

Marcel Alexander Niggli

Rassendiskriminierung im militärischen Kontext

Unter Berücksichtigung der sog. sozialen Medien

La discrimination raciale revêt, pour l'armée, une signification plus importante que d'autres délits, non pas parce que cette dernière encouragerait ou soutiendrait, dans son esprit, la discrimination, mais parce qu'elle y est directement associée, ce qui peut facilement être illustré par un exemple : un salut hitlérien n'a pas le même effet si ce même geste est commis par une personne en uniforme. Le contexte militaire revêt donc une importance considérable pour la perception de la discrimination raciale. Comme ces actes sont souvent diffusés par les médias sociaux, il s'agit d'accorder à cet aspect de la question une attention particulière. (jp)

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit pénal militaire et procédure pénale militaire

Proposition de citation: Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung im militärischen Kontext, in : Jusletter 13 mai 2019

Inhaltsverzeichnis

- I. Gesetzestext
- II. Tathandlungen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Die Tathandlungen im Einzelnen
 - a. Militärischer Kontext
 - b. Aufruf zu Hass & Diskriminierung (Art. 171c Abs. 1 al. 1 MStG)
 - c. Verbreitung von Ideologien (Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG)
 - d. Propaganda (Art. 171c Abs. 1 al. 3 MStG)
 - e. Herabsetzung & Diskriminierung (Art. 171c Abs. 1 al. 4 erste Hälfte MStG)
 - f. Leugnung von Völkermord & Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 171c Abs. 1 al. 4 zweite Hälfte MStG)
 - g. Verweigern einer Leistung (Art. 171c Abs. 1 al. 5 MStG)
- III. Öffentlichkeit
 - 1. Allgemeines
 - 2. Öffentlichkeit im militärischen Kontext
- IV. Soziale Medien
 - 1. Herstellen & Versenden von Fotos oder Texten
 - a. Versand an eine einzelne Person
 - b. Versand an eine Personengruppe
 - 2. Gruppenchat
 - a. Als interne Kommunikation infolge Vertrauensbeziehung
 - b. Als externe Kommunikation durch nicht-private Beziehung
 - 3. Soziale Medien: «Posten» von Kommentaren & «Liken» von Inhalten anderer
- V. Verbreiten & Werben
 - 1. Verbreiten & Werben (Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG)
 - a. Hitlergruss als Verbreiten einer Ideologie
 - b. Verwendung eines Hakenkreuzes als Verbreiten einer Ideologie
 - 2. Verbreiten und Werben im Kontext von Sozialen Medien
 - a. Das Verschicken selbst angefertigter Bilder
 - b. Das Verschicken fremder Inhalte
 - c. Das «Liken» von Kommentaren und Bildern
 - 3. Vorsatz
 - 4. Verbreiten und Werben: Besonderheiten im Kontext der Armee
- VI. Leichter Fall (Art. 171c Abs. 2 MStG) & Disziplinarfehler (Art. 180 Abs. 1 lit. c MStG)
 - 1. Der leichte Fall (Art. 171c Abs. 2 MStG)
 - 2. Beispiele von leichten Fällen (Art. 171c Abs. 2 MStG)
 - 3. Prüfschema

I. Gesetzestext

[Rz 1] Art. 171c MStG Rassendiskriminierung

¹ Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,

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

wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in

anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

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

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.

[Rz 2] Die Bestimmung entspricht mit Ausnahme des letzten Absatzes dem bürgerlichen Strafgesetzbuch bzw. seinem Art. 261^{bis} StGB.

II. Tathandlungen

1. Allgemeines

[Rz 3] Art. 171c Abs. 1 MStG enthält wie Art. 261^{bis} StGB sechs Tatvarianten. Diese Varianten werden im StGB in 5 Absätze gegliedert, im MStG dagegen – weil auch der leichte Fall vorgesehen wird – in fünf Unter-Absätze bzw. Alinéa (im Folgenden «al.») von Abs. 1. Wie in Art. 261^{bis} StGB erfassen die ersten drei Tatvarianten (Abs. 1–3 StGB bzw. Abs. 1 al. 1–3 MStG) Handlungen, die sich *an die* Öffentlichkeit richten. Die Tatvarianten 4 und 5 (Art. 261^{bis} Abs. 4 und 5 StGB bzw. Art. 171c Abs. 1 al. 4 und 5 MStG) erfassen dagegen die eigentlichen Diskriminierungshandlungen gegenüber Einzelnen.¹ Unter diese Tatvarianten ist auch die Leugnung von Völkermord eingereiht, was – wie man glauben sollte – für das betroffene Rechtsgut bedeutsam sein müsste, doch ist dem nicht so.

[Rz 4] Als Tathandlungen nach Art. 171c StGB kommen sowohl Äusserungen als auch Gesten, aber auch das Verwenden von Symbolen in Betracht. Art. 171c Abs. 1 al. 1–3 MStG stellen nicht *rassistisches* Verhalten unter Strafe, sondern *Rassendiskriminierung*, also ganz spezifische Verhaltensweisen, die eine Diskriminierung enthalten, namentlich Aufrufen zu Hass und Diskriminierung, Verbreiten einer rassendiskriminierenden Ideologie, sowie Organisieren, Fördern oder Teilnehmen an Propagandaaktionen.² Es erscheint bedeutsam und muss offenbar stets wiederholt werden, dass Rassismus und rassistisches Verhalten *nicht* strafbar sind, auch wenn immer wieder das Gegenteil behauptet wird. Nur die Diskriminierung wird von der Strafnorm erfasst.

[Rz 5] Im Folgenden wird insbesondere die Strafbarkeit nach Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG (Verbreiten von Ideologien mittels Symbolen und Gesten) untersucht.

¹ DORITT SCHLEIMINGER METTLER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-BEARBEITER), Art. 261^{bis} N 7.

² MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl., Zürich 2007, N 446.

[Rz 6] Nicht berücksichtigt werden Handlungen nach Art. 171c Abs. 1 al. 4 und 5 MStG. Dies aus zweierlei Gründen: Zum einen richten sich Handlungen nach Abs. 1 al. 4 erste Hälfte (Herabsetzung und Diskriminierung) und Abs. 1 al. 5 (Leistungsverweigerung) nicht an die Öffentlichkeit, sondern gegen Einzelne. Für sie werden sich im Vergleich zur Begehung nach bürgerlichem Strafrecht kaum Unterschiede ergeben im militärischen Kontext. Für die Tatvariante nach Art. 171c Abs. 1 al. 4 zweite Tatvariante (Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit) gelten hingegen, mutatis mutandis, dieselben Überlegungen und Grundsätze wie für die Handlungen nach Abs. 1 al. 1 bis 3.

2. Die Tathandlungen im Einzelnen

a. Militärischer Kontext

[Rz 7] In allen Tatvarianten ist eine Begehung auch in einem militärischen Kontext denkbar. Die Anwendbarkeit von Art. 171c MStG richtet sich dabei nach Art. 3 MStG. Im Vordergrund stehen vor allem Fälle nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 MStG, d.h. Fälle, in welchen Dienstpflichtige während ihres Militärdienstes Straftaten begehen.

[Rz 8] Ein militärischer Kontext kann auch ausserhalb des Dienstes relevant sein, etwa wenn bei der Begehung der Straftat eine Uniform getragen wird. In einem solchen Fall käme aber nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3 MStG das Militärstrafgesetz nur bei Handlungen nach Art. 61–114 und 138–144 MStG zur Anwendung.

[Rz 9] Anwendbar wäre also nicht Art. 171c MStG, sondern Art. 261^{bis} StGB. Es müsste aber das Tragen der Uniform bei der Bewertung der Gesamtumstände herangezogen werden.

b. Aufruf zu Hass & Diskriminierung (Art. 171c Abs. 1 al. 1 MStG)

[Rz 10] Abs. 1 al. 1 stellt den Aufruf zu Hass und Diskriminierung unter Strafe. Aufrufen «*bezeichnet das nachhaltige und eindringliche Einwirken auf Menschen mit dem Ziel oder der Wirkung, eine feindselige Haltung – sei diese nun intellektuell oder emotional begründet – gegenüber einer bestimmten Person oder Personengruppe aufgrund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit zu vermitteln oder ein entsprechend feindseliges Klima für die Betroffenen zu schaffen oder zu verstärken.*»³

[Rz 11] Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Intensität der Äusserung. Damit ein Aufrufen oder Aufreizen im Sinne von Abs. 1 al. 1 besteht, bedarf es einer gewissen Intensität, damit bloss scherzhafte Äusserungen ausgeschlossen bleiben.⁴ Obwohl der Gesetzestext lediglich das Aufrufen nennt, ist damit nicht nur die konkrete Aufforderung gemeint, sondern auch das Aufreizen wie es wörtlich auch in dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁵ vorgesehen ist. Aufreizen ist weiter und umfassender als Aufrufen.⁶

³ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1069.

⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1101.

⁵ So in Art. 4 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104).

⁶ GÜNTHER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 39 N 33.

