politisch bedeutsame* Entscheidung darstellt, und sich in Gegensatz gerade zu jener Politik gesetzt, die sie imitieren wollte, denn diese hat ein knappes Jahr nach dem höchst-richterlichen Urteil genau die von der Justiz verworfene Entscheidung auf Anerkennung des Völkermordes gefällt.

154 Zum Jahrestag des Frankfurter Urteils wurde das selbe nun auch erstmals vollständig veröffentlicht: BALZER/RENZ 2004; vgl. auch die umfassende Dokumentation des Prozesses in LANGBEIN 1995.

155 BUCHHEIM/BROZAT/JACOBSEN/KRAUSNICK 1999.

156 Es endete (infolge des für den Kläger sehr vorteilhaften englischen Ehrverletzungsrechtes) mit einem Urteil zu dessen Gunsten, ihm wurde aber nur ein Halfpenny an Schadenersatz zugesprochen; vgl. HILL/WILLIAMS 1965.

157 Sog. *Mermelstein-Case*: Mel Mermelstein, ein Auschwitz-Überlebender, hatte das holocaust-leugnerische Institute für Historical Review verklagt, weil dieses öffentlich 50000 Dollar für jeden Holocaust-Überlebenden ausgelobt hatte, der verlässliche Belege dafür erbringen würde, dass in Auschwitz Juden vergast worden waren, ihm diesen Betrag aber nicht auszahlen wollte; vgl. KAHN 2004, 22 ff.

158 Geschäftsnummer 04.3607.

Auch hier (wie beim Verhältnis von Recht und Geschichte) scheint ein Irrglaube wirksam, der zwar weit verbreitet ist, deshalb aber nicht wahrer wird, nämlich die Vorstellung, es gebe rechtliche Entscheidungen *ohne politische* Bedeutung. Wenn jüngst etwa vom Präsidenten einer grossen Volkspartei – in Kritik des bundesgerichtlichen Urteils zum Öffentlichkeitsbegriff bei Rassendiskriminierung¹⁵⁹ – vorgebracht wurde, man müsse "der zunehmenden Einmischung des Bundesgerichts in die Politik einen Riegel schieben", "über Gesetzesänderungen bestimm[e] in der Schweiz immer noch das Parlament respektive das Volk und nicht die Damen und Herren Bundesrichter" und dies auch aus der politischen Mitte unterstützt wurde mit der Aussage, die Bundesrichter politisierten je länger, je mehr,¹⁶⁰ so unterliegen die beiden Voten der selben Verwechslung wie die im vorliegenden Falle urteilenden Gerichte. Sie alle nämlich folgern aus der Tatsache, dass rechtliche Entscheidungen politische Bedeutung haben, dass die Entscheidungen politisch motiviert sind. Dass dies gerade im kritisierten Öffentlichkeitsentscheid des Bundesgerichts nicht zutrifft, belegt ja die Unzufriedenheit des politischen Systems (bzw. einzelner Parteien) mit "ihren" Richtern. Gefordert wird offensichtlich, dass die Richter sich bei ihren Entscheidungen an parteipolitischen Prinzipien zu orientieren hätten, also gerade das, was so lautstark kritisiert wird.