[Rz 12] Das Aufreizen muss sich nicht an einen konkreten Adressaten oder Adressatenkreis richten oder tatsächlich Hass oder einen Tatentschluss hervorrufen. Es kann in unterschiedlichster Form erfolgen, etwa durch Plakate, mittels Wort, Schrift, Gesten oder Darstellungen etc.⁷

c. Verbreitung von Ideologien (Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG)

[Rz 13] Verbreiten von Ideologien nach Abs. 1 al. 2 meint ein Werben, Ver- und Ausbreiten (propagare). Wann genau eine Handlung als Verbreiten und Werben einzustufen ist, wird nachstehend diskutiert.

d. Propaganda (Art. 171c Abs. 1 al. 3 MStG)

[Rz 14] Diese Tatvariante stellt das Organisieren, Teilnehmen oder Fördern von Propagandaaktionen unter Strafe. Sie verselbständigt damit bestimmte Formen der Teilnahme an den Tathandlungen nach Abs. 1 al. 1 und 2.⁸ Anders als die Handlungen selbst, an denen teilgenommen wird, müssen ihre Organisation und Förderung sowie die Teilnahme daran nicht zwingend öffentlich erfolgen. Es reicht aus, wenn die Haupthandlung nach Abs. 1 al. 1 und 2 öffentlich war.⁹

[Rz 15] Der praktisch häufigste Fall besteht in der Verbreitung von Schriften durch Verleger, Verkäufer etc.¹⁰ Es sind aber auch andere vorbereitende Handlungen, wie etwa das Schreiben von Reden oder Entwerfen von Plakaten denkbar.¹¹

e. Herabsetzung & Diskriminierung (Art. 171c Abs. 1 al. 4 erste Hälfte MStG)

[Rz 16] Anders als die Tatvarianten von Art. 171c Abs. 1 al. 1–3 MStG richtet sich die Tathandlung in Abs. 1 al. 4 erste Hälfte nicht an die Öffentlichkeit, sondern direkt gegen eine Person oder Gruppe. Es handelt sich um konkrete Angriffe auf diese Person oder Gruppe.¹²

[Rz 17] Erfasst sind das Herabsetzen und Diskriminieren. Herabsetzen meint das Absprechen von Gleichwertigkeit oder Gleichberechtigung als menschliches Wesen.¹³ Diskriminierung ist die Unterscheidung von Personen oder Gruppen aufgrund sachlich nicht gerechtfertigter Kriterien, namentlich Rasse, Ethnie und Religion, aufgrund welcher den Betroffenen die Gleichbehandlung/Gleichberechtigung abgesprochen oder verwehrt wird.¹⁴

[Rz 18] Herabsetzung oder Diskriminierung können nicht nur durch Worte, sondern auch durch Symbole oder Gesten erfolgen, wie das kürzlich ergangene Bundesgerichtsurteil belegt, wonach das Posieren mit der «Quenelle» (ein Substitut des Hitlergrusses, bei der ein Arm mit gestreckter Hand nach unten gestreckt, der andere auf diesen Arm gelegt wird) vor einer Synagoge Personen

⁷ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1071.

⁸ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 43.

⁹ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 43; ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017, 237.

¹⁰ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 46.

¹¹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV (Fn. 9), 237.

¹² BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 48.

¹³ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 51.

¹⁴ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 58.

jüdischen Glaubens diskriminiere bzw. eine diskriminierende Äusserung darstelle.¹⁵ Je nach den Umständen kann also eine Geste ausreichen, um den Tatbestand von Art. 171c Abs. 1 al. 4 erste Hälfte MStG zu erfüllen, etwa weil sie entsprechend inszeniert wird.¹⁶ In casu trug einer der drei Täter den Kampfanzug der Armee, was für sich alleine den Charakter der Tat (noch) nicht verändert. Das Faktum wurde aber als Beleg des Vorsatzes herangezogen, der vom Täter bestritten wurde.¹⁷

f. Leugnung von Völkermord Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 171c Abs. 1 al. 4 zweite Hälfte MStG)

[Rz 19] Wie erwähnt ergeben sich hier keine Besonderheiten in einem militärischen Kontext. Vielmehr gelten für diese Tatvariante die Überlegungen zu Art. 171c Abs. 1 al. 1–3 MStG mutatis mutandis, weshalb hier auf eine Diskussion verzichtet wird.

g. Verweigern einer Leistung (Art. 171c Abs. 1 al. 5 MStG)

[Rz 20] Art. 171c Abs. 1 al. 5 MStG erfasst die konkrete Verweigerung von Leistungen. Die Tatbestandsmässigkeit ist häufig schwierig nachzuweisen, insbesondere wo keine Pflicht zur Erbringung der Leistung besteht.¹⁸ Diese Fälle dürften aber im militärischen Kontext ausserordentlich selten sein, weshalb hier nicht näher darauf eingegangen wird.

III. Öffentlichkeit

1. Allgemeines

[Rz 21] Alle Tatvarianten von Art. 171c Abs. 1 al. 1–4 MStG verlangen Öffentlichkeit, entweder der Tathandlung selbst oder der durch sie geförderten Haupthandlung. Öffentlichkeit ist nicht abhängig von der konkreten Wahrnehmung durch Dritte, sondern – konform mit dem im bürgerlichen Strafgesetzbuch üblichen Verständnis von Öffentlichkeit – von der Möglichkeit der Wahrnehmung durch einen unbestimmten Personenkreis.¹⁹

[Rz 22] Der Begriff der Öffentlichkeit definiert sich über sein Gegenteil, das Private,²⁰ wobei öffentlich alles ist, was nicht privat (wörtlich: entzogen, sprich: der Öffentlichkeit entzogen) ist.²¹ Massgeblich ist damit, ob und wann ein Verhalten privat ist. Das ist der Fall, wenn die Öffentlichkeit bewusst ausgeschlossen wird (das Verhalten eben der öffentlichen Wahrnehmung

¹⁵ BGE 143 IV 308. Die unpublizierte Fassung des Entscheides vom 18. Juli 2017 (6B_734/2016) ist umfangreicher, weshalb sie hier verwendet wird.

¹⁶ Im Gegensatz hierzu fordern DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS für die Erfüllung des Tatbestandes in der Regel noch zusätzlich eine verbale Äusserung, (Strafrecht IV [Fn. 9], 238).

¹⁷ BGE 143 IV 308 bzw. Urteil des Bundesgerichts 6B_734/2016 vom 18. Juli 2017, E. 6.2, die in der publizierten Fassung (BGE 143 IV 308) nicht enthalten ist.

¹⁸ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV* (Fn. 9), 241; STRATENWERTH/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht BT II* (Fn. 6), § 39 N 41.

¹⁹ BGE 130 IV 111 E. 3.1. unter Verweis auf BGE 111 IV 151 E. 3.

²⁰ NIGGLI, *Rassendiskriminierung* (Fn. 2), N 956.

²¹ BGE 130 IV 111, E. 5.2.1.

entzogen wird), z.B. indem der Zugang oder die Wahrnehmungsmöglichkeiten begrenzt werden. Öffentlichkeit besteht dagegen, wenn ein Verhalten von jeder beliebigen, zufällig hinzutretenden Person wahrgenommen werden kann, wenn es mithin einem unbestimmten Personenkreis zugänglich ist.²²

[Rz 23] Nicht jede Begrenzung der Wahrnehmungsmöglichkeit begründet Privatheit, d.h. Ausschluss der Öffentlichkeit. Wird beispielsweise jedem, der danach fragt, Zugang oder Zutritt gewährt, so schliesst das die Öffentlichkeit noch nicht aus.²³ Die Beschränkung muss so ausgestaltet sein, dass die zur Wahrnehmung zugelassenen Personen identifizierbar sind und sie zudem auch durch eine nähere Beziehung (beliebiger Art) verbunden sind.²⁴ Ein Personenkreis etwa, auch wenn er zahlenmässig klein und beschränkt ist, der nicht durch eine Entscheidung dieser Personen entsteht, sondern durch Dritte bzw. den Zufall aufgrund eines unpersönlichen Kriteriums (meist sachlichen Charakters), ist nicht privat. Entsprechend sind etwa Schulklassen, Studiengänge in Schulen oder Universitäten oder militärische Einheiten grundsätzlich öffentlich. Die Gesamtheit der anwesenden Gäste eines Restaurants, auch wenn es klein und exklusiv ist, gehört nicht zu einem privaten Kreis, es sei denn, diese Gäste seien individuell zum Anlass eingeladen worden.

[Rz 24] Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde Öffentlichkeit u.a. über die Quantität definiert, wobei als öffentlich insbesondere galt, was sich an einen unbestimmten oder grossen Personenkreis richtete.²⁵ Das hat das Bundesgericht inzwischen richtigerweise aufgegeben²⁶ und definiert Öffentlichkeit nun negativ über die Abgrenzung zu privaten Äusserungen. *«Als privat sind Äusserungen anzusehen, die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägtem Umfeld erfolgen.»*²⁷

[Rz 25] Öffentlichkeit hängt also von den *«gesamten Umständen ab, deren Tragweite unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der in Betracht fallenden Strafbestimmungen und des dadurch geschützten Rechtsguts zu bewerten (sei). Zu den massgebenden Umständen gehören unter anderem einerseits der Ort, an dem die Äusserung getan wird, und andererseits, bei Äusserungen gegenüber einem bestimmten, begrenzten Personenkreis, die Zahl der Adressaten und die Beziehung des Urhebers der Äusserung zu ihnen, wovon es unter anderem auch abhängt, wie hoch das Risiko einer Weiterverbreitung der Äusserung durch einzelne Adressaten ist»*²⁸. Das Risiko einer Weiterverbreitung ist damit nicht per se Merkmal von Öffentlichkeit. Die Möglichkeit einer Weiterverbreitung ist aber unter Umständen dennoch relevant, namentlich wenn der Kreis der Wahrnehmenden zahlenmässig relativ beschränkt ist und zugleich durch eine nähere Beziehung zum Täter charakterisiert ist.²⁹

[Rz 26] Ein Weiterverbreitungsrisiko ist deshalb zu berücksichtigen. Es kommt immer auf die Möglichkeit der Kontrolle durch den Täter an, sodass Zugangskontrollen oder Passwörter, die jedem Nachfragenden oder jedem, der ein bestimmtes Kriterium erfüllt, eröffnet oder gewährt

²² NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 953.

²³ BGE 130 IV 111, E. 5.2.2; Ziffer 31 des Berichts zum ZP-CCC (Protocole additionel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. STE no 189 – Rapport explicatif).

²⁴ BGE 130 IV 111, E. 5.2.1.

²⁵ BGE 123 IV 202, E. 3.d).

²⁶ BGE 130 IV 111, E. 5.2.1.

²⁷ BGE 130 IV 111, E. 5.2.1.

²⁸ BGE 126 IV 176, E. 2.c)aa).

²⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 958.

werden, keine Privatheit begründen.³⁰ Eine «Zugangskontrolle», die jeden Nachfragenden einlässt, ist eben gerade keine Zugangskontrolle bzw. Beschränkung.³¹ Das heisst nicht, dass eine Eingangskontrolle prinzipiell nicht geeignet wäre, eine Veranstaltung privat zu machen.³² Massgeblich ist immer, ob der Zugang tatsächlich nur ausgewählten Personen gewährt wird. Dabei ist auch das Kriterium der Auswahl der Personen relevant. Alleine, dass überhaupt beschränkt wird, kann Öffentlichkeit nicht ausschliessen und Privatheit nicht begründen. Viele Clubs, Diskotheken oder Bars lassen nicht jede Person ein, sondern regulieren über Türsteher den Zugang. Dieser Zugang aber ist meist über Zufallskriterien geregelt, nach Gutdünken des Türstehers, oder nach objektiven, unpersönlichen Kriterien (Geschlecht, Aussehen, Status oder Bekanntheit der Person). Eine derartige Auswahl begründet natürlich keine Privatheit.

[Rz 27] Umgekehrt darf aus der Zugänglichkeit nicht zwingend auf Öffentlichkeit geschlossen werden. Die äusseren Umstände, also etwa das Abhalten von Veranstaltungen auf privatem oder öffentlichem Grund, können nicht entscheidend sein für die Einordnung.³³ Massgeblich ist allemal die persönliche Beziehung zwischen Absender und Adressaten.³⁴ Öffentlich ist dabei grundsätzlich alles, was von zufällig anwesenden oder hinzutretenden Dritten wahrgenommen werden kann.³⁵ Das Bundesgericht unterscheidet zwar zwischen schriftlichen und mündlichen Äusserungen³⁶, stellt aber bei beiden Äusserungsformen auf die Beziehung zu den Adressaten, deren Anzahl und die äusseren Umstände ab, um zu ermitteln, ob die Äusserungen öffentlicher oder privater Natur waren.

[Rz 28] Zusammenfassend: Jedes Verhalten, das nicht als privat qualifiziert werden kann, ist öffentlich (ganz entsprechend dem Wortsinn von lat. *privare*, *privus*, *privatus* i.S.v. entziehen). Nicht das Bestehen von Öffentlichkeit, sondern umgekehrt ihre Absenz muss begründet werden. Damit eine Situation als privat erscheint, muss die zufällige Wahrnehmung unbekannter Dritter ausgeschlossen werden und es müssen konkrete Hinweise auf ein Vertrauensverhältnis zwischen Täter und den Wahrnehmenden bestehen. Ob ein solches Verhältnis besteht, lässt sich am Weiterverbreitungsrisiko abschätzen: Typischerweise ist im privaten Rahmen eine Weiterverbreitung so unwahrscheinlich, dass sie als Vertrauensbruch erscheint. Indizien für Privatheit sind weiter die Anzahl der Wahrnehmenden, die persönliche Beziehung zu ihnen sowie Ort und Umstände, unter welchen gehandelt wird.

2. Öffentlichkeit im militärischen Kontext

[Rz 29] Zu fragen ist nun, ob und inwiefern ein militärischer Kontext die vorstehenden Ausführungen verändert bzw. inwiefern das Vorstehende zu ergänzen wäre.

[Rz 30] In Betracht kommen Handlungen während des Militärdienstes (Äusserungen sowie Tragen oder zur Schau Stellen von Symbolen), auf Kasernengeländen, Waffenplätzen o.ä. aber auch

³⁰ So auch das Bundesgericht in BGE 130 IV 111, E. 5.2.2.

³¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 960.

³² A.A. hierzu: STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht BT II (Fn. 6), § 39 N 31.

³³ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 23.

³⁴ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 23.

³⁵ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 25.

³⁶ BGE 130 IV 111, 115/116.

ausserhalb derselben. Wie erwähnt fallen Tathandlungen ausserhalb des Militärdienstes nicht unter Art. 171c MStG, sondern unter die analoge Norm von Art. 261^{bis} StGB, selbst wenn dabei die Uniform getragen wird.

[Rz 31] Ob ein Kasernengelände öffentliches oder nicht-öffentliches Gelände darstellt, kann die Frage danach, ob Handlungen, die dort gesetzt werden, öffentlich oder privat sind, nicht entscheiden. Auch private Örtlichkeiten sind bisweilen allgemein zugänglich oder allgemein einsichtig. Für den militärischen Kontext gelten dieselben Regeln und Überlegungen wie für den zivilen.³⁷ Grundsätzlich sind alle Verhaltensweisen öffentlich, die nicht einen privaten Charakter tragen. Deshalb lässt sich weder aus der Tatsache der Begehung auf dem Kasernengelände, noch aus derjenigen, dass der Täter Armeeangehöriger ist, unmittelbar ableiten, sein Verhalten sei privat und unterstehe deshalb nicht Art. 171c MStG.

[Rz 32] Die Qualifikation als öffentlich oder privat hängt vielmehr von den konkreten Umständen ab, insbesondere vom Verhältnis der anwesenden Personen untereinander sowie der Möglichkeit der Wahrnehmung durch Dritte. Entsprechend sind sowohl Handlungen auf dem Kasernengelände oder anderem militärischem Terrain prinzipiell öffentlich, als auch Handlungen, die in Uniform vorgenommen werden.

[Rz 33] Privatheit wird – auch im militärischen Kontext – durch besondere Umstände begründet, indem der Öffentlichkeit bzw. der öffentlichen Wahrnehmung etwas entzogen wird. Das wird am Einfachsten durch Zurückziehen bewirkt, etwa in eine abgelegene Ecke hinter dem Kasernengebäude. Wesentlich ist, dass andere als die beteiligten Personen ausgeschlossen werden und das Geschehen nicht von jedem wahrgenommen werden kann. Trotz Handelns auf dem Kasernengelände – und dessen grundsätzlicher Öffentlichkeit – ist öffentliches Handeln zu verneinen, wenn das, was gesagt oder getan wird, von zufällig vorbeigehenden Dritten nicht wahrgenommen werden kann. Besteht keine Öffentlichkeit, so ist Art. 171c MStG deshalb nicht anwendbar. Ein Hitlergruss etwa ist nicht öffentlich, wenn er unter Eingeweihten bzw. Vertrauten gezeigt oder erwidert wird. Kann das von zufällig Vorbeigehenden wahrgenommen werden, so ist es grundsätzlich öffentlich, die Strafbarkeit scheitert aber daran, dass Grüssen unter Eingeweihten kein «Verbreiten» darstellt. Das Bundesgericht geht noch weiter und will selbst im Adressieren von unbeteiligten Dritten nicht ohne Weiteres ein Verbreiten sehen,³⁸ sofern das werbende Element fehle. Ein «Verbreiten» ist dagegen relativ deutlich, wenn eine Personengruppe mit Hitlergruss einmal quer über das Kasernengelände marschiert. Das Verhalten richtet sich hier deutlich an Dritte, und dies sogar, wenn es zufälligerweise nicht wahrgenommen würde, und liesse sich gerade im militärischen Konnex kaum als blosses Bekenntnis verstehen.

[Rz 34] Ob unter den betroffenen Personen ein Vertrauensverhältnis besteht, das Öffentlichkeit ausschliesst, lässt sich nur im einzelnen Fall entscheiden. Alleine die Tatsache, dass Personen gemeinsam Dienst leisten, kann zur Begründung eines derartigen Verhältnisses kaum hinreichen. Dienst wird nicht aufgrund persönlicher Vorlieben oder sonstiger Merkmale geleistet, und die Personen, mit denen man gemeinsam den Dienst leistet, werden nicht aufgrund persönlicher Kriterien ausgewählt. Militärdienst ist deshalb, analog zu einer Schulklasse oder einem Studien- oder Lehrgang, prinzipiell öffentlich, selbst dann, wenn sich vielleicht – aufgrund der jährlichen, längeren Kontakte – persönliche Beziehungen ergeben. Beschränken sich diese Beziehungen auf

³⁷ Völlig zutreffend die Pressemitteilung des Obergerichtes vom 10. Januar 2006.