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Systeme Recht und Politik gar nicht strikt zu trennen sind. Wären sie es, so gäbe es ja gar keine Basis dafür, Richter politisch zu wählen und sie regelmässig zur Wiederwahl antreten zu lassen. Viel grundsätzlicher aber wird verkannt, dass es *keine* rechtliche Entscheidung ohne politische Bedeutung gibt. Diese politische Bedeutung wird nur nicht offenbar, wenn sie auf keinen Widerspruch in der Gesellschaft trifft. Auch die Verurteilung wegen Ladendiebstahles ist – aus der Perspektive der Politik – eine politische Entscheidung (Schutz des Eigentums; Akzeptanz von wirtschaftlicher Ungleichheit der Mitglieder der Demokratie; Privilegierung von Tätern bei Bagatelldaten etc.), nur dass die zugrundeliegenden Wertungen weitestgehend unstrittig sind. Wird mithin gegenüber einer Entscheidung oder – wie im Falle von Art. 261^{bis} StGB – gegenüber einer Norm vorgebracht, es handle sich um eine politische Entscheidung oder Norm, so kann damit nur gemeint sein, man akzeptiere dieses Urteil/diese Rechtsnorm politisch nicht. Dies nun erscheint in einer demokratischen Rechtsordnung als völlig legitim und genau für diese Fälle sieht die schweizerische Rechtsordnung auch spezifische Verfahrensweisen vor, namentlich Initiativen und Abstimmungen. Solange aber eine Norm besteht, die politisch umstritten ist, wird die Justiz gar nicht umhin können, politisch bedeutsame (d.h. politisch umstrittene) Entscheidungen zu fällen. Die beiden vorstehend zitierten Voten von Politikern nämlich unterstellen, dass ihr Öffentlichkeits-Verständnis das wahre und massgebliche ist und dass nur eine Abweichung davon eine "politische" Entscheidung darstelle. Dies aber ist bei einem politisch umstrittenen Bereich natürlich gar nicht möglich (sonst wäre er nicht umstritten). Unterschlagen wird entsprechend, dass auch eine Bundesgerichtsentscheidung, die den zitier-

ten Politikern gefallen hätte, eine ebenso "politische" gewesen wäre.

Recht kann mithin gar nicht *nicht* entscheiden (denn auch die Nicht-Entscheidung ist eine Entscheidung) und es kann gar nicht apolitisch entscheiden, denn jeder Entscheidung kommt – aus politischer Perspektive – eben politische Bedeutung zu. Entsprechend kann es in einem politisch *umstrittenen* Bereich gar keine anderen rechtlichen Entscheidungen geben als eben politisch umstrittene. Denn selbst der Weg, den vorliegend die Gerichte unglücklicherweise zu gehen suchten, den der "Nicht-Entscheidung", stellt eben eine politisch bedeutsame Entscheidung dar. Damit aber sind die Richter wieder auf das zurückgeführt, was sie nicht wahrnehmen wollten: ihre (politische) Verantwortung.

Literatur

- AKÇAM TANER, Armenien und der Völkermord. Die Istanbul Prozesse und die türkische Nationalbewegung, Hamburg 1996
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, AJP/PJA 1994, 1079–1086
- BALZER FRIEDRICH-MARTIN/RENZ WERNER (Hrsg.), Das Urteil im Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963–1965), Bonn 2004
- BAZYLER MICHAEL J., Lex Americana. Holocaust Litigation as a Restitution Model for Other Massive Human Rights Abuses, in: DOMINIK J. SCHALLER et al. (Hrsg.), Enteignet – Vertrieben – Ermordet. Beiträge zur Genozidforschung, Zürich 2004, 349–394
- BLOXHAM DONALD, The Holocaust on Trial. Crimes Against Humanity, Justice, and the Writing of the Historical Record, in: DOMINIK J. SCHALLER et al. (Hrsg.), Enteignet – Vertrieben – Ermordet. Beiträge zur Genozidforschung, Zürich 2004, 295–318
- BOYADJIAN RUPEN, Zum Rechtsfall wegen Leugnung des Völkermordes an den Armeniern; <http://www.armenian.ch/%7Egsa/Docs/Rechtsfall-20021118.pdf>
- BUCHHEIM HANS/BROSZAT MARTIN/JACOBSEN HANS-ADOLF/KRAUSNICK HELMUT, Anatomie des SS-Staates, 7. A., München 1999
- CHAIX FRANÇOIS/BERTOSSA BERNARD, La répression de la discrimination raciale: Lois d'exceptions? Semaine Judiciaire 2002, II, 177–206
- DANIELI YAEL, Conclusions and Future Directions, in: YAEL DANIELI (Hrsg.), International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma, New York/London 1998, 669–689

159 Urteil des Kassationshofes 6S.318/2003 vom 27.5.2004.

160 <http://www.nzz.ch/2004/08/22/il/page-article9SYFX.html>.