³⁸ BGE 140 IV 102 E. 2.2.5.

den militärischen Bereich, etwa den jährlichen Dienst, kann von einem eigentlich persönlichen Vertrauensverhältnis nicht ausgegangen werden. Privatheit wäre deshalb zu verneinen.

[Rz 35] Insgesamt also gilt, dass im militärischen Kontext prinzipiell die gleichen Kriterien zur Feststellung von Öffentlichkeit gelten, wie im zivilen Leben.

IV. Soziale Medien

1. Herstellen & Versenden von Fotos oder Texten

[Rz 36] Die Verwendung sozialer Medien (wie etwa Aufnahmen und Versenden von Fotos via Messenger) birgt in Bezug auf die Qualifikation einer Handlung als öffentlich oder privat besondere Herausforderungen.

a. Versand an eine einzelne Person

[Rz 37] Bei Bildern oder Texten, die über soziale Medien verschickt werden, erscheint vor allem die einfache Reproduzierbarkeit als problematisch. Anders als beim Versenden etwa von CDs oder anderen Tonträgern ist ein Bild auf dem Handy mit zwei Klicks kopiert, reproduziert und weitergeleitet. Die Weiterverbreitung lässt sich daher schon beim *Versenden an eine einzige Person, selbst wenn es sich um einen guten Bekannten* handelt, kaum kontrollieren. Würde hier einzig auf die Kontrolle bzw. Kontrollmöglichkeit abgestellt, so ergäbe sich, dass – infolge der erwähnten leichten Reproduzierbarkeit – jede elektronische Kommunikation als öffentlich erschiene. Das lässt sich kaum halten, auch wenn man sich gelegentlich genau dieses Eindrucks kaum erwehren kann. Massgeblich muss deshalb auch beim Versenden an eine einzige Person die persönliche Beziehung zwischen Sender und Empfänger sein.

[Rz 38] Dass ein Foto aufgenommen und verschickt wurde, begründet noch nicht die Öffentlichkeit dieser Handlung. Vielmehr ist das Verhältnis des Senders zum Empfänger zentral. Die Exklusivität persönlicher Beziehungen steht im Grundsatz einer Qualifikation ihrer Kommunikation als öffentlich entgegen. Als Kriterium kann auch hier dienen, ob ein Weiterversenden durch den Empfänger als so unwahrscheinlich einzuschätzen ist, dass es als Vertrauensbruch erschiene.

b. Versand an eine Personengruppe

[Rz 39] Werden Bilder oder Texte nicht nur an eine einzige Person, sondern an eine *Gruppe* verschickt, so gilt grundsätzlich dasselbe wie beim Versand an eine Person: Massgebliches Kriterium bildet die persönliche Beziehung zwischen den Beteiligten. Allerdings kommt hier dem Verlust der Kontrolle über den Wirkungskreis eine gesteigerte Bedeutung zu.

[Rz 40] Die Kommunikation in einer Gruppe von Personen ist allerdings nicht schon deshalb privat, weil sie lediglich einen begrenzten Personenkreis betrifft, ansonsten ja praktisch jede Form von Kommunikation privat wäre. Auch hier ist primär wesentlich die konkrete Beziehung der Gruppenmitglieder zueinander. Als Orientierung kann hier das Zusatzprotokoll zur Cyber Crime

Convention (ZP-CCC)³⁹ dienen. Das Protokoll verpflichtet die Mitgliedstaaten, Straftatbestände zu schaffen für das vorsätzliche öffentliche Verbreiten sowie das öffentliche Zugänglichmachen von rassistischem und fremdenfeindlichem Material mittels Computersystemen. Nach Ziff. 29 des Berichts zum ZP-CCC⁴⁰ liegt kein öffentliches Zugänglichmachen vor bei privater Kommunikation mittels Computersystemen. Der private Charakter lasse sich aus objektiven Elementen ableiten, wie etwa dem Inhalt der Nachricht, der Anzahl der Empfänger und der Natur der Beziehung zwischen Versender und Empfängern.

[Rz 41] Ziff. 31 des Berichts zum ZP-CCC nennt als *öffentlich* beispielhaft den Austausch von Nachrichten in Chat-Rooms oder Diskussionsforen. Und zwar auch dann, wenn der Zugang zur entsprechenden Gruppe zwar passwortgeschützt ist, das Passwort aber an jeden Interessierten herausgegeben wird.

[Rz 42] Das deutet auf den eher privaten Charakter von Kommunikation ausserhalb solcher Strukturen hin, also z.B. via SMS. Allerdings kann das nicht allgemein und grundsätzlich gelten, insbesondere bezüglich WhatsApp-Gruppen wäre zu differenzieren.

2. Gruppenchat

[Rz 43] *WhatsApp-Gruppenchats* kennzeichnet, dass jeweils nur die Gruppenadministratoren Kontrolle über die Zulassung von Teilnehmern haben. Nur sie sind berechtigt und fähig, Teilnehmer zu löschen oder hinzuzufügen. Der einzelne Teilnehmer kann lediglich an der Kommunikation teilnehmen, nicht aber über den Adressatenkreis bestimmen. Die Kontrolle eines blossen Teilnehmers über den Wirkungsbereich seiner Äusserungen und Bilder ist deshalb gering. Das muss nicht automatisch zur Annahme von Öffentlichkeit führen, es werden aber besonders hohe Anforderungen an die persönlichen Beziehungen der einzelnen Chat-Teilnehmer untereinander gestellt werden müssen.

a. Als interne Kommunikation infolge Vertrauensbeziehung

[Rz 44] Neben der Anzahl der Gruppenteilnehmer bildet die persönliche Beziehung der Chatteilnehmer untereinander gewichtigstes Indiz zur Feststellung der Öffentlichkeit, denn aus ihr ergibt sich unmittelbar das Weiterverbreitungsrisiko.

[Rz 45] Handelt es sich etwa um den Gruppenchat des engeren Familienkreises, so wäre das als privat zu qualifizieren. Gleiches müsste gelten beim Chat mit engen Freunden. Selbst bei einer grösseren Gruppe von Freunden wäre noch von privater Kommunikation auszugehen. Kriterium wäre jeweils – wie bereits erwähnt –, ob der Sender ein Weitersenden als Vertrauensbruch empfinden würde/müsste. Das lässt sich beim Familien- und engen Freundeskreis sicherlich annehmen, muss aber bei einem grösseren Freundeskreis nicht unbedingt zutreffen. Entsprechend besteht kaum Privatheit, wenn die Teilnehmer der Gruppe nur in einem losen Kontakt zueinander stehen. Klassisches Beispiel sind Gruppen, die sich bloss auf einen bestimmten Anlass beziehen,

³⁹ Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. STE no 189.

⁴⁰ Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. STE no 189 – Rapport explicatif.

etwa die Gäste einer Hochzeit oder die Schüler einer Klasse, Reisegruppen, aber eben auch die Mitglieder eines Zuges im Militär.

b. Als externe Kommunikation durch nicht-private Beziehung

[Rz 46] Jede Gruppe, bei der die Teilnehmer aufgrund ihrer Funktion oder der Teilnahme an einer bestimmten Veranstaltung aufgenommen, also gerade nicht individuell und persönlich ausgewählt wurden, ist als öffentlich zu qualifizieren, sofern nicht ausnahmsweise ein besonders enges, persönliches Verhältnis der einzelnen Personen zueinander besteht. Gruppen etwa, die für eine Feier oder zur Absprache eines Geschenkes begründet werden, können meist nicht als privat gelten, weil ein externer, unpersönlicher Zweck die Gruppenzusammensetzung bestimmt und nicht das Verhältnis der Mitglieder zueinander. Die Grösse der Chatgruppe ist nicht ausschlaggebend für die Qualifikation als öffentlich, sie kann aber immerhin indikativ sein.

[Rz 47] Eine Chatgruppe bestehend aus allen Zugführern einer bestimmten Einheit oder eines bestimmten Verbandes wäre folglich grundsätzlich als öffentlich zu qualifizieren. Auszugehen ist hier wie bei jeder anderen Tathandlung (sei es nun im Zusammenhang mit der Armee oder im Zivilen) grundsätzlich von Öffentlichkeit. Privatheit ist die Ausnahme und muss begründet werden. Zugführer haben nicht zwingend ein enges, privates Vertrauensverhältnis zueinander. Sie müssen sich nicht einmal näher kennen. Entsprechend kann ihre Kommunikation nur privat sein, wenn bei den konkret Beteiligten eine (über ihre berufliche und/oder militärische Funktion hinausgehende) Vertrauensbeziehung besteht. Sind sie nur aufgrund ihrer Funktion Mitglieder der Chatgruppe, trifft das nicht zu.

3. Soziale Medien: «Posten» von Kommentaren & «Liken» von Inhalten anderer

[Rz 48] Im Vergleich zu Peer-to-Peer-Verbindungen, wie etwa SMS oder auch WhatsApp, steigt die Komplexität der Fragestellung bei sozialen Medien, also Diensten wie Facebook, Twitter etc.

[Rz 49] Kommunikation über die sozialen Medien kennzeichnet sich durch eine Gleichzeitigkeit von privater und öffentlicher Kommunikation aus bzw. eben durch die Tatsache, dass privat und öffentlich nur schwer bzw. nur graduell voneinander zu unterscheiden sind. Mitteilungen von Erlebnissen gehen beispielsweise an eine grosse Gruppe von Personen, zu welchen nicht zwingend ein enges persönliches Verhältnis besteht, auch wenn sie auf Facebook «Freunde» heissen. Symptomatisch ist dabei die Leichtigkeit, mit der Informationen auch in Form von Bildern vielfältigt und «geteilt» werden, wodurch sie sich sehr schnell verbreiten lassen.

[Rz 50] Diese Verbreitungsmöglichkeit eröffnet einen Wirkungskreis, der nicht mehr wirklich zu kontrollieren ist. Wie erwähnt bildet die Möglichkeit einer Kontrolle der Auswirkungen von Äusserungen ein Indiz für die Öffentlichkeit der Handlung. Besteht keine derartige Kontrollmöglichkeit, ist sie öffentlich.

[Rz 51] In einem jüngeren Entscheid⁴¹ hatte das Bundesgericht Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, ob das Aufladen ehrverletzender, nötiger oder rassistischer Äusserungen auf Facebook oder Twitter öffentlich ist. Es hat die Möglichkeit allerdings nicht genutzt, weil es

⁴¹ BGE 141 IV 215.

offenbar davon ausging, dass sich der Begriff der *Bevölkerung* i.S.v. Art. 258 StGB von demjenigen der *Öffentlichkeit* i.S.v. 261^{bis} StGB unterscheidet.⁴² Eine Äusserung auf Facebook, die nur für die «Freunde» sichtbar ist, richtet sich nach dieser Entscheidung nicht an die Bevölkerung i.S.v. Art. 258 StGB. Weil das Bundesgericht damit den Begriff der Bevölkerung von demjenigen der Öffentlichkeit unterscheidet, lässt sich daraus umgekehrt auch nicht ableiten, Äusserungen auf Facebook seien privat bzw. nicht-öffentlich. Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist öffentlich, was nicht privat ist. Dass durch eine Äusserung nicht die *Bevölkerung* (i.S.v. Art. 258 StGB) angesprochen wird, sagt über deren Charakter als öffentlich oder privat nichts aus.

[Rz 52] Differenziert ist die Entscheidung des Kantonsgerichts St. Gallen, in der das Gericht über die Frage zu entscheiden hatte, ob das Aufladen (sog. «posten») von islamfeindlichen Kommentaren sowie das Anzeigen, dass man Gefallen findet an entsprechenden Kommentaren auf Facebook (sog. «liken») von Art. 261^{bis} StGB erfasst werde.⁴³ Das Gericht stellt zu Recht fest, dass das Aufladen («posten») entsprechender Äusserungen eine öffentliche Handlung darstellte, weil die Facebook-Einträge des Täters für alle Nutzer sichtbar waren.⁴⁴ Das «Liken» war in der Anklage bloss als Unterstützen und Bekennen, nicht aber Verbreiten angeklagt, weshalb das Gericht die Frage offen liess, ob es bereits ein Verbreiten darstelle. Massgeblich erscheint in allen Fällen die Kontrolle über den Wirkungskreis.

[Rz 53] *Zusammenfassend*: Bei sozialen Medien (wie Facebook oder Twitter) hängt die Frage der Öffentlichkeit primär davon ab, wem die Äusserungen, Kommentare und «Likes» zugänglich sind. Dabei gilt, dass ein Tweet prinzipiell öffentlich ist (ausser in den sehr seltenen Fällen, in denen der Twitterer seine Tweets gesperrt hat), weil er von jedermann eingesehen werden kann, und zwar sogar von Personen, die selbst nicht als Twitter-User registriert sind. Eine einfache Google-Suche reicht dazu aus.

[Rz 54] Bei Facebook ist zwar die Zugänglichkeit nicht ganz so schrankenlos, doch kann die Beschränkung der Sichtbarkeit von Äusserungen auf «Freunde» in der Regel nicht ausreichen, um Öffentlichkeit auszuschliessen. Entgegen der Bezeichnung handelt es sich bei Facebook-«Freunden» typischerweise gerade nicht (jedenfalls nicht zwingend) um private, persönliche Beziehungen. Äusserungen ihnen gegenüber sind deshalb in der Regel öffentlich.

V. Verbreiten & Werben

1. Verbreiten & Werben (Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG)

[Rz 55] «Verbreiten» betont den «auf die Werbung ausgerichteten Aspekt»⁴⁵ der Tathandlung. Kern ist das Element der Propaganda, wie dies in den französischen und italienischen Versionen («*celui qui... aura propagé une idéologie...*» / «*chiunque propaga... un'ideologia...*») deutlich wird. Propaganda ist darauf ausgerichtet, andere Menschen für die geäusserten Gedanken zu gewinnen

⁴² Kritisch dazu THOMAS MURMANN/SIMON ROTH, *forum* 4/2015, Nr. 25 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. April 2015 i.S. X gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_256/2014 (zur Publikation vorgesehen), 198 ff.

⁴³ Entscheidung des Kantons- und Verwaltungsgerichts St. Gallen ST.2015.104-SK3 vom 13. April 2017.

⁴⁴ Entscheidung des Kantons- und Verwaltungsgerichts St. Gallen ST.2015.104-SK3 vom 13. April 2017, E. 2. b) dd).

⁴⁵ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 111.

oder in ihrer Überzeugung zu stärken.⁴⁶ Erfasst ist das Verbreiten von Ideologien, nicht bereits das Sich-Bekennen. Entsprechend begründet ein blosses Bekenntnis noch keine Strafbarkeit nach Art. 171c MStG, auch wenn es in der Öffentlichkeit erfolgt.

[Rz 56] Weil sich Propaganda an andere Personen wenden muss, ist das Merkmal erst zu prüfen, wenn die Öffentlichkeit der Tathandlung bereits bejaht wurde, da ein werbendes Verhalten ohne Öffentlichkeit, ohne Wahrnehmung durch andere Personen nicht vorstellbar ist.

[Rz 57] Weiter muss natürlich auch das subjektive Element der gewollten Einwirkung auf andere Personen bestehen. Ausschlaggebend ist die Zielrichtung der Handlung,⁴⁷ wobei Ziel nur eine Ausdehnung der Verbreitung sein kann.⁴⁸ Für die Ermittlung der Zielrichtung ist auf die konkreten Umstände abzustellen. Unbeachtlich bleibt die tatsächliche Wahrnehmung der Handlung durch aussenstehende Dritte.⁴⁹

a. Hitlergruss als Verbreiten einer Ideologie

[Rz 58] Die Einordnung eines Hitlergrusses und ggf. seiner Abwandlungen (wie etwa der erwähnten Quellen) als Handlung, die mit einer Ideologie verbunden ist, bereitet keine Probleme. Demgegenüber ist nicht ohne weiteres klar, ob der Hitlergruss notwendig eine Verbreitung i.S. einer strafbaren Propaganda darstellt. Das ist zu verneinen. Ausschlaggebend ist, an wen sich der Gruss richtet.⁵⁰ Liegt ein Sich-Begrüssen unter Gleichgesinnten vor, so ist das kein Verbreiten, sondern lediglich ein Sich-Bekennen. Ein solches Bekenntnis ist auch dann straflos, wenn es in der Öffentlichkeit erfolgt.⁵¹ Entscheidend ist immer die Ausrichtung auf die Öffentlichkeit mit dem Ziel des Werbens. Das etwa ist gegeben, wenn in Formation mit dem Hitlergruss durch ein bestimmtes Gebiet marschiert wird, sich der Gruss also nach aussen an die unbeteiligte Öffentlichkeit richtet.⁵² Das gilt umso mehr, wenn die Täter in Uniform auftreten, die Symbolik und das Demonstrativ-Werbende also noch betonen. Gleiches dürfte gelten, wenn bereits ein Einzeln in Uniform (auch einer erfundenen Phantasieuniform) mit dem Hitlergruss durch ein Dorf marschiert.

b. Verwendung eines Hakenkreuzes als Verbreiten einer Ideologie

[Rz 59] Auch das Hakenkreuz ist zweifelsfrei Symbol einer rassendiskriminierenden Ideologie. Wie beim Hitlergruss ist auch bei der Verwendung von Symbolen eine Abgrenzung notwendig zwischen einem Verbreiten, also Werben, einerseits und einem blossen Sich-Bekennen andererseits. Das Tragen eines Kreuzes stellt in der Regel ein Bekenntnis zu einem bestimmten Glauben dar, und nicht ein Verbreiten ebendieses Glaubens.⁵³

⁴⁶ BGE 140 IV 102, E. 2.2.2.

⁴⁷ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 38.

⁴⁸ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1114.

⁴⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1123.

⁵⁰ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1196.

⁵¹ BGE 140 IV 102, E. 2.2.5.