- DES PRES TERRENCE, On Governing Narratives: The Turkish-Armenian Case, *The Yale Journal* 75, 1986, 517–530
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3. A., Zürich 2004
- EVANS RICHARD J., *Der Geschichtsfälscher. Holocaust und historische Wahrheit im David-Irving-Prozess*. Frankfurt/New York 2001
- FIOLKA GERHARD, Kommentar zu Art. 258–261, in: NIGGLI M. A./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *StGB, Kommentar*, Basel u.a. 2003
- FISCHER THOMAS, *Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung: Grundlagen u. Entwicklung des Rechtsguts "öffentlicher Friede"*, insbesondere in den §§ 126, 130, 140 Nr. 2, 166 StGB, Diss. Würzburg 1986
- FREI NORBERT/VON LAAK DIRK/STOLLEIS MICHAEL, *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München 2000
- GILBERT GUSTAVE M., *Nürnberger Tagebuch. Gespräche der Angeklagten mit dem Gerichtspsychologen*, 12. A., Frankfurt 2004
- GINZBURG CARLO, *Der Richter und der Historiker. Überlegungen zum Fall Sofri*, Berlin 1991
- GUST WOLFGANG, Die Verdrängung der Völkermords an den Armeniern – ein Signal für die Shoah, in: KIESER/SCHALLER, 463–480
- GUTTENPLAN D. D., *The Holocaust on Trial*. New York 2002
- GUYAZ ALEXANDRE, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Diss., Bern 1996
- HAFTER ERNST, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Hälfte, Berlin 1943
- HILL MAVIS M./WILLIAMS L. NORMAN, *Auschwitz in England. A Record of a Libel Action*, London 1965
- HÖSS RUDOLF, *Kommandant in Auschwitz. Autobiographische Aufzeichnungen*, herausgegeben von Martin Broszat, 17. A., München 2000 [verfasst 1946/1947]
- JENNY GUIDO, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, 606–654
- KALAYJIAN ANIE S./SHAHINIAN SIROON P./GERGERIAN EDMUND L./SARAYDARIAN LISA, Coping with Ottoman Turkish Genocide: An Exploration of the Experience of Armenian Survivors, *Journal of Traumatic Stress*, 9, 1996, 87–95
- KIESER HANS-LUKAS/SCHALLER DOMINIK J. (Hrsg.), *Der Völkermord an den Armeniern und die Shoah*, Zürich 2002
- KUNZ KARL-LUDWIG, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStrR 1992, 154–169
- KUNZ KARL-LUDWIG, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung, ZStrR 1998, 223–233
- KUPELIAN DIANE/SANENTZ KALAYJIAN ANIE/KASSABIAN ALICE, The Turkish Genocide of the Armenians. Continuing Effects on Survivors and Their Families Eight Decades after Massive Trauma, in: YAEL DANIELI (Hrsg.), *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, New York/London, 1998, 191–210. Eine Übersicht kann eingesehen werden unter: <http://www.ncptsd.org/publications/rq/rqpdf/V8N1.PDF>
- LANGBEIN HERMANN, *Der Auschwitz-Prozess. Eine Dokumentation*, 2 Bde., Frankfurt 1995
- LASEK WILHELM, "Revisionistische" Autoren und ihre Publikationen, in: BRIGITTE BAILER-GALANDA/WOLFGANG BENZ/WOLFGANG NEUGEBAUER (Hrsg.), *Die Auschwitz-Leugner*, 2. A., Berlin 1997, 320–380
- LIPSTADT DEBORAH, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*. London u.a. 1994
- MENASSE EVA, *Der Holocaust vor Gericht. Der Prozess um David Irving*. Berlin 2000
- MÜLLER PETER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde? ZBJV 1994, 241–259
- MÜLLER PETER, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP/PJA 1996, 659–667
- NIETHAMMER LUTZ, *Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur*, Reinbeck 2000
- NIGGLI MARCEL A., Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, Zürich 1996
- NIGGLI MARCEL A., Zur Unschärfe des Strafrechts, seiner Funktion und der Bedeutung von Rechtsgütern, ZStrR 1999, 84–105
- NIGGLI MARCEL A./METTLER CHRISTOF/SCHLEIMINGER DORRIT, Zur Rechtsstellung des Geschädigten im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierung, AJP/PJA 1998, 1057–1075
- REHBERG JÖRG, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2. A., Zürich 1996
- RIKLIN FRANZ, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung, *Medialex* 1995, 36–45
- ROM ROBERT, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995
- RÜCKERL ADALBERT (Hrsg.), *NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse*. Belzec, Sobibor, Treblinka, Chelmo, München 1977
- SCHLEIMINGER DORRIT, Kommentar zu Art. 261^{bis}, in: NIGGLI M. A./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *StGB, Kommentar*, Basel u.a. 2003
- SCHWANDER VITAL, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, 2. A., Zürich 1964
- SCHWARZENEGGER C., Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet. Die Verfolgung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich. ZStrR 2000, 109–130
- SERENY GITTA, *Into that darkness. An examination of conscience [Gespräche mit Franz Stangl]*, New York 1983 [Erstauflage 1974]
- SEIDEL GILL, *The Holocaust Denial. Antisemitism, Racism and the New Right Wing*, Leeds 1986
- SHERMER MICHAEL/GROBMAN ALEX, *Denying History. Who says the Holocaust never happened and why do they say it?*, Berkeley u.a. 2000
- STRATENWERTH GÜNTHER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 4. A., Bern 1995
- STRATENWERTH GÜNTHER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5. A., Bern 2000 (wo nicht anders vermerkt, wird diese Ausgabe zitiert)
- STRENG FRANZ, Anmerkung zu BGH Urteil vom 6.4.2000, 1 StR 502/99, *Juristenzeitung* 2001, 201–208
- THE IRVING JUDGMENT, *Mr. David Irving v. Penguin Books and Professor Deborah Lipstadt*. London 2000
- TRECHSEL STEFAN, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2. A., Zürich 1997
- TRÖNDLE HERBERT/FISCHER THOMAS, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurz-Kommentare*, Bd. 10, München 2004