⁵² BGE 140 IV 102, E. 2.2.3.

⁵³ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1112.

[Rz 60] Das blosses Tragen einer Armbinde mit Hakenkreuz ist entsprechend wohl als Bekenntnis zu werten.⁵⁴ Schwieriger wird es, wenn das Hakenkreuz gesprayt oder in sonstiger Weise gross dargestellt wird. Das Besprayen von Bäumen mit einem Hakenkreuz und «Sieg Heil» ist Verbreiten.⁵⁵

2. Verbreiten und Werben im Kontext von Sozialen Medien

[Rz 61] Infolge der Schwierigkeiten, bei Handlungen auf Sozialen Medien deren Öffentlichkeitscharakter zu bestimmen, ist hier auch deutlich schwieriger zu bewerten, ob es sich beim Versenden von Fotos oder Textnachrichten um ein Verbreiten einer Ideologie handelt.

a. Das Verschicken selbst angefertigter Bilder

[Rz 62] Das blosses Besitzen von Inhalten, auch wenn sie Propagandamaterial darstellen, ist straflos.⁵⁶ Nicht strafbar ist daher, wer ein Foto aufnimmt und es bei sich behält. Diese Situation ändert sich, sobald das Bild verschickt wird.

[Rz 63] Es existiert bisher nur eine Entscheidung: Vor 15 Jahren stellte die Bezirksanwaltschaft Winterthur ein Verfahren ein, das den Versand einer bildlichen Darstellung eines Hakenkreuzes mittels SMS an eine Teletext-Chatplattform betraf.⁵⁷ Die Einstellung erfolgte, weil lediglich das eine Bild verschickt wurde und keine Äusserungen hinzu kamen, weshalb das Gericht ein Verschicken zu Testzwecken annahm. Die Entscheidung ist allerdings fragwürdig, weil der Versand jedenfalls eine Verbreitung und Ausdehnung darstellt. Inwiefern weitere Äusserungen notwendig wären, scheint zumindest beim reinen Versenden eines Symbols zweifelhaft. Objektiv stellt das Versenden ein Verbreiten dar.

[Rz 64] Das Versenden von Tweets und das «Posten» von Äusserungen auf Facebook stellen prinzipiell ein Verbreiten dar. Diese Tätigkeiten richten sich an eine weitere Öffentlichkeit, ausser sie wären eben in ihrem Wirkungskreis eingeschränkt worden. Anders wäre dagegen wohl der Fall eines Profilbildes zu werten, auch wenn es entsprechende Symbole enthielte. Das Profilbild ist typischerweise eher ein Bekenntnis, wie die häufig zu beobachtende Reaktion auf Terroranschläge zeigt, bei der das eigene Profilbild in den jeweiligen Landesfarben eingefärbt wird. Das geschieht ja gerade nicht, um für etwas zu werben, sondern um sich zu den Opfern zu bekennen, sich mit ihnen zu solidarisieren.

b. Das Verschicken fremder Inhalte

[Rz 65] Auch das Kopieren und Weiterleiten von Inhalten anderer muss als Weitergabe gelten und stellt daher – sofern es öffentlich erfolgt – ein Verbreiten im Sinne von Art. 171c MStG dar. Sofern das Versenden des ursprünglichen Inhalts den Tatbestand von Art. 171c MStG erfüllt, so

⁵⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1194.

⁵⁵ Vgl. dazu die Datenbank einschlägiger Urteile der Eidgenössischen Kommission für Rassismus EKR-Urteil 2001-10.

⁵⁶ BSK StGB-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), Art. 261^{bis} N 47.

⁵⁷ Datenbank einschlägiger Urteile der Eidgenössischen Kommission für Rassismus EKR-Urteil 2002-4.

stellt sich die Frage, ob auch das Weiterleiten ein Verbreiten sei. Das ist grundsätzlich zu bejahen, sofern nicht eine private Kommunikation vorliegt.

[Rz 66] Wie bei den Ehrverletzungsdelikten (vgl. etwa Art. 145 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 146 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) bleibt gleichgültig, ob es sich beim fraglichen Inhalt um selbst hergestelltes und aufgeladenes oder um «bloss» weitergeleitetes Material handelt. Massgeblich ist einzig die Frage, ob das Weiterleiten öffentlich erfolgt. Trifft dies zu, so ist es ebenso wie das ursprüngliche Aufladen als Verbreiten zu qualifizieren. Werden also «fremde» Inhalte über Facebook oder Twitter weitergeleitet bzw. veröffentlicht, so stellt das dem Grundsatz nach ein Verbreiten und Werben dar. Der Täter macht sich durch die Weiterleitung diese Inhalte zu eigen. Das gilt zwar auch bei *privater Kommunikation*, aber wenn ein Inhalt unter Ausschluss der Öffentlichkeit weitergeleitet wird, so stellt das kein Verbreiten dar. In diesem Fall besteht kein strafbares Verbreiten, selbst wenn der Inhalt zuvor öffentlich verbreitet worden ist.

[Rz 67] *Zusammenfassend*: Die Frage, ob der Inhalt vom Täter selbst aufgeladen oder «nur» von einem anderen übernommen und weitergeleitet wurde, ist irrelevant. Wird der Inhalt veröffentlicht, ist er also gerade nicht Teil einer privaten Kommunikation, so stellt das ein Verbreiten i.S.v. Art. 171c MStG dar.

c. Das «Liken» von Kommentaren und Bildern

[Rz 68] Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob es sich bei einem «Like» um ein Verbreiten oder Werben handelt. Dabei ist zwischen Facebook und Twitter zu unterscheiden. Zeigt ein Benutzer von Twitter an, dass er einen Tweet gut findet (früher durch einen Stern, heute durch ein Herz), so ist dies wie alle seine Tweets und Re-Tweets von jedermann einsehbar, auch für Personen, die selbst nicht Nutzer des Twitter-Dienstes sind. Es wird dieses Vergeben von «Likes» aber nicht automatisch mitgeteilt. An der Verbreitung ändert sich mithin hier durch ein «Liken» nichts, oder jedenfalls nichts Wesentliches. Vielmehr müssen die Nutzer typischerweise auf die Suche nach dem Account des Täters gehen und dort nachsehen, was der genau favorisiert bzw. mit Herzen bedacht hat. Ein eigentliches Verbreiten durch das Vergeben von Herzen findet also auf Twitter nicht statt. Der Sachverhalt wäre wohl als Bekennen zu qualifizieren, auch wenn dies öffentlich erfolgt.

[Rz 69] Anders dagegen bei Facebook. Hier können – in der Grundeinstellung, die gilt, solange sie nicht geändert wurde – andere Nutzer, die mit dem Täter «befreundet» sind, nicht nur sehen, was der Täter mag bzw. gutheisst, indem er einen Beitrag «like-»t. Vielmehr erscheint in ihrer «Timeline», also dem Zeitablauf ihres eigenen Kontos, durch den «Like» ihres Freundes automatisch ein Eintrag mit dem Inhalt, dass dieser Freund diesen Inhalt gut findet. Damit wird der Inhalt jedenfalls weitergeschickt an alle «Freunde» ohne deren eigenes Zutun.

[Rz 70] Fraglich bleibt allerdings, ob sich der Nutzer mit dem Anklicken des «Likes» zwingend die Aussage zu eigen macht. Was der Benutzer genau mit dem «Like» zum Ausdruck bringen möchte, ist nicht immer eindeutig. Nicht gänzlich abwegig ist jedenfalls ein Verständnis, nach welchem es sich beim «Liken» um ein blosses Bekennen zu einer ähnlichen Ansicht handelt, was ein Verbreiten im Sinne von Art. 171c MStG ausschliesse.

[Rz 71] Tatsächlich hat etwa das Kantonsgerichts St. Gallen entschieden, das sog. «Liken» eines Beitrags mit islamfeindlichem Inhalt stelle keine eigenständige rassendiskriminierende Handlung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB dar. Es sah in dem «Like» kein Aufrufen, sondern ein

Bekanntnis,⁵⁸ weshalb die Frage der Öffentlichkeit irrelevant blieb. Tatsächlich fällt es schwer, ein blosses Bekanntnis als Aufrufen oder Verbreiten zu qualifizieren. Doch ist andererseits auch zu berücksichtigen, dass bei Facebook, sofern die Einstellungen nicht modifiziert werden, jeder «Like» automatisch zu einer Verbreitung unter den «Freunden» führt. Sofern also der Kreis dieser «Freunde» weit genug ist, bzw. dieser Freundeskreis intern nicht durch persönliche Beziehungen gekennzeichnet und damit als privat zu qualifizieren ist, eine automatische Weiterverbreitung inkriminierter Inhalte stattfindet, die der Täter einfach unterbinden könnte. Tut er es nicht, so wird er sich diese Weiterverbreitung wohl anrechnen lassen müssen.

[Rz 72] Die Beurteilung wird möglicherweise erleichtert, wenn wir die Sache aus der bloss symbolischen auf die sprachliche Ebene transportieren: Wäre die Aussage «mir gefallen Rassisten, Neonazis und Auschwitz-Leugner» als Aufrufen und Verbreiten zu bewerten? Kaum. Selbst die Aussage «ich finde es gut, wenn die Gruppe X vernichtet wird» sperrt sich gegen eine Qualifikation als Aufrufen oder Verbreiten, soweit sie sich nicht an einen weiteren Kreis von Personen richtet. Sie bleibt Bekanntnis. Wird dieses Bekanntnis aber automatisch an einen weiteren Kreis von Personen, der nicht als privat zu qualifizieren ist, geschickt, so dürfte sich umgekehrt eine Verneinung eines «Verbreitens» schwer halten. Natürlich ist die Linie zwischen einerseits Bekennen und Gutheissen und andererseits dem Wünschen, Fördern und Unterstützen eine dünne, aber das bloss Gutheissen dürfte kaum als Unterstützung im Sinne einer Gehilfenschaft zu qualifizieren sein. Umgekehrt ist eben das aktive Verbreiten eines Bekenntnisses nicht mehr nur ein blosses Sich-Bekennen. Das Hissen einer Fahne auf dem eigenen Grundstück ist etwas anderes, als das Herummarschieren auf öffentlichem Grund mit derselben Fahne. Entsprechend ist wohl auch beim Ausdrücken von Gutheissung, Zustimmung oder Gefallen («Liken») ein werbendes Verbreiten im Sinne von Propaganda dann anzunehmen, wenn das Bekenntnis nicht bloss von einer unbestimmten Anzahl von Personen wahrgenommen werden kann, sondern darüber hinaus auch aktiv (im Sinne eines Vergrössern des Wirkungskreises) betrieben wird. Dies wäre bei Twitter zu verneinen, bei Facebook aber (zumindest in der Grundeinstellung) wohl zu bejahen. Die Verbreitung des eigenen Bekenntnisses gleicht strukturell durchaus der psychischen Gehilfenschaft.

3. Vorsatz

[Rz 73] Vorsatz verlangt das Bewusstsein, dass die Öffentlichkeit die Information wahrnehmen kann und den Willen, dies auch zu tun oder jedenfalls denjenigen, das eigene Bekanntnis der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und damit zu verbreiten. Bewusstsein und Wille (zumindest im Rahmen gleichgültigen Inkaufnehmens) dürfte typischerweise bei Facebook-Nutzern vorhanden sein. Probleme ergeben sich allerdings bei scherzhaften Äusserungen oder dann, wenn die Tragweite des Auftretens und des Gesagten nicht bewusst ist.⁵⁹ Das Versenden eines Fotos z.B., das eine Person mit Hitlergruss zeigt, muss nicht zwingend ein Werben für den Nationalsozialismus bedeuten. Es kann z.B. auch die dargestellte Person lächerlich machen wollen. Worin die genaue Intention besteht, ist nur im konkreten Fall zu ermitteln. Die Zielrichtung dürfte sich auch

⁵⁸ Entscheidung des Kantons- und Verwaltungsgerichts St. Gallen ST.2015.104-SK3 vom 13. April 2017, E. 4. d) bb). Allerdings prüfte das Gericht kein Werben oder Verbreiten durch das «Liken», da dies nicht von der Anklage umfasst gewesen sei, E. 4. c) cc).

⁵⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1101.

daraus ergeben, welchem Personenkreis das fragliche Bild zugesandt wird. Im engeren Freundeskreis etwa lässt sich nicht ausschliessen, dass bloss geblödet wird. Das dürfte umgekehrt selten sein bei Personen, zwischen welchen kein Vertrauensverhältnis besteht, denn tabuverletzende Grenzüberschreitungen setzen typischerweise ein Vertrauensverhältnis voraus.

4. Verbreiten und Werben: Besonderheiten im Kontext der Armee

[Rz 74] Die blossе Tatsache, dass jemand zum Tatzeitpunkt Militärdienst leistet, führt nicht automatisch zu einer Qualifikation seines Verhaltens als öffentlich, und zwar selbst dann nicht, wenn gehandelt wird, während der Täter Uniform trägt. Massgeblich ist vielmehr die Frage, ob privates Kommunizieren vorliegt, also einerseits das Verhalten nicht von jedem zufällig hinzutretenden Dritten wahrgenommen werden kann, andererseits unter den Kommunizierenden ein Vertrauensverhältnis besteht.

[Rz 75] Das Tragen der Uniform kann bei der Einordnung der Umstände im konkreten Einzelfall aber durchaus eine Rolle spielen. Wenn etwa die «Quenelle» vor einer Synagoge in militärischer Kleidung als Teil einer Haltung präsentiert wird, die «Schuljungen-Humor» ausschliesst⁶⁰, so ist das Tragen der Uniform durchaus relevant, weil sie ein Symbol darstellt, welches das fragliche Verhalten in einen besonderen Kontext stellt. Das Marschieren in Formation mit Hitlergruss wirkt auf einen Aussenstehenden in Uniform bedrohlicher als ohne die Uniform. Ebenso verhält es sich beim Rufen von Parolen und dem Schwenken von Fahnen. Das Tragen der Uniform ist als Teil der gesamten Umstände zu würdigen.

[Rz 76] Anderes gilt allerdings auf dem Kasernengelände. Aus der Tatsache, dass hier üblicherweise alle Uniform tragen, lässt sich das Uniform-Tragen nicht ohne weiteres als besondere Inszenierung verstehen.

[Rz 77] Das Tragen der Uniform ist dagegen beim Verbreiten und Werben durchaus relevant. Die Wirkung der Uniform ist bei der tatsächlichen Darstellung ebenso wie bei der Weiterverbreitung von Bildern oder anderen Darstellungen einzubeziehen. Auf Fotos wirken Soldaten, die in Uniform einen Hitlergruss praktizieren oder mit Symbolen des Nationalsozialismus posieren, nicht nur deutlich bedrohlich und einschüchternder als Zivilisten, sondern auch klar propagandistischer. Das liegt am Kontext der nationalsozialistischen Ideologie, die in ihrem Kern militaristisch und kriegerisch war. Dieser Aspekt wird durch das Tragen der Uniform verstärkt. Dass die Uniform getragen wird, lässt wohl auch Rückschlüsse auf die Intention zu. Ausserhalb des Dienstes dürfte durch die Uniform ausgeschlossen werden, dass es sich bloss um einen unüberlegten Scherz handelt, da eine besondere Inszenierung geformt wird. Umgekehrtes dürfte im Rahmen des Militärdienstes gelten, wo das Tragen der Uniform keine Besonderheit darstellt, sondern eben die Regel. In allen Fällen aber lässt sich die Frage nur im Einzelfall entscheiden.

⁶⁰ BGE 143 IV 308 bzw. Urteil des Bundesgerichts, Strafrechtliche Abteilung 6B_734/2016 vom 18. Juli 2017.

VI. Leichter Fall (Art. 171c Abs. 2 MStG) & Disziplinarfehler (Art. 180 Abs. 1 lit. c MStG)

1. Der leichte Fall (Art. 171c Abs. 2 MStG)

[Rz 78] Die Tatbestände von Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG sind weitestgehend identisch. Anders als Art. 261^{bis} StGB kennt aber Art. 171c MStG in Abs. 2 den leichten Fall, der eine disziplinarische Strafe vorsieht.

[Rz 79] Grundsätzlich ist der «leichte Fall», den überraschend viele Bestimmungen des MStG kennen, einem Disziplinarfehler gleichgestellt (Art. 180 Abs. 2 MStG). Es sind daher zwei Konstellationen denkbar, die zu einem Disziplinarverfahren führen können:

1. Ist der Tatbestand von Art. 171c Abs. 1 MStG (objektiv und subjektiv) erfüllt, so kommt Art. 171c MStG zur Anwendung. Liegt ein leichter Fall vor, so kommt es gemäss Art. 171c Abs. 2 MStG zu einem Disziplinarverfahren.
2. Ist dagegen der Tatbestand nicht erfüllt, etwa weil es an der Öffentlichkeit der Handlung oder am Vorsatz fehlt, so ist eine Strafbarkeit nach Art. 171c MStG ausgeschlossen. Es kann aber ein Disziplinarstrafverfahren eingeleitet werden, etwa auf der Grundlage eines Disziplinarfehlers nach Art. 180 Abs. 1 lit. c MStG. Nicht selten wird in Grenzfällen, die noch nicht tatbestandsmässig nach Art. 171c Abs. 1 MStG sind, eine Verletzung des Anstands oder das Treiben von grobem Unfug vorliegen.

[Rz 80] Ein leichter Fall verdrängt grundsätzlich den reinen Disziplinarfehler.⁶¹ Das gilt auch bei Art. 171c MStG. Ist der Tatbestand von Art. 171c MStG erfüllt, so bleibt für die Anwendung von Art. 180 MStG kein Raum. Nur wenn der Tatbestand von Art. 171c MStG nicht (d.h. nicht vollständig) erfüllt ist, greift Art. 180 Abs. 1 lit. c MStG. Hinsichtlich ihrer Konsequenz unterscheiden sich der leichte Fall eines Deliktes (Art. 171c Abs. 2 MStG) und der Disziplinarfehler nach Art. 180 MStG nicht, in beiden Fällen kommt es zu einem Disziplinarstrafverfahren.