- UEBERSCHÄR GERD R. (Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943–1952*, 2. A., Frankfurt 2000
- VAN PELT ROBERT JAN, *The Case for Auschwitz. Evidence from the Irving Trial*. Bloomington/Indianapolis 2002
- VON LANG JOCHEN, *Das Eichmann-Protokoll. Tonbandaufzeichnungen der israelischen Verhöre*, 2. A., München 2001
- WEISHAUPT EVA, *Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes*, Diss. Zürich 1998
- ZARUSKY JÜRGEN, *Die Leugnung des Völkermords. "Revisio-nismus" als ideologische Strategie*, in: WOLFGANG BENZ (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Bürgerkrieg? Rechtsextremismus und Gewalt gegen Fremde in Deutschland*, 2. A., Frankfurt am Main 2002, 63–86
- ZIMMERMAN JOHN C., *Holocaust Denial. Demographics, Testimonies and Ideologies*, Lanham u.a. 2000

Le présent article s'interroge sur les rapports existant entre la justice, l'histoire et la politique. Sur la base d'une analyse de la procédure pénale concernant la négation du génocide arménien qui, après avoir été jugée par deux tribunaux d'instance, a été portée devant le tribunal fédéral (ATF 129 IV 95), les auteurs tentent d'établir les deux points suivants: D'un côté, de dessiner les lignes générales d'une dogmatique de l'art. 261^{bis} al. 4; de l'autre, d'analyser de façon critique les trois décisions rendues dans l'affaire susmentionnée, notamment d'identifier les arguments juridiques employés et les motifs politiques sur lesquels ces décisions reposent. Les auteurs concluent que le droit ne peut éviter l'histoire et qu'il lui reviendra toujours de qualifier l'histoire, même si celle-ci n'est pas toujours de la "grande" histoire à proprement parler. Le droit ne peut non plus éviter que ses décisions aient une portée politique. Celle-ci, toutefois, restera souvent ignorée par le grand public.