[Rz 81] Die Entscheidung, wann ein leichter Fall vorliegt, ist allerdings keine einfache. Alle Tathandlungen nach Art. 171c Abs. 1 al. 1–3 MStG (Aufrufen zu Hass und Diskriminierung, Verbreiten von Ideologien, Propagandaaktionen) richten sich an die Öffentlichkeit und stellen damit objektiv schwerwiegendes Fehlverhalten dar, sodass für die Annahme eines leichten Falles wenig Spielraum bleibt.⁶² Es wäre aber inkonsistent, die Möglichkeit eines leichten Falles einzig bei Konstellationen von Abs. 1 al. 4 und 5 anzuerkennen, die den eigentlichen Kern der Diskriminierungsstrafnorm bilden, also ausgerechnet bei unmittelbarer und direkter Diskriminierung. Sinnvollerweise wäre deshalb auf Kriterien abzustellen, die eine Qualifikation als leichten Fall nach objektiven und subjektiven Aspekten erlauben.

[Rz 82] Negativ lässt sich vorerst feststellen, dass sich beinahe natürlich ergibt, dass ein leichter Fall ausgeschlossen ist, wo direktvorsätzlich gehandelt wird. Wo unmittelbares Handlungsziel ist, die Öffentlichkeit in der inkriminierten Richtung zu beeinflussen, gegen Gruppen zu hetzen oder Propaganda zu betreiben, lässt sich kaum ein leichter Fall denken.

⁶¹ PETER HAUSER/STEFAN FLACHSMANN/PATRICK FLURI, Disziplinarstrafordnung, Das militärische Disziplinarstrafrecht, 5. Aufl., Zürich 2008, 12.

⁶² So NIGGLI, Rassendiskriminierung (Fn. 2), N 1715.

[Rz 83] Anders liegt die Sache indes dort, wo die Öffentlichkeit nicht Adressat der Tathandlung ist, die Absicht des Handelnden, also sein eigentliches Handlungsziel, sich nicht auf die Öffentlichkeit richtet. Hier erscheint ein leichter Fall durchaus vorstellbar.

[Rz 84] Die Frage erweist sich zwar als schwierig, aber bei einer Reihe von Konstellationen lässt sich ein leichter Fall denken.

2. Beispiele von leichten Fällen (Art. 171c Abs. 2 MStG)

[Rz 85] (1) Ein leichter Fall ist vorstellbar bei bloss eventualvorsätzlichem Handeln bzgl. der Öffentlichkeit, d.h. etwa dann, wenn sich der Täter nicht an die Öffentlichkeit richten will und dies auch nicht billigend in Kauf nimmt, sondern der Möglichkeit öffentlicher Wahrnehmung gegenüber bloss gleichgültig bleibt. Das ist zwar nach h.L. als Eventualvorsatz zu qualifizieren und dem direkten Vorsatz strafrechtsdogmatisch gleichgestellt, doch unterscheidet sich das schuldhafteste Verhalten in diesem Fall zweifellos nicht nur vom direkten Vorsatz ersten oder zweiten Grades, sondern auch vom billigenden Inkaufnehmen. Blosser Gleichgültigkeit öffentlicher Wahrnehmung gegenüber ist bei Abs. 1 al. 1 nicht möglich.

[Rz 86] (2) Ein leichter Fall ist weiter vorstellbar bei Förderung und Teilnahme an Propagandaaktionen gemäss Art. 171c Abs. 1 al. 3 MStG, also blosser Gehilfenschaft oder Unterstützung von Handlungen anderer. Hier werden vom Gesetz (anders etwa als bei der eigentlichen Organisation von Propagandaaktionen selbst) bloss Teilnahmehandlungen zu eigenständiger Täterschaft erhoben. Die strafrechtliche Qualifikation ändert am eigentlichen Handlungsunwert nichts, sofern die fraglichen Handlungen tatsächlich Unterstützung der Handlungen eines anderen darstellen. Weil die Bandbreite möglicher Gehilfenschafts- und Teilnahmehandlungen ausserordentlich gross ist, lassen sich für diese Tatvarianten (fördern, teilnehmen) leichte Fälle vorstellen.

[Rz 87] (3) Es lassen sich auch Konstellationen denken, in denen zwar öffentlich gehandelt wird, die öffentliche Wahrnehmbarkeit aber eine sehr beschränkte bleibt, also beispielsweise eine Chatgruppe, die zwar nicht durch ein Vertrauensverhältnis der Teilnehmer zueinander geprägt ist, die aber zahlenmässig doch sehr klein und auf wenige Teilnehmer beschränkt ist. Eine Äusserung in diesem Kreis wäre zwar als öffentlich zu werten, doch wäre die Öffentlichkeit einerseits nicht Adressatin des Verhaltens und andererseits die Wahrnehmbarkeit eine sehr beschränkte.

[Rz 88] (4) Schliesslich ist ein leichter Fall denkbar in spezifischen Situationen, so etwa bei humoristischen Darstellungen, Fasnacht und dergleichen. Auch ein fehlgegangener Witz u.ä. liesse sich denken. Gemeint sind also Situationen, in welchen insgesamt Stimmung und Umfeld lockerer und weniger ernsthaft sind. Diese Situationen sind nicht rechtsfrei und selbstredend gilt auch in diesen Momenten das Straf- bzw. Militärstrafrecht, doch kann hier je nach den Umständen der Rechtsbruch weniger schwerwiegend erscheinen, weshalb ein leichter Fall vorstellbar ist. Das lässt sich allerdings nicht verallgemeinernd für alle Witze sagen. Gerade Witze sind ein häufig verwendetes Mittel der Herabsetzung. Der Täter kann sich hier ebensowenig auf seinen «Humor» als Rechtfertigung berufen wie etwa bei Ehrverletzungen oder sexuellen Belästigungen. Massgeblich sind immer die allgemeine Situation und die Umstände.

[Rz 89] Es bleibt auch jeweils sehr gründlich zu prüfen, ob zumindest Eventualvorsatz vorliegt oder ob er fehlt, was die Tatbestandsmässigkeit von Art. 171c MStG ausschliesst, sodass einzig ein Disziplinarfehler nach Art. 180 Abs. 1 lit. c MStG vorliegen könnte.

[Rz 90] Am Beispiel: Ergibt sich etwa, dass die fragliche Handlung auf einem abgeschiedenen Teil des Kasernengeländes vorgenommen wurde, so ist primär zu entscheiden, ob Öffentlichkeit vorliegt, d.h. ob ein zufällig hinzutretender Dritter die Tat hätte wahrnehmen können oder gar wahrnehmen müssen. Nachdem das Kasernengelände grundsätzlich öffentlich ist, wird dies in der Regel zu bejahen sein. Es kann aber aufgrund des Tatverhaltens glaubhaft sein, dass der Täter eine Wahrnehmbarkeit nicht direkt wollte. Dann wäre abzuklären, ob Eventualvorsatz vorliegt, d.h. ob der Täter es billigend in Kauf nahm oder er der Möglichkeit gegenüber, dass ein Dritter hinzutritt, zumindest gleichgültig war. Das kann nicht einfach unterstellt, sondern muss aus der Gesamtheit der Umstände hergeleitet werden. Bei Gesprächen im kleinen Kreis in normaler Lautstärke etwa liesse sich, sofern nichts anderes dafür spricht, die Gleichgültigkeit des Täters öffentlicher Wahrnehmung gegenüber nicht ohne weiteres annehmen. Umgekehrt wäre bei Gesten und Verhalten, die problemlos auch aus Distanz erkennbar oder verstehbar sind, die Behauptung des Täters alleine, ihm sei nicht gleichgültig gewesen, ob Dritte sein Verhalten wahrnehmen würden, kaum ausreichend, Eventualvorsatz auszuschliessen, wiederum sofern nichts anderes dafür spricht.

[Rz 91] Wird Eventualvorsatz bejaht, ist zu prüfen, ob – sofern auch die Beweggründe, persönlichen Verhältnisse etc. dafür sprechen – ein leichter Fall vorliegt, was zu einem Disziplinarverfahren führt. Wird umgekehrt Eventualvorsatz verneint, so ist Art. 171c MStG nicht anwendbar, weil die fahrlässige Begehung nicht strafbar ist. Es bliebe ggf. aber Raum für Art. 180 MStG.

3. Prüfschema

[Rz 92] Zu prüfen wäre entsprechend:

1. Liegen **alle objektiven und alle subjektiven** Tatbestandselemente einer der Tatvarianten von Art. 171c MStG vor? *Art. 171c MStG ist vollendet. Art. 180 MStG ist ausgeschlossen.*
2. Liegen **nicht alle objektiven, aber alle subjektiven** Tatbestandselemente vor: *Art. 171c MStG ist nicht vollendet, aber es liegt ein strafbarer Versuch vor. Art. 180 MStG ist ausgeschlossen.*
3. Liegen **nicht alle subjektiven** Tatbestandselemente vor: *Art. 171c MStG ist nicht erfüllt und daher nicht anwendbar. Es kann ein Disziplinarfehler im Sinne von Art. 180 MStG vorliegen.*
4. In den Fällen von **Ziff. 1 und 2** ist zu prüfen, ob ein **leichter Fall** nach Art. 171c Abs. 2 MStG vorliegt.

MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg.