Nadine Mayer

Hassrede als Herausforderung für das schweizerische Strafrecht

Eine internationale Perspektive
auf die strafrechtlichen Bestimmungen
gemäss Art. 259, 261 und 261bis StGB

DIKE

Nadine Mayer

Hassrede als Herausforderung für das schweizerische Strafrecht

Hassrede als Herausforderung für das schweizerische Strafrecht

Eine internationale Perspektive auf die strafrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 259, 261 und 261bis StGB

Dr. iur. Nadine Mayer

DIKE

BERNER DISSERTATION

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.
Die Fakultät hat diese Arbeit am 23. Mai 2024 auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. em. Dr. Hans Vest und Prof. Dr. Christopher Geth, als Dissertation
angenommen.

Open-Access-Gold
Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dike.ch
www.dike.ch

Text © Nadine Mayer 2025

ISBN (Paperback): 978-3-03891-771-7 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN (PDF): 978-3-03929-083-3

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-083-3

Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

myclimate
neutral

Für Elija und Joel

«Ich muss immer an Savonarola denken», sagte er.
«Er fing damit an, dass er die Dinge verbessern wollte,
aber als einzige Methode fiel ihm dazu ein,
alles zu zerstören, womit er nicht einverstanden war.
Am Ende sind sie alle Eiferer wie er,
sogar die ecologisti und die femministi.
Zuerst wollen sie eine bessere Welt, aber am Ende glauben sie,
ihr Ziel nur dadurch erreichen zu können, dass sie alles aus der Welt tilgen,
was zu ihrer Vorstellung von der Welt nicht passt.
Sie werden alle auf dem Scheiterhaufen enden, wie Savonarola.»
«Und was dann?» fragte Brunetti.
«Ach, ich nehme an, wir anderen werden uns irgendwie durchwursteln.»

Damiano Padovani in Donna Leon, Venezianische Scharade

Vorwort

«It was all by grace.»

Zuerst möchte ich mich bei meinen Doktorvater Prof. em. Hans Vest bedanken, der mich ermutigt hat, mich noch einmal an ein neues Dissertationsthema zu wagen, und der durch seine wertvollen Hinweise, Anregungen und Korrekturvorschläge einen grossen Teil zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Auch Prof. Christopher Geth, der sich als Zweitgutachter zur Verfügung gestellt hat, danke ich sehr für seine verständnisvolle Art und das rasch erstellte Zweitgutachten sowie für seine wertvollen Hinweise zur Struktur der Arbeit.

Weiterer Dank gilt meiner Familie, insbesondere Monika und Thomas Neuhaus, Verena und Philipp Mayer, Nora Mayer und Aline Neuhaus, die einen Grossteil der Kinderbetreuung übernommen haben, sowie Michèle und Mischa Jaisli, Dr. Lisa und Andy Schneider und Alessandra und Timo Mayer.

Für wertvolle Beiträge und Anmerkungen bedanke ich mich bei Joel Gerber, Dr. Oliver Dürr, Rahel und Prof. Dr. Simon Dürr, Dr. Jann Schaub, Dr. Nora Scheidegger und Dr. Giulia Reimann. Besonderen Dank verdienen Dr. Heiko Krenz, Dr. Elke Pfitzer, Dr. Stefan Wenger sowie David Kunz, die meine Arbeit durchgelesen und durch ihre wertvolle Kritik sowie Ermutigung einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet haben, dass ich die Arbeit überhaupt abgeschlossen habe.

Weiter bedanke ich mich bei all meinen Freunden und Freundinnen, die mich durch diese Zeit getragen haben, und insbesondere auch jenen, die mir ihre Wohnzimmer und Küchentische zur Verfügung gestellt haben,[1] damit ich dort meine Arbeit schreiben konnte. Besonderer Dank gilt hierbei Katrin Schneider, die mir ihre Wohnung während mehrerer Monate zur Verfügung gestellt hat.

Ebenfalls bedanke ich mich bei der früheren und aktuellen Programmleitung des Doktoratsprogramms Nora Erlich, Dr. Martin Reimann und Dr. Filip Vojta, die mich bei allen administrativen Herausforderungen sehr unterstützt haben.

Ein herzliches Dankeschön geht auch an Dr. Nevin Martina Bucher und Alexandra Kojic des DIKE Verlags für die hervorragende Betreuung des Publikationsprozesses. Dem Schweizerischen Nationalfonds danke ich für die Übernahme der Publikationskosten.

[1] Merci Alessandra und Timo Mayer, Andreas und Sara Steingruber, Dr. Oliver und Dr. Sarah Dürr, Rolf und Katharina Jaisli und Michel und Corinne Kurz.

Der grösste und herzlichste Dank gilt meinem Mann Michel Mayer, der mir die Erarbeitung dieser Arbeit überhaupt ermöglicht hat. Nicht nur hat er mich stets in diesem Unterfangen bestärkt und ermutigt, sondern auch während mehrerer Monate allein die Betreuung unserer beiden Kinder übernommen, um mir den nötigen Freiraum zu verschaffen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Dissertation angenommen. Publizierte Literatur, Rechtsprechung und gesetzgeberische Aktivitäten wurden nach Möglichkeit bis Oktober 2024 berücksichtigt.

Biel, Oktober 2024 Nadine Mayer

Inhaltsübersicht

Vorwort VII

Inhaltsverzeichnis XV

Abkürzungsverzeichnis XXIII

Literaturverzeichnis XXXI

Materialienverzeichnis XLIII

Einleitung **1**

Teil 1: Bestandsaufnahme «Hate Speech» – die Schweiz im internationalen Kontext **7**

Kapitel 1: Definitionsversuche 11

I. UNO 14

II. Europarat 15

III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 17

IV. Die Rechtsprechung des EGMR 18

V. Schweiz 31

VI. Zwischenergebnis 34

Kapitel 2: Historische Hintergründe 38

I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 38

II. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) 52

III. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung 62

IV. Europäische Menschenrechtskonvention 69

V. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte 72

VI. Schweizerisches Strafgesetzbuch 76

VII. Zwischenergebnis 89

Kapitel 3: Zusammenfassung 90

Teil 2: Problemfelder der Art. 259, 261, 261bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches **91**

Kapitel 1: Strukturmerkmale und -defizite der einschlägigen Strafgesetzgebung 95

I. Geschütztes Rechtsgut 95

II. Geschädigte Person/Opfereigenschaft 102

III. Deliktstypus 105

IV. Geschützte Gruppen 109

V. Öffentlichkeit 114
VI. Aufruf zu Hass und Diskriminierung 119
VII. Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien 121
VIII. Herabsetzen und Diskriminieren 123
IX. Genozidleugnung 126
X. Strafschärfungsnormen und Hassdelikte 129
XI. Spezielle Online-Normen 131
Kapitel 2: Hassrede und Grundrechtskonflikte 134
I. Hassrederegulierungen und Meinungsäusserungsfreiheit 134
II. Hassrederegulierungen und Religionsfreiheit 150
Kapitel 3: Zusammenfassung 158

Teil 3: Ausgewählte ausländische Hassredegesetzgebungen 161
Kapitel 1: USA 165
I. Nicht geschützte Äusserungen 167
II. Verfassungsmässig erlaubte Einschränkungen 175
III. Allgemeine Kritik am bestehenden System 178
IV. Diskussion und Fazit 179
Kapitel 2: Vereinigtes Königreich Grossbritannien (VK): England und Wales 182
I. Hate Speech Laws 182
II. Sentencing Act (SA) 2020 und Crime and Disorder Act (CDA) 1998 ... 195
III. Non-Crime Hate Incidents 197
IV. Offizielle Kritik am bestehenden System und Verbesserungsvorschläge 202
V. Diskussion und Fazit 210
Kapitel 3: Deutschland 213
I. § 130 D-StGB Volksverhetzung 213
II. § 185 D-StGB Spezialfall der Kollektivbeleidigung 228
III. § 192a D-StGB Verhetzende Beleidigung 230
IV. Weitere Bestimmungen 232
V. Allgemeine Kritik am bestehenden System 244
VI. Diskussion und Fazit 250
Kapitel 4: Die Europäische Union 253
I. Der EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit 253
II. Der neue EU-Straftatbestand «Hass und Hetze» 254

III. Der Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet ... 256
IV. Digital Services Act (DSA) ... 258
V. Unterschiede und Auswirkungen auf die Schweiz ... 260
VI. Kritik und Fazit ... 262
Kapitel 5: Zusammenfassung ... 264

Teil 4: Systematischer Vergleich der ausgewählten Strafgesetzgebungen ... 265
Kapitel 1: Geschütztes Rechtsgut ... 269
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 269
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 277
III. Diskussion und Fazit ... 282
Kapitel 2: Geschädigte Person/Opfereigenschaft ... 307
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 307
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 310
III. Diskussion und Fazit ... 311
Kapitel 3: Deliktstypus ... 313
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 313
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 319
III. Diskussion und Fazit ... 321
Kapitel 4: Geschützte Gruppen ... 323
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 323
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 326
III. Diskussion und Fazit ... 329
Kapitel 5: Öffentlichkeit ... 332
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 332
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 333
III. Diskussion und Fazit ... 336
Kapitel 6: Aufruf zu Hass und Diskriminierung ... 338
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 338
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 339
III. Diskussion und Fazit ... 342
Kapitel 7: Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien ... 345
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 345
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 345
III. Diskussion und Fazit ... 350

Kapitel 8: Herabsetzen und Diskriminieren ... 353
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 353
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 354
III. Diskussion und Fazit ... 356
Kapitel 9: Genozidleugnung ... 358
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 358
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 359
III. Diskussion und Fazit ... 361
Kapitel 10: Strafschärfungsnormen und Hassdelikte ... 367
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 367
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 368
III. Diskussion und Fazit ... 368
Kapitel 11: Spezielle Online-Normen ... 371
Kapitel 12: Meinungsäusserungsfreiheit ... 375
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 375
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 378
III. Die Rechtsprechung des EGMR ... 379
IV. Diskussion und Fazit ... 383
Kapitel 13: Hassredegesetze und Religionsfreiheit ... 387
I. Beispielfall 1: Michael Overd (VK) ... 387
II. Beispielfall 2: Olaf Latzel (Deutschland) ... 389
III. Beispielfall 3: Päivi Räsänen (Finnland) ... 396
IV. Diskussion und Fazit ... 399
Kapitel 14: Religionskritische Äusserungen ... 404
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 404
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 405
III. Die Rechtsprechung des EGMR ... 407
IV. Diskussion und Fazit ... 410
Kapitel 15: Zusammenfassung ... 413

Teil 5: Lösungsansätze ... 417

Kapitel 1: Besteht ein Zusammenhang zwischen Hassrede und dem befürchteten Schaden? ... 421
I. These 1: Hassrede führt zu Gewalttaten ... 422
II. These 2: Hassrede schädigt die Betroffenen ... 427
III. These 3: Hassrede schadet der Demokratie ... 433
IV. Schlussfolgerung ... 437

Kapitel 2: Strafrechtliche Lösungsansätze 439
I. Lösungsansatz nach HEINZE 439
II. Die Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit als Schutzmechanismus gegen Hassrede: ein gemischter Lösungsansatz 440
Kapitel 3: Schlussfolgerungen und Ausblick 449
I. Fazit 449
II. Ausblick 452

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Inhaltsübersicht IX

Abkürzungsverzeichnis XXIII

Literaturverzeichnis XXXI

Materialienverzeichnis XLIII

Ausländische Materialien XLIV

Deutschland XLIV

England und Wales XLV

Europäische Union XLVI

USA XLVI

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte XLVII

Europarat, EGMR und EMRK XLVII

Rassendiskriminierungskonvention XLVIII

UNO-Pakt II XLIX

Einleitung **1**

Teil 1: Bestandsaufnahme «Hate Speech» – die Schweiz im internationalen Kontext **7**

Kapitel 1: Definitionsversuche 11

I. UNO 14

II. Europarat 15

III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 17

IV. Die Rechtsprechung des EGMR 18

A. Beispielfall 1: Delfi AS. gegen Estland 19

B. Beispielfall 2: Dieudonné M'Bala M'Bala gegen Frankreich 20

C. Beispielfall 3: Glimmerveen und Hagenbeek gegen die Niederlande 21

D. Beispielfall 4: Sürek gegen die Türkei 22

E. Beispielfall 5: Vejdeland und andere gegen Schweden 23

F. Beispielfall 6: Jersild gegen Dänemark 25

G. Beispielfall 7: Perinçek gegen die Schweiz 27

H. Beispielfall 8: Lilliendahl gegen Island 29

V. Schweiz 31

VI. Zwischenergebnis 34

Kapitel 2: Historische Hintergründe ... 38
I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ... 38
A. Artikel 19 AEMR – Meinungs- und Informationsfreiheit ... 39
B. Artikel 7 AEMR – Gleichheit vor dem Gesetz ... 43
C. Artikel 29 Absatz 3 und Artikel 30 AEMR – Grundpflichten, Einschränkungen und Auslegungsvorschriften ... 47
D. Diskussion und Fazit ... 49
II. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) ... 52
A. Artikel 19 UNO-Pakt II – Meinungs(äusserungs)freiheit ... 52
B. Artikel 20 UNO-Pakt II – Aufstachelungsverbot ... 54
C. Artikel 5 UNO-Pakt II – Einschränkungen und Auslegungsvorschrift ... 59
D. Der Menschenrechtsausschuss ... 59
E. Diskussion und Fazit ... 60
III. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung ... 62
A. Artikel 4 RDK – Propagandaverbot ... 63
B. Diskussion und Fazit ... 67
IV. Europäische Menschenrechtskonvention ... 69
A. Artikel 10 EMRK – Meinungsäusserungsfreiheit ... 69
B. Artikel 17 EMRK – Einschränkungen ... 70
C. Fazit und eigene Überlegungen ... 72
V. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ... 72
A. Aufforderung zur Einschränkung von Hassrede ... 73
B. Diskussion und Fazit ... 75
VI. Schweizerisches Strafgesetzbuch ... 76
A. Artikel 259 StGB – Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit ... 76
B. Artikel 261 StGB – Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit ... 80
C. Artikel 261bis StGB – Diskriminierung und Aufruf zu Hass ... 82
D. Diskussion und Fazit ... 86
VII. Zwischenergebnis ... 89
Kapitel 3: Zusammenfassung ... 90

Teil 2: Problemfelder der Art. 259, 261, 261bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches ... **91**

Kapitel 1: Strukturmerkmale und -defizite der einschlägigen Strafgesetzgebung ... 95
I. Geschütztes Rechtsgut ... 95
II. Geschädigte Person/Opfereigenschaft ... 102
III. Deliktstypus ... 105
IV. Geschützte Gruppen ... 109
V. Öffentlichkeit ... 114
VI. Aufruf zu Hass und Diskriminierung ... 119
VII. Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien ... 121
VIII. Herabsetzen und Diskriminieren ... 123
IX. Genozidleugnung ... 126
X. Strafschärfungsnormen und Hassdelikte ... 129
XI. Spezielle Online-Normen ... 131

Kapitel 2: Hassrede und Grundrechtskonflikte ... 134
I. Hassrederegulierungen und Meinungsäusserungsfreiheit ... 134
A. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261bis StGB ... 136
1. Beispielfall: «On en redemande!» ... 137
2. Beispielfall: «Zigeuner-Plakat» ... 138
3. Beispielfall: «Nopedo» ... 140
4. Kritik ... 141
B. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 259 StGB ... 143
1. Beispielfall: «Abbruchstop am Tessinerplatz!!!» ... 144
2. Beispielfall: Lied «Scheiss uf euch» von Rapper Ensy ... 145
3. Kritik ... 147
C. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261 StGB ... 147
1. Beispielfall: «Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit» von Kurt Fahrner ... 148
2. Beispielfall: «Sikamessias» ... 148
3. Beispielfall: Karikatur von François Mitterrand ... 149
4. Kritik ... 149
II. Hassrederegulierungen und Religionsfreiheit ... 150
A. Beispielfall 1: Prediger in der An'Nur-Moschee ... 151
B. Beispielfall 2: Bischof Vitus Huonder ... 153
C. Beispielfall 3: Lehrer an der Zürcher Bahnhofstrasse ... 154
D. Kritik ... 155

Kapitel 3: Zusammenfassung ... 158

Teil 3: Ausgewählte ausländische Hassredegesetzgebungen ... 161

Kapitel 1: USA ... 165

I. Nicht geschützte Äusserungen ... 167
A. Echte Drohungen (true threats) ... 167
B. Strafbares Aufreizen (incitement) ... 169
C. Schimpf- und Schmähbegriffe (fighting words) ... 170
D. Belästigung (harassment) ... 171
E. Erleichtern von strafbarem Verhalten ... 172
F. Hasskriminalität (Hate or Bias Crimes) ... 173

II. Verfassungsmässig erlaubte Einschränkungen ... 175
A. Im privaten Sektor ... 175
B. Neutrale Regulierungen ... 177
C. Spezielle Einrichtungen ... 177
D. Staatliche Sprache ... 178

III. Allgemeine Kritik am bestehenden System ... 178

IV. Diskussion und Fazit ... 179

Kapitel 2: Vereinigtes Königreich Grossbritannien (VK): England und Wales ... 182

I. Hate Speech Laws ... 182
A. Public Order Act 1986 ... 182
1. Aufstachelungsdelikte (Acts intended or likely to stir up racial hatred) ... 183
2. Belästigung, Beunruhigung oder Bedrohung ... 186
B. Weitere Bestimmungen ... 188
1. Football (Offences) Act 1991 (FOA 1991) ... 188
2. Communications Act 2003 ... 190
3. Malicious Communications Act 1988 ... 192
4. Online Safety Act 2023 ... 193

II. Sentencing Act (SA) 2020 und Crime and Disorder Act (CDA) 1998 ... 195

III. Non-Crime Hate Incidents ... 197

IV. Offizielle Kritik am bestehenden System und Verbesserungsvorschläge ... 202
A. POA 1986 ... 203
B. Communications Acts (MCA 1988 und CA 2003) ... 207
C. Sentencing Act 2020 und Crime and Disorder Act 1998 ... 209

V. Diskussion und Fazit ... 210

Kapitel 3: Deutschland ... 213

I. § 130 D-StGB Volksverhetzung ... 213
A. Volksverhetzende Handlungen nach Abs. 1 ... 215
1. Aufstachelung zu Hass ... 216
2. Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen ... 217

3. Angriff auf die Menschenwürde durch Beschimpfen, Verächtlichmachung oder Verleumdung ... 218
4. Störung des öffentlichen Friedens ... 219
5. Beispielfall: Farid Bang und Kollegah ... 220
B. Medienverbreitung nach Abs. 2 ... 221
C. Holocaustleugnung nach Abs. 3 und 4 ... 223
D. Leugnung etc. von Völkerrechtsverbrechen nach Abs. 5 ... 226
E. Sozialadäquanzklausel nach Abs. 8 ... 228
II. § 185 D-StGB Spezialfall der Kollektivbeleidigung ... 228
III. § 192a D-StGB Verhetzende Beleidigung ... 230
IV. Weitere Bestimmungen ... 232
A. Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) ... 232
1. Rechtswidriger Inhalt ... 233
2. Zeitnahe Entfernung ... 233
3. Meldepflicht ... 234
4. Sanktionen ... 235
B. § 140 D-StGB – Belohnung und Billigung von Straftaten ... 237
C. § 86a D-StGB – Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen ... 239
D. § 46 Abs. 2 D-StGB – Beweggründe und Ziele einer Tat ... 242
V. Allgemeine Kritik am bestehenden System ... 244
VI. Diskussion und Fazit ... 250
Kapitel 4: Die Europäische Union ... 253
I. Der EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit ... 253
II. Der neue EU-Straftatbestand «Hass und Hetze» ... 254
III. Der Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet ... 256
IV. Digital Services Act (DSA) ... 258
V. Unterschiede und Auswirkungen auf die Schweiz ... 260
A. Der Rahmenbeschluss und EU-Tatbestand ... 261
B. Der DSA ... 261
VI. Kritik und Fazit ... 262
Kapitel 5: Zusammenfassung ... 264

Teil 4: Systematischer Vergleich der ausgewählten Strafgesetzgebungen 265

Kapitel 1: Geschütztes Rechtsgut 269
I. Anglo-amerikanische Diskussion 269
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 277
III. Diskussion und Fazit 282
A. Kann der öffentliche Friede als Rechtsgut fungieren? 282
B. Kann die Menschenwürde als Rechtsgut fungieren? 286
C. Können Äusserungsdelikte die Menschenwürde verletzen? 288
D. Welche anderen Rechtsgüter könnten durch Äusserungsdelikte betroffen sein? 290
E. Ist die Rechtsgutslehre bzw. der Rechtsgutsbegriff obsolet? 293
F. Schlussfolgerung 296
1. Art. 259 StGB 299
2. Art. 261 StGB 300
3. Art. 261bis StGB 301

Kapitel 2: Geschädigte Person/Opfereigenschaft 307
I. Anglo-amerikanische Diskussion 307
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 310
III. Diskussion und Fazit 311

Kapitel 3: Deliktstypus 313
I. Anglo-amerikanische Diskussion 313
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 319
III. Diskussion und Fazit 321

Kapitel 4: Geschützte Gruppen 323
I. Anglo-amerikanische Diskussion 323
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 326
III. Diskussion und Fazit 329

Kapitel 5: Öffentlichkeit 332
I. Anglo-amerikanische Diskussion 332
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 333
III. Diskussion und Fazit 336

Kapitel 6: Aufruf zu Hass und Diskriminierung 338
I. Anglo-amerikanische Diskussion 338
II. Kontinentaleuropäische Diskussion 339
III. Diskussion und Fazit 342

Kapitel 7: Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien ... 345
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 345
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 345
III. Diskussion und Fazit ... 350
Kapitel 8: Herabsetzen und Diskriminieren ... 353
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 353
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 354
III. Diskussion und Fazit ... 356
Kapitel 9: Genozidleugnung ... 358
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 358
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 359
III. Diskussion und Fazit ... 361
Kapitel 10: Strafschärfungsnormen und Hassdelikte ... 367
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 367
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 368
III. Diskussion und Fazit ... 368
Kapitel 11: Spezielle Online-Normen ... 371
Kapitel 12: Meinungsäusserungsfreiheit ... 375
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 375
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 378
III. Die Rechtsprechung des EGMR ... 379
IV. Diskussion und Fazit ... 383
Kapitel 13: Hassredegesetze und Religionsfreiheit ... 387
I. Beispielfall 1: Michael Overd (VK) ... 387
II. Beispielfall 2: Olaf Latzel (Deutschland) ... 389
III. Beispielfall 3: Päivi Räsänen (Finnland) ... 396
IV. Diskussion und Fazit ... 399
Kapitel 14: Religionskritische Äusserungen ... 404
I. Anglo-amerikanische Diskussion ... 404
II. Kontinentaleuropäische Diskussion ... 405
III. Die Rechtsprechung des EGMR ... 407
IV. Diskussion und Fazit ... 410
Kapitel 15: Zusammenfassung ... 413

Teil 5: Lösungsansätze ... **417**

Kapitel 1: Besteht ein Zusammenhang zwischen Hassrede und dem befürchteten Schaden? ... 421

I. These 1: Hassrede führt zu Gewalttaten ... 422

II. These 2: Hassrede schädigt die Betroffenen ... 427

III. These 3: Hassrede schadet der Demokratie ... 433

IV. Schlussfolgerung ... 437

Kapitel 2: Strafrechtliche Lösungsansätze ... 439

I. Lösungsansatz nach Heinze ... 439

II. Die Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit als Schutzmechanismus gegen Hassrede: ein gemischter Lösungsansatz ... 440

A. Art. 259 StGB ... 445

B. Art. 261 StGB ... 446

C. Art. 261bis StGB ... 446

Kapitel 3: Schlussfolgerungen und Ausblick ... 449

I. Fazit ... 449

II. Ausblick ... 452

A. Zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Mittel ... 453

B. Alternative Mittel ... 458

1. Counterspeech (Gegenrede) ... 459

2. Bildung ... 461

3. Befähigung von Betroffenen ... 463

4. Das Palaver ... 465

C. Zusammenfassung und weitere ausblickende Überlegungen ... 468

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
aArt.	alter Artikel
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
ACLU	American Civil Liberties Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [Amtsblatt Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 0001 – 0390]
AG [Ort]	Amtsgericht [Ort]
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze; bis 1948: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948
AKdH	Aktion Kinder des Holocaust
a.M.	am Main
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBl	Bundesblatt
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
Bd.	Band
BFS	Bundesamt für Statistik
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen (Deutschland), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BJ	Bundesamt für Justiz

BKA	Bundeskriminalamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
Bsp.	Beispiel(e/n)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid (Deutschland)
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
CA	Communications Act
CDA	Communications Decency Act
CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, abgeschlossen in New York am 21. Dezember 1965
CH	Schweizerische Eidgenossenschaft
CPS	Crown Prosecution Service
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DE	Deutschland
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DMA	Digital Markets Act
DOI	Digital Object Identifier
Dr.	Doktor (akademischer Grad)
DSA	Digital Services Act
D-StGB	Deutsches Strafgesetzbuch
DVD	Digital Video Disc/Digital Versatile Disc
E.	Erwägung
E-Art.	Entwurf Artikel
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EEOC	The U.S. Equal Employment Opportunity Commission
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, SR 0.101
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EqA	Equality Act
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EWHC	High Court of England and Wales
f./ff.	folgende(r/s)
FAQ	Frequently Asked Questions
FDJ	Freie Deutsche Jugend
FIDH	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
FIRE	Foundation for Individual Rights and Expression
Fn.	Fussnote
FOA	Football Offences Act
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights (Agentur der Europäischen Union für Grundrechte)
FRB	Fachstelle für Rassismusbekämpfung
FS	Festschrift
GC	Grand Chamber
GG	Grundgesetz
GOV.UK	Government of the United Kingdom
GRA	Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus
GS	Gedenkschrift
h.L.	herrschende(n) Lehre
h.M.	herrschende(n) Meinung
Hrsg.	Herausgeberschaft
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966
i.d.R.	in der Regel
i.e.S	im engeren Sinne
IGO	International Governmental Organization
Incel	Involuntary Celibate Men (unfreiwillig zölibatär)

inkl.	inklusive
ISIS	Islamischer Staat im Irak und in Syrien
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JSVP	Junge Schweizerische Volkspartei
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
Kurz-Ko	Kurzkommentar
KZ	Konzentrationslager
LG [Ort]	Landgericht [Ort]
LGBT(QIA+)	Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual/Transgender, Queer, Intersexual, Asexual
lit.	litera (Buchstabe)
LK StGB	Leipziger Kommentar zum Strafrecht
LLP	Limited Liability Partnership
LSPD	Longstanding, Stable, Prosperous Democracies
LTO	Legal Tribune Online
MCA	Malicious Communications Act
MDR	Mitteldeutscher Rundfunk
MoJ	Ministry of Justice
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MQT	Mayor's Question Time
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, SR 321
MüKo StGB	Münchner Kommentar zum StGB
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NDR	Norddeutscher Rundfunk
NetzDG	Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 1. Oktober 2017
NGO	Non-Governmental Organization (Nichtregierungsorganisation)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik (Zeitschrift)
no.	Number
nos.	Numbers
Nr.	Nummer(n)

NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandgericht (Deutschland)
o.O.	ohne Ortsangabe
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PAI	Partnership on Artificial Intelligence
PK	Praxiskommentar
PKK	Arbeiterpartei Kurdistans (kurdisch: Partiya Karkerên Kurdistanê)
PKW	Personenkraftwagen
POA	Public Order Act
Pra	Die Praxis (Zeitschrift)
PRIF	Peace Research Institute Frankfurt
Prof.	Professor/Professorin
PTT	Professional Technology Temple
RDK	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, abgeschlossen in New York am 21. Dezember 1965, SR 0.104
Ref.	Referenz
RND	Redaktionsnetzwerk Deutschland
RTLM	Radio-Télévision Libre des Mille Collines
Rz	Randziffer
S.	Seite(n)
SC	Sentencing Act
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic	so (lautet die Quelle)
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SLK	Saaremaa Laevakompanii[2]
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
SS	Schutzstaffel

[2] Saaremaa Shipping Company ist eine estnische Fährgesellschaft, vgl. Delfi AS v. Estonia.

St.	Sankt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 321.0
SVP	Schweizerische Volkspartei
SWR	Südwestrundfunk
TC	Republik Türkei (Türkiye Cumhuriyeti)
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnlich(e)
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNO	United Nations Organization
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
URL	Uniform Resource Locator
US	United States
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
USSR	Union of Soviet Socialist Republics
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
v./vs.	versus
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
Vol.	Volume
WD	Wissenschaftliche Dienste (Deutschland)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR. 210

ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Deutschland)
§/§§	Paragraf(en)
%	Prozent

Literaturverzeichnis

Alvaré Helen M., Hate Crimes: A Delicate Balancing of Speech and Harm Prevention, in: Blicharz Grzegorz (Hrsg.), Freedom of Speech, A Comparative Law Perspective, Warschau 2019, S. 459–476.

Anstötz Stephan, § 86a StGB, in: Erb Volker/Schäfer Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 3: §§ 80–184k, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKo StGB-Anstötz, § 86a, N).

Apostel Christoph, Hate Speech – zur Relevanz und den Folgen eines Massenphänomens, in: KriPoZ 5/2019, S. 287–292.

Ash Timothy Garton, Free Speech: Ten Principles for a Connected World, New Haven/London 2016.

Aydin Öykü Didem, Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, Ein Vergleich des kriminologischen, strafrechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Umgangs beider Systeme mit der Fremdenfeindlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift der Volksverhetzung – § 130 des deutschen StGB – und der U.S.-Amerikanischen Gesamtproblematik von Hate Speech/Crimes, Diss. Freiburg, Freiburg im Breisgau 2006.

Bartlett Jamie/Krasodomski-Jones Alex, Counter-speech, Examining Content that Challenges Extremism Online, London 2015.

Belser Eva Maria/Egbuna-Joss Andrea, Der strafrechtliche Schutz vor Antisemitismus in der Schweiz, Auszug aus einer SKMR-Studie zur rechtlichen Situation der jüdischen Gemeinschaft in der Schweiz und zur Umsetzung der Erklärung des OSZE-Ministerrates gegen Antisemitismus, in: SKMR-Newsletter Nr. 33 vom 19. November 2015.

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 7, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Belser/Molinari, Art. 7, N).

Benesch Susan/Ruths Derek/Dillon Kelly P./Saleem Haji Mohammad/Wright Lucas, Counterspeech on Twitter: A Field Study, A Report for Public Safety Canada under the Kanishka Project, o.O. 2016 (zit. Benesch et al., S.).

Bernhard Claudia, Das Rechtsgüter-Trilemma, Diss. Basel, Basel 2011.

Bieri Urs/Weber Edward/Braun Binder Nadja/Salerno Sébastien/Keller Tobias/Kälin Manuela, Digitalisierung der Schweizer Demokratie, Technologische Revolution trifft auf traditionelles Meinungsbildungssystem, Zürich 2021 (zit. Bieri et al., S.).

Bleich Erik, The Freedom to Be Racist?, How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism, New York 2011.

Böckenförde Ernst-Wolfgang, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1976, S. 41–64.

Bossuyt Marc J., Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht/Boston/Lancaster 1987.

Brown Alexander, Hate Speech Law, A Philosophical Examination, New York/Abingdon 2015.

Brown Alexander/Sinclair Adriana, The Politics of Hate Speech Laws, London/New York, 2020.

Brugger Winfried, Verbot oder Schutz von Hassrede?, Rechtsvergleichende Beobachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 3/2003, S. 372–411.

Buffa Francesco, Freedom of Expression in the Internet Society, Vicalvi 2016.

Bussmann Heike, § 46 Grundsätze der Strafzumessung, in: Matt Holger/Renzikowski Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zit. Matt/Renzikowski StGB-Bussmann, § 46, N).

Callamard Agnès, Comments and Recommendations on ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech, o.O. 2015.

Chalkiadaki Vasiliki, Gefährderkonzepte in der Kriminalpolitik, Rechtsvergleichende Analyse der deutschen, französischen und englischen Ansätze, Diss. Freiburg, Wiesbaden 2017.

Christou Vasiliki E., Die Hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion, Ein Beitrag im Lichte des deutschen, des U.S.-amerikanischen und des griechischen Rechts, Diss. Heidelberg, Baden-Baden 2007.

Coester Marc, Hate Crimes, Das Konzept der Hate Crimes aus den USA unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsextremismus in Deutschland, Diss. Tübingen, Frankfurt a.M. 2008.

Coleman Paul, Censored, How European «Hate Speech» Laws are Threatening Freedom of Speech, 2. Aufl., Wien 2016.

Comtesse Frédéric Henri, Der strafrechtliche Staatsschutz gegen hochverräterische Umtriebe im schweizerischen Bundesrecht, Habil. Zürich, Zürich 1942.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3. Aufl., Bern 2010.

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2019.

Delgado Richard, Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling, in: Matsuda Mari J./Lawrence Charles R. III/Delgado Richard/Crenshaw Kimberlè Williams (Hrsg.), Words That Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment, Boulder 1993 [2018], S. 89–110.

Delnon Vera/Rüdy Bernhard, Art. 180 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Delnon/rüdy, Art. 180, N).

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

Doyle Andrew, Free Speech, And Why It Matters, London 2021.

Dubber Markus D., Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005.

Dumitrescu Adrian, Diskriminierung gemäss Art. 261bis StGB, Die vorgesehene Reform und weiterer Reformbedarf, in: AJP 8/2019, S. 832–841.

Eifert Martin/Wienfort Nora, Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen, in: JuristenZeitung 7/2023, S. 270–277.

Eisele Jörg/Schittenhelm Ulrike, Vor §§ 185, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N).

Eisele Jörg/Schittenhelm Ulrike, § 186, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, § 186, N).

Ellbogen Klaus, § 86a StGB, in: von Heintschel-Heinegg Bernd/Kudlich Hans (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, 62. Aufl., München 2024 (zit. BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N).

Exquis Dominique/Niggli Marcel Alexander, Recht, Geschichte und Politik, Eine Tragikomödie in vier Akten über das Rechtsgut bei Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 261bis Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB). Zugleich Anmerkungen zu BGE 129 IV 95, in: AJP 4/2005, S. 424–447.

Farrior Stephanie, Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech, in: Berkeley Journal of International Law, Vol. 14, No. 1, 1996, S. 1–98.

Feinberg Joel, Offense to Others, The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. II, New York/Oxford 1985.

Fiolka Gerhard, Vor Art. 258, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N).

Fiolka Gerhard, Art. 260 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N).

Fiolka Gerhard, Art. 261 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N).

Fiolka Gerhard, Art. 261 StGB und die freie Meinungsäusserung – Mehr Meinungsäusserungsfreiheit durch Aufhebung eines «Blasphemieartikels»?, in: ContraLegem 2/2019, S. 99–106 (zit. Fiolka, ContraLegem, S.).

Fiolka Gerhard, Wann sind rassistische Äusserungen öffentlich?, Bundesgerichtsentscheid vom 27. Mai 2004 (6S.318/2003; BGE-Publikation vorgesehen), in: Medialex 4/2004, S. 218–222 (zit. Fiolka, Medialex 2004, S.).

Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Das Private und das Politische, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, in: AJP 5/2001, S. 533–547 (zit. Fiolka/Niggli, AJP 2001, S.).

Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafrechtlicher Schutz von Religionsgemeinschaften im reellen und virtuellen Raum, in: Pahud de Mortanges René/Tanner Erwin (Hrsg.), Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 705–733 (zit. Fiolka/Niggli, 2005, S.).

Fischer Thomas, Öffentlicher Friede und Gedankenäusserung, Grundlagen und Entwicklung des Rechtsguts «öffentlicher Friede», insbesondere in den §§ 126, 130, 140 Nr. 2 und 166 StGB, Diss. Würzburg, o.O. 1986.

Fischer Thomas, Störung des Öffentlichen Friedens (§ 130 Abs. 4 StGB): Strafwürdigkeit als Tatbestandsmerkmal, in: Paeffgen Hans-Ulrich/Böse Martin/Kindhäuser Urs/Stübinger Stephan/Verrel Torsten/Zaczyk Rainer, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1119–1141 (zit. Fischer, FS Puppe, S.).

Frischknecht Jürg, «Schweiz wir kommen», Die neuen Fröntler und Rassisten, Zürich 1991.

Gagliardone Iginio/Gal Danit/Alves Thiago/Martínez Gabriela, Countering Online Hate Speech, Paris 2015 (zit. Gagliardone et al., S.).

Gerson Oliver Harry, Fauler (Wort-)Zauber im Strafzumessungsrecht, Plädoyer gegen die ausdrückliche Einfügung «antisemitischer Beweggründe» als Strafzumessungstatsache in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB, in: KriPoZ 1/2020, S. 22–37.

Geschke Daniel/Klassen Anja/Quent Matthias/Richter Christopher, #Hass im Netz, Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie, Eine bundesweite repräsentative Untersuchung, Juni 2019 (zit. Geschke et al., S.).

Greco Luís, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in: Heinrich Manfred/Jäger Christian/Achenbach Hans/Amelung Knut/Bottke Wilfried/Haffke Bernhard/Schünemann Bernd/Wolter Jürgen, Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, S. 199–214.

Guillén-Nieto Victoria, Hate Speech, Linguistic Perspectives, Berlin/Boston 2023.

Hagenstein Nadine, Art. 135 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N).

Hangartner Dominik/Gennaro Gloria/Alasiri Sary/Bahrich Nicholas/Bornhoft Alexandra/Boucher Joseph/Demirci Buket Buse/Derksen Laurenz/Hall Aldo/Jochum Matthias/Munoz Maria Murias/Richter Marc/Vogel Franziska/Wittwer Salomé/Wüthrich Felix/Gilardi Fabrizio/Donnay Karsten, Empathy-based Counterspeech Can Reduce Racist Hate Speech in a Social Media Field Experiment, in: Proceedings of the National Academy of Sciences, Vol. 118, No. 50, 2021 (zit. Hangartner et al., S.).

Hänni Fredi, Die schweizerische Anti-Rassismus-Strafnorm und die Massenmedien, Grundrechtskonforme Anwendung eines unscharfen Straftatbestands unter Beizug des Kriteriums der «professionellen Adäquanz», Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1997.

Häusermann Daniel M., Grenzen des materiellrechtlichen Gefühlsschutzes (Art. 261 StGB) –prozedurales Recht als Alternative, in: AJP 1/2007, S. 31–39.

Heine Günter/Bosch Nikolaus, Vor §§ 306 ff., in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder-Heine/Bosch, Vor §§ 306 ff., N).

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016.

Hertig Maya, Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Hertig, Art. 16, N).

Heuchemer Michael, § 140 StGB in: von Heintschel-Heinegg Bernd/Kudlich Hans (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, 62. Aufl., München 2024 (zit. BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N).

Hilgendorf Eric, Die Neuen Medien und das Strafrecht, in: ZStW 4/2001, S. 650–680 (zit. Hilgendorf, ZStW, S.).

Hilgendorf Eric, Punitivität und Rechtsgutslehre, Skeptische Anmerkungen zu einigen Leitbegriffen der heutigen Strafrechtstheorie, in: Neue Kriminalpolitik 4/2010, S. 125–131 (zit. Hilgendorf, NK, S.).

Hilgendorf Eric, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, Versuch einer Orientierung, in: JuristenZeitung 18/2021, S. 853–863 (zit. Hilgendorf, JZ, S.).

Hohmann Olaf, § 140 StGB, in: Erb Volker/Schäfer Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 3: §§ 80–184k, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKo StGB-Hohmann, § 140, N).

Hörnle Tatjana, Grob anstössiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Habil. München, Frankfurt a.M. 2005.

Hoven Elisa/Witting Alexandra, Die Verhetzende Beleidigung in § 192 a StGB – Zum strafrechtlichen Umgang mit gruppenbezogenen Beleidigungen, in: NStZ 10/2022, S. 589–595.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Art. 197 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N).

Jakobs Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 4/1985, S. 751–785.

Jay Timothy, Do Offensive Words Harm People?, in: Psychology, Public Policy, and Law, Vol. 15, No. 2, 2009, S. 81–101.

Jenny Guido, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: ZBJV 10/1998, S. 606–654.

Jositsch Daniel, Strafrecht gegen Rassendiskriminierung, Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kolumbien mit Blick auf die Revision des schweizerischen Strafrechts, Diss. St. Gallen, Bamberg 1993.

Jositsch Daniel/von Rotz Madeleine, Die Entstehung und Entwicklung des Straftatbestands gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) aus einem rechtspolitischen Blickwinkel, in: Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (Hrsg.), Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261bis StGB, Zürich/St. Gallen 2016, S. 37–70.

Kern Eduard, Die Äusserungsdelikte, Tübingen 1919.

Kett-Straub Gabriele, Das Verwenden nationalsozialistischer Kennzeichen, § 86a StGB im Spannungsfeld zwischen symbolischem Strafrecht, Gefühls- und echtem Rechtsgüterschutz, in: NStZ 11/2011, S. 601–605.

Kirschke Linda, Broadcasting Genocide: Censorship, Propaganda & State-sponsored Violence in Rwanda 1990–1994, London 1996.

Kiska Roger, The Principles of Newspeak: Regulation of «Hate» in the United Kingdom, in: Blicharz Grzegorz (Hrsg.), Freedom of Speech, A Comparative Law Perspective, Warschau 2019, S. 349–404.

Krauss Detlev, Der strafrechtliche Konflikt zwischen Glaubens- und Kunstfreiheit, in: Hauser Robert/Rehberg Jörg/Stratenwerth Günter (Hrsg.)., Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 209 – 230 (zit. Krauss, GS Noll, S.).

Krauss Matthias, § 130, in: Cirener Gabriele/Radtke Henning/Rissing-van Saan Ruth/Rönnau Thomas/Schluckebier Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar: Grosskommentar, Achter Band §§ 123 bis 145d, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021 (zit. LK StGB-Krauss, § 130, N).

Kunz Karl-Ludwig, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, in: ZStrR 2/1992, S. 154–169 (zit. Kunz, ZStrR 1992, S.).

Kunz Karl-Ludwig, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG), in: ZStrR 116/1998, S. 223–233 (zit. Kunz, ZStrR 1998, S.).

Kunz Karl-Ludwig/Mona Martino, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 2015.

Lawrence Charles R. III/Matsuda Mari J./Delgado Richard/Crenshaw Kimberlè Williams, Introduction, in: Matsuda Mari J./Lawrence Charles R. III/Delgado Richard/Crenshaw Kimberlè Williams (Hrsg.), Words That Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment, Boulder 1993 [2018], S. 1–15 (zit. Lawrence et al., S.).

Leets Laura, Experiencing Hate Speech: Perceptions and Responses to Anti-Semitism and Antigay Speech, in: Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, 2002, S. 341–361.

Lehmkuhl Marianne Johanna/Wenk Jan, Gemeinwohltopoi im Strafrecht, in: Hiebaum Christian (Hrsg.), Handbuch Gemeinwohl, Wiesbaden 2021, S. 1–13.

Leimgruber Vera, Die Rassismusstrafnorm in der Gerichtspraxis, Analyse der Rechtsprechung zu Art. 261bis StGB von 1995 bis 2019, Bern 2021.

Lerner Nātān, The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, 2. Aufl., Alphen a. d. Rijn 1980.

Maas Rüdiger, Generation lebensunfähig, Wie unsere Kinder um ihre Zukunft gebracht werden, 2. Aufl., München 2021.

Macpherson of Cluny William, The Stephen Lawrence Inquiry, Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny, Vol. I, London 1999 (zit. Macpherson, Report, N).

Maier Stefan, § 46 Grundsätze der Strafzumessung, in: Erb Volker/Schäfer Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 38–79b, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKo StGB-Maier, § 46, N).

Matteotti Sandra, Genozidleugnung als ethisch-moralisches Problem, Welche moralischen und rechtlichen Konsequenzen fordert Völkermordleugnung in einer liberalen Gesellschaft?, Diss. Zürich, München 2011.

Matsuda Mari J., Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story, in: Matsuda Mari J./Lawrence Charles R. III/Delgado Richard/Crenshaw Kimberlè Williams (Hrsg.), Words That Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment, Boulder 1993 [2018], S. 17–51.

Mazzucchelli Goran/Postizzi Mario, Art. 116, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 116, N).

Mazzucchelli Goran/Postizzi Mario, Art. 115, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115, N).

Mchangama Jacob, The Sordid Origin of Hate-Speech Laws, in: Policy Review, No. 170, 2011, S. 45–58.

Mchangama Jacob, Free Speech: A Global History from Socrates to Social Media, London 2022 (zit. Mchangama, Free Speech, S.).

McWhorter John H., Die Erwählten: Wie der neue Antirassismus die Gesellschaft spaltet, Hamburg 2022.

Meibauer Jörg, Hassrede – von der Sprache zur Politik, in: Meibauer Jörg (Hrsg.), Hassrede/Hate Speech, Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion, o.O. 2013, S. 1–16.

Meibauer Jörg, Linguistik und Hassrede, in: Weitzel Gerrit/Mündges Stephan (Hrsg.), Hate Speech, Definitionen, Ausprägungen, Lösungen, Wiesbaden 2022, S. 19–41 (zit. Meibauer, Linguistik, S.).

Meili Andreas, Art. 28 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB-Meili, Art. 28, N).

Meili Andreas, Art. 28a ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB-Meili, Art. 28a, N).

Meixner Frank/Figge Pia, Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Gesetzgeberische Motive, Aufbau und erste Erfahrungen, Notes du Cerfa, Nr. 149, Paris 2019.

Meron Theodor, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in: The American Journal of International Law, Vol. 79, No. 2, 1985, S. 283–318.

Mihajlova Elena/Bacovska Jasna/Shekerdjiev Tome, Freedom of Expression and Hate Speech, Skopje 2013.

Mill John Stuart, Über die Freiheit, Auf der Grundlage der Übersetzung von Else Wentscher, neu herausgegeben von Horst D. Brandt, 2. Aufl., Hamburg 2011.

Mitsch Wolfgang, Der unmögliche Zustand des § 130 StGB, in: KriPoZ 4/2018, S. 198–203.

Mona Martino, Die Einwilligung im Strafrecht, Bern 2017.

Morsink Johannes, The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent, Philadelphia/Pennsylvania 1999.

Müller Peter, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, in: AJP 6/1996, S. 659–667.

Mündges Stephan/Weitzel Gerrit, Wo sich der Hass Bahn bricht, und wie wir damit umgehen können. Eine Einführung, in: Weitzel Gerrit/Mündges Stephan (Hrsg.), Hate Speech, Definitionen, Ausprägungen, Lösungen, Wiesbaden 2022, S. 1–18.

Muschalik Julia, «Performance» ohne Performative, in: Bülow Lars/Bung Jochen/Harnisch Rüdiger/Wernsmannet Rainer (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin/Boston 2016, S. 101–128.

Naguib Tarek, Begrifflichkeiten zum Thema Rassismus im nationalen und internationalen Verständnis, Eine Auslegeordnung unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, Expertise im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Winterthur/Bern 2014.

Naguib Tarek, Vom Sinn der Strafnorm gegen Rassismus, Notizen eines Referats, Basel 2014 (zit. Naguib, Notizen, S.).

Naguib Tarek/Zannol Fabienne, Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, Art. 171c MStG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis, in: recht 5/2006, S. 161–179.

Neitsch Jana/Niebuhr Oliver, Die Erforschung geschriebener und gesprochener Hassrede im Deutschen: bisherige Erkenntnisse zu Prosodie und Kontext, in: Jaki Sylvia/Steiger Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech, Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation,) S. 35–64.

Niggli Marcel Alexander, Ultima Ratio?, in: ZStrR 3/1993, S. 236–263 (zit. Niggli, ZStrR 1993, S.).

Niggli Marcel Alexander, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. Niggli, Rassendiskriminierung, N).

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in: AJP 4/2011, S. 443–455.

Nussbaum Maximilian, Jenseits der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung? – Überlegungen zur Verhetzenden Beleidigung gem. § 192a StGB, in: KriPoZ 6/2021, S. 335–342.

Pahud de Mortanges René, Art. 15 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Pahud de Mortanges, Art. 15, N).

Parekh Bhikhu, Is There a Case for Banning Hate Speech?, in: Michael Herz/Peter Molnar (Hrsg.), The content and context of hate speech, Rethinking regulation and responses, New York 2012, S. 37–56.

Patz Janine/Quent Matthias/Salheiser Axel, #Kein Netz Für Hass, Staatliche Massnahmen gegen Hate Speech im Internet. Die Bundesländer im Vergleich, Berlin 2021 (zit. Patz et al., S.).

Post Robert C., Racist Speech, Democracy, and the First Amendment, in: Gates Henry Louis Jr./Griffing Anthony P./Lively Donald E./Post Robert C./Rubenstein William B./Strossen Nadine (Hrsg.), Speaking of race, speaking of sex, Hate speech, civil rights, and civil liberties, New York 1994, S. 115–180.

Rackow Peter, § 130 StGB, in: von Heintschel-Heinegg Bernd/Kudlich Hans (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, 62. Aufl., München 2024 (zit. BeckOK StGB-Rackow, § 130, N).

Rauch Jonathan, Die Verteidigung der Wahrheit, Fake News, Verschwörungstheorien und Cancel Culture, Stuttgart 2022.

Regge Philipp/Pegel Christian, § 186 StGB, in: Erb Volker/Schäfer Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 4: §§ 185–262, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKo StGB-Regge/Pegel, § 186, N).

Rehberg Jörg, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Aufl., Zürich 1996.

Riedo Christof/Beglinger Robin, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, in: Medialex 03/2022 vom 7. April 2022.

Riklin Franz, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB), in: Medialex 1/1995, S. 36–44 (zit. Riklin, Medialex, S.).

Riklin Franz, Vor Art. 173 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173, N).

Rom Robert, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, Entlebuch 1995.

Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006.

Rühl Ulli F. H., Die Semantik der Ehre im Rechtsdiskurs, in: KJ 2/2002, S. 197–212.

Rutz Magdalena, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Art. 275–275ter StGB, Diss. Basel, o.O. 1968.

Schabas William (Hrsg.), The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires, Three-volume-set, Cambridge 2013 (zit. Schabas, Vol., S.).

Schäfer Gerhard/Sander Günther M./van Gemmeren Gerhard, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. München 2017.

Schäfer Jürgen/Anstötz Stephan, § 130, in: Erb Volker/Schäfer Jürgen, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3: §§ 80–184k, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N).

Scheffler Andrea, The Inherent Danger of Hate Speech Legislation, A Case Study from Rwanda and Kenya on the Failure of a Preventative Measure, Windhoek (Namibia) 2015.

Schemmer Franz, Art. 5 GG, in: Epping Volker/Hillgruber Christian (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, 59. Aufl., München 2024 (zit. BeckOK GG-Schemmer, Art. 5, N).

Schiemann Anja, *Michael Kilchling:* Opferschutz innerhalb und ausserhalb des Strafrechts. Perspektiven zur Übertragung opferschützender Normen aus dem Strafverfahrensrecht und anderen Verfahrensordnungen, in: KriPoz 1/2020, S. 55–57.

Schleiminger Mettler Dorrit, Art. 261bis, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N).

Schleiminger Mettler Dorrit, Rassistische Beschimpfung versus Rassendiskriminierung am Beispiel von «Drecksasylant», Urteilsbesprechung zu BGE 140 IV 67 vom 6. Februar 2014, in: forumpoenale 5/2014, S. 307–312 (zit. Schleiminger Mettler, forumpoenale, S.).

Schmidt Philipp Maximilian, Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Deutschland, Malaysia und den USA, Diss. Hamburg, Wiesbaden 2016.

Schubarth Martin, Art. 261, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N).

Schwarzenegger Christian, Art. 112 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Schwarzenegger, Art. 112, N).

Schwelb Egon, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 15, no. 4, 1966, S. 996–1068.

Seelmann Kurt, Orientierungsgewissheit und Sozialmoral, in: Enders Christoph/Kahlo Michael (Hrsg.), Diversität und Toleranz, Toleranz als Ordnungsprinzip?, Paderborn 2010, S. 189–198.

Seibert Thomas-Michael, Äusserungsdelikte, Spiegelungen eines politisierten Strafrechts, Frankfurt a.M. 2023.

Sellars Andrew F., Defining Hate Speech, in: Berkman Klein Center Research Publication No. 2016(20); Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper No. 16(48), Cambridge (Massachusetts) 2016.

Stahel Lea, Status quo und Massnahmen zu rassistischer Hassrede im Internet: Übersicht und Empfehlungen, Zürich 2020.

Stahel Lea/Weingartner Sebastian/Lobinger Katharina/Baier Dirk, Digitale Hassrede in der Schweiz: Ausmass und sozialstrukturelle Einflussfaktoren – Abschlussbericht, o.O. 2022 (zit. Stahel et al., S.).

Stankewitz Lisa, Strafbarkeit religionsfeindlicher Äußerungen in Deutschland und Frankreich, ein Vergleich der strafrechtlichen Beschränkungen der Meinungs- und Kunstfreiheit unter besonderer Berücksichtigung religionsbeschimpfender Satire, Diss. Düsseldorf, Berlin 2017.

Sternberg Robert J./Sternberg Karin, The Nature of Hate, Cambridge/New York 2008.

Sternberg-Lieben Detlev, § 86a StGB, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N).

Sternberg-Lieben Detlev/Schittenhelm Ulrike, StGB § 130 Volksverhetzung, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N).

Stratenwerth Günter, Zum Begriff des «Rechtsgutes», in: Eser Albin/Schittenhelm Ulrike/Schumann Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 377–391 (zit. Stratenwerth, FS Lenckner, S.).

Stratenwerth Günter, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. Stratenwerth, AT I, §, N).

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013 (zit. Stratenwerth/Bommer, §, N).

Strossen Nadine, Incitement to Hatred: Should There Be a Limit, in: Southern Illinois Law Journal, Vol. 25, 2000–2001 , S. 243–280 (zit. Strossen, Incitement, S.).

Strossen Nadine, Hate: Why we should resist it with free speech, not censorship, New York 2018.

Struth Anna Katharina, Hassrede und Freiheit der Meinungsäusserung: Der Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Diss. Wien, Berlin, 2019.

Thommen Marc, Toleranz Anti Social Behaviour, in: von Hirsch Andrew/Seelmann Kurt/Wohlers Wolfgang, Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 109–120.

Thürer Daniel, Leugnung von Völkermord als Strafnorm – eine strafrechtlich-völkerrechtliche Perspektive, in: GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (Hrsg.), Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261bis StGB, Zürich/St. Gallen 2016, S. 125–142.

Timmermann Wibke Kristin, Incitement in International Criminal Law, in: International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 864, 2006, S. 823–852.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 2005 (zit. Trechsel, Kurz-Ko, Art., N).

Trechsel Stefan/Vest Hans, Art. 261bis, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.): Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (zit. PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 261bis, N).

Trips-Hebert Roman, Das strafbare Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen § 86a StGB im Spiegel der Rechtsprechung, in: Wissenschaftliche Dienste; Deutscher Bundestag 2021, WD 7 – 3010 – 105/21.

Ulbricht Mike, Volksverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit, Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB, Diss. Düsseldorf, Heidelberg 2017.

Valerius Brian, § 192a Verhetzende Beleidigung, in: von Heintschel-Heinegg Bernd/Kudlich Hans (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, 62. Aufl., München 2024 (zit. BeckOK StGB-Valerius, § 192a N).

van Mill David, Freedom of Speech, in: Zalta Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, o.O. 2002 [2021] (zit. van Mill, Kap. X).

Vassilaki Irini, § 140 Nr. 2 StGB gegen Hasskriminalität im Internet – Ein (untauglicher) Versuch?, Zur Problematik der Strafbarkeit noch nicht erfolgten Straftaten, in: Computer und Recht online 9/2021, S. 636–640.

Vest Hans, Vor Art. 258 StGB, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N).

Vest Hans, Art. 259 StGB, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK StGB-Vest, Art. 259, N).

Vest Hans, Art. 261bis StGB, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N).

Vest Hans, Art. 264 StGB, in: Vest Hans/Ziegler Andreas R./Lindenmann Jürg/Wehrenberg Stefan (Hrsg.), Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar zu Art. 101, 259, 260bis und 264–264n, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Vest, Bestimmungen, Art. 264, N).

Vest Hans/Simon Manon, Art. 10 EMRK: Leugnung des Völkermords an den Armeniern i.S.v. Art. 261bis Abs. 4 StGB und Meinungsäusserungsfreiheit, in: AJP 4/2016, S. 535–550.

Volkmann Viktor, Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit, Meinungsäusserungsdelikte zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Instrument der wehrhaften Demokratie, Diss. Berlin, Berlin 2019.

Waldmann Bernhard, Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Waldmann, Art. 8, N).

Waldron Jeremy, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, in: Harvard Law Review, Vol. 123, No. 7, 2010, S. 1596–1657 (zit. Waldron, Dignity, S.).

Waldron Jeremy, The Harm in Hate Speech, Cambridge/Massachusetts/London 2012.

Weber Anne, Manual on hate speech, Strassburg 2009.

Wicki Eliane, Eine Freiheit – zwei Rechtskreise: Die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit mit Fokus auf «Hate Speech» in den USA aus Schweizer Sicht, in: Hasani Ylber/Hug Stefanie/Zalka Jascha (Hrsg.), Recht und Umwelt, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Luzern 2021, S. 125–149.

Winter Charlie/Fürst Johanna, Challenging Hate: Counter-speech Practices in Europe, London 2017.

Wiprächtiger Hans/Keller Stefan, Art. 47 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, Art. 47, N).

Wohlers Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrecht – zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte, Habil. Basel, Berlin 2000.

Zeller Franz, Entscheidübersicht Verfassungsrecht und EMRK: Medienrelevante Rechtspre-chung 2020, in: Medialex 10/2021 vom 7. Dezember 2021, <https://doi.org/10.52480/ml.21.28>.

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Frieden, 1934 II S. 365 ff. (zit. AB 1934 II, S.).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, StGB. Gewaltverbrechen, 1980 IV S. 1602 ff. (zit. AB 1980 IV, S.).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Rassendiskriminierung. Übereinkommen und Strafrechtsrevision, 1992 VI S. 2650 ff. (zit. AB 1992 VI, S.).

Bundesamt für Kommunikation, Intermediäre und Kommunikationsplattformen, Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation und Ansätze einer Governance, Bericht vom 17. November 2021 (zit. Bericht BAKOM, S.).

Bundesamt für Justiz, Arbeitspapier des BJ für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm: Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung gemäss Artikel 261bis StGB und Artikel 171c MStG, Mai 2007 (zit. Arbeitspapier BJ, S.).

Bundesamt für Statistik, Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone [ab 2008] (zit. BFS, Statistik).

Bundesrat, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015 (zit. Bericht Bundesrat 2015, S.).

Bundesrat, Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 «Rechtliche Basis für Social Media» vom 10. Mai 2017 (zit. Bericht Bundesrat 2017, S.).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918 (BBl 1918 IV S. 1 ff.) (zit. Botschaft 1918, S.).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Gewaltverbrechen) vom 10. Dezember 1979 (BBl 1980 I S. 1241 ff.) (zit. Botschaft 1979, S.).

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992 (BBl 1992 III S. 269 ff.) (zit. Botschaft 1992, S.).

Botschaft über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 23. April 2008 (BBl 2008 S. 3863 ff.) (zit. Botschaft 2008, S.).

Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht vom 25. April 2018 (BBl 2018, S. 2827 ff.) (zit. Botschaft 2018, S.).

Ausländische Materialien

Deutschland

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1985 Teil I Nr. 29, Bonn am 15. Juni 1985, S. 965–966 (zit. BGBl. 29/1985, S.).

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1994 Teil I Nr. 76, Bonn am 4. November 1994, S. 3186–3198) (zit. BGBl. 76/1994, S.).

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2011, Teil I Nr. 11, Bonn am 21. März 2011, S. 418–419 (zit. BGBl. 11/2011, S.).

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2020 Teil I Nr. 57, Bonn am 3. Dezember 2020, S. 2600–2605 (zit. BGBl. 57/2020, S.)

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2021 Teil I Nr. 13, Bonn am 1. April 2021, S. 441 – 447 (zit. BGBl. 13/2021, S.).

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2021 Teil I Nr. 66, Bonn am 21. September 2021, S. 4250–4252 (zit. BGBl. 66/2021, S.)

Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2023 Teil I Nr. 203, Bonn am 2. August 2023, S. 1–4 (zit. BGBl. 203/2023, S.)

Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/28678, 19/29638, 19/29997 Nr. 1.14 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten und zu dem Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Martens, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 19/28777 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Überführung des § 42 des Bundesdatenschutzgesetzes in das Strafgesetzbuch zum verbesserten strafrechtlichen Schutz von persönlichen Daten, Drucksache 19/31115 vom 21. Juni 2021 (zit. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/31115, S.).

Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Drucksache 19/17741 vom 10. März 2020 (zit. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/17741, S.).

Deutscher Bundestag, 20. Wahlperiode, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/3708 – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes, Drucksache 20/4085 vom 19. Oktober 2022 (zit. Deutscher Bundestag, Drucksache 20/4085, S.).

Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Volksverhetzungsdelikte in Deutschland, Spanien, Österreich, Frankreich und der Schweiz vom 4. März 2009, WD 7 – 000 – 30/09 (zit. Bericht WD 2009, S.).

England und Wales

College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, Coventry Mai 2014 (zit. College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, S.).

College of Policing, Responding to hate vom 20. Oktober 2020, überarbeitet am 13. Oktober 2023 (zit. College of Policing, Responding to hate, Kap.).

Crown Prosecution Service, Hate Crime: What it is and how to support victims and witnesses, Oktober 2016 (zit. CPS, Victim, S.).

Crown Prosecution Service, Legal Guidance, Hate Crime, Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime – Prosecution Guidance – Prosecution Guidance vom 3. März 2022, überarbeitet Februar 2023 (zit. CPS; Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime, Kap.).

Crown Prosecution Service, Legal Guidance, Hate Crime, Racist and Religious Hate Crime – Prosecution Guidance vom 3. März 2022 (zit. CPS, Racist and Religious Hate Crime, Kap.).

Crown Prosecution Service, Legal Guidance, Inchoate offences vom 28. April 2021 (zit. CPS, Legal Guidance, Inchoate offences, Kap.).

Department of Education, Higher education: free speech and academic freedom, Presented to Parliament by the Secretary of State for Education by Command of Her Majesty, Februar 2021 (zit. Department of Education, S.).

GOV.UK, Home Office, Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014: Reform of anti-social behaviour powers, Statutory guidance for frontline professionals, Juli 2014, überarbeitet im März 2023 (zit. Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014 Guidance, S.).

GOV.UK, Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales, November 2020 (zit. MoJ, Victims' Code, S.).

Outcomes by Offence data tool, Prosecutions and Convictions, Offence: 196 Communications Act 2003 S.127 (zit. UK, data tool).

The Law Commission, Hate crime laws: Final report, Law Com. No. 402, London 2021 (zit. Hate Crime Laws, N).

The Law Commission, Modernising Communications Offences, A final report, Law Com. No. 399, London 2012 (zit. Modernising Communications Offences, N).

The Law Commission, Criminal Law, Offences against Religion and Public Worship, Law Com. No. 145, London 1985, Law. Com. No. 145 (zit. Offences against Religion and Public Worship, N).

Europäische Union

Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz und Verbraucher, Bericht über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2015, Luxemburg 2016 (zit. Europäische Kommission, Bericht 2015, S.).

Europäische Union, Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, Allgemeine Politik-Empfehlung der ECRI Nr. 15 über die Bekämpfung von Hassrede vom 8. Dezember 2015 (zit. ECRI, Nr. 15, N).

Europäische Union, Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein inklusiveres und besser schützendes Europa: Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität, COM(2021) 777 final vom 9. Dezember 2021 (zit. EU, Mitteilung, S.).

European Union, European Commission, Information note – Progress on combating hate speech online through the EU Code of conduct 2016 – 2019 vom 27. September 2019 (zit. EU, Information note, S.).

European Union, European Commission, Reynders Didier, Countering illegal hate speech online, Factsheet 6th evaluation of the Code of Conduct vom 7. Oktober 2021 (zit. EU, Factsheet 6th evaluation of the Code of Conduct, S.).

European Union, European Commission, Reynders Didier, Countering illegal hate speech online, Factsheet 7th evaluation of the Code of Conduct vom 11. November 2022 (zit. EU; Factsheet 7th evaluation of the Code of Conduct, S.).

FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation vom 2. Juni 2009 (zit. FRA 2009, S.).

FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Factsheet Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons vom 10. August 2012 (zit. FRA, Factsheet 2012, S.).

FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Jahresbericht 2014 – Grundrechte: Herausforderungen und Erfolge im Jahr 2014 vom 24. Juni 2015 (zit. FRA, Jahresbericht 2014, S.).

Rat der Europäischen Union, EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline vom 12. Mai 2014 (zit. EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, S.).

USA

United States Sentencing Commission Guidelines Manual (2021) (zit. U.S. Sentencing Guidelines Manual, §).

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

United Nations, Commission on Human Rights, Sub-commission on Freedom of Information and of the Press, Second Session, Draft Articles for a Covenant and Declaration of Human Rights vom 10. Januar 1948, E/CN.4/Sub.1/36 (zit. E/CN.4/Sub.1/36, S.).

United Nations, General Assembly, Third Committee, Third Session, Draft International Declaration of Human Rights: Recapitulation of Amendments to Article 17 of the Draft Declaration (E/800) vom 30. Oktober 1948, A/C.3/294/REV.1 (zit. A/C.3/294/REV.1, S.).

Europarat, EGMR und EMRK

Council of Europe, Collected Edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights, Vol. I–II, Den Haag 1975–1976 (zit. Council of Europe, Travaux Préparatoires, Vol., S.).

Council of Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory work on Article 10 of the European Convention of Human Rights vom 17. August 1956, DH (56) 15 (zit. DH (56) 15, N).

Council of Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory work on Article 17 of the European Convention of Human Rights vom 23. April 1957, DH (57) 4 (zit. DH (57) 4, S.).

European Court of Human Rights, Press Unit, Factsheet – Hate speech, November 2023 (zit. EGMR, Factsheet Hate speech, S.).

Europarat, Empfehlung Nr. R (97) 20 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die «Hassrede» vom 30. Oktober 1997 (zit. Empfehlung Nr. R (97) 20, S.).

Europarat, Sechster ECRI-Bericht über die Schweiz, 2020 (zit. ECRI-Bericht 2020, N).

United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Twenty-Eighth Session, Agenda Item 3, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Report of the Special Rapporteur on minority issues, Rita Izsák, Hate speech and incitement to hatred against minorities in the media vom 5. Januar 2015, A/HRC/28/64 (zit. HRC, Report 2015, N).

Vereinte Nationen, Resolutionen und Beschlüsse der Generalversammlung, Einundsechzigste Tagung, Resolution der Generalversammlung vom 26. Januar 2007, Leugnung des Holocaust, A/RES/61/255 (zit. A/RES/61/255).

Rassendiskriminierungskonvention

Council of Europe, Resolutions (1968), Committee of Ministers, Resolution (68) 30, Adopted by the Ministers' Deputies vom 31. Oktober 1968 (zit. Resolution 68 (30), S.).

United Nations, General Assembly, Fifteenth Session, Resolutions Adopted on the Reports of the Third Committee, Manifestations of Racial and National Hatred, 943rd Plenary Meeting vom 12. Dezember 1960, A/RES/1510 (XV) (zit. Resolution 1510 (XV)).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report, of the Thirteenth Session of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to the Commission on Human Rights vom 9. Februar 1961, E/CN.4/815, E/CN.4/Sub.2/211 (zit. E/CN.4/Sub.2/211, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Official Records, Thirty-Sixth Sessions, Supplement No. 8, Report of the Nineteenth Session, 1963, E/3743, E/CN.4/857 (zit. E/CN.4/857, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report of the Sixteenth Session of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to the Commission on Human Rights vom 11. Februar 1964, E/CN.4/873, E/CN.4/Sub.2/241 (zit. E/CN.4/Sub.2/241, S.).

United Nations, General Assembly, Twentieth Session, Official Records, 1406th Plenary Meeting vom 21. Dezember 1965, A/PV.1406 (zit. A/PV.1406, N).

United Nations, General Assembly, Official Records, Agenda item 58, Annexes, Twentieth Session, Draft International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Argentina, Colombia, Ecuador, Panama and Pern: amendment to the draft Convention recommended by the Third Committee, (A/6181, para. 212, draft resolution A, annex), 1965, A/L.480 (zit. A/L.480, S.).

UNO-Pakt II

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Second Session, Draft International Covenant on Human Rights vom 16. Dezember 1947, E/CN.4/77/ANNEX B (zit. E/CN.4/77/ANNEX B).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sixth Session, Compilation of the Comment of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and on the Proposed Additional Articles vom 22. März 1950, E/CN.4/365 (zit. E/CN.4/365, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Ninth Session, Summary Record of the Hundred and Seventy-Fourth Meeting vom 8. Mai 1950, E/CN.4/SR.174 (zit. E/CN.4/SR.174, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Ninth Session, Summary Record of the Three Hundred and Seventy-Seventh Meeting vom 16. Oktober 1953, E/CN.4/SR.377 (zit. E/CN.4/SR.377, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Ninth Session, Summary Record of the Three Hundred and Seventy-Eighth Meeting vom 19. Oktober 1953, E/CN.4/SR.378 (zit. E/CN.4/SR.378, S.).

United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Ninth Session, Summary Record of the Three Hundred and Seventy-Ninth Meeting vom 19. Oktober 1953, E/CN.4/SR.379 (zit. E/CN.4/SR.379, S.).

United Nations, General Assembly, Official Records, Agenda item 28 (Part II), Annexes, Tenth Session, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights vom 1. Juli 1955 A/2929 (zit. Agenda item 28 (Part II), N).

United Nations, General Assembly, Sixteenth Session, Official Records, Third Committee, 1082nd Meeting vom 25. Oktober 1961, A/C.3/SR.1082 (zit. A/C.3/SR.1082, N).

United Nations, General Assembly, Sixteenth Session, Official Records, Third Committee, 1083rd Meeting vom 25. Oktober 1961, A/C.3/SR.1083 (zit. A/C.3/SR.1083, N).

United Nations, General Assembly, Sixteenth Session, Official Records, Third Committee, 1084th Meeting vom 26. Oktober 1961, A/C.3/SR.1084 (zit. A/C.3/SR.1084, N).

Einleitung

«Hate is hate – and no one should have to put up with it.»

Mit diesem Slogan begann der Tweet von Ursula von der Leyen, mit dem sie am 16. September 2020 die Einführung eines Aktionsplans gegen Rassismus auf ihrem (damaligen) Twitteraccount bekannt gab.[3] Der gleiche Slogan wurde benutzt, als die EU-Kommission dem Europäischen Parlament am 9. Dezember 2021 bekannt gab, dass sie beabsichtige, die Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität zu erweitern.[4] Die Zunahme von Forderungen nach vermehrter Kriminalisierung von «Hate Speech and Hate Crimes» – zu Deutsch Hassrede und Hasskriminalität – ist weltweit beobachtbar, insbesondere in Europa.[5] So verzeichnete der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in den letzten Jahren eine Zunahme von Urteilen, die Hassrede betrafen, wobei er teilweise drastische Sanktionen als Reaktion auf Hassrede akzeptierte.[6]

Auch in der Schweiz macht sich der Umschwung bemerkbar. So wurde einerseits die sexuelle Orientierung am 1. Juli 2020 als neues geschütztes Merkmal in den von «Rassendiskriminierung» in «Diskriminierung und Aufruf zu Hass» umbenannten Art. 261bis StGB eingeführt, andererseits misst das Bundesgericht der Meinungsäusserungsfreiheit nicht mehr den gleichen Stellenwert zu wie noch vor einigen Jahren. Das Obergericht des Kantons Bern verneinte gar einen Grundrechtskonflikt zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261bis StGB per se.[7] Interessanterweise fehlt der Begriff «Hassrede» in den meisten europäischen Gesetzestexten und wurde auch in der Rechtsprechung eher selten angetroffen, was sich in den letzten Jahren allerdings geändert hat.[8] Es existiert auch in der Schweiz kein spezifisches Hassredegesetz, sie verfügt aber über diverse Strafrechtsartikel, welche die Meinungsäusserung einschränken und gewisse Arten von Beleidigungen, Aufrufen und rassistischer Hetze verbieten.

---

3 Von der Leyen Ursula, <https://twitter.com/vonderleyen/status/1306151504110387200> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

4 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 9. Dezember 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6561> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

5 Coleman, S. 115.

6 Zeller, N 1.

7 Leimgruber, S. 14–16.

8 Christou, S. 17.

Fleissig verwendet wird der Begriff der Hassrede hingegen im englischen Sprachraum und in der Wissenschaft im Allgemeinen. So stammt denn auch der Grossteil der Literatur zur beschriebenen Thematik aus dem englischsprachigen Raum. Das ist nicht weiter erstaunlich, da das Konzept der Hassdelikte sowie auch der Begriff «Hate Crimes» aus den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) stammt.[9] Im deutschsprachigen Raum handelt es sich eher um ein neueres, noch weitgehend unerforschtes Konzept, wobei aber in Deutschland in den letzten Jahren eine vermehrte Auseinandersetzung mit der Thematik oder Teilgebieten davon stattgefunden hat.[10] In der Schweiz existieren bis dato zwar etliche Kommentare,[11] Aufsätze, Studien[12] und auch bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einzelnen relevanten Gesetzesartikeln, wobei zumindest bei einigen auch Hassrede mitthematisiert wird. Bis anhin gibt es in der Fachliteratur aber kein Werk, das einen Gesamtüberblick zum Umgang mit Hassrede in der Schweiz bietet. Einzig die kürzlich erschienene Dissertation von Raphaela Cueni[13] bietet etwas Vergleichbares, allerdings begrenzt auf den Spezialfall der Satire.

Die vorliegende Arbeit nimmt die Thematik der Hassrede auf und setzt sich aus einer gesetzgeberischen Perspektive mit den bestehenden schweizerischen Strafrechtsartikeln auseinander, die möglicherweise Hassrede kriminalisieren. Sie soll die verschiedenen Schwierigkeiten im Umgang mit Hassrede sowie Strukturdefizite oder allfällige Strafbarkeitslücken aufzeigen und untersuchen, welche möglichen Lösungsansätze sich für das jeweilige Problemfeld anbieten. Dazu werden verschiedene Hassrederegelungen aus dem Ausland herangezogen und mit denjenigen des Schweizer Rechts verglichen. Mittels einer solchen vergleichenden dogmatischen Untersuchung soll ein Beitrag dazu geleistet werden, die Hassredebestimmungen in der Schweiz gesamthaft zu betrachten, deren Anwendung kritisch zu beleuchten und allfällige Verbesserungsvorschläge anzubringen. Leitendes Motiv ist die Frage nach der Art und dem Umfang des Schutzes vor Hassrede. Gleichzeitig werden persistierende Grundprobleme wie die Bestimmung des Rechtsguts, der mögliche Grundrechtskonflikt, die Festlegung des Elements der Öffentlichkeit und die Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit thematisiert. Überdies interessiert ausblickend die Frage, ob Straf-

9 Coester, S. 19.

10 Siehe bspw. Aydin; Brugger; Christou; Coester; Stankewitz; Struth; Volkmann.

11 So z.B. der Kommentar von Niggli zur Rassendiskriminierung.

12 Z.B. die Studie von Vera Leimgruber zur Rassismusstrafnorm in der Gerichtspraxis.

13 Cueni.

recht überhaupt ein geeignetes und effektives Instrumentarium gegen Hassrede darstellt oder ob sich wirkungsvollere Alternativen anbieten.

Die Untersuchung besteht aus fünf Teilen. Im ersten Teil werden in einem ersten Kapitel verschiedene Definitionsversuche des internationalen wie auch des nationalen Rechts zum Begriff Hassrede sowie einige Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zusammengetragen und ausgewertet. Die nachfolgende historische Annäherung an die Hassrede und Hassredebestimmungen beschäftigt sich mit der Frage, woher die Forderung der internationalen Kriminalisierung von Hassrede stammt und wie sie Eingang in das moderne nationale Strafrecht gefunden hat. Dazu wird die Entwicklung internationaler Vorgaben zum Umgang mit Hassreden analysiert, wobei sich zeigen wird, dass die Akzeptanz einer Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit mit jedem neuen internationalen Anlauf wächst und zuletzt die Umsetzung von Strafbestimmungen in den nationalen Gesetzgebungen gefordert wird.

Das zweite Kapitel dreht sich um die bestehende schweizerische Strafgesetzgebung zum Schutz vor (Aspekten der) Hassrede. Zentral erscheint die zusammen mit der Ratifizierung der Konvention gegen Rassendiskriminierung geschaffene Vorschrift von Art. 261bis StGB, deren historische Hintergründe kurz beleuchtet werden. Andere Strafbestimmungen, die den Bereich der Hassrede wenigstens teilweise abzudecken vermögen – so z.B. die Art. 259 und 261 StGB – werden einbezogen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird berücksichtigt, soweit sie einschlägig erscheint.

Im zweiten Teil der Arbeit werden die relevanten schweizerischen Strafbestimmungen (Art. 259, 261, 261bis StGB) auf persistierende Grundprobleme wie die Bestimmung des Rechtsguts, des Deliktstypus, des infrage kommenden Rechtsgutsträgers, die Festlegung des Elements der Öffentlichkeit, die Art der geschützten Gruppen, die Bedeutung des Aufrufs zu Hass und Diskriminierung, das Verbot von Ideologien, die Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der mögliche Grundrechtskonflikt und die fehlende Regulierung von Hassdelikten und Online-Hassrede hin untersucht.

Im dritten Teil der Arbeit werden die Hassredebestimmungen der USA, Englands und Wales', Deutschlands sowie die Vorgaben der Europäischen Union (EU) erläutert. Zudem werden exemplarische Umsetzungsbeispiele aus der Praxis vorgestellt und die jeweils landesinterne Kritik an den Normen aufgezeigt.[14] Im Anschluss folgen jeweils eine Diskussion und ein Fazit.

Anschliessend werden im vierten Teil die analysierten nationalen Bestimmungen auf mögliche Lösungsansätze für die Problematiken der schweizerischen Strafbestimmungen hin untersucht. Die dort erarbeiteten Ansätze werden im fünften Teil als konkrete Vorschläge präsentiert. Ein Schwerpunkt der Ausführungen liegt auf der Legitimation durch das Rechtsgut. In einem ersten Schritt wird im vierten Teil versucht, auf dogmatischer Ebene ein legitimes Rechtsgut auszumachen und sich bei der Bearbeitung der übrigen Thematiken anschliessend an diesem zu orientieren. Es wird sich zeigen, dass es – greift man auf klassische Rechtsgüter zurück – kaum möglich scheint, ein Rechtsgut auszumachen.

Um die Legitimation von Strafnormen gegen Hassrede weiter zu überprüfen, soll in einem zweiten Schritt anhand bestehender empirischer Daten und Studien geprüft werden, ob und inwiefern ein Zusammenhang zwischen Hassrede und den befürchteten Rechtsgutsverletzungen besteht bzw. ob ein Schaden- oder Gefahrenpotenzial vorliegt. Deshalb werden drei Thesen überprüft: Hassrede führt zu Gewalttaten, schädigt die Betroffenen und schadet der Demokratie. Auch hier wird sich zeigen, dass der Zusammenhang zwischen Hassrede und dem befürchteten Schaden nur teilweise und nicht eindeutig nachweisbar ist. Diese Ausführungen erfolgen im ersten Kapitel des fünften Teils.

Mögliche strafrechtliche Anpassungen werden im zweiten Kapitel des fünften Teils ausgeführt. Die Arbeit wird durch ein konzises Resümee und einen weiterführenden Ausblick abgerundet, der Alternativen und flankierende Massnahmen ausserhalb des Strafrechts aufzeigt.

Was diese Arbeit nicht leisten kann und will, sind detaillierte Ausführungen zu den einzelnen Tatbeständen der relevanten Artikel. Sie soll die bestehenden, zahlreichen Monografien, Lehrbücher, Kommentare und Aufsätze nicht konkurrenzieren. Auch soll keine umfassende und vollständige Analyse der Rechtsprechung zu den einzelnen Artikeln geleistet werden. Ebenso wenig handelt es sich mit Bezug auf die beigezogenen Hassredebestimmungen des Auslands um einen klassischen Rechtsvergleich. Es geht vielmehr darum, sie als Inspirationsquellen für denkbare und gegebenenfalls anzustrebende Änderungen des schweizerischen Strafrechts

[14] Die Auswahl der Staaten wird im entsprechenden Teil 3 begründet.

heranzuziehen. Für eine eigentliche Rechtsvergleichung erweist sich der Problemkomplex der Hassrede noch als zu diffus und zu wenig konturiert. Dieser Umstand könnte sich durchaus negativ auf eine gesetzgeberische Regelung auswirken, hat aber das Parlament in der Vergangenheit kaum je von einer nicht selten übereilten und wenig ausgegorenen Legislation abgehalten.

Anzumerken bleibt, dass in der vorliegenden Arbeit umstrittene Begriffe wie «Hassrede», «Rasse» etc. verwendet werden. Aufgrund der besseren Lesbarkeit ist weitgehend darauf verzichtet worden, diese jeweils in «» zu setzen. Die Begriffe «Hassrede» und «hate speech» werden synonym verwendet, ausser dies sei anders vermerkt.

Teil 1:

Bestandsaufnahme «Hate Speech» – die Schweiz im internationalen Kontext

In diesem ersten Teil erfolgt eine Bestandsaufnahme des Begriffs «Hate Speech». Diese besteht aus verschiedenen Definitionsversuchen auf internationaler wie nationaler Ebene sowie einem kursorischen Überblick auf das, was der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und das Bundesgericht (BGer) als Hassrede definieren. Im zweiten Kapitel werden die historischen Hintergründe zur Einführung von Hassredebestimmungen bzw. zu Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ausgeführt und wie sich diese Entwicklung auf das Schweizer Strafrecht ausgewirkt hat. Im dritten und letzten Kapitel werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst.

Kapitel 1: Definitionsversuche

Was bedeutet der Begriff Hassrede überhaupt, welche (rechtlichen) Definitionen existieren und kann Hass überhaupt sinnvoll definiert werden? Diesen Fragen widmet sich das vorliegende Kapitel. Es wird anhand beispielhafter Formulierungen gezeigt, welche Begrifflichkeiten und Definitionsversuche von Hassrede auf internationaler Ebene und in der Schweiz existieren. Dabei wird die Schwierigkeit einer exakten und bestimmten Umschreibung des Begriffs diskutiert und gezeigt, dass es im Grunde keinen juristischen Fachausdruck und auch keine international legale Definition für den Begriff «Hate Speech» gibt.[15]

Das erste Mal wird der Begriff «hate speech» 1989 im Aufsatz von Mari J. Matsuda «Public response to Racist speech: Considering the Victims's Story» verwendet[16] und verstanden als «words that are used as weapons to ambush, terrorize, wound, humiliate, and degrade».[17] Sie definiert drei Kriterien, um zwischen den schlimmsten Formen von (rassistischen) Hassreden und anderen Formen der Rede zu unterscheiden:

1. Die Botschaft handelt von rassischer Minderwertigkeit.
2. Die Botschaft richtet sich gegen eine historisch unterdrückte Gruppe.
3. Die Botschaft ist verfolgend, hasserfüllt und entwürdigend.[18]

Seither gab es diverse juristische und andere Bestrebungen, Hassrede zu definieren und Kriterien für die Erfassung solcher Reden zu entwickeln. Trotzdem ist die Bedeutung des Begriffs der Hassrede einigermassen unklar. Auf den ersten Blick könnte allerdings das Gegenteil vermutet werden, denn sowohl der Begriff des Hasses sowie derjenige der Rede legen nahe, dass es sich dabei um eine «subcategory of speech associated with the expression of hate or hatred towards people in general»[19] handeln könnte, oder etwas eingeschränkter um

> «de[n] sprachliche[n] Ausdruck von Hass gegen Personen oder Gruppen […], insbesondere durch die Verwendung von Ausdrücken, die der Herabsetzung und Verunglimpfung von Bevölkerungsgruppen dienen».[20]

---

15 Strossen, S. 1; Coleman, S. 4–6.

16 Mündges/Weitzel, S. 6.

17 Lawrence et al., S. 1.

18 Matsuda, S. 36.

19 Guillén-Nieto, S. IX.

20 Meibauer, S. 1.

In jüngster Vergangenheit ist unter den Begriff aber deutlich mehr subsumiert worden. Weder wird Hassrede auf das Sprechen noch auf den Ausdruck von Hass beschränkt. «Hassrede» kann deshalb nicht wörtlich, als Benutzung des Wortes «hassen» verstanden werden, sondern hat mehrere Bedeutungen.[21] Es wird deshalb in einem ersten Schritt versucht, den einzelnen Bestandteilen eine Definition zuzuführen und anschliessend den Begriff im grösseren Kontext zu konturieren.

Unter Hass wird generell eine sehr starke Emotion verstanden, die sowohl «heiss» oder «kalt» auftreten kann. [22] Hass kann sich sowohl in Distanzierung (Abscheu und Ekel), Leidenschaft/Zorn (Ärger und Angst) oder Entschiedenheit/Verpflichtung (Abwertung und Geringschätzung durch Verachtung) ausdrücken.[23] Alltagssprachlich genügt der Ausdruck der blossen Verachtung von etwas oder jemandem, um von Hassrede zu sprechen.[24] Eine allgemein gültige Definition von Hass gibt es allerdings nicht und sprachlich wird Hass in unterschiedlichsten Situationen gebraucht:

Viele Hutus in Ruanda hassten die Tutsis, viele (bosnische) Serben hassten die bosnischen Muslime, viele Neonazis hassen Juden, Schwarze und Ausländer und viele Incels hassen Frauen. Kinder hassen es, Hausaufgaben zu machen oder Spinat zu essen, und viele Menschen hassen nebliges Wetter. Nur weil in all diesen Fällen das gleiche Wort verwendet wird, bedeutet das nicht, dass die Menschen in jeder dieser Situationen die gleichen Gefühle haben.[25] Lediglich die Benutzung des Begriffs «Hass» ist noch kein zwingender Hinweis darauf, dass es sich um Hassrede handelt. Das gilt auch in umgekehrten Verhältnissen: Hassrede muss nicht immer mit dem Ausdruck von Hass verbunden sein. Hassrede kann auch andere negative Emotionen und Motive ausdrücken, wie Angst, Wut, Frustration oder Furcht vor dem Verlust von Macht und sozialen Privilegien. Alternativ könnte Hassrede als hassmotivierte Rede oder als eine Rede kategorisiert werden, die geeignet ist, bei anderen hasserfüllte Emotionen, Gefühle oder Haltungen hervorzurufen.[26] Hassrede in diesem Sinn kann auch nonverbal ausgedrückt werden, weshalb Gestik, Mimik oder Bilder mitgemeint sind.[27]

---

21 Guillén-Nieto, S. IX.

22 Meibauer, Linguistik, S. 21.

23 Sternberg/Sternberg, S. 18; Meibauer, Linguistik, S. 21–22.

24 Meibauer, Linguistik, S. 22–23.

25 Sternberg/Sternberg, S. 12, 18.

26 Guillén-Nieto, S. 128.

27 Meibauer, S. 1.

Der Begriff der Rede ist deshalb ebenfalls nicht wörtlich zu verstehen, es muss sich nicht um ein gesprochenes Wort handeln, damit etwas unter den Begriff «Speech» fällt:

> «Der Begriff ‹Speech› bzw. Rede bezeichnet entweder die Sprechweise als Art und Weise des Sprechens oder sie bezieht sich auf den Sprechakt […]. Eine ‹sprachliche Äusserung› erfasst demnach nicht nur das eigentlich verbal gesprochene Wort, sondern auch andere Formen der Kommunikation durch Wort, Schrift, Gebärde, Bild, Gestik, Mimik, die in einem spezifischen sozialen Kontext eine Bedeutung aufweisen.»[28]

Auf linguistische Konzepte zu Sprechakten kann nicht vertieft eingegangen werden.[29] Es sei nur so viel gesagt: Aufgrund der Komplexität der Formen von Hassreden erscheint es kaum möglich, Hassrede den gängigen Formen der Sprechakte zuzuordnen. Es bräuchte daher eine völlig neue Art der expressiven Sprechakt-Taxonomie.[30] Typisch für Sprechakte lässt sich Hassrede aber – ähnlich wie die Drohung – kaum kontextunabhängig definieren.[31] Es kommt daher stets auf den konkreten Einzelfall an, ob etwas überhaupt als Hassrede gilt. Eine abstrakte Definition von Hassrede erscheint daher schwierig.

Von einem alltäglichen Gebrauch und linguistisch erforschten Begriffen muss nun unterschieden werden, was davon strafrechtlich erfasst wird bzw. erfasst werden sollte.[32] Die international wichtigsten Definitionen des Begriffs «Hassrede» und deren Umgang im Strafrecht finden sich nachfolgend. Anschliessend wird auf das schweizerische Verständnis von Hassrede und dessen strafrechtliche Normierung eingegangen.

---

28 Naguib, S. 83.

29 Vgl. aber zur Thematik der Sprechakte m.w.H. Guillén-Nieto.

30 Guillén-Nieto, S. 128.

31 Siehe auch Muschalik, S. 125.

32 Brown unterscheidet zwischen zehn verschiedenen Arten, wie Hassrede normiert/reguliert wird, Brown, S. 7–8.

I. UNO

Der UN-Menschenrechtsrat hielt 2015 in seinem Bericht der Sonderberichterstatterin für Minderheitenfragen fest:

> «There is no universally accepted definition of ‹hate speech›. The term encompasses a wide array of hateful messages, ranging from offensive, derogatory, abusive and negative stereotyping remarks and comments, to intimidating, inflammatory speech inciting violence against specific individuals and groups. Only the most egregious forms of hate speech, namely those constituting incitement to discrimination, hostility and violence, are generally considered unlawful. Cultural paradigms must be understood and taken into account when considering whether certain comments or images constitute hate speech, incitement or defamation, and States have a margin of appreciation in establishing such thresholds. Nevertheless, a balance must be struck that does not unduly restrict the rights of individuals or place individuals under the threat of violence.»[33]

Der Bericht führte weiter aus, dass die Diskussion darüber, was Hassreden seien, ein immer wiederkehrendes Dilemma bleibe, insbesondere in Bezug auf das Recht auf freie Meinungsäusserung und seine Grenzen. Es bleibe notwendig, die Meinungsfreiheit zu schützen und gleichzeitig die Rechte anderer, die öffentliche Ordnung und in einigen Fällen die nationale Sicherheit zu gewährleisten. Das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäusserung und das Verbot der Aufstachelung zu Hass seien jedoch keineswegs unvereinbar, sondern «unterstützen sich gegenseitig», da die öffentliche Debatte von Ideen sowie der interreligiöse und interkulturelle Dialog Hass und Intoleranz verhindern könnten.[34]

---

[33] HRC, Report 2015, N 52; zit. auch in Delfi AS v. Estonia, no. 64569/09, § 28 (Fn. 9) of the joint dissenting opinion of the Judges Sajó and Tsotsoria, 16. Juni 2015 [Hervorhebung durch Autorin].

[34] HRC, Report 2015, N 53.

II. Europarat

Nach der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats von 1997 umfasst der Begriff

> «[j]egliche Ausdrucksformen, die Rassenhass, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus oder andere Formen von Hass, die auf Intoleranz gründen, propagieren, dazu anstiften, sie fördern oder rechtfertigen, einschliesslich der Intoleranz, die sich in Form eines aggressiven Nationalismus oder Ethnozentrismus, einer Diskriminierung und Feindseligkeit gegenüber Minderheiten, Zuwanderern und der Einwanderung entstammenden Personen ausdrückt».[35]

Der Europäische Rat hielt 2014 weiter fest,

> «[that] there is no universally accepted definition of the term ‹hate speech› in international law. The term is usually used to refer to expression that is abusive, insulting, intimidating or harassing or which incites violence, hatred or discrimination against individuals or groups identified by a specific set of characteristics. Under international law, States are only required to prohibit the most severe forms of hate speech, such as the advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence (Article 20.2 ICCPR and Article 4 CERD). Hate speech legislation should not be abused by governments to discourage citizens from engaging in legitimate democratic debate on matters of general interest.»[36]

Die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) bezieht Hassrede «auf die *Aufstachelung* und *Förderung von Hass, Diskriminierung* oder *Feindseligkeit* gegenüber einer Person, die durch Vorurteile gegenüber dieser Person *aufgrund eines bestimmten Merkmals* motiviert ist, zum Beispiel ihre sexuelle Ausrichtung oder Geschlechtsidentität.»[37] In einem anderen Bericht der FRA wird der Begriff «Hassrede» zuerst als «öffentliche Äusserungen, die *Hass, Diskriminierung* oder *Feindseligkeit gegenüber Minderheiten* auslösen, fördern oder rechtfertigen»,[38] definiert, weiter unten dann aber als «ein breites Spektrum *verbaler Handlungen*, die *Homophobie* und/oder *Transphobie* im respektlosen öffentlichen

---

35 Empfehlung Nr. R (97) 20, S. 107, zit. nach humanrights.ch, Hassreden: Die Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit, vom 6. Februar 2017, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/politische-rechte/hate-speech-grenzen-meinungsaeusserungsfreiheit> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

36 EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, S. 17.

37 FRA, Factsheet 2012, S. 1 [Hervorhebung durch die Autorin].

38 FRA 2009, S. 23 [Hervorhebung durch die Autorin].

Diskurs ausdrücken»,[39] bezeichnet, wobei betont wird, dass keine allgemeingültige Definition existiere.[40]

Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) bezeichnete in ihrer allgemeinen Politik-Empfehlungen über die Bekämpfung von Hassrede diese als:

> «[…] den Gebrauch einer oder mehrerer bestimmter Ausdrucksform(en) – nämlich das Befürworten und Fördern von oder Aufstacheln zu jeglicher Form von Verunglimpfung, Hass oder Herabwürdigung einer Person oder Personengruppe, ebenso wie jegliche Belästigung, Beleidigung, negative Stereotypisierung, Stigmatisierung oder Bedrohung einer Person oder Personengruppe und die Rechtfertigung der genannten Ausdrucksformen – aufgrund einer nicht vollständigen Liste von persönlichen Eigenschaften und Statusmerkmalen, darunter ‹Rasse›, Hautfarbe, Sprache, Religion oder Überzeugung, Staatsangehörigkeit oder nationale oder ethnische Herkunft sowie Abstammung, Alter, Behinderung, biologisches oder soziales Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung».[41]
>
> «Darüber hinaus zählen zu den Äusserungsformen, die in den Geltungsbereich der Empfehlung fallen, die öffentliche Leugnung, Verharmlosung, Rechtfertigung oder stillschweigende Duldung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen, die gerichtlichen Urteilen zufolge tatsächlich stattgefunden haben, sowie die Verherrlichung von Personen, die diese Verbrechen begangen haben.»[42]

Weiter wird die Notwendigkeit eines Verbots von Organisationen betont, «die Hassrede fördern, die zu Gewalttaten, Einschüchterungen, Feindseligkeiten oder Diskriminierungen gegenüber jenen aufstacheln soll, die Ziel der Äusserung sind, oder von der nach vernünftigem Ermessen angenommen werden muss, dass sie diese Wirkung erzielt.»[43]

Es wird zudem u.a. empfohlen, das «Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art» und das «Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten» zu ratifizieren sowie jegliche Vorbehalte gegen Art. 4 RDK zurückzuziehen. Statt der erhofften

---

39 FRA 2009, S. 46 [Hervorhebung durch die Autorin].

40 FRA 2009, S. 23.

41 ECRI, Nr. 15, N 9.

42 ECRI, Nr. 15, N 12.

43 ECRI, Nr. 15, S. 5, § 24 der Präambel.

Klärung wurde durch die zusätzlichen Anmerkungen und Empfehlungen sowie die Erwähnung der Cyberkonvention und des Rahmenübereinkommens wie auch Art. 4 RDK mehr Verwirrung gestiftet, weil die erwähnten Konventionen selbst auch noch einmal sehr unterschiedliche Definitionen von Hassrede verwenden.[44]

Zudem betont die Menschenrechtsexpertin Anne Weber in ihrem Handbuch zu Hassrede, das sie im Auftrag des Europarats ausgearbeitet hat, dass:

> «[t]he identification of statements that could be classified as ‹hate speech› seems all the more difficult because this kind of speech does not necessarily manifest itself through expressions of ‹hatred› or emotions. ‹Hate speech› can be concealed in statements which at a first glance may seem to be rational or normal.»[45]

III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Der EGMR verwendet den Begriff der Hassrede ohne genaue Definition als Ausdrucksformen, die Hass – gegründet auf Intoleranz – auslösen, fördern oder rechtfertigen.[46] Er entwickelte Kriterien, anhand derer er die Charakteristik von Hassrede festmacht:

1. Der Kontext, in dem die Äusserungen gemacht worden sind, ist sozial oder politisch (bereits) aufgeladen.
2. Die Äusserungen können als direkter oder indirekter Aufruf zu Gewalt oder als Rechtfertigung von Gewalt, Hass oder Intoleranz verstanden werden.
3. Die Formulierung der Äusserungen ist unmittelbar oder mittelbar darauf gerichtet oder dafür geeignet, schädliche Folgen nach sich zu ziehen.[47]

Ausreichend sind aber auch schon Äusserungen angesehen worden, die nicht zu Gewalt oder anderen kriminellen Handlungen aufgerufen haben, sondern beleidigende, verhöhnende oder verleumderische Angriffe auf Personen oder spezifische Bevölkerungsgruppen darstellen.[48]

Solange sichergestellt wird, dass die auferlegten Sanktionierungen oder Einschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht, gebietet der EGMR den Staaten sogar «de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes

---

44 Callamard, S. 4–5.

45 Weber, S. 5.

46 Erkizia Almandoz c. Espagne, no. 5869/17, § 38, 22. Juni 2022.

47 Erkizia Almandoz c. Espagne, no. 5869/17, § 40, 22. Juni 2022.

48 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 125, 14. Januar 2020.

d'expression qui propagent, encouragent, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse)».[49] Neuerdings werden auch homophobe Äusserungen darunter subsumiert.[50]

Unter Hassrede fallen aber nicht nur die direkte Rede, sondern auch eine Vielzahl von anderen Ausdrucksformen wie:

- öffentlicher Gebrauch von beleidigenden Symbolen (z.B. Swastikas);
- explizite Präsentation von beleidigenden Symbolen an Paraden, Protesten, öffentlichen Orten etc.;
- Verbrennen von Kreuzen (typischerweise für den Ku-Klux-Klan in den USA);
- Verbrennen von Flaggen;
- Sprayen von Graffitis;
- Aufhängen von Plakaten;
- Verteilung und Verbreitung von Flugblättern mit entsprechendem Inhalt;
- Äusserungen durch Radio und Fernsehen;
- Äusserungen im Internet.[51]

Aus den folgenden Urteilen wird zudem ersichtlich, dass der EGMR zwischen «echter» und «unechter» Hassrede unterscheidet, wobei er die «echte Hassrede» gänzlich vom Schutzbereich der Konvention ausschliesst.[52]

IV. Die Rechtsprechung des EGMR[53]

In diesem Kapitel werden eine Reihe von Beispielfällen des EGMR angeführt, um aufzuzeigen, was alles unter strafrechtlich relevante Hassrede fallen kann. Es handelt sich dabei um einen kursorischen Überblick und keine umfassende Analyse der EGMR-Rechtsprechung.

---

49 Erkizia Almandoz c. Espagne, no. 5869/17, § 38, 22. Juni 2022.

50 Vgl. Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 128, 14. Januar 2020.

51 Mihajlova/Bacovska/Shekerdjiev, S. 25–26.

52 So auch Struth, S. 147; eine Auflistung von ausserhalb des Schutzbereichs liegenden Fällen findet sich in Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 136, 140, 16. Juni 2015.

53 Einen guten Überblick zu Hassredeurteilen des EGMR bietet die Webseite: The Future of Free Speech, <https://futurefreespeech.com/hate-speech-case-database/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

A. Beispielfall 1: Delfi AS. gegen Estland

Im Fall *Delfi AS. gegen Estland* ging es nicht primär darum, ob die Aussagen Hassrede darstellten, sondern um die Verantwortlichkeit eines Internet-Nachrichtenportals mit Kommentarfunktion für solche Hasskommentare. Die fraglichen Kommentare waren aber im Vorfeld allesamt vom Gerichtshof als Hassreden deklariert worden waren.[54] Hintergrund war ein Artikel über das Unternehmen SLK, das eine geplante Eisstrasse zerstörte. Eisstrassen sind öffentliche Strassen über das gefrorene Meer, die im Winter zwischen dem estnischen Festland und einigen Inseln befahrbar sind. Die SLK bietet einen öffentlichen Fährdienst zwischen dem Festland und bestimmten Inseln an. Zum massgeblichen Zeitpunkt war L. Mitglied des Aufsichtsrats von SLK und alleiniger oder Mehrheitsaktionär des Unternehmens. Die relevanten Kommentare richteten sich insbesondere gegen L.[55]

Darunter waren rassistische Aussagen wie:

1. «bloody shitheads… they're loaded anyway thanks to that monopoly and State subsidies and have now started to worry that cars may drive to the islands for a couple of days without anything filling their purses. burn in your own ship, sick Jew!»
2. «good that [La.'s] initiative has not broken down the lines of the web flamers. go ahead, guys, [L.] into the oven!»

Aber auch Aussagen, von denen zumindest fraglich ist, ob sie überhaupt unter Hassreden fallen, wie:

3. «rascal!!!» [auf Russisch][56]
4. «a good man lives a long time, a shitty man a day or two.»
5. «wonder whether [L.] won't be knocked down in Saaremaa? screwing one's own folk like that.»[57]

Richter Sajó und Richterin Tsotsoria kritisierten in ihrem gemeinsamen abweichenden Sondervotum das Vorgehen des Gerichtshofs und erklärten, dass es zumindest fraglich sei, ob alle Kommentare als Hasskommentare zu qualifizieren

---

54 Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, §§ 117, 159, 16. Juni 2015.

55 Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 16, 16. Juni 2015.

56 Zu Deutsch etwa: Halunke.

57 Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 18, 16. Juni 2015.

seien bzw. zu Gewalt aufriefen, und betonten, dass es angebracht gewesen wäre, sich darüber eingehender zu äussern.[58]

Das Urteil führt weitere Beispiele von Äusserungen an, die mit den Konventionswerten unvereinbar seien und aufgrund von Art. 17 EMRK nicht durch Art. 10 geschützt seien (d.h. ausserhalb des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK liegen). Das galt bisher bspw. für Äusserungen, die den Holocaust leugnen, eine nazifreundliche Politik rechtfertigen, alle Muslime mit einem schweren Terrorakt in Verbindung bringen oder die Juden als die Quelle des Übels in Russland darstellen.[59]

B. Beispielfall 2: Dieudonné M'Bala M'Bala gegen Frankreich

Ebenfalls als gemäss Art. 17 EMRK ausgeschlossene Hassrede wurden vom EGMR folgende Aussagen gewertet: Im Fall von *Dieudonné M'Bala M'Bala gegen Frankreich* ging es um einen Komiker mit politischen Aktivitäten, der wegen öffentlicher Beleidigung einer Person oder Personengruppe aufgrund ihrer Herkunft oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gemeinschaft, Nation, Rasse oder Religion – in diesem Fall konkret Personen jüdischer Herkunft oder jüdischen Glaubens – verurteilt worden war. Am Ende einer Show im Dezember 2008 in Paris lud er Robert Faurisson ein, einen Akademiker, der in Frankreich bereits mehrmals wegen seiner Ansichten verurteilt worden war, hauptsächlich wegen Leugnung der Existenz von Gaskammern in den nationalsozialistischen Vernichtungslagern und der systematischen Vernichtung der Juden überhaupt. Er bat diesen auf die Bühne, um einen «Preis für Ungewöhnlichkeit und Unverschämtheit» entgegenzunehmen. Der Preis hatte die Form eines dreiarmigen Kerzenständers mit einem Apfel an jedem Zweig und wurde ihm von einem Schauspieler überreicht, der ein sogenanntes «Lichtgewand» trug – einen gestreiften Pyjama mit einem aufgenähten gelben Stern mit der Aufschrift «Jude» – und damit die Rolle eines jüdischen Deportierten in einem Konzentrationslager darstellte. Der Gerichtshof erklärte die gegen das Urteil erhobene Klage des Verurteilten für unzulässig gemäss Art. 35 EMRK (Zulässigkeitskriterien) und stellte fest, dass aufgrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs nach Art. 17 kein Anspruch auf den Schutz des Rechts auf freie Meinungsäusserung bestehe,[60] da der Inhalt

---

58 Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, §§ 28–31 of the joint dissenting opinion of the Judges Sajó and Tsotsoria, 16. Juni 2015.

59 Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, §§ 136, 140, 16. Juni 2015.

60 M'Bala M'Bala v. France, no. 25239/13, §§ 3–8, 20. Oktober 2015; EGMR, Factsheet Hate speech, S. 3.

der Show stark von antisemitischen Inhalten geprägt sei und er sich insbesondere nicht von diesen distanziert, sondern sie noch gutgeheissen habe.[61]

C. Beispielfall 3: Glimmerveen und Hagenbeek gegen die Niederlande

In Fall *Glimmerveen und Hagenbeek gegen die Niederlande* verteilte der Beschwerdeführer Glimmerveen Flugblätter mit dem Titel «Weisse Niederländer» und gebrauchte weitere Ausdrücke wie «weisse Mitbürger» und «unser weisses Volk». Das Flugblatt enthielt zudem die folgenden Passagen:

> «The truth is that the major part of our population since a long time has had enough of the presence in our contry [sic] of hundreds of thousands of Surinamers, Turks and other so-called guest workers, who, moreover, are not at all needed here and that the authorities as servants of our people merely have to see to it that these undesired aliens leave our country as soon as possible.»
> «As soon as the Nederlandse Volks Unie will have gained political power in our country, it will put order into business and, to begin with will remove all Surinamers, Turks and other so-called guest workers from the Netherlands […].»[62]

Das inländische Gericht verurteilte den Beschwerdeführer Glimmerveen zu einer zweiwöchigen Haftstrafe wegen des Besitzes von Flugblättern zum Zwecke der Verbreitung, weil deren Inhalt zu Rassendiskriminierung aufstachele.[63] Der Gerichtshof entschied auch hier, dass der Schutz von Art. 10 EMRK nicht greife, da «the expression of the political ideas of the applicants clearly constitutes an activity within the meaning of Article 17 of the Convention». Und weiter «[t]he applicants are essentially seeking to use Article 10 to provide a basis under the Convention for a right to engage in these activities which are, as shown above, contrary to the text and spirit of the Convention and which right, if granted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms referred to above».[64]

---

61 M'Bala M'Bala v. France, no. 25239/13, §§ 35–36, 20. Oktober 2015.

62 Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, nos. 8348/78 und 8406/78, S. 188–189, 11. Oktober 1979.

63 Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, nos. 8348/78 und 8406/78, S. 188–189, 11. Oktober 1979.

64 Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, nos. 8348/78 und 8406/78, S. 196, 11. Oktober 1979.

D. Beispielfall 4: Sürek gegen die Türkei

Als Hassreden, die zwar unter den Schutz von Art. 10 EMRK fallen, aber durch Abs. 2 eingeschränkt werden, wurden beispielsweise folgende Aussagen gewertet:

Im Fall *Sürek gegen die Türkei* wurden zwei Briefe publiziert, die u.a. Aussagen enthielten wie «the fascist Turkish army», «the TC murder gang» und «the hired killers of imperialism» zusammen mit Hinweisen auf «Massaker», «Brutalitäten» und «Gemetzel». Der EGMR stellte deshalb eine klare Absicht der Stigmatisierung der anderen Konfliktseite fest. Nach Ansicht des Gerichts stellen die Briefe einen Aufruf zu blutiger Rache dar, indem sie niedere Emotionen schürten und bereits bestehende Vorurteile verfestigten, die sich in tödlicher Gewalt manifestiert hätten. Die Briefe waren vor dem Hintergrund der Sicherheitslage im Südosten der Türkei publiziert worden, wo seit etwa 1985 schwere Unruhen zwischen den Sicherheitskräften und den Mitgliedern der PKK herrschen, die bereits viele Menschenleben gefordert und in weiten Teilen der Region zur Verhängung des Ausnahmezustands geführt haben. Der Gerichtshof entschied deshalb, dass in einem solchen Kontext der Inhalt der Briefe als geeignet angesehen werden müsse, zu weiterer Gewalt in der Region anzustacheln, indem er einen tiefsitzenden und irrationalen Hass gegen diejenigen wecke, die als Verantwortliche für die angeblichen Gräueltaten dargestellt würden. Der Leserschaft werde die Botschaft vermittelt, dass die Anwendung von Gewalt ein notwendiges und gerechtfertigtes Mittel der Selbstverteidigung gegenüber dem Aggressor sei. Es handle sich hierbei um Hassrede und die Glorifizierung von Gewalt.[65]

Interessant ist, dass der Begriff der Hassrede zwar benutzt wird, eine Beurteilung aber dennoch stattgefunden hat. Dies, obwohl der EGMR in seiner Rechtsprechung mehrfach betont hatte, dass «echte Hassrede» gar nie unter den Schutzbereich von Art. 10 EMRK falle. Insofern muss es sich hierbei um ein Beispiel von «unechter Hassrede» handeln.

[65] Sürek v. Turkey (no. 1), no. 26682/95, § 62, 8. Juli 1999.

E. Beispielfall 5: Vejdeland und andere gegen Schweden

Nicht als (echte) Hassreden, aber als unnötig beleidigende Aussagen, die ebenfalls eingeschränkt werden können, wurde das nächste Beispiel gewertet:

Im Fall *Vejdeland und andere gegen Schweden* verteilten die Beschwerdeführer Flugblätter an einem Gymnasium, auf denen unter anderem folgende Aussagen standen:

> «Homosexual Propaganda
> In the course of a few decades society has swung from rejection of homosexuality and other sexual deviances to embracing this deviant sexual proclivity. Your anti-Swedish teachers know very well that homosexuality has a morally destructive effect on the substance of society and will willingly try to put it forward as something normal and good. – Tell them that HIV and AIDS appeared early with the homosexuals and that their promiscuous lifestyle was one of the main reasons for this modern-day plague gaining a foothold. – Tell them that homosexual lobby organisations are also trying to play down paedophilia, and ask if this sexual deviation should be legalised.»[66]

Obwohl die Aussagen nicht direkt Aufforderungen zur Begehung von Hassdelikten enthielten, handelt es sich nach der Ansicht des Gerichtshofs doch um schwerwiegende und nachteilige Behauptungen (aber offenbar nicht eindeutig um Hassrede).[67] Er hielt ausserdem fest, dass

> «inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner. […] In this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on ‹race›, origin or colour.»[68]

Obwohl der Gerichtshof das Recht der Beschwerdeführer auf freie Meinungsäusserung anerkannte, hielt er fest, dass dieses Recht auch Pflichten mit sich bringe; eine davon sei es, möglichst auf Aussagen zu verzichten, die unvertretbar

---

66 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 8, 9. Februar 2012.

67 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 54, 9. Februar 2012; vgl. dazu auch § 5 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger. Vgl. auch Beispielfall 8.

68 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 55, 9. Februar 2012.

beleidigend seien und einen Angriff auf die Rechte anderer darstelle. Die oben genannten Aussagen wurden als unnötig beleidigend angesehen.[69]

Im gemeinsamen (zustimmenden) Sondervotum von Richter Spielmann und Richterin Nussberger wird diese Argumentation als widersprüchlich zur traditionellen und fest etablierten Rechtsprechung des Gerichtshofs kritisiert, die auch Ideen schützt, die beleidigen, schockieren oder beunruhigen. Obwohl die Aussagen inakzeptabel seien, hätten sie doch genauer definiert werden müssen, da echte Hassrede überhaupt nicht von Art. 10 EMRK geschützt würde, da sie aufgrund von Art. 17 vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werde. Die nationalen Gerichte hätten deshalb die Absichten der Beschwerdeführer genauer untersuchen müssen hinsichtlich einer versteckten Absicht, Personen wegen ihrer sexuellen Orientierung zu degradieren, zu beleidigen oder zu Hass gegen diese aufzurufen.[70]

Richterin Yudkivska und Richter Villiger hielten dagegen in ihrem gemeinsamen (zustimmenden) Sondervotum fest, dass die fraglichen Aussagen sehr wohl Hassrede darstellten und deshalb vom Anwendungsbereich und Schutz von Art. 10 EMRK hätten ausgeschlossen werden müssen, da die getätigten Aussagen Aggressionen schüren könnten. Sie befanden, dass rassistische und extremistische Meinungen mehr Schaden anrichten würden als die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit und Europa sich den Luxus eines US-amerikanischen Systems (zu warten, bis Hasspropaganda eine echte und unmittelbare Gefahr für die demokratische Gesellschaft darstellt) nicht leisten könne.[71]

Richter Zupaničič vergleicht in seinem (zustimmenden) Sondervotum ebenfalls das US-amerikanische System mit dem schwedischen Ansatz im Blick auf die freie Meinungsäusserung, kommt aber zum Schluss, dass die Richter und Richterinnen im vorliegenden Fall – hinsichtlich Verhältnismässigkeit wie auch Erwägungen zu Hassreden – zu weit gegangen seien, indem sie die Meinungsäusserungsfreiheit einschränkten. Als Grund führte er an, dass die Bedeutung dessen, was gesagt worden war, überbewertet worden sei. Er schliesst damit, dass, wenn dieselben Worte und Sätze in öffentlichen Zeitungen wie Svenska Dagbladet[72] ver-

---

69 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 57, 9. Februar 2012.

70 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, §§ 4–5 of the concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Nussberger, 9. Februar 2012.

71 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, §§ 2–11 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, 9. Februar 2012.

72 Tageszeitung in Schweden.

wendet werden würden, diese wahrscheinlich nicht zu strafrechtlicher Verfolgung und Verurteilung führen würden.[73]

Die Richter und Richterinnen waren sich offensichtlich nicht einig darüber, ob die Aussagen nun (echte) «Hassrede» darstellten oder nicht. Die Mehrheit hat sich anscheinend gegen die Beurteilung als echte Hassrede ausgesprochen, da sonst gar keine materielle Beurteilung hätte erfolgen können. Der Fall zeigt aber deutlich die Unschärfe der Definition von «Hassrede», die hier weiter verwässert wird. Handelt es sich um «Nicht-Hassrede», die lediglich unnötig beleidigend war, scheint es problematisch, diese einzuschränken. Dadurch wird die genaue Schwelle von noch zulässigen Äusserungen, die lediglich beleidigen, und unzulässigen, die unnötig beleidigen, mit diesem Urteil noch unklarer. Das Urteil steht im Grunde der hauseigenen Definition der Meinungsäusserungsfreiheit entgegen, die auch Aussagen schützt, die beleidigen, schockieren oder verstören.

F. Beispielfall 6: Jersild gegen Dänemark

Als Verletzung von Art. 10 EMRK wurde die verhängte Geldstrafe der nationalen Gerichte im Fall *Jersild gegen Dänemark* gewertet, in dem der Journalist Jens Olaf Jersild eine rassistische und fremdenfeindliche Gruppe Jugendlicher interviewte, die sich selbst als «Grünjacken» bezeichneten. Das mehrstündige Interview wurde auf wenige Minuten gekürzt und anschliessend im Fernsehen ausgestrahlt. Das Format des Senders war als seriöse Fernsehsendung bekannt, die sich an ein gut informiertes Publikum richtet.[74] Im Rahmen der Ausstrahlung wurden von den interviewten Jugendlichen Aussagen geäussert wie:

> [T]he Northern States wanted that the niggers should be free human beings, man, they are not human beings, they are animals.»
> «Just take a picture of a gorilla, man, and then look at a nigger, it's the same body structure and everything, man, flat forehead and all kinds of things.»
> «A nigger is not a human being, it's an animal, that goes for all the other foreign workers as well, Turks, Yugoslavs and whatever they are called.»
> «It is the fact that they are ‹Perkere›[75], that's what we don't like, right, and we don't like their mentality […] what we don't like is when they walk around in those Zimbabwe-clothes and then speak this hula-hula language in the street […].»

---

73 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 12 of the concurring opinion of Judge Boštan M. Zupančič, 9. Februar 2012.

74 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, §§ 9–11, 23. September 1994.

75 Abwertendes Wort, das gegen Menschen mit einem anderen ethnischen Hintergrund, meist aus dem Nahen Osten, verwendet wird.

> «It's drugs they are selling, man, half of the prison population in ‹Vestre› are in there because of drugs […] they are the people who are serving time for dealing drugs […].»
> «They are in there, all the ‹Perkere›, because of drugs […].»[76]

Die Jugendlichen waren anschliessend wegen ihrer rassistischen Äusserungen strafrechtlich verurteilt worden. Olaf Jersild erhielt eine Geldstrafe wegen Beihilfe zur Verbreitung von rassistischen Äusserungen. Kritikpunkt war, dass in der Sendung keine ausgleichende Gegenaussage[77] und durch die Ausstrahlung die Aussagen erst einem breiten Publikum zugänglich gemacht worden waren, was sie in Bezug auf die Verbreitung überhaupt erst strafrechtlich relevant machte.[78] Der einzige Streitpunkt im Urteil war, ob die Verurteilung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei.[79]

Der Fall *Jersild gegen Dänemark* war nicht der erste Fall des Gerichtshofs zur Meinungsäusserungsfreiheit, aber es war der erste Fall, in dem es um die Verbreitung von rassistischer Rede ging.[80] Die GC entschied mit 12 zu 7 Stimmen, dass die Verurteilung der innerstaatlichen Gerichte eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit darstelle. Dies begründete sie damit, dass der Journalist die Aussagen nicht selbst getätigt hatte,[81] die Interviews objektiv nicht den Anschein erweckten, die Verbreitung rassistischer Ansichten und Ideen zu bezwecken, sondern im Gegenteil diese Gruppierung aufdecken, analysieren und deren Hintergründe erklären wollte.[82] Sowohl der Fernsehmoderator als auch der Journalist hätten sich zudem eindeutig von den rassistischen Aussagen distanziert[83] und dem Zweck der Sendung könne keine rassistische Absicht unterstellt werden.[84] Während die Mehrheit des Gerichtshofs dem Recht auf freie Meinungsäusserung und freie Presse in diesem Fall grösseren Wert zumass als dem Schutz der Rechte anderer (die unter Rassismus zu leiden haben), erklärte sich eine Minderheit damit nicht einverstanden. Während Richter Gölcüklü, Russo und Valticos in

---

76 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 12, 23. September 1994.

77 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 14, 23. September 1994.

78 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 18, 23. September 1994.

79 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 27, 23. September 1994.

80 Farrior, S. 68; Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 1 of the joint dissenting opinion of Judges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann and Loizou, 23. September 1994.

81 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 31, 23. September 1994.

82 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 33, 23. September 1994.

83 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 34, 23. September 1994.

84 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 36, 23. September 1994.

ihrem abweichenden Sondervotum erklärten, dass es inakzeptabel sei, die freie Meinungsäusserung auf das Aufreizen zu Rassenhass auszudehnen und es einen falschen Optimismus bezeuge, zu glauben, dass die Sendung bei den Zuschauern eine gesunde Reaktion der Ablehnung hervorrufen würde,[85] hatten die Richter Ryssdal, Bernhardt, Spielmann und Loizou in ihrem ebenfalls abweichenden Sondervotum eine klarere Erklärung der Missbilligung verlangt.[86] Der Schutz der Minderheiten dürfe nicht weniger Gewicht haben als derjenige der Informationsvermittlung.[87]

G. Beispielfall 7: Perinçek gegen die Schweiz

Ebenfalls als Verletzung von Art. 10 EMRK und damit nicht als Hassrede wurde vom EGMR im Fall *Perinçek gegen die Schweiz*[88] die Leugnung des Genozids an den Armeniern bewertet. Der türkischstämmige Beschwerdeführer bestritt an drei verschiedenen öffentlichen Anlässen in der Schweiz die Existenz des Genozids an den Armeniern von 1915 bis 1917 und bezeichnete diesen als internationale Lüge. Er anerkannte zwar, dass Massaker stattgefunden hätten, rechtfertigte diese aber mit Kriegsrecht und behauptete, dass beidseitig, also sowohl auf der armenischen wie auch der türkischen Seite, Massaker stattgefunden hätten.[89]

Der Fall wurde abschliessend vor der Grossen Kammer des Gerichtshofs entschieden. Diese hielt fest, dass der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit genügend vorhersehbar und folglich gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK gesetzlich vorgesehen war.[90] Hingegen war sie nicht davon überzeugt, dass der Eingriff die «Aufrechterhaltung der Ordnung» bezweckte.[91] Sie akzeptierte aber, dass der Eingriff das

---

85 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, S. 27 of the joint dissenting opinion of Judges Gölcüklü, Russo and Valticos, 23. September 1994. Die EGMR-Richter bringen somit der Bevölkerung ungefähr im gleichen Masse Vertrauen in ihre Urteilsfähigkeit entgegen wie der saudische Delegierte bei der Erarbeitung des UNO-Paktes II (vgl. dazu Teil 1, Kap. 2 II B).

86 Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, §§ 2–3, 5 of the joint dissenting opinion of Judges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann and Loizou, 23. September 1994.

87 Farrior, S. 68; Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 5 of the joint dissenting opinion of Judges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann and Loizou, 23. September 1994.

88 Zum Sachverhalt siehe auch Vest/Simon, S. 535–537.

89 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 22, 15. Oktober 2015.

90 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 140, 15. Oktober 2015.

91 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 154, 15. Oktober 2015.

legitime Ziel «zum Schutz der Rechte anderer» bezweckte, da Nachkommen der Opfer von 1915 und in den Jahren danach ihre Identität auf der Vorstellung aufbauten, ihre Gemeinschaft sei Opfer eines Völkermords gewesen. Obwohl der Beschwerdeführer mit der angeblich blossen Infragestellung der rechtlichen Qualifikation der Ereignisse die Opfer nicht in einem negativen Licht habe erscheinen lassen oder sie ihrer Würde beraubt oder in ihrer Menschlichkeit herabgesetzt habe, anerkannte die Kammer, dass der Eingriff aufgrund der Aussagen, dass sich die armenische Bevölkerung durch die «imperialistischen Mächte» habe «instrumentalisieren» lassen und ebenfalls Massaker an der türkischen und muslimischen Bevölkerung verübt hätte, den Schutz der Würde der Opfer und deren Nachkommen bezweckte.[92] Sie musste daher entscheiden, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war. Es fand eine Abwägung zwischen dem Recht nach Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungsfreiheit) statt.[93] Für die Beurteilung der Notwendigkeit berücksichtigte der Gerichtshof den historischen Kontext aus Sicht des belangten Konventionsstaats,[94] den Zeitfaktor zwischen den getätigten Aussagen und den fraglichen Ereignissen,[95] das Ausmass, in dem die fraglichen Äusserungen die Rechte der anderen beeinträchtigen konnten,[96] den Konsens (in diesem Fall hinsichtlich der strafrechtlichen Ahndung der Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit) unter den Vertragsstaaten,[97] ob der Eingriff (seitens der Schweiz) völkerrechtlich geboten war[98] und die Schwere des Eingriffs (welche Sanktionen verhängt worden sind).[99]

Der Gerichtshof kam nach Abwägung aller Elemente zum Schluss, dass eine Verletzung von Art. 10 EMRK vorlag.[100] Er begründete seine Entscheidung folgendermassen:

> «Taking into account all the elements analysed above – that the applicant's statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or

92 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, §§ 156–157, 15. Oktober 2015.

93 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 228, 15. Oktober 2015.

94 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 242, 15. Oktober 2015.

95 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 250, 15. Oktober 2015.

96 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 251, 15. Oktober 2015.

97 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 256, 15. Oktober 2015.

98 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 258, 15. Oktober 2015.

99 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 273, 15. Oktober 2015.

100 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 281, 15. Oktober 2015.

> intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal-law response in Switzerland, that there is no international-law obligation for Switzerland to criminalise such statements, that the Swiss courts appear to have censured the applicant for voicing an opinion that diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of a criminal conviction – the Court concludes that it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case.»[101]

Die Entscheidung fiel allerdings kontrovers aus (zehn zu sieben Stimmen) und es folgten im Anschluss an die Begründung diverse abweichende Sondervoten.[102] Insbesondere die Sonderbehandlung des Holocaust im Gegensatz zu anderen Genoziden stellte einen der Hauptstreitpunkte dar und war auch von den involvierten Drittparteien mehrmals kritisiert worden.[103]

H. Beispielfall 8: Lilliendahl gegen Island

Im Fall *Lilliendahl gegen Island* stellte der Gerichtshof zum ersten Mal die direkte Frage, ob es sich bei der zu beurteilenden Äusserung um Hassrede handelte. Er gab eine ausführliche Antwort darauf sowie einen Überblick darüber, was Hassrede in der Rechtsprechung des EGMR bedeute. Hierbei erklärte er auch die verschiedenen Formen der Hassrede (echte und unechte Hassrede),[104] die er neu in «gravest forms of ‹hate speech› und «‹less grave› forms of ‹hate speech›» unterteilte. Die erste Kategorie fällt gemäss Art. 17 EMRK gänzlich aus dem Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK heraus. Bei der zweiten Kategorie, die zwar nicht vom Schutzbereich per se ausgeschlossen ist, sind staatliche Einschränkungen gestat-

---

101 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 280, 15. Oktober 2015.

102 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 115, 15. Oktober 2015.

103 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, §§ 177, 181, 195, 15. Oktober 2015.

104 Vor dem Fall Lilliendahl gegen Island gab es keine vergleichbare deklarierte Kategorisierung. Hassrede wurde vor dieser Unterteilung dann vom Schutzbereich ausgeschlossen, wenn es sich um «echte» Hassrede handelte. Das liess auf eine Unterteilung in echte und unechte Hassrede schliessen, vgl. dazu auch Beispielfall 5 Vejdeland gegen Schweden). Die vormals als «echte» Hassrede bezeichnete Rede dürfte entsprechend neu der «gravest form of hate speech» entsprechen.

tet.[105] Interessanterweise zählte der Fall *Vejdland et al.* auch zu letzteren Fällen,[106] obwohl der Gerichtshof im entsprechenden Urteil nicht eindeutig davon ausgegangen ist, dass es sich überhaupt um Hassrede gehandelt habe. Das lässt sich nur so erklären, dass es bei jenem Urteil noch keine entsprechende Unterscheidung gab und es sich wohl doch um (unechte) Hassrede gehandelt hat, selbst wenn sie nicht so benannt wurde.[107] In ihrem Sondervotum bedauerten Richterin Yudkivska und Richter Villiger denn auch, dass die Mehrheit des Gerichts die Ansicht vertreten habe, dass es sich nicht um (vom Schutzbereich ausgeschlossene) Hassrede gehandelt habe und darunter nur falle, was «directly recommend individuals to commit hateful acts».[108]

Im Fall *Lilliendahl* wurde nun spezifiziert, dass unter die zweite Kategorie auch Reden fielen, die nicht einen Aufruf zu Gewalt oder strafbare Handlungen enthielten. Ob es sich dabei jeweils um Hassrede handle, werde aufgrund des Inhalts der Äusserung und der Art und Weise beurteilt, in der die Rede getätigt worden war.[109] Der Gerichtshof behandelte nun im vorliegenden Beispielfall erstmals ausführlich die explizite Frage, ob es sich bei den Äusserungen des Klägers um Hassreden im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs handelte.

Die fraglichen Äusserungen betrafen einen von einem isländischen Gemeinderat gebilligten Vorschlag zur Verstärkung des Unterrichts und der Beratung in Schulen in Bezug auf Personen, die sich als lesbisch, schwul, bisexuell oder transgender identifizieren. Über den Beschluss wurde in den Nachrichten berichtet, und er führte zu einer ausführlichen öffentlichen Diskussion, unter anderem im Radiosender Ú.S.[110] Carl Lilliendahl schrieb Kommentare unter einen Online-Nachrichtenartikel, in denen er sich zum Vorschlag folgendermassen äusserte:

> «We listeners of [Ú.S.] have no interest in any [expletive] explanation of this *kynvilla* [derogatory word for homosexuality, literally ‹sexual deviation›] from [Ó.S.Ó.]. This is disgusting. To indoctrinate children with how *kynvillinga*r [literally ‹sexual

[105] Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, §§ 34–35, 12. Mai 2020.

[106] Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, §§ 36–37, 12. Mai 2020.

[107] Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 5 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, 9. Februar 2012, siehe aber Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, §§ 4–5 of the concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Nussberger, 9. Februar 2012.

[108] Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 5 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, 9. Februar 2012.

[109] Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, § 36, 12. Mai 2020.

[110] Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, §§ 3–4, 12. Mai 2020.

deviation› *eðla sig* [‹copulate›, primarily used for animals] in bed. [Ó.S.Ó.] can therefore stay at home, rather than intrude upon [Ú.S.]. How disgusting.»[111]

Lilliendahl wurde schliesslich[112] zu einer Geldstrafe von rund 800 Euro verurteilt.[113] Der EGMR stellte fest, dass es sich bei dem Kommentar nicht um Hassrede der ersten Kategorie handle, weil nicht unmittelbar ersichtlich sei, dass dieser darauf abzielte, zu Gewalt und Hass anzustiften oder die durch die Konvention geschützten Rechte und Freiheiten zu zerstören.[114] Er beurteilte es als Hassrede der zweiten Kategorie, überprüfte die verhängte Sanktion auf ihre Rechtmässigkeit und stellte einstimmig keine Verletzung von Art. 10 EMRK fest.[115]

V. Schweiz

In der Schweiz existiert ebenso wenig eine allgemeingültige rechtliche Definition von Hassrede. Gesetzlich verboten ist eine Reihe von Tatbeständen, die in irgendeiner Form Reden gegen Gruppen oder Einzelpersonen sanktionieren, dabei handelt es sich insbesondere um Ehrverletzungsdelikte (Art. 173–177 StGB), Drohung (Art. 180 StGB und 285 StGB), Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Art. 261bis StGB), öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB) und Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB). In einem weiteren Sinne könnten unter besonderen Umständen noch weitere Tatbestände darunterfallen, wie z.B. Nötigung (Art. 181 StGB), Schreckung der Bevölkerung (Art. 258 StGB), Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB), staatsgefährliche Propaganda (Art. 275bis StGB), Beleidigung eines fremden Staates (Art. 296 StGB) und zwischenstaatlicher Organisationen (Art. 297 StGB), falsche Anschuldigung (Art. 303 StGB) etc.[116]

Im Folgenden werden diejenigen Tatbestände skizziert, die in einem «engeren» Sinne Hassrede erfassen und bestimmte Gruppen oder Einzelpersonen wegen einer

---

111 Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, § 5, 12. Mai 2020.

112 Die isländischen Gerichte waren sich alles andere als einig. Es erfolgte nach einer Einstellung des Verfahrens die Anweisung zur Wiederaufnahme, eine erstinstanzliche Verurteilung, ein oberinstanzlicher Freispruch und anschliessend die Verurteilung durch den isländischen Supreme Court.

113 Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, § 17, 12. Mai 2020.

114 Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, § 26, 12. Mai 2020.

115 Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, §§ 39–40, 49, 12. Mai 2020.

116 Grundsätzlich nicht behandelt werden die Bestimmungen des Militärstrafgesetzes.

bestimmten Eigenschaft vor gewissen Reden, Schriften, Gebärden etc. schützen. Namentlich handelt es sich um die Art. 261bis und 261 StGB. Art. 261bis StGB enthält eine abschliessende Liste der geschützten Gruppenmitglieder. Art. 261 StGB schützt u.a. Menschen vor Herabsetzungen ihres Glaubens bzw. die religiösen Gefühle der Gläubigen. In die Untersuchungen miteinbezogen wird auch Art. 259 StGB. Obwohl er keine spezifische Gruppenzugehörigkeit schützt, wird er häufig in die Diskussion rund um das Thema Hassrede einbezogen, weil er (generell) den Aufruf zu Gewalttätigkeiten oder Verbrechen kriminalisiert. Eine sinnvolle Beurteilung der bestehenden Hassrederegulierungen muss deshalb Art. 259 StGB miteinbeziehen. Die Ehrverletzungsdelikte schützen zwar ebenfalls vor Herabwürdigungen, diese sind aber unspezifischer Art und nicht an ein bestimmtes Merkmal geknüpft und zudem nur in Ausnahmefällen auf ganze Gruppen anwendbar (Kollektivbeleidigung). Insofern werden diese Tatbestände nur punktuell herangezogen.

Den drei oben genannten Tatbeständen ist gemein, dass es sich um Äusserungsdelikte handelt, die alle insbesondere sprachliche (oder bildliche) Ausdrücke sanktionieren und sich im 12. Titel des StGB befinden, der die Marginalie «Schutz des öffentlichen Friedens» trägt. Deshalb soll vorliegend gefragt werden, wie Hassrede in diesen Artikeln definiert wird bzw. welche Formen von ihr erfasst werden.

Eine inhaltlich strafrechtlich relevante Aussage oder Verhaltensweise nach Art. 261bis StGB ist im Gesetz nicht genau umschrieben. Es reicht aus, dass diese geeignet ist, Hass zu wecken oder zu Diskriminierung aufzurufen. Die Aussage oder Verhaltensweise muss hierbei die Person in ihrer Menschenwürde treffen bzw. sie verächtlich machen und herabsetzen.[117] Der in der Marginalie und in Abs. 1 verwendete «Begriff des ‹Aufrufens› (zu Hass oder Diskriminierung) […] umfasst auch das ‹Aufreizen›. Erfasst werden damit auch die allgemeine Hetze oder das Schüren von Emotionen, die auch ohne hinreichend expliziten Aufforderungscharakter Hass und Diskriminierung hervorrufen können.»[118] Dabei genügt, wenn durch Äusserungen eine Stimmung geschaffen wird, in der Hass oder Diskriminierung gedeihen.[119] In französischer Sprache heisst es: «Par inciter, il faut entendre le fait d'éveiller le sentiment de haine ou d'appeler à la discrimination.»[120] Im Gesetz fehlt eine Definition dessen, was als Hass oder Diskriminierung verstanden wird. Von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird

117 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.5.

118 BGE 143 IV 193 E. 1 S. 199.

119 BGE 143 IV 193 E. 4.3 S. 208.

120 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.5.

Diskriminierung als eine ungerechtfertigte Schlechterbehandlung[121] und Hass als feindselige Haltung oder feindseliges Klima[122] bzw. als Abneigung definiert, die dazu führt, jemandem Böses zu wünschen oder sich über das Böse zu freuen, das ihm widerfährt.[123] Gesetzlich verboten werden allerdings nur Hassreden aufgrund von Rasse, Ethnie, Religion und sexueller Orientierung, *nicht* hingegen Hassreden gegen Frauen, Transmenschen, Menschen mit einer Behinderung, alte oder sozial benachteiligte Menschen oder andere soziale Minderheiten etc. Diese Personen können sich strafrechtlich nur wehren, wenn sie direkt betroffen sind (z.B. durch ein Ehrverletzungsdelikt), nicht aber, wenn die beleidigende Äusserung pauschal gegen die gesamte Gruppe erfolgt.[124]

Es konnten nur zwei bundesgerichtliche Urteile gefunden werden, in denen der Begriff der Hassrede überhaupt verwendet worden ist. Im einen Fall wird auf ein Urteil des EGMR verwiesen, das festhält, dass kritische Werturteile so lange zulässig seien, wie sie keine eigentliche Hassrede enthielten oder zu Gewalt anstifteten.[125] Im anderen Fall wird eine konkrete Äusserung als Hassrede deklariert, weshalb sie nicht unter den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit falle.[126] Weiterführende oder vertiefende Ausführungen fehlen.

Die beiden anderen Artikel (259 und 261 StGB) enthalten den Begriff des Hasses überhaupt nicht. Sie kriminalisieren u.a. (öffentliche) Reden, die entweder zu Verbrechen oder Gewalt gegen Sachen oder Menschen aufrufen (Art. 259 StGB) oder die in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpfen oder verspotten oder Kultushandlungen böswillig verspotten (Art. 261 StGB). In gemeiner Weise (Abs. 1) bezieht sich dabei nicht auf die Motivation oder Gesinnung, sondern zeigt an, dass die Verletzung einen gewissen Schweregrad erreichen muss. Daher handelt es sich um ein objektives und nicht um ein subjektives Tatbestandsmerkmal.[127] Anders ist das bei Böswilligkeit (Abs. 2), die als qualifizierendes subjektives Element behandelt wird.[128] Böswilligkeit wird angenommen, wenn die Täterin bzw. der Täter darauf abzielt,

---

121 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.5.

122 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 33.

123 BGE 126 IV 20, S. 28 E. 1f.

124 Zu den Schutzgruppen gemäss Art. 261bis StGB, vgl. Teil 2, Kap. 1 IV.

125 Urteil des BGer 5A_888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 7.5.1.

126 Urteil des BGer 6B_627/2015 vom 4. November 2015 E. 2.8.

127 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 30.

128 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 58.

«mit seiner Handlung eine Kultushandlung zu beeinträchtigen und dadurch die Gefühle der Gläubigen zu verletzen».[129] Die Verletzung der Gefühle religiöser Menschen muss nicht nur in Kauf genommen werden, sondern das Ziel der Tathandlung bilden.[130] Wann diese Gefühle aber genau derart verletzt sind, dass das Strafrecht eingreifen muss, bleibt unklar.[131] Die Hassredebestimmungen decken damit eine Spanne von einem Aufruf zu Gewalttätigkeiten über menschenverachtende Äusserungen (inkl. Genozidleugnung) bis hin zum Gefühlsschutz von religiösen Menschen, allerdings stets unter dem Vorbehalt, dass eine entsprechende Äusserung öffentlich erfolgt ist.

VI. Zwischenergebnis

Zunächst wird klar, dass es keine allgemeingültige und schon gar keine international bindende Definition von Hassrede gibt. In einem Handbuch zur Bekämpfung von Hassreden im Internet räumt die UNESCO denn auch ein, dass die Möglichkeit, zu einer allgemeingültigen Definition zu gelangen, unwahrscheinlich erscheine.[132] Je nach Bericht, Handbuch oder Fallbeispiel scheinen mehr oder weniger Ausdrucksformen unter Hassreden zu fallen. Nimmt man alles zusammen, ergibt sich ein von Widersprüchen geprägtes Sammelsurium: Hassrede manifestiert sich nicht notwendigerweise in einem Ausdruck von Hass und kann auch rational oder normal erscheinen. Sie gründet sich immer auf Hass, vorausgesetzt, dieser richtet sich gegen die vom jeweiligen Staat geschützten Personen oder Gruppen und kann Verunglimpfung, Herabwürdigung, Aufstachelung, Diskriminierung, Hass, Feindseligkeit, Belästigung, Beleidigung, negative Stereotypisierung, Stigmatisierung, Rechtfertigung, Leugnung, Verharmlosung, Duldung, Verherrlichung etc. umfassen. Hassrede drückt sich nicht nur in direkter Rede, sondern durch eine Vielzahl von allen möglichen Ausdrucksformen sowohl expliziter als auch impliziter oder subtiler Art aus.[133]

Es ist unschwer zu erkennen, dass solche Definitionsversuche alles andere als präzise und eng gefasst sind. Hassrede bildet eine eigene Art von Rede oder Ausdrucksform und es wird viel begriffliche Verwirrung gestiftet, wenn alle mög-

---

129 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 59.

130 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 59.

131 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 31.

132 Gagliardone et al., S. 8.

133 Coleman, S. 6.

lichen Formen unhöflicher und verletzender Rede darunter subsumiert werden. Auch der Begriff der Hassrede ist an sich schon unbefriedigend, da es den Hass betont, ein sehr starkes Gefühl oder einen gefühlsmässigen Beweggrund.[134]

Was als Hassrede definiert wird, hängt deshalb bis zu einem gewissen Grad vom «Auge des Betrachters» ab und könnte an sich jede Äusserung sein, die jemand anderes als herabsetzend empfindet.[135] Diese subjektive Bewertung kann dazu führen, dass bereits der Ausdruck «Familie» oder «traditionelle familiäre Werte» als Hassrede bezeichnet wird,[136] was das Feld dafür, was als Hassrede gelten kann, weit öffnet.

Strafrechtlich sanktioniert werden sollen aber – so die internationalen Definitionen – nur die schwersten Formen der Hassrede, nämlich wenn diese zu Diskriminierung, Feindseligkeit und Gewalt aufstacheln.[137] Wann dies der Fall ist, wird aber nirgends genauer definiert. Weiter ist unklar, wer genau vor Hassrede geschützt werden soll. Einige Ansätze wollen lediglich (historisch) unterdrückte Minderheiten schützen.[138] Andere wiederum geben als Kriterium ein «spezifisches Set von Charaktermerkmalen»[139] oder «persönliche Eigenschaften und Statusmerkmale»[140] an und benennen einige Beispiele, ohne aber jeweils zu konkretisieren, wie zu entscheiden ist, ob das Merkmal letztlich schützenswert erscheint oder nicht. Klar wird einzig, dass es sich um eine Person oder Personengruppe handeln muss, die wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten – nicht näher konkretisierten – Merkmal Hass erfährt.

Die uneinheitliche Rechtsprechung des EGMR stiftet weitere Verwirrung. Dies insbesondere aufgrund der vormaligen Kategorisierung in «echte», «unechte» Hassrede» und unnötig beleidigende Rede, von der nicht klar ist, ob es sich um

---

134 Parekh, S. 40.

135 Alvaré, S. 459.

136 Wenke Joe, Deciphering Hate Speech: How Coded Words Like «Family» Breed Contempt, in: The Huffington Post vom 7. Februar 2013, <https://www.huffpost.com/entry/deciphering-hate-speech-how-coded-words-like-family-breed-contempt_b_3529085> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

137 HRC, Report 2015, N 52; zit. auch in Delfi AS v. Estonia, no. 64569/09, § 28 (Fn. 9) of the joint dissenting opinion of the Judges Sajó and Tsotsoria, 16. Juni 2015 [Hervorhebung durch die Autorin].

138 Empfehlung Nr. R (97) 20, S. 107; Matsuda, S. 36.

139 EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, S. 16 [Hervorhebung durch die Autorin].

140 ECRI, Nr. 15, N 9 [Hervorhebung durch die Autorin].

Hassrede handelt. Der Fall *Lilliendahl* konnte zwar die unterschiedliche Behandlung von Hassreden mit der Einführung der neuen Differenzierung in «schwerste und weniger schwere Formen» von Hassrede etwas klären, aber es bleiben Fragen offen. So ist nach wie vor unklar, welche Reden nur beleidigend und von Art. 10 EMRK geschützt sind und welche unnötig beleidigend sind und als Hassrede zweiter Kategorie eingeschränkt werden dürfen.

Weiter nur schwer nachvollziehbar ist, dass die Holocaustleugnung als einzige Genozidleugnung unter Hassrede der ersten Kategorie (schwere Fälle) und Leugnungen aller anderen Genozide als Hassrede zweiter Kategorie behandelt werden. Diese Ungleichbehandlung im Bereich der Genozidleugnung wirft weitere Fragen auf. Es ist deshalb alles andere als nachvollziehbar, welche Reden legitimerweise eingeschränkt werden dürfen bzw. was unter einzuschränkende Hassrede (zweiter oder erster Kategorie) fällt. So bleibt insgesamt fraglich, ob diese Zweiteilung in schwere und weniger schwerwiegende Formen von Hassrede sinnvoll ist oder ob der Ausdruck Hassrede sich nur auf die schwerwiegenden Fälle beziehen sollte.

Die bundesgerichtliche Definition ist ebenfalls alles andere als klar. Hass als starke Abneigung zu beschreiben, die sich am Leid anderer erfreut oder ihnen Böses wünscht oder ein feindseliges Klima schafft, definiert zwar den Begriff des Hasses theoretisch, subsumiert aber auch andere Gefühle unter Hass, die noch keinen Hass, sondern lediglich eine Abneigung darstellen. Zu beachten ist allerdings, dass das Gefühl noch keinen Straftatbestand darstellt, sondern erst der öffentliche Ausdruck davon oder Aufruf dazu. Trotzdem bleibt fraglich, ob es notwendig ist, in einer demokratischen Gesellschaft den Aufruf zu einer starken Abneigung gegen andere oder die Verletzung religiöser Gefühle strafrechtlich zu erfassen. Die einzelnen Begriffsdefinitionen müssten zumindest einen höheren Konkretisierungsgrad aufweisen.

Ausgehend von den zuvor erläuterten Definitionen wird strafrechtlich relevante Hassrede vorläufig wie folgt definiert:

Als Hassrede gilt eine Ausdrucksform, die sich (öffentlich oder an ein Mitglied der anvisierten Gruppe) gegen Kollektive oder Mitglieder dieser Kollektive aufgrund der Zugehörigkeit zu diesen Kollektiven richtet[141] und eine Botschaft enthält, die zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufreizt und geeignet ist, Schaden anzurichten, und die über den Hass hinaus keinen weiteren legitimen Zweck aufweist.[142]

---

141 Christou, S. 19–20.

142 Sellars, S. 24–31.

Anzumerken bleibt, dass die Verletzung der Menschenwürde oder die Leugnung von Genoziden in den verschiedenen internationalen Definitionen entweder gar nicht oder nur vereinzelt erwähnt werden. Es ist aber grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Definitionen so verstehen, dass die Einschränkung von Hassrede zumindest implizit ebenfalls dem Schutz der Menschenwürde und Gleichheit aller Menschen dienen soll.[143] Ein ähnlicher Konsens scheint bei den Genozidleugnungen zu fehlen. Dies dürfte u.a. daran liegen, dass die verschiedenen europäischen Staaten diese jeweils unterschiedlich handhaben, und zwar sowohl in Bezug darauf, ob eine Leugnung überhaupt geahndet wird, wie auch, welche Genozide (nicht) geleugnet werden dürfen. Die Rechtsprechung des EGMR bietet zu dieser Frage ebenfalls keine eindeutige Antwort. So stellt gemäss EGMR die Verharmlosung der Massaker und Vernichtungsmärsche im Ottomanischen Reich von 1915 bis 1917 und die Bezeichnung der armenischen Bevölkerung als Instrument der imperialistischen Mächte, die Mitaggressoren gewesen seien, einerseits (so im Fall Perinçek gegen die Schweiz) keine Hassrede dar, die Abstreitung von Gaskammern im KZ Auschwitz andererseits schon. Es ist widersprüchlich, dass die Uminterpretation historischer Gegebenheiten die Würde der betroffenen Gruppe im einen Fall beeinträchtigt und im anderen nicht.

Zusammenfassend scheint Hassrede nicht deshalb strafrechtlich sanktioniert werden zu müssen, weil sie Hass ausdrückt oder von Hass motiviert ist, sondern «because it can incite unlawful or violent acts against members of groups identifiable by legally-protected characteristics».[144]

---

143 HRC, Report 2015, N 73, 102; Empfehlung Nr. R (97) 20, S. 107; ECRI, Nr. 15, N 51, 55.

144 Guillén-Nieto, S. 114.

Kapitel 2: Historische Hintergründe[145]

Um Hassredenormen und deren Auswirkungen verstehen zu können, muss in einem nächsten Schritt deren Ursprung und Entwicklung untersucht werden. Im nachfolgenden Kapitel werden die Entstehung sowie Veränderung von Hassredenormen und deren grundrechtlicher Kontext von der internationalen Ebene – angefangen bei der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) – bis hin zu der Europäischen Menschenrechtserklärung und den Entwicklungen auf nationaler Ebene (Schweiz) gezeigt. Wie sich zeigen wird, wird anfänglich primär danach gefragt, welche Formen der Rede nicht mehr von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sein sollen, bis schliesslich im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (kurz: Rassendiskriminierungskonvention/RDK) ein explizites Gebot für die Schaffung einer nationalen Strafnorm gefordert worden ist, was u.a. zum Art. 261bis StGB in der Schweiz geführt hat.

I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Bei der Gründung der Organisation der Vereinten Nationen (UNO) 1945 lastete die schwierige Aufgabe[146] auf den Delegierten, eine internationale «Verfassung» (bill of rights) in die Charta der UNO zu integrieren. Entsprechender Druck hatte sich während des Zweiten Weltkriegs sowohl national als auch international konstant aufgebaut, und 1945 reichten drei Staaten einen ersten Entwurf eines solchen Gesetzes bei der UNO ein.[147] Diese Bemühungen zahlten sich schliesslich aus, als der damalige Aussenminister der USA (Edward Stettinius Jr.) dafür plädierte, dass die Charta der UNO ausdrückliche Hinweise (deren sieben) auf die Notwendigkeit der internationalen Anerkennung und des Schutzes von Menschenrechten enthalten sollte.[148] Die Charta selbst forderte zwar keine Ausarbeitung einer internationalen Verfassung, doch setzte die UNO eine Menschenrechtskommission ein, der sie die Ausarbeitung einer Menschenrechtsdeklaration überliess.[149] Nach beinahe zwei Jahren der Beratung wurde am 10. Dezember 1948 die Allgemeine Erklä-

---

145 Für eine eingehendere historische Auseinandersetzung mit dem Thema Redefreiheit vgl. Mchangama, Free Speech.

146 Sowohl diverse Staaten als auch verschiedene Gruppierungen und (Nichtregierungs-) Organisationen verlangten die Integration von Menschenrechten.

147 Morsink, S. 1–2; Schabas, Vol. I, S. lxxvi.

148 Morsink, S. 2.

149 Morsink, S. 3.

rung der Menschenrechte (AEMR) von der dritten Generalversammlung mit 48 zu null Stimmen bei acht Enthaltungen[150] angenommen.[151] Obwohl die AEMR kein juristisch bindendes Dokument ist, kommt ihr hohes moralisches und politisches Gewicht zu.[152] Zudem fungierte sie als Vorgängerin diverser weiterer internationaler Abkommen[153].[154] Während der Ausarbeitung des Entwurfs stellte sich bei zwei Artikeln auch die Frage nach dem Umgang mit dem, was heute Hassrede genannt wird. Das betraf Art. 19 (Meinungsäusserungsfreiheit) und Art. 7 (Schutz gegen Diskriminierung).[155]

A. Artikel 19 AEMR – Meinungs- und Informationsfreiheit

Art. 19 AEMR garantiert das Recht auf freie Meinung und Meinungsäusserung. Nach der Ausarbeitung eines ersten Entwurfs wurden zwei Artikel – E-Art. 17 und E-Art. 18[156] – (die später gemeinsam zu Art. 19 wurden) an die zweite Sitzung der Unterkommission weitergeleitet. Dabei stellte sich auch die Frage, ob geprüft werden solle, ob Publikationen oder anderen öffentlichen Medien die Meinungsäusserungsfreiheit verweigert werden sollte, wenn das Ziel oder die Neigung bestand, Personen oder Gruppen wegen ihrer Rasse, Sprache, Religion oder nationalen Herkunft zu verletzen oder zu Vorurteilen oder Hass anzustiften.[157] Schliesslich wurden zwei (alternative) Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit vorgeschlagen und diskutiert.[158] Nur zwei Experten lehnten beide Vorschläge ab: der tschechische und der sowjetische – nicht, weil sie keine Einschränkungen

150 Enthalten haben sich die Sowjetunion, die Ukraine, die Tschechoslowakische Sozialistische Republik, Weissrussland, Polen, Jugoslawien, Saudi-Arabien und Südafrika.

151 Morsink, S. 5, 12.

152 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, in: humanrights.ch, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/grundlagen/rechtsquellen-instrumente/aemr/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

153 Z.B. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Rassendiskriminierungskonvention, UN-Antifolterkonvention, UN-Kinderrechtskonvention etc.

154 EDI, Menschenrechte, <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/menschenrechte.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

155 Coleman, S. 18.

156 E/CN.4/Sub.1/36, S. 3.

157 Morsink, S. 67.

158 «Having regard to the rights of others» und «being liable only for the abuses of this freedom in cases determined by the law of nations».

wünschten, sondern weil diese ihnen nicht weit genug gingen. Jedoch wurden die Einschränkungsklauseln in der Folge durch die Unterkommission wieder fallen gelassen.[159] Die Sowjetunion propagierte jedoch weiterhin Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sowohl in der Menschenrechtskommission wie auch im Dritten Ausschuss. So schlug sie mehrmals vor, den ursprünglichen Artikel wie folgt abzuändern:

> «Freedom of speech and the Press shall not be used for purposes of propagating fascism, aggression and for provoking hatred as between nations.»[160]

Dieser Vorschlag wurde dreigeteilt, um einzeln über die verschiedenen Begriffe abzustimmen (for purposes of propagating fascism; for purposes of propagating aggression; for provoking hatred as between nations). Alle drei Vorschläge wurden abgelehnt, wenn auch der dritte nur sehr knapp (19 zu 19 Stimmen, bei acht Enthaltungen).[161] Einerseits wurde die Meinung vertreten, dass es nicht mehr länger einen einheitlichen Begriff von «Faschismus» gebe und ein solch unklarer Begriff deshalb nicht in einem juristischen Dokument auftreten sollte: [162]

> «The term ‹fascism› which had once a definite meaning was now being blurred by the abuse of applying it to any person or idea which was not communist.»[163]

Andererseits machte die Sowjetunion es den übrigen Staaten schwer, ihre Anträge zu unterstützen, da sie Aussagen tätigten, die implizierten, dass zwischen dem Naziregime und den westlichen Demokratien nur ein «Unterschied des Grades, aber nicht der Art» bestünde (da es sich nicht um kommunistische Staaten handelt) und sie somit auch den westlichen Staaten selbst das Recht auf freie Meinungsäusserung verwehrten.[164] Auffällig ist, dass die meisten Delegierten eher ein Problem mit dem Begriff «Faschismus» als mit dem Begriff «Hass» hatten.[165] Die diversen Änderungsanträge der UdSSR zwangen die Delegierten auch zur Beantwortung

---

159 Morsink, S. 67.

160 A/C.3/294/REV.1, S.1.

161 Schabas, Vol. III, S. 2522.

162 Schabas, Vol. III, S. 2513; beide Punkte können infrage gestellt werden, da während des Kriegs der Begriff Faschismus klar war und weil die meisten Staaten die AEMR nicht als juristisch bindendes Dokument sahen (Morsink, S. 68).

163 Schabas, Vol. III, S. 3061.

164 Morsink, S. 68. Wörtlich wurde Faschismus als: «bloody dictatorship of the most reactionary section of capitalism and monopolies» bezeichnet (zit. nach Schabas, Vol. III, S. 2520).

165 Vgl. dazu Schabas, Vol. III, S. 2513, 2525–2526.

der Frage, ob insbesondere Nationalsozialisten in einem Land, das den Prinzipien der AEMR folgt, das Recht auf Rede- und Versammlungsfreiheit haben sollten oder nicht.[166] Diese Frage wurde von William McNamara (Delegierter Australiens) klar bejaht, sofern diese Meinungen nicht zu Gewalttaten oder Regierungsumstürzen führten.[167] Die UdSSR hingegen vertrat die Meinung, dass gefährliche Ideen verboten werden sollten und dass Ideen nicht (nur) mit Ideen zu bekämpfen seien, sondern dass es Taten brauche, konkret Verbote und Strafen, um zu verhindern, dass sich die Geschichte (z.B. der Holocaust) wiederhole.[168]

> «The delegation of the USSR could not accept article 20[169], which did nothing to solve the question. Complete freedom to disseminate ideas did not solve the problem of freedom of expression. There were dangerous ideas the diffusion of which should be prevented, war-mongering and fascist ideas, for instance. It was impossible to agree that that article should permit the propagation of such ideas, which had been responsible for the horrors that the world had recently known. Article 20 would allow even fascists to raise their heads unless the deformation of the concept of liberty contained therein was corrected. It was of no use to argue that ideas should only be opposed by other ideas; ideas had not stopped Hitler making war. Deeds were needed to prevent history from repeating itself. Not only must ideas be fought by other ideas but fascist manoeuvres and warmonger's machinations must also and especially be made illegal and the necessary punitive measures must be provided for. The mistake of not considering any measures for punishment might once again cost the world millions of human lives.»[170]

Diverse Delegierte betonten, dass Art. 19 ein sehr wichtiger, wenn nicht gar der wichtigste Artikel der Erklärung darstelle und dieser deshalb nicht durch unklare Begrifflichkeiten oder unnötige Einschränkungen verwässert werden sollte.[171] Die Meinungs(äusserungs)freiheit sei immer die erste Freiheit, die angegriffen werde, wenn die Demokratie bedroht sei.[172]

---

166 Morsink, S. 66.

167 Schabas, Vol. I, S. 1034.

168 Schabas, Vol. III, S. 3024–3025.

169 Art. 19 war zuerst Art. 17 und anschliessend Art. 20 des Entwurfs.

170 Zit. nach Schabas, Vol. III, S. 3024–3025.

171 Schabas, Vol. III, S. 2510–2511, 2515, 2517–2518, 2523.

172 Schabas, Vol. III, S. 2510.

Obwohl die Delegierten insbesondere europäischer Länder einer Einschränkung der Redefreiheit nicht grundsätzlich ablehnend gegenüberstanden, hatten sie doch grosse Bedenken, dass der Antrag der UdSSR grosses Missbrauchspotenzial für totalitäre Staaten birgt.[173] Ein Staat solle Grundrechte garantieren und nicht einschränken.

> «[T]he fundamental freedoms [are] not conferred by the State; its purpose [is] to guarantee them and […] not infringe them. The USSR representative, however, wanted to amend article 1[9] so as to make the State responsible for ensuring freedom of opinion and expression. The effect of the USSR amendment would be to create a controlled Press such as existed in all totalitarian countries.»[174]

Die Gefahr des Missbrauchs eines Verbots der Redefreiheit durch den Staat wurde der Gefahr des Missbrauchs der Redefreiheit gegenübergestellt. Die Gefahr, dass der Staat bei einem Verbot unliebsame Reden unterdrücken werde, wurde als die grössere angesehen.[175] Alle Änderungsanträge der UdSSR, die stets erneut die Gefahr des Faschismus beschwörten, insbesondere da sie für faschistische Propaganda oder zur Aufforderung von Rassenhass benutzt werden könnten, wurden deshalb abgelehnt.[176]

Die endgültige Version von Art. 19 AEMR lautete schliesslich:

> «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.»[177]

---

173 Mchangama, S. 292.

174 Zit. nach Schabas, Vol. III, S. 2508.

175 Vgl. dazu Mchangama, S. 291–292.

176 Zit. nach Schabas, Vol. III, S. 3059–3060.

177 Art. 19 AEMR; zu Deutsch etwa: Jeder Mensch hat das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, Meinungen ungehindert zu vertreten und Informationen und Ideen über alle Kommunikationsmittel und ohne Rücksicht auf Grenzen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten. Mit dem Wort «Grenzen» sind sowohl ideologische Barrieren wie auch physische Grenzen (z.B. Landesgrenzen) gemeint (Schabas, Vol. III, S. 2508).

Diese Freiheit wurde aber nicht als absolut verstanden,[178] sie wird eingeschränkt durch Massnahmen gegen Aufhetzung zur Gewalt.[179] Aber diese Massnahmen wurden nicht im Mittel der Zensur gesehen.[180] Vielmehr sei «the most effective method of combating warmongering propaganda […] to facilitate the propagation of truthful news».[181]

B. Artikel 7 AEMR[182] – Gleichheit vor dem Gesetz

In Art. 7 wird die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung statuiert. Die Frage der Aufwiegelung zu Rassenhass oder Diskriminierung erwies sich als recht umstritten. Sie war weder im Redaktionsausschuss noch bei den früheren Arbeiten an dem Entwurf der Erklärung behandelt worden.[183] Während die UdSSR in der Unterkommission für Informationsfreiheit mit ihren Anliegen, Faschismus ernster zu nehmen und Einschränkungen in Bezug auf Art. 19 durchzubringen, nicht vorwärtskam, hatte sie deutlich mehr Erfolg in der Unterkommission zur Verhütung von Diskriminierung und für Minderheitenschutz.[184] Es wurden hitzige Diskussionen darüber geführt, ob der Vorschlag der UdSSR, den Alexandre Borisov unterbreitet hatte, angenommen werden sollte. Dieser hatte einen Absatz vorgeschlagen, der verlangte, dass[185]

> «[a]ny advocacy of national, racial and religious hostility or of national exclusiveness or hatred and contempt, as well as any action establishing a privilege or a discrimination based on distinctions of race, nationality or religion, constitute a crime and shall be punishable under the law of the State».[186]

---

178 Mchangama, Free Speech, S. 291.

179 Schabas, Vol. I, S. 1034, 1058. Die Abänderung des Ausdrucks «by any means» zu «through any media» widerspricht dem nicht, da auch der Abgeordnete des Koordinierungsausschusses der jüdischen Organisationen die Betonung auf die Aufwiegelung zu Gewalt legte, also auf etwas, das zu konkreten Taten animiert: «It should be made clear that, under the Declaration, no man had the right to incite others to violence against any group of human beings.» (Schabas, Vol. II, S. 1789–1790; a.A. Farrior, S. 14).

180 Schabas, Vol. III, S. 2516.

181 Schabas, Vol. III, S. 2516.

182 Art. 7 war ursprünglich Art. 6 der Erklärung.

183 Schabas, Vol. I, S. xcv.

184 Morsink, S. 70.

185 Morsink, S. 70.

186 Zit. nach Schabas, Vol. I, S. 1022.

Dieser Antrag, der in verschiedene Teile zur Abstimmung aufgeteilt worden war, wurde abgelehnt.[187]

Teilweise (Belgien, USA) wurde die Meinung vertreten, dass durch eine solche Klausel sowohl die Redefreiheit, die Pressefreiheit als auch die Religionsfreiheit eingeschränkt werde,[188] andere wiederum sahen darin keine Tangierung dieser Freiheiten (China, Irak).[189] Weiter wurde der Zusatz «constitute[s] a crime and shall be punishable under the law of the State» von einigen Delegierten als Regelbruch betrachtet, da die Erklärung sich nicht um die Umsetzung von Massnahmen kümmern sollte.[190]

Auch die angepasste Formulierung von William McNamara (Australien) und Dr. C. H. Wu (China), die den Zusatz vorschlug

> «any advocacy of national, racial and religious hostility and any action establishing a privilege or a discrimination based on distinctions of race, nationality or religion shall be prohibited by the law of the State»[191]

wurde abgelehnt, (wenn auch nur knapp mit fünf zu fünf Stimmen, bei einer Enthaltung).[192]

Die Unterkommission schlug der Arbeitsgruppe der zweiten Session der Menschenrechtskommission schliesslich vor, dass «incitement to violence against religious groups, nations, races, and minorities» in der Erklärung (an den passenden Stellen) vorkommen solle,[193] da die Mitglieder der Kommission sich zwar über den Grundsatz der Nichtdiskriminierung einig waren, nicht aber über die Art der Anwendung des Grundsatzes.[194]

Die Unterkommission empfahl also zunächst Klauseln, welche die Aufwiegelung zur Gewalt verurteilen, aber nicht die Aufwiegelung zur Diskriminierung oder Hass als solche.[195] Sie beschränkte sich jedoch nicht auf die Aufwiegelung zur Gewalt gegen Einzelpersonen, sondern bezog auch gegen Gruppen gerich-

---

187 Schabas, Vol. I, S. 1064–1067.

188 Schabas, Vol. I, S. 1056–1058, 1064.

189 Schabas, Vol. I, S. 1056–1057.

190 Schabas, Vol. I, S. 1055–1056; Morsink, S. 71.

191 Zit. nach Schabas, Vol. II, S. 1152.

192 Schabas, Vol. II, S. 1152.

193 Zit. nach Schabas, Vol. II, S. 1153.

194 Zit. nach Schabas, Vol. I, S. 1067.

195 Schabas, Vol. I, S. xcv.

tete Gewalt ein.[196] Eleanor Roosevelt (USA) stellte allerdings später klar, dass die Erklärung einzig Individualrechte und keine Gruppenrechte schütze.[197]

In der Arbeitsgruppe der zweiten Session der Menschenrechtskommission wurde der Vorschlag Borisovs erneut vom UdSSR-Delegierten Bogomolov vorgebracht. Er konkretisierte den Vorschlag folgendermassen:

> «In terms of practical reality, this meant that one could not allow advocacy of hatred or racial, national or religious contempt and that any action establishing privileges or discrimination on grounds of race, nationality or religion constituted a crime and should be punished by the law of the State. Without such a prohibition, any Declaration of Human Rights would be useless. It could not be said that to forbid the advocacy of racial, national or religious hatred constituted a violation of the freedom of the press or of free speech. Between Hitlerian racial propaganda and any other propaganda designed to stir up racial, national or religious hatred and incitement to war, there was but a short step. Freedom of the press and free speech could not serve as a pretext for propagating views which poisoned public opinion.»[198]

Die Arbeitsgruppe lehnte den Vorschlag nur knapp ab (zwei zu zwei Stimmen, bei zwei Enthaltungen), auch hier aus den Gründen, dass nirgends sonst in der Erklärung die Idee von Strafe auftauche.[199]

Bogomolov brachte den Vorschlag schliesslich noch ein drittes Mal in der zweiten Session der Menschenrechtskommission vor.[200] Prof. Denhousse (Belgien) fand den Vorschlag zwar inakzeptabel, schlug aber den Zusatz «and against any incitement to such discrimination» vor, der mit zehn zu null Stimmen bei sechs Enthaltungen angenommen wurde. Der Vorschlag Borisovs hingegen wurde erneut abgelehnt (zehn zu vier Stimmen, bei drei Enthaltungen).[201] Die angenommene Klausel wurde zwar weiterhin diskutiert, überlebte aber jede weitere Sitzung.[202]

---

196 Farrior, S. 15.

197 Farrior, S. 18.

198 Zit. nach Schabas, Vol. II, S. 1230.

199 Morsink, S. 70–71.

200 Schabas, Vol. II, S. 1258.

201 Schabas, Vol. II, S. 1261.

202 Morsink, S. 71.

Obwohl in der dritten Session der chinesische Vorschlag,[203] die Klausel zu löschen, nur sehr knapp abgelehnt wurde (acht zu sieben Stimmen, bei einer Enthaltung)[204] und in allen Diskussionen um Art. 7 immer wieder Befürchtungen geäussert worden waren, dass die teilweise als vage empfundene Formulierung[205] «und gegen Aufwiegelung zur Diskriminierung» andere Rechte wie die freie Meinungsäusserung verhindern könnte und es mitunter sehr schwierig sei, die Grenze zwischen Aufwiegelung und legitimer Redefreiheit zu ziehen,[206] kam keine erneute Diskussion im Dritten Ausschuss auf.[207] Dies, weil der Antrag Südafrikas, den gesamten letzten Satz von Art. 7 (inklusive Aufwiegelung zu Diskriminierung) zu löschen, die gesamte Aufmerksamkeit beanspruchte.[208]

Der Artikel wurde am Ende in seiner unten stehenden Endversion jedoch deutlich angenommen (45 zu null Stimmen, bei einer Enthaltung [Südafrika]).[209]

> «All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.»[210]

Allerdings besteht ein deutlicher Unterschied zwischen dem ursprünglichen Vorschlag Borisovs und dem finalen Art. 7. Borisov hatte ein absolutes Verbot von Befürwortung oder Aufwiegelung zu Feindseligkeit, Hass oder Missachtung vorgeschlagen. Die Kommission hatte lediglich den Schutz gegen Aufwiegelung zur

---

203 Ursprünglich schlugen Indien und Grossbritannien einen gemeinsamen Änderungsantrag zur Streichung dieser Klausel vor (Schabas, Vol. II, S. 1686).

204 Schabas, Vol. II, S. 1693.

205 Schabas, Vol. II, S. 2004, 2347, eine a.A. vertrat der ägyptische Delegierte, Herr Bagdadi, S. 2348.

206 Schabas, Vol. III, S. 2347–2348.

207 Morsink, S. 72.

208 Schabas, Vol. III, S. 2110; Morsink, S. 72. Südafrikas Position, Vorschläge einzubringen, war aufgrund des Apartheidregimes denkbar ungünstig und wies einen Mangel an Integrität auf (Morsink, S. 72 mit weiteren Verweisen zur Position Südafrikas). Interessanterweise wandte aber gerade Südafrika während des Apartheidregimes rigide Zensurgesetze an (vgl. Mchangama, Free Speech, S. 301–305).

209 Morsink, S. 72; Schabas, Vol. III, S. 2350.

210 Art. 7 AEMR, zu Deutsch etwa: Alle sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne jede Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstösst, und gegen jede Aufwiegelung zu einer solchen Diskriminierung.

Diskriminierung aufgenommen.[211] Der Schutz vor Aufwiegelung zu Diskriminierung bedeutet nicht zwangsläufig auch ein Verbot bestimmter Redeformen.[212] Schutz vor Aufwiegelung zu Diskriminierung kann anders als mittels Strafrechts gewährt werden, z.B. über Aufklärung, Bildung, Informationen, Kampagnen etc.[213]

Damit wurde auch nichts von dem, was zu den Art. 18–20 festgehalten worden war, revidiert. Nach wie vor wurde allen – auch Nationalsozialisten und Faschisten – das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit zuerkannt sowie das Recht, diese Gedanken in jeder Kommunikationsform und ohne Rücksicht auf Grenzen auszudrücken.

> «There is no real conflict between this right [non-discrimination] and the rights to freedom and speech (Article 19) and of association (Art. 20), which Nazis have just like anyone else. There everyone is said to have the *right to practice* freedom of speech and association, while here, in Art. 7, everyone is said to have the right *to be protected against* this kind of speech. It is understood that the government will balance these two rights in light of the limitation spelled out in Article 29.»[214]

Im diskutierten Kontext müssen auch die allgemeineren Einschränkungen gemäss Art. 29 AEMR betrachtet werden.[215]

C. Artikel 29 Absatz 3 und Artikel 30 AEMR – Grundpflichten, Einschränkungen und Auslegungsvorschriften

In den vorangegangenen Diskussionen zu Art. 7 und Art. 19 waren spezifische Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit stets abgelehnt worden. Es wurde jeweils vorgebracht, dass die allgemeinen Einschränkungen in Art. 29 ausreichen würden.[216]

---

211 Morsink, S. 72.

212 Mchangama, S. 49.

213 Mchangama, S. 49.

214 Morsink, S. 47 [Hervorhebung im Original].

215 Morsink, S. 72; Farrior sieht die Einschränkungen in Art. 29 und 30 als mögliche Einschränkungen von Hassreden (S. 19) an.

216 Schabas, Vol. III, S. 2511–2517, 2524; Farrior, S. 20.

Die finale Version von Art. 29 Abs. 3 AEMR lautet:

> «These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.»[217]

Gäbe es allerdings den Art. 29 nicht, so hätten in den vorangegangenen Artikeln entsprechend Einschränkungen aufgeführt werden müssen.[218]

> «Article 2[9] was of great importance, because without such a provision, all freedom might lead to anarchy and tyranny. Article 2[9] should not only provide for limitations, but should also state the nature of those limitations: respect for the rights of others, and the requirements of morality, public order and the general welfare.»[219]

Auch Art. 30 AEMR basiert auf ähnlichen Überlegungen:

> «Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.»[220]

Art. 29 und Art. 30 setzten den Rechten und Freiheiten der Erklärung deshalb als eine Art Generalklausel gewisse Grenzen.[221] Sie beziehen sich aber gleichermassen auf alle Artikel der Erklärung und nicht in erster Linie auf die Meinungsäusserungsfreiheit.[222]

Den Delegierten ging es darum, gleichsam in einem verbalen «Rundumschlag» festzuhalten, dass die Justizsysteme der Staaten mit der Erklärung übereinstimmen sollten.[223] Nicht nur der Buchstabe des Gesetzes, sondern auch dessen Geist (Sinn) musste mit der Erklärung übereinstimmen. Ein Staat konnte durchaus ein

---

217 Art. 29 Abs. 3 AEMR; zu Deutsch etwa: «Diese Rechte und Freiheiten dürfen in keinem Fall im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen ausgeübt werden».

218 Schabas, Vol. III, S. 256–257.

219 Schabas, Vol. III, S. 2760.

220 Art. 30 AEMR; zu Deutsch etwa: Keine Bestimmung dieser Erklärung darf so ausgelegt werden, dass sie einem Staat, einer Gruppe oder einer Person das Recht einräumt, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die auf die Zerstörung der in dieser Erklärung niedergelegten Rechte und Freiheiten gerichtet ist.

221 Schabas, Vol. III, S. 2547.

222 Schabas, Vol. III, S. 2557; a.A. Farrior, S. 20; die Klausel wird aber bei sehr vielen anderen Artikeln ebenfalls als allg. Einschränkungsklausel genannt, die ausreichend sei (vgl. dazu Schabas, Vol. II, S. 2398, 2561, 2602, 2632).

223 Morsink, S. 86.

funktionierendes Justizsystem haben und gleichzeitig fürchterliche Verbrechen an der Menschheit begehen. Ein zweiter Nazistaat sollte deshalb mit diesen Artikeln verhindert werden.[224]

D. Diskussion und Fazit

Die Forderungen nach mehr Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit stammten primär aus den ehemals kommunistischen Staaten, wobei insbesondere der Nationalsozialismus und der Faschismus[225] verboten werden sollten.[226] Das erstaunt nicht sonderlich, wenn beachtet wird, dass die Aufstachelung zu nationalem, rassistischem usw. Hass erstmals 1952 im Strafgesetzbuch des kommunistischen Jugoslawiens unter Strafe gestellt wurde[227] und auch die Verfassung der Sowjetunion 1936 erklärte, dass jede Befürwortung von rassischer oder nationaler Ausgrenzung oder von Hass und Verachtung gesetzlich zu bestrafen sei.[228] Mehrheitlich wurde aber von den übrigen Staaten die Meinung vertreten, dass zwar alle gegen Diskriminierung geschützt werden sollten, aber die Meinungsäusserungsfreiheit dennoch für alle gelte – auch für solche, die Ideen äusserten, deren Umsetzung erst wenige Jahre zuvor Millionen von Menschen das Leben gekostet hatte.[229]

---

224 Morsink, S. 87.

225 Als Nazi oder Faschist galt allerdings bereits jede Person, die nicht mit den kommunistischen Ansichten übereinstimmte.

226 Auffällige sprachliche Gemeinsamkeiten zu den damaligen Begründungen sind in der aktuellen Legitimation des russischen Einmarsches in die Ukraine (Entnazifizierung etc.) zu beobachten, vgl. Gensing Patrik/Reisin Andrej/Reveland Carla, Putins Krieg gegen die Ukraine: «Entnazifizierung» als Vorwand, in: ARD Tagesschau vom 25. Februar 2022, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/russland-propaganda-ukraine-101.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Laack Stephan, Russische Propaganda: Überall Nazis und Faschisten, in: ARD Tagesschau vom 22. Februar 2023, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/russland-propaganda-105.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

227 Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 6 of the concurring opinion of Judge Boštan M. Zupančič, 9. Februar 2012.

228 Art. 123 der Verfassung der UdSSR vom 5. Dezember 1936, auffindbar unter: <https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_ru&dokument=0021_ver&object=translation&l=de> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

229 Dies wurde durch die sowjetische Delegation denn auch stark kritisiert, vgl. dazu Schabas, Vol. III, S. 1075–1076, 3024–3025.

Es war für die Mehrheit der Delegierten selbstverständlich, dass sich das Grundrecht der freien Meinungsäusserung auf alle möglichen Meinungen erstreckt und die zulässigen Einschränkungen dieser Freiheit so eng wie möglich definiert werden sollten,[230] selbst wenn Meinungen faschistischer Art zur Debatte standen.[231] Weiter kann festgehalten werden, dass im Redaktionsausschuss der Ausdruck «Aufwiegelung zu Hass oder Diskriminierung» kein Thema war und die Unterkommission ursprünglich «incitement to violence» vorgeschlagen hatte.[232] Erst nach wiederholten Bestrebungen durch die Delegation der Sowjetunion wurde die Kompromisslösung «incitement to such discrimination» (durch den Delegierten Belgiens) vorgeschlagen, die sich aber stark vom ursprünglichen sowjetischen Vorschlag unterschied.[233] Der sowjetische Vorschlag hätte Staaten nicht nur die Möglichkeit eines Verbots, sondern die Verpflichtung zum Erlass eines solchen geboten.[234] Eine Formulierung, die vor Aufwiegelung zu Hass oder Feinseligkeiten schützt oder diese gar unter Strafe stellt, wurde nicht aufgenommen. Daraus folgt, dass der Meinungsäusserungsfreiheit ein enormer Wert zugemessen wurde.[235]

Das äussert sich denn auch in der Präambel der AEMR:

> «Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy *freedom of speech and belief* and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people […].»[236]

Auf diesen vier Säulen (Rede- und Glaubensfreiheit sowie frei sein von Furcht und Not) basiert die AEMR und davon war sie seit Beginn des Entwurfs inspi-

---

230 Schabas, Vol. II, S. 1421.

231 Schabas, Vol. I, S. 1034.

232 Schabas, Vol. I, S. xcv.

233 Vgl. dazu Morsink, S. 72.

234 Mchangama, Free Speech, S. 290.

235 Schabas, Vol. III, S. 2518; andere Artikel, die ähnliche Aspekte vertreten (wie Art. 18 oder 21) wurden ebenfalls als wichtigste Artikel angesehen (S. 2499, 2568), wobei die Meinungsfreiheit ohne Meinungsäusserungsfreiheit wertlos ist (S. 1379). Es wurden aber auch Meinungen vertreten, die nahelegten, dass die Sozialrechte die wichtigsten seien (S. 2587–2588).

236 Präambel AEMR [Hervorhebung durch die Autorin]; zu Deutsch etwa: Da Verkennung und Missachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei führten, die das Gewissen der Menschheit tief verletzt haben, und da die Schaffung einer Welt, in der den Menschen frei von Furcht und Not Rede- und Glaubensfreiheit zuteil wird, als das höchste Bestreben der Menschheit verkündet worden ist.

riert.[237] Entgegen den Behauptungen einiger Verfechter des Minderheitenschutzes[238] stellt die Meinungsäusserungsfreiheit deshalb eine der Säulen der Erklärung dar.[239] Mit ihr steht und fällt ein demokratischer Staat.[240] Dennoch war für die Delegierten klar,[241] dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht missbraucht werden dürfe, um Hassreden zu führen, und dass Freiheitsrechte nicht absolut gelten würden.[242] Deshalb wurden allgemeine Einschränkungsklauseln eingeführt. Dieses Argument wird von Befürworterinnen von Hassredenormen denn auch wiederkehrend betont. Vergessen geht dabei, dass dieses Prinzip auch umgekehrt gilt. Der Minderheiten- und Diskriminierungsschutz darf ebenso wenig überbeansprucht werden, wenn damit die Meinungsäusserungsfreiheit über Gebühr eingeschränkt wird. Dieser Umkehrschluss wird derzeit weniger bedacht. Vielmehr scheinen solche allgemeinen Einschränkungsklauseln eine Einbahnstrasse Richtung Diskriminierungsschutz zu sein. Das sind sie aber nicht. Kein Recht darf gegen das andere ausgespielt werden, dieses Prinzip gilt in beide Richtungen.

Und während damals und heute Überlegungen geäussert werden, die nahelegen, dass die Nichtdiskriminierung der wichtigste Faktor menschlichen Lebens sei,[243] kann man dem die Worte von Charles Malik (Delegierter Libanons) entgegenhalten, dass dies eine übermässige Vereinfachung wäre und er sich nicht zufriedengebe «with mere social security and lack of discrimination except as means to a higher end, namely, the freedom of spirit».[244] Ein freier Geist aber muss seine Meinung frei bilden können. Meinungsbildungsfreiheit wiederum setzt Meinungsäusserungsfreiheit und Zugang zu Informationen voraus. Dies lässt die Argumentation zu, dass Meinungsäusserungsfreiheit sehr wohl eine Vorrangstellung unter anderen Rechten geniesse[245] und längerfristig selbst immer noch die beste Waffe gegen Diskriminierung und Hass sei.[246] «Intolerance and hatred should be done away with by means of peaceful persuasion and education.»[247]

---

237 Schabas, Vol. III, S. 3022–3023.

238 Farrior, S. 3.

239 Vgl. Präambel sowie Schabas, Vol. III, S. 3022–3023.

240 Schabas, Vol. III, S. 2510.

241 Schabas, Vol. III, S. 2769.

242 Farrior, S. 19.

243 Schabas, Vol. II, S. 1667, 2216; Farrior, S. 6.

244 Zit. nach Schabas, Vol. II, S. 1667.

245 A.A. Farrior, S. 3.

246 Schabas, Vol. III, S. 2347–2348.

247 Schabas, Vol. III, S. 2674.

II. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)

Im Gegensatz zur AEMR ist der UNO-Pakt II ein völkerrechtlicher Vertrag und somit juristisch bindend.[248] Der Vertrag wurde am 16. Dezember 1966 in New York abgeschlossen und trat infolge der späten schweizerischen Ratifikation erst am 18. September 1992 in der Schweiz in Kraft.[249] In ihm stehen sich erneut die Fragenkomplexe Meinungsäusserungsfreiheit (in Art. 19) und Verbot von Hassrede (in Art. 20 Abs. 2) gegenüber. Dieses Mal aber nicht nur als Schutzgebot, sondern als echtes Verbot.

Art. 19 des UNO-Pakts II garantiert das Recht auf unbehinderte Meinungs(äusserungs)freiheit. Gleichzeitig ist dieses Recht mit besonderen Rechten und Pflichten verbunden und kann Einschränkungen unterworfen werden, die aber in Art. 19 genau umschrieben sind.[250]

A. Artikel 19 UNO-Pakt II – Meinungs(äusserungs)freiheit

Erneut kam es zu einer hitzigen Debatte über die Reichweite der Meinungsäusserungsfreiheit und deren Einschränkung.[251] Der allgemeine Grundsatz, dass «jedermann das Recht auf freie Meinungsäusserung» hat, war an sich nicht kontrovers. Meinungsverschiedenheiten gab es über den genauen Umfang und Inhalt der Meinungsfreiheit.[252] Die Grundsatzdiskussion, ob Einschränkungen als Art Generalklausel oder in den einzelnen Artikeln ausformuliert werden sollten,[253] betraf denn auch die Meinungsäusserungsfreiheit. Die eine Seite war der Meinung, dass eine kurze Erklärung einer allgemeinen Einschränkungsklausel genüge, die andere Seite vertrat die Ansicht, dass ein ganzer Katalog von spezifischen Einschränkungen ausformuliert werden sollte. Es wurden bis zu 30 verschiedene Einschränkungen vorgeschlagen, u.a.:

a) Angelegenheiten, die im Interesse der nationalen Sicherheit geheim bleiben müssen;
b) Äusserungen, die zur gewaltsamen Umstürzung eines Regierungssystems auffordern;

---

248 Mchangama, S. 50.

249 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/750_750_750/de> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

250 Farrior, S. 21.

251 Farrior, S. 21; Mchangama, S. 50.

252 Agenda item 28 (Part II), S. 146, N 124.

253 E/CN.4/77/ANNEX B, S. 12–13.

c) Äusserungen, die unmittelbar zu Straftaten auffordern;

d) Äusserungen, die obszön sind;

e) Äusserungen, die den ordnungsgemässen Ablauf von Gerichtsverfahren beeinträchtigen;

f) Verstösse gegen literarische oder künstlerische Rechte;

g) Äusserungen über andere natürliche oder juristische Personen, die deren Ruf verleumden oder auf andere Weise schaden, ohne der Allgemeinheit zu nützen;

h) die systematische Verbreitung vorsätzlich falscher oder verzerrter Berichte, welche die freundschaftlichen Beziehungen zwischen Völkern und Staaten untergraben.[254]

Weitere Vorschläge betrafen Beschränkungen in Bezug auf Offenlegung von Berufsgeheimnissen; Offenlegung von Tatsachen im Zusammenhang mit ehelichen oder beruflichen Beziehungen; Äusserungen über Behörden und hohe Persönlichkeiten; Kommunikation mit ausländischen Regierungen sowie blasphemische oder verräterische Äusserungen.[255] Im Verlauf der Debatte wurden zudem diverse Generalklauseln vorgeschlagen, zu denen mehrere Änderungsanträge mit spezifischen Einschränkungen eingereicht wurden. Nach einigen Diskussionen wurde die Formulierung eingefügt, die besagte, dass das Recht auf freie Meinungsäusserung «besondere Pflichten und Verantwortung mit sich bringt».[256] Schliesslich einigten sich die Delegierten auf die heutige Generalklausel, dass die Ausübung des Meinungsäusserungsrechts «bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden» kann – aber auch das nur, wenn sie «erforderlich» sind: «(a) für die Achtung der Rechte oder des Rufs anderer oder (b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung […], der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit».[257] Die Formulierungen «Sanktionen» und «Verbindlichkeiten», die ursprünglich vor dem Wort «Beschränkungen» gestanden hatten, wurden gestrichen.[258] Es fand sich keine Mehrheit unter den Delegierten, die sich für spezifische Einschränkungen aussprachen, sodass schliesslich keine aufgenommen wurden.[259]

---

254 Agenda item 28 (Part II), S. 148, N 128–129.

255 Agenda item 28 (Part II), S. 148, N 128–129; Bossuyt, S. 387.

256 Agenda item 28 (Part II), S. 147–148, N 127.

257 Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II.

258 Agenda item 28 (Part II), S. 149, N 131; Bossuyt, S. 388–389.

259 Agenda item 28 (Part II), S. 150, N 133; Bossuyt, S. 391.

So lautete die Endversion des Artikels:

> «(1) Jedermann hat das Recht auf unbehinderte Meinungsfreiheit.
> (2) Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.
> (3) Die Ausübung der in Absatz 2 vorgesehenen Rechte ist mit besonderen Pflichten und einer besonderen Verantwortung verbunden. Sie kann daher bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind
> a) für die Achtung der Rechte oder des Rufs anderer;
> b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit.»

Während der Debatte um zusätzliche Einschränkungen wurde hervorgehoben, dass Art. 19 hauptsächlich den Zweck verfolge, das individuelle Recht auf Meinungs(äusserungs)freiheit zu schützen und ihm deshalb so wenig Einschränkungen wie möglich auferlegt werden sollten. Allerdings hatte die Menschenrechtskommission Art. 26 entworfen, der «any advocacy of national, racial or religious hostility» durch das Recht des (jeweiligen) Staates verbot. Es gab deshalb Vorschläge, die eine Aufnahme zusätzlicher Beschränkungen in Verbindung mit Art. 26 beantragten. Dagegen wurde vorgebracht, dass Art. 26 sich von Art. 19 unterscheide und deshalb Beschränkungen in beiden Artikeln erwogen werden sollten. Schliesslich wurde der chilenische Vorschlag, Art. 26 nach Art. 19 einzufügen, angenommen (und wurde so neu zu Art. 20).[260]

B. Artikel 20 UNO-Pakt II – Aufstachelungsverbot

Die ursprüngliche Formulierung von Art. 20 enthielt nur die Aufstachelung zu Gewalt und lautete:

> «Any advocacy of national, racial or religious hostility that constitutes an incitement to violence shall be prohibited by the law of the State.»[261]

[260] Bossuyt, S. 398.

[261] E/CN.4 77/ANNEX B, S. 12; Farrior, S. 21–22.

Es wurden mehrfach Vorschläge[262] eingereicht, welche die ursprüngliche Formulierung um den Zusatz «incitement to hatred»[263] oder das Wort «hatred» in anderer Form aufnahmen,[264] erweitern wollten.[265] Während die einen Delegierten die gesamte Klausel löschen wollten, da sie Missbrauchspotenzial berge, wollten andere aus diesem Grund Formulierungen, die das Wort «hatred» enthielten, löschen.[266] Wiederum andere Delegierte wollten den Text zwingend mit «incitement to hatred» ergänzen, da der durch die Unterkommission vorgeschlagene Text nicht an die Wurzel des Übels reiche, sondern lediglich deren Konsequenzen bekämpfe[267] und auch kein juristisches Mittel ergriffen werden könne, wenn Propaganda nicht direkt zu Gewalt aufrufe. Eine solche Lücke sei nicht akzeptabel.[268] Hass sei die Wurzel der Gewalt.[269] Diverse Delegierte äusserten im Gegenzug mehrfach ihre Bedenken darüber, dass das Wort «hatred» juristisch schwierig zu definieren sei.[270] Die Aufstachelung zu Gewalt sei ein definierbares legales Konzept, während die Aufstachelung zu Hass eine subjektive Vorstellung sei.[271] Gesetzgeberische Mittel (und die damit einhergehende Gefahr eines Zensurgesetzes) seien kein geeignetes Instrument für die Bekämpfung von Hass und es bestehe die Gefahr, dass das Heilmittel schlimmer sei als das Übel, das es entfernen solle.[272]

---

262 In der Zeit zwischen 1947 und 1953 wurden diverse Antihass-Klauseln vorgeschlagen, wieder gelöscht und schliesslich dann doch angenommen (vgl. dazu Bossuyt, S. 403–410; Farrior, S. 31).

263 Vorschlag Frankreichs: «Any advocacy of national, racial or religious hostility that constitutes an incitement to violence or hatred shall be prohibited by the law of the State», (E/CN.4/365, S. 57); Vorschlag Chiles: «Any advocacy of national, racial or religious hostility that constitutes an incitement to hatred and violence shall be prohibited by the law of the State», (E/CN.4/L.270, vgl. E/CN.4/SR.379, S. 13).

264 Vorschlag der UdSSR: «The propaganda in whatever form of fascist-Nazi views and the propaganda of racial and national superiority, hatred and contempt shall be prohibited by law», (vgl. E/CN.4/365, S. 57).

265 Bossuyt, S. 405.

266 E/CN.4/365, S. 57–58; E/CN.4/SR.174, S. 6–14.

267 E/CN.4/SR.377, S. 4.

268 E/CN.4/SR.377, S. 4–6.

269 E/CN.4/SR.378, S. 11.

270 E/CN.4/SR.174, S. 6–14.

271 Bossuyt, S. 405.

272 E/CN.4/SR.377, S. 7.

Eleanor Roosevelt (USA) warnte davor, dass es schwierig sei, zwischen «advocacy and incitement» zu unterschieden und gleich schwierig «between the various shades of feeling ranging from hatred to ill-feeling and mere dislike». Sie führte aus:

> «It would be extremely dangerous to encourage Governments to issue prohibitions in that field, since any criticism of public or religious authorities might all too easily be described as incitement to hatred and consequently prohibited. Article 2[0] was not merely unnecessary, it was also harmful.»[273]

René Cassin (Frankreich) versuchte zwischen den zwei Extrempositionen zu vermitteln, in der die eine den freien Menschen zum Schweigen bringen wolle, während die andere die volle Meinungsäusserungsfreiheit (auch) zum Zwecke von Aufstachelung zu Hass und Gewalt verlange. Der Mittelweg anerkenne das Freiheitsrecht sowie die Pflicht, die Rechte und Freiheiten anderer zu respektieren.[274]

Ein weiterer grosser Diskussionspunkt war, ob ein internationales Dokument ein Verbot beinhalten solle, welches (so wurde kritisiert) aus nationalen Erfahrungen resultiere. Jeder Staat bringe eigene kulturelle und historische Erfahrungen mit und juristische Mittel seien nicht in jedem Kontext geeignet, um Problemen zu begegnen.[275] Die Stossrichtung für eine Antihassklausel kam denn auch vor allem aus Ländern, die selbst unter Hasspropaganda gelitten hatten.[276] Allen Befürchtungen zum Trotz wurde der chilenische Vorschlag, den Zusatz «hatred and» zwischen «incitement to» und «violence» einzufügen, angenommen.[277]

1961 legten 16 Staaten[278] gemeinsam einen Entwurf vor, der schliesslich die endgültige Version von Art. 20 Abs. 2 werden sollte[279] und folgende Verbote vorschrieb:

> «(1) Jede Kriegspropaganda wird durch Gesetz verboten.
> (2) Jedes Eintreten für nationalen, rassischen oder religiösen Hass, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird, wird durch Gesetz verboten.»

---

273 E/CN.4/SR.174, S. 6.

274 E/CN.4/SR.174, S. 9–10.

275 E/CN.4/SR.378, S. 6–7; E/CN.4/SR.379, S. 10; Farrior, S. 33–34.

276 Farrior, S. 33.

277 Vgl. Bossuyt, S. 403–410; Farrior, S. 31.

278 Aus Osteuropa, Lateinamerika, Afrika und dem Mittleren Osten.

279 Mchangama, Free Speech, S. 295.

Verschiedene Delegierte kritisierten den Entwurf als zu vage und unklar.[280] Weiter wurden Befürchtungen geäussert, dass der Artikel, wenn er unmittelbar auf Art. 19 folgt, die Rechte, die in eben diesem Art. 19 festgelegt worden sind, untergraben könne.[281]

Die uruguayische Delegation fragte sogar,

> «whether it was not altogether too ambitious to attempt to prohibit by means of a legal instrument ills which were inherent in human nature. If the intention was to forbid war, war propaganda and hatred, why then not prohibit evil itself?»[282]

Sie erklärte weiter:

> «The important thing was not so much to prohibit propaganda as to guarantee freedom of expression and the free dissemination of opinions of all kinds. It mattered little if the various sources of information contradicted one another, […] provided it was possible to draw on all of them in order to discover the truth, which human intelligence would always ferret out, despite all attempts to hide or distort it.»[283]

Andere dagegen hatten kein allzu grosses Vertrauen in die Fähigkeit der grossen Masse, sich eine Meinung bilden zu können. Der saudische Delegierte befand, dass die Allgemeinbevölkerung zu sehr von täglichen wirtschaftlichen Sorgen bedrängt sei, um sich eine wirklich fundierte Meinung bilden zu können, und sie würde überdies von den Presseagenturen konditioniert, die ihnen sagten, was sie denken sollten; einzig die privilegierte Klasse, die in nicht-handwerklichen Berufen tätig sei, sei in der Lage, dieser Propaganda widerstehen zu können.[284] Mehrheitlich einig waren sich die Abgeordneten immerhin darüber, dass sich Art. 20 Abs. 2 nicht nur auf öffentliche bzw. staatliche Autoritäten, sondern auch auf Privatpersonen erstrecken sollte. Bei einer Verletzung der Konvention durch Privatpersonen müssten die Vertragsstaaten demgemäss eingreifen.[285]

Art. 20 wurde schliesslich als Ganzes mit 52 zu 19 Stimmen bei zwölf Enthaltungen angenommen. Abgelehnt haben den Artikel: Belgien, Dänemark, Finnland, Irland, Island, Italien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Türkei, Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland, Föderation Malaya, Japan, Ecuador,

---

280 A/C.3/SR.1083, N 11, 30, 44.

281 A/C.3/SR.1083, N 7, 16, 20–21.

282 A/C.3/SR.1083, N 23.

283 A/C.3/SR.1083, N 24.

284 A/C.3/SR.1083, N 36.

285 Farrior, S. 24.

Uruguay, USA, Kanada, Australien und Neuseeland. Enthalten haben sich: Frankreich, Griechenland, Österreich, Portugal, Spanien, Zypern, Argentinien, Kolumbien, Panama, Südafrika, Iran und China.

Unter den Nationen, die den Artikel angenommen haben, befanden sich, abgesehen von den osteuropäischen Ländern, keine weiteren europäischen Nationen.[286]

Obwohl die Diskussionen betreffend AEMR und UNO-Pakt II zeitgleich begonnen haben, dauerte es deutlich länger, bis letzterer ausformuliert war. Die UNO hatte sich in dieser Zeit verändert. 1948 umfasste sie lediglich 58 Mitgliedstaaten, 1961 bereits 104. Unter den neuen Mitgliedern befanden sich zahlreiche afrikanische Staaten, die soeben ihre Unabhängigkeit erlangt hatten und selbst systematischen und unterdrückenden Rassismus durch europäische Nationen (inklusive rassistischer Zensur) erfahren hatten. Diese Erfahrungen machten sie offen für ein Verbot von rassistischer Hassrede und misstrauisch gegenüber der Aufrichtigkeit der westlichen Staaten.[287] Heute[288] haben 174 Staaten den Pakt ratifiziert. Vorbehalte zum ganzen Art. 20 haben Malta, die USA, die Schweiz und Liechtenstein angebracht.[289] Drei Länder[290] legten einen Vorbehalt zu Art. 20 Abs. 1 mit der Begründung ein, dass er das Recht auf freie Meinungsäusserung einschränken könnte, aber keinen Vorbehalt zu Abs. 2. Weitere Länder[291] legten einen Vorbehalt zu Abs. 1 (nicht aber zu Abs. 2) ohne Begründung ein. Belgien und Luxemburg legten zwar einen Vorbehalt zu Abs. 1 ein, erklärten aber, dass Art. 20 als Ganzes «unter Berücksichtigung» der Rechte auf Gedanken-, Religions- und Meinungsfreiheit umgesetzt werde. Irland erklärte sich zwar mit dem Prinzip von Art. 20 Abs. 1 einverstanden, verschob aber gesetzgeberische Anpassungen angesichts der Schwierigkeiten, einen Straftatbestand zu formulieren, der den internationalen

286 A/C.3/SR.1083, N 59.

287 Mchangama, Free Speech, S. 295.

288 Stand: Oktober 2024, abrufbar unter United Nations, Treaty Collections, International Covenant on Civil and Political Rights, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

289 Sowohl die Schweiz als auch Liechtenstein haben später den Vorbehalt zu Abs. 2 zurückgezogen (vgl. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: humanrights.ch vom 6. Juli 2020, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/grundlagen/rechtsquellen-instrumente/uno/pakt-ii/?search=1> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

290 Dänemark, Finnland, Island.

291 Niederlande, Schweden, Norwegen, seit 1995 bzw. 2000 auch die Schweiz und Liechtenstein. Die Schweiz hat zudem (nebst weiteren) einen Vorbehalt gegen Art. 26 (Diskriminierungsverbot) eingelegt.

Vorgaben sowie dem Grundsatz der Meinungsäusserungsfreiheit gerecht werde, auf einen späteren Zeitpunkt. Australien, Neuseeland und Grossbritannien erklärten, dass bereits passende Gesetzgebungen existierten und sie keine weiteren einführen würden.[292]

C. Artikel 5 UNO-Pakt II – Einschränkungen und Auslegungsvorschrift

Ähnlich wie Art. 29 AEMR setzt Art. 5 UNO-Pakt II den Rechten und Freiheiten dort Grenzen, wo sie die Rechte und Freiheiten des anderen beeinträchtigen. Beide Artikel sind eine Art Generalklausel, die verhindern wollen, dass gewisse Rechte andere ausspielen und so zwar dem Buchstaben nach der Erklärung (teilweise) folgen, nicht aber der Erklärung als Ganzes bzw. nicht dem eigentlichen Sinn entsprechen. Ob und wann Art. 5 als Einschränkungsklausel in Bezug auf die Meinungsäusserungsfreiheit herangezogen werden kann, ist allerdings schwierig zu beantworten, da die Klausel relativ offen formuliert ist.[293] Sie bestimmt, dass

> «(1) Keine Bestimmung dieses Paktes dahin ausgelegt werden [darf], dass sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in diesem Pakt anerkannten Rechte und Freiheiten oder auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in dem Pakt vorgesehen, hinzielt.
>
> (2) Die in einem Vertragsstaat durch Gesetze, Übereinkommen, Verordnungen oder durch Gewohnheitsrecht anerkannten oder bestehenden grundlegenden Menschenrechte dürfen nicht unter dem Vorwand beschränkt oder ausser Kraft gesetzt werden, dass dieser Pakt derartige Rechte nicht oder nur in einem geringen Ausmasse anerkenne.»

D. Der Menschenrechtsausschuss

Zusätzlich zu den Rechten im Pakt wurde ein Menschenrechtsausschuss eingesetzt,[294] der die Umsetzung des Paktes überprüft. Einerseits prüft er die Berichte, welche die Staaten über ihre Umsetzungsmassnahmen einreichen, andererseits

---

[292] United Nations, Treaty Collection, International Covenant on Civil and Political Rights, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Farrior, S. 43–44.

[293] Farrior, S. 43; vgl. auch Teil 1, Kap. 2 I C.

[294] Art. 28 UNO-Pakt II.

verfasst er selbst Berichte und versendet diese sowie «geeignet erscheinende allgemeine Bemerkungen».[295] Die allgemeinen Bemerkungen werden als verbindliche Auslegungen der Bestimmungen des Paktes angesehen, während Bemerkungen einzelner Mitglieder des Ausschusses nicht bindend sind, aber dennoch eine Tendenz widerspiegeln können. Die Erklärungen des Menschenrechtsausschusses zu Art. 20 Abs. 2, sowohl bei der Befragung von Regierungen zu ihren Berichten als auch in einer allgemeinen Bemerkung[296] zu diesem Artikel, deuten darauf hin, dass der Menschenrechtsausschuss die Verpflichtung von Art. 20, die Befürwortung von Rassenhass, religiösen und ethnischen Hasses zu verbieten, sehr ernst nimmt.[297]

E. Diskussion und Fazit

Die Entstehungsgeschichte des UNO-Pakts II zeigt noch deutlicher als die der AEMR die Trennlinie zwischen den primär westlich orientierten und kommunistischen Staaten bzw. deren Alliierten.[298] Die Abstimmungsergebnisse spiegeln diese Trennlinie wider und somit auch die Tatsache, dass die Internationalisierung eines Hassredeverbots in den Menschenrechtsgesetzen einer Reihe von Staaten zu verdanken ist, in denen sowohl Kritik an der vorherrschenden totalitären Ideologie als auch das Eintreten für die Demokratie streng verboten waren.[299] Zu Bedenken sind auch der historische Kontext (Kalter Krieg und die Furcht vor atomaren Katastrophen sowie die Erlangung der Unabhängigkeit seitens vieler afrikanischer Staaten), die diese Debatte und das Abstimmungsergebnis stark mitgeprägt haben.

Während der gesamten Debatte in der Menschenrechtskommission sowie im Dritten Ausschuss der UN-Generalversammlung zeichneten sich deshalb auch stets die beiden Lager ab. Beide gingen nicht gross auf die Bedenken der jeweilig anderen Seite ein: Die Gegnerseite zu Art. 20 betonte das Missbrauchspotenzial und die Schwierigkeit, Wörter zu definieren wie «Aufstachelung/Aufhetzung», «Feindseligkeit» und «Hass», während die Befürworterseite die Notwendigkeit betonte, Rassenhass und Diskriminierung und das daraus entstehende Leid zu

---

295 Art. 40 UNO-Pakt II.

296 General Comment No. 11 – Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20).

297 Farrior, S. 44.

298 Mchangama, S. 50.

299 Mchangama, S. 51–52.

beenden.[300] Immerhin stimmten alle dem Grundgedanken zu, dass «advocacy of national, racial or religious hatred» eliminiert werden sollte, uneinig aber war man sich darüber, wie dies geschehen sollte.[301] Oder wie der japanische Delegierte es ausdrückte:

> «[Prohibiting] hatred might be the shortest way [but] the shortest and most incisive way was not always the best. While the article might achieve its own specific objectives, it was very likely that at the same time it would destroy freedom of expression and information. […] Restrictions on those freedoms represented a far greater threat to lasting world peace than did propaganda for war and hostility.»[302]

Im Unterschied zu nationalen Gesetzgebungen, die Hassreden teilweise bereits verboten und die auch in westlichen Staaten existierten, zielten diese nationalen Gesetzgebungen nicht auf eine universelle Anwendung ab, sondern bezogen sich in den meisten Fällen auf spezifische (kürzlich) erlebte Erfahrungen.[303] Die internationale Auflage, Aufstachelung zu Hass verbieten zu müssen, erhöhte das ohnehin schon vorhandene Missbrauchspotenzial eines solchen Verbots noch weiter, da aufgrund der unterschiedlichen nationalen Erfahrungen (häufig verbunden mit dem kürzlich erlebten Zweiten Weltkrieg) auch unterschiedliche Auffassungen darüber herrschten, was Aufstachelung zu Hass bedeute, und je nach Staat unterschiedlich angewandt wurden. Viele Delegierte hätten deshalb ein Verbot lediglich zu Aufstachelung zur Gewalt bevorzugt.[304] Ihnen (und uns) stellt sich zudem stets die Frage: Wer entscheidet darüber, was nun «gute» oder «schlechte» Propaganda ist,[305] was «Hass» oder «Feindseligkeit» bedeutet und wann eine Bemerkung in diese Kategorie fällt und ob man einer (gerichtlichen) Institution eine solche Macht anvertrauen will? In einer vorausschauenden Bemerkung, was später tatsächlich in einigen Ländern geschehen ist, zeigte sich der norwegische Abgesandte denn auch besorgt darüber, dass

> ‹‹advocacy of national hatred that constitutes incitement to hostility› was so easy to misconstrue that those whom the provision was supposedly designed to protect might very well find themselves its victims.»[306]

---

300 Farrior, S. 37.

301 Farrior, S. 37; vgl. auch A/C.3/SR.1084.

302 A/C.3/SR.1082, N 23, 25.

303 Mchangama, S. 51; vgl. auch A/C.3/SR.1084 N 33.

304 A/C.3/SR.1082, N 18.

305 Undifferenziert dazu: A/C.3/SR.1082, N 33.

306 A/C.3/SR.1084, N 5.

Nicht verboten wurden durch den UNO-Pakt II nach wie vor rassistische, faschistische etc. Organisationen sowie die Verbreitung von Ideen, die auf rassischer Überlegenheit oder Rassenhass beruhten. Zudem schrieb der Pakt nicht vor, dass Art. 20 als Delikt ausgestaltet, sondern lediglich, dass die umschriebenen Aktivitäten gesetzlich sanktioniert werden müsse(n). Das könnten dementsprechend auch zivil- oder verwaltungsrechtliche Sanktionen sein. Dies im Unterschied zu den Formulierungen in der RDK.[307] «Aufwiegelung zu Hass» war mit anderen Worten nach wie vor erlaubt, wenn er nicht zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufstachelte.

III. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

In seiner Resolution 1510 (XV) vom 12. Dezember 1960 verurteilte die UN-Generalversammlung alle Erscheinungsformen und Praktiken des Rassen-, Religions- und Nationalhasses in den politischen, wirtschaftlichen, sozialen, erzieherischen und kulturellen Sphären des gesellschaftlichen Lebens als Verletzung der UN-Charta und der AEMR und forderte die Regierungen auf, alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um alle Erscheinungsformen von Rassen-, Religions- und Nationalhass zu verhindern.[308] Diese Resolution war eine Reaktion auf mehrere antisemitische Vorfälle in verschiedenen Teilen der Welt in den Jahren 1959 und 1960.[309] Im Dezember 1962 beauftragte die Generalversammlung die Menschenrechtskommission des Wirtschafts- und Sozialrats mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für eine Erklärung und für ein Übereinkommen über die Beseitigung von Rassendiskriminierung. Im November 1963 wurde die Erklärung über die Beseitigung aller Formen von Rassendiskriminierung von der Generalversammlung verabschiedet.[310] 1965 wurde dann das internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (kurz: Rassendiskriminierungskonvention [RDK]) von der UN-Generalversammlung verabschiedet. Obwohl die RDK als erstes Menschenrechtsabkommen und somit vor dem UNO-Pakt II in Kraft trat, war Art. 20 UNO-Pakt II vor den Bestimmungen der RDK ausgestaltet

---

307 Farrior, S. 48.

308 Resolution 1510 (XV).

309 Schwelb, S. 997; Lerner, S. 1; möglicherweise war die zionistische Bewegung Hauptauslöser für die vermehrten antisemitischen Vorfälle (vgl. E/CN.4/Sub.2/211, N 160–163).

310 Botschaft 1992, S. 276–277.

worden.[311] Wie bereits in den vorangegangenen Abkommen stellte sich die Frage nach dem Ausgleich zwischen garantierten Rechten und Einschränkungen derselben. Dies betraf insbesondere Art. 4 RDK (und auch Art. 9 der Erklärung der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung [kurz: Rassendiskriminierungserklärung]).[312] Die RDK zielt durch zwei Vorgehensweisen auf die Beseitigung der Rassendiskriminierung: das Verbot der Aufstachelung zum Rassenhass einerseits und die Förderung der Aufklärung andererseits. Art. 4 RDK setzte sich mit ersterem auseinander.[313]

A. Artikel 4 RDK – Propagandaverbot

Art. 4 war einer der schwierigsten und kontroversesten Artikel der Konvention.[314] Zu Beginn lagen zwei Entwürfe zu Art. 4 vor, einer vom Delegierten der USA, der andere von den Delegierten der UdSSR und Polens. Während der Entwurf der USA einzig Aufstachelung zu Rassenhass und Diskriminierung bestrafen wollte, die zu Gewalttaten führt oder führen kann,[315] schlug der Entwurf der UdSSR und Polens erneut ein Verbot von faschistischen u.ä. Organisationen (und deren Auflösung) vor. Zusätzlich sollte Propaganda, die auf der Überlegenheit einer Rasse etc. beruht, sowie die Partizipation an Aktivitäten einer solchen Organisation als Aufstachelung zu Gewalt und somit als strafrechtliches Delikt behandelt und gesetzlich bestraft werden.[316] Es gab diverse Verbesserungsvorschläge, neue Entwürfe und einige Anpassungen,[317] bis schliesslich der von der Unterkommission vorgeschlagene Text vorsah, «jede Aufstachelung zur Rassendiskriminierung, die zu Gewalttaten führt oder führen kann», unter Strafe zu stellen.[318] Im Dritten Aus-

311 Mchangama, S. 52.

312 Lerner, S. 11; die Rassendiskriminierungserklärung war Vorläuferin der RDK.

313 Farrior, S. 48.

314 Lerner, S. 43.

315 Und keine Gewährung von Konzessionen oder Lizenzen für Gruppen, Einzelpersonen etc., die bezwecken, zu Rassenhass aufzustacheln. Zudem wird dem Staat und seinen Beamten (Kriterium: Unterstützung durch staatliche Mittel) untersagt, Rassenhass zu fördern oder dazu aufzustacheln.

316 Lerner, S. 44; für den genauen Wortlaut: E/CN.4/Sub.2/241, S. 29.

317 Lerner, S. 44.

318 Farrior, S. 48–49; der exakte Wortlaut ist: «States Parties condemn all propaganda and organizations which justify or promote racial hatred and discrimination and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to such discrimination, and to this end, inter alia: (a) Shall declare an offence punishable

schuss wurde daraufhin ein Zusatz vorgeschlagen, der die Staaten dazu verpflichtete, auch die Verbreitung von Ideen zu verbieten, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen.[319] In dem an die Generalversammlung weitergeleiteten Text wurde das zwar aufgenommen, aber durch die «due regard»-Klausel ergänzt. Diese besagte, dass die zu ergreifenden Massnahmen unter gebührender Berücksichtigung der in der AEMR verankerten und in Art. 5 RDK ausdrücklich genannten Grundsätze zu geschehen haben.[320] Die Klausel ist dahingehend zu verstehen, dass die Staaten Art. 4 so verstehen dürfen, dass kein Staat verpflichtet ist, Massnahmen zu ergreifen, die nicht in vollem Umfang mit seinen verfassungsmässigen Freiheitsrechten, einschliesslich der Rede- und Vereinigungsfreiheit, vereinbar sind.[321] In der Generalversammlung wurde durch fünf[322] lateinamerikanische Staaten vorgeschlagen, diesen Zusatz der Ideenverbreitung wieder zu löschen,[323] weil sie einem Wissenschaftler bzw. einer Wissenschaftlerin nicht verbieten wollten «[to] publish a document pointing out differences between individuals of different races […], nor public discussions on such subjects between two or more persons».[324] Was hingegen verboten werden sollte, sei die Aufstachelung zu Rassendiskriminierung als Ergebnis einer solchen Publikation oder Diskussion.[325] Aber «[t]he mere expression of ideas is not in itself punishable if it is not accompanied by incitement to discrimination or racial hatred».[326] Dieser Vorschlag wurde mit 54 zu 25 Stimmen abgelehnt, mit 23 Enthaltungen.[327]

Nach tagelangen Diskussionen, neuen Entwürfen, Umformulierungen und der Aufgabe von vorgängig eingenommenen Standpunkten einigte sich die General-

---

by law all incitement to racial discrimination resulting in or likely to cause acts of violence; (b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized propaganda activities, which promote and incite racial discrimination; (c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.», (E/CN.4/Sub.2/241, S. 46–47).

319 Lerner, S. 45–46.

320 Farrior, S. 49, Lerner, S. 46.

321 Lerner, S. 48.

322 Argentinien, Kolumbien, Ecuador, Panama und Peru.

323 A/L.480, S. 40–41. Der neue Vorschlag lautete: «Shall declare an offence punishable by law all incitement to racial discrimination, particularly discrimination based on racial superiority or hatred».

324 A/PV.1406, N 48.

325 A/PV.1406, N 48.

326 A/PV.1406, N 49.

327 A/PV.1406, N 58.

versammlung schliesslich auf einen schwierigen Kompromiss[328] zwischen denjenigen, welche die Verbreitung von Ideen, die auf rassischer Überlegenheit oder Rassenhass beruhen, verbieten wollten, und denjenigen, die befürchteten, dass ein solches Verbot die Meinungs- und Versammlungsfreiheit beeinträchtigen würde.[329]

Dieser lautete:

> «Die Vertragsstaaten verurteilen jede Propaganda und alle Organisationen, die auf Ideen oder Theorien hinsichtlich der Überlegenheit einer Rasse oder einer Personengruppe bestimmter Hautfarbe oder Volkszugehörigkeit beruhen oder die irgendeine Form von Rassenhass und Rassendiskriminierung zu rechtfertigen oder zu fördern suchen; sie verpflichten sich, unmittelbare und positive Massnahmen zu treffen, um jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und alle rassisch diskriminierenden Handlungen auszumerzen; zu diesem Zweck übernehmen sie unter gebührender Berücksichtigung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegten Grundsätze und der ausdrücklich in Artikel 5 des vorliegenden Übereinkommens genannten Rechte unter anderem folgende Verpflichtungen:
> a) jede Verbreitung von Ideen, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen, jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und jede Gewalttätigkeit oder Aufreizung dazu gegen eine Rasse oder eine Personengruppe anderer Hautfarbe oder Volkszugehörigkeit sowie jede Unterstützung rassenkämpferischer Betätigung einschliesslich ihrer Finanzierung zu einer nach dem Gesetz strafbaren Handlung zu erklären,
> b) alle Organisationen und alle organisierten oder sonstigen Propagandatätigkeiten, welche die Rassendiskriminierung fördern und dazu aufreizen, als gesetzwidrig zu erklären und zu verbieten und die Beteiligung an derartigen Organisationen oder Tätigkeiten als eine nach dem Gesetz strafbare Handlung anzuerkennen,
> c) nicht zuzulassen, dass staatliche oder örtliche Behörden oder öffentliche Einrichtungen die Rassendiskriminierung fördern oder dazu aufreizen.»

Einig war man sich darüber, dass Art. 4 sich sowohl auf den öffentlichen bzw. staatlichen wie auch den privaten Bereich erstreckt (wie auch Art. 20 Abs. 2 UNO-Pakt II).[330] Allerdings hat der RDK-Ausschuss nie festgelegt, wie weit die Verpflichtungen der Konvention in das Privatleben hineinreichen. Gelten sie beispielsweise auch für rassistische Äusserungen, die zwischen Mitgliedern derselben Familie oder in einem privaten Brief gemacht werden?[331] Im fertigen Art. 4 wurde denn auch weiterhin eine Gefahr für die freie Meinungsäusserung gesehen. Der

328 A/PV.1406, N 9.

329 Farrior, S. 48.

330 Farrior, S. 56.

331 Meron, S. 302.

kolumbianische Abgesandte sagte nach der Abstimmung,[332] dass «penal law can never presume to impose penalties for subjective offences»[333] und dass

> «to penalize ideas, whatever their nature, is to pave the way for tyranny, for the abuse of power: and even in the most favourable circumstances it will merely lead to a sorry situation where interpretation is left to judges and law officers. [I]deas are fought with ideas and reasons; theories are refuted with arguments and not by resort to the scaffold, prison, exile, confiscation or fines.»[334]

Entsprechend haben von den (heute)[335] 182 Staaten, welche die Konvention ratifiziert haben, viele eine Erklärung oder einen Vorbehalt zu Art. 4 angebracht und explizit darauf hingewiesen, dass die Meinungsäusserungsfreiheit dadurch nicht gefährdet werden (dürfe). Auch das Ministerkomitee des Europarats hat die Mitgliedstaaten, als es sie zur Ratifizierung der RDK gedrängt hat, vorgeschlagen, dass sie ihrer Ratifikationsurkunde eine Auslegungserklärung hinzufügen mögen.[336]

Demgemäss hat auch die Schweiz erklärt, dass sie sich das Recht vorbehalte, die zur Durchführung von Art. 4 erforderlichen gesetzgeberischen Massnahmen zu ergreifen, wobei die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, die unter anderem in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vorgesehen ist, gebührend zu berücksichtigen sei.[337] Auch dort, wo Staaten keinen Vorbehalt angebracht haben, wurde Art. 4 teilweise nicht vollständig umgesetzt, da die Staaten der Meinungsäusserungsfreiheit grösseres Gewicht beimessen als der vollständigen Umsetzung aller Erfordernisse von Art. 4.[338]

---

332 Er erklärte vorab, dass er sich eigentlich vor der Abstimmung habe äussern wollen.

333 A/PV.1406, N 72.

334 A/PV.1406, N 70.

335 Stand vom 21. Februar 2023 gemäss <https://indicators.ohchr.org/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

336 Resolution (68) 30, S. 71; Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, § 28, 23. September 1994.

337 Die vollständige Liste zu den angebrachten Vorbehalten etc. findet sich hier: <https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-2&chapter=4&clang=_en> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

338 Farrior, S. 54. Eine Aufzählung der Gründe ist ebenfalls in Farrior, S. 54–57, zu finden.

B. Diskussion und Fazit

Auch bei der RDK persistierte die alte Diskussion, wie weit die Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt werden sollte und dürfe, um andere vor Hass und Diskriminierung zu schützen. Auch bei dieser Konvention war der betreffende Art. 4 unter den meistdiskutierten und es musste ein schwieriger Kompromiss zwischen zwei Lagern gefunden werden. Während die Verurteilung der Aufstachelung zu Hass und Gewalt für die meisten akzeptabel erschien, herrschte grosse Uneinigkeit darüber, ob die Verurteilung der Verbreitung von Ideen oder Theorien über die Überlegenheit einer Rasse die Meinungsäusserungsfreiheit verletzen könnte.[339] Die RDK erweiterte die Verbote von Hass und Diskriminierung, indem sie neu nicht nur ein Verbot von Propaganda und Organisationen, die Rassendiskriminierung zu rechtfertigen oder fördern suchen, inkludierte, sondern auch solche, die Rassenhass zu rechtfertigen oder fördern suchen (und noch weiter ging als die Rassendiskriminierungserklärung). Auch das Wort «Hass» hat erhebliche Schwierigkeiten bereitet, da von einigen Delegierten die Meinung vertreten wurde, es handle sich dabei nur um ein Gefühl, eine Gemütsverfassung oder einen Geisteszustand und es sei deshalb nicht möglich, dem Rassenhass wirksam zu begegnen. Dieser Punkt wurde insbesondere bei Paragraf a angebracht:[340] Greife der Staat bereits ein, bevor es zu Gewalttaten komme, könne dies als Gesinnungsstrafrecht verstanden werden.[341]

Zudem wurde neu verlangt, dass Hass bzw. Diskriminierung eine nach dem Gesetz strafbare Handlung darstelle. Die Formulierung «offense punishable by law» wurde deshalb gewählt, weil zivilrechtliche Wege teilweise sehr lange dauern und deshalb den gewünschten Effekt einer Strafe nicht erzielen. Allerdings teilten nicht alle Staaten die Meinung, dass explizit von strafrechtlichen Mitteln die Rede sei. Es fehle das Wort «criminal» vor «offense», weshalb auch zivilrechtliche Mittel ergriffen werden könnten. Es waren sich auch nicht alle Mitglieder einig darüber, ob eine Haftstrafe wirklich eine angemessene Sanktion für eine Verletzung von Art. 4 darstelle. Zivilrechtliche Sanktionen seien insbesondere dort sinnvoll, wo es um unbeabsichtigte diskriminierende Handlungen gehe.[342] Diese Debatte ist auch deshalb relevant, weil Uneinigkeit darüber herrschte, ob es überhaupt einen Unterschied zwischen einer beabsichtigten und einer unbeabsichtigten dis-

339 E/CN.4/857, S. 68; Lerner, S. 49.

340 Lerner, S. 48.

341 Lerner, S. 51.

342 Farrior, S. 51.

kriminierenden Handlung gibt. Etwa dreissig Vertragsstaaten verlangen für einen Schuldspruch, dass die Täterschaft die Absicht hat, das verbotene Ziel zu erreichen. Dies steht im Widerspruch zu der vom RDK-Ausschuss in seinem Bericht über Art. 4 vertretenen Auffassung, wonach der blosse Akt der Verbreitung auch ohne Absicht, eine Straftat zu begehen und auch unabhängig von den Folgen der Verbreitung, strafbar sei.[343]

Nach wie vor also spaltete die Tragweite von Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sowie die Definitionsschwierigkeit und Unschärfe des Wortes Hass die Mitgliederstaaten, und auch die Furcht vor Missbrauch durch den Staat via Zensurgesetze bestand weiterhin. Mit der RDK wurde neu jegliche Form von (Rassen-)Hass an sich verboten und unter Strafe gestellt. So brauchte es weder ein Aufreizen zu Hass, noch dass dies zu bestimmten Aktivitäten führen muss. Die einfache Verbreitung von Ideen, die sich auf Rassenhass gründen, reicht aus. In Anbetracht des «prophylaktischen Zwecks» von Art. 4 sind Einschränkungen der freien Meinungsäusserung und des Vereinigungsrechts unvermeidlich, während die Vereinbarkeit der sich widersprechenden Grundsätze eher künstlich wirkt. Das fehlende Vorsatzelement macht die Straftatbestände zusätzlich unnötig weit. Wenn ursprünglich befürchtet worden war, dass durch die Einführung eines Absichtselements die Wirksamkeit der Bestimmung beeinträchtigt würde, so hätten die Straftatbestände konkreter und enger definiert werden müssen. Das Übereinkommen hätte in erster Linie individuelles Verhalten oder das Verhalten von Einzelpersonen unter Strafe stellen sollen, die als Gruppe handeln, und nicht das Bestehen von Organisationen (mit Ausnahme der Beteiligung an oder der Aufstachelung zu Gewalttaten) und die Verbreitung von Ideen. Zudem hätte sich der Geltungsbereich von Art. 4 auf öffentliches Verhalten beschränken sollen. Das hätte die Gefahr von missbräuchlichen Eingriffen und willkürlicher Zensur verringert sowie den Konflikt mit dem Recht auf Privatsphäre in familiären und intimen Kontexten und dem Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit gemildert.[344] Insgesamt ist die Formulierung von Art. 4 trotz oder vielleicht gerade wegen langwieriger Prozesse und hoher Kompromissbereitschaft nicht geglückt.

343 Farrior, S. 57; Meron, S. 303.

344 Meron, S. 303.

IV. Europäische Menschenrechtskonvention

Anders als die vorgenannten Konventionen verlangt die EMRK von den Staaten kein Verbot von Hasspropaganda. Die Konvention wurde aber dahingehend ausgelegt, dass sie Staaten erlaubt, solche zu verbieten.[345]

A. Artikel 10 EMRK – Meinungsäusserungsfreiheit

Aus den Travaux Préparatoires zur EMRK wird ersichtlich, dass die Meinungsäusserungsfreiheit unstreitig zu den wichtigsten Rechten und Freiheiten einer demokratischen Gesellschaft gehört.[346] Art. 10 EMRK hält dieses Recht folgendermassen fest:

> «(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.
>
> (2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.»

Der Artikel selbst gab kaum einen Anlass zu grossen Diskussionen.[347] Er wurde mehr oder weniger gleich ausgestaltet wie Art. 19 AEMR.[348] In einem früheren Stadium lautete Art. 10 schlicht nur, dass die Meinungsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit in Übereinstimmung mit Art. 19 AEMR vom Staat garantiert werde.[349] Die weitere Ausarbeitung des Artikels wurde einem aus Menschenrechtsexperten bestehenden Komitee übergeben. Dieses wies darauf hin, dass die

---

345 Farrior, S. 64.

346 Vgl. Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 76.

347 Farrior, S. 64.

348 DH (56) 15, S. 3.

349 DH (56) 15, S. 2–3.

Entwicklungen zur Thematik beachtet werden sollten, die in den Organen der Vereinten Nationen stattfanden.[350] Am ersten Treffen des Komitees schlug die Türkei einen Änderungsantrag vor, der den Zusatz «to the extent that this can be reconciled with the principles set forth in paragraph 3 of the Preamble to the Statute of the Council of Europe»[351] enthielt. Die Türkei hatte den Zusatz vorgeschlagen, weil sie selbst die Verbreitung von Propaganda extremistischer Ideen verboten hatte. Der Vorschlag wurde von der zuständigen Unterkommission als zu weitgehende Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit abgelehnt. Sie wies darauf hin, dass exzeptionelle Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit, wenn besondere Umstände in einem Staat dies erforderten, durch andere Artikel bereits erfasst seien.[352] Der Vorschlag Grossbritanniens, der eine Reihe von Einschränkungen im Artikel selbst aufzählte, wurde mehrfach überarbeitet und führte schliesslich zum heutigen Art. 10 EMRK.[353] Die Tragweite von Art. 10 EMRK wurde durch die Rechtsprechung des EGMR weiter konkretisiert. So ist inzwischen klar, dass nicht nur die Rede, sondern auch Bilder, Ideen und Handlungen, die der Darstellung von Informationen oder Ideen dienen, und nicht nur der Inhalt der Ideen, sondern auch ihre Form geschützt sind. Ebenfalls unter den Schutzbereich fallen gedruckte Dokumente, Sendungen, Zeichnungen, Filme oder elektronische Informationen.[354] In Abs. 2 von Art. 10 EMRK wird eine Reihe von Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit aufgeführt, die zwar nicht direkt Hassrede verbieten, aber staatliche Hassredenormen gestatten.[355]

B. Artikel 17 EMRK – Einschränkungen

Obwohl keine eigentliche Diskussion zu Hasspropaganda stattgefunden hatte,[356] war den Verfassern der Travaux préparatoires schon zu Beginn klar, dass die Freiheit nicht als Waffe der Zerstörung für die Feinde der Freiheit dienen darf.[357] So gab es einige Voten, die diese Aussage mehrfach betonten,[358] u.a. mit folgenden Worten:

---

350 DH (56) 15, S. 3–4.

351 DH (56) 15, S. 8–9.

352 DH (56) 15, S. 8–9, nämlich durch die damaligen Art. 4 und 6 Abs. 2.

353 DH (56) 15, S. 10–18.

354 Mihajlova/Bacovska/Shekerdjiev, S. 14.

355 Farrior, S. 63–64.

356 Farrior, S. 64.

357 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 108.

358 DH (57) 4, S. 2–3, 5–7.

> «When stating our rights, let us also state our duties; when proclaiming our freedom, let us also proclaim our will to defend and to safeguard it. When inscribing the European Charter of mankind on granite, let us not be one-sided: let us write a true gospel, which shall include equally sacred obligations. In drawing up this code let us not think only – and let us not frame sanctions only against the tyrannic acts of those who misuse power, but also against those who misuse freedom.»[359]

Ein dem Art. 29 bzw. 30 AEMR entsprechender Artikel sollte deshalb in die EMRK aufgenommen werden.[360] Ursprünglich glich der Artikel in seinem Wortlaut dem jetzigen Abs. 2 von Art. 10. Der italienische Delegierte warnte in diesem Zusammenhang davor, dass

> «[every] State which violates human rights and above all the rights of freedom, will always have an excuse: morality, order, public security and above all democratic rights, which are obviously only properly safeguarded by those totalitarian States which are not democracies, but ‹true democracies›. That is a vocabulary to which we have been accustomed in the last 20 years!»[361]

Er sei überrascht, dass keine Klausel existiere, die einem derartigen Missbrauch vorbeuge.[362] Es wurde schliesslich Art. 17 EMRK entworfen, der diesem Anliegen entsprach:[363]

> «Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.»

Obwohl klar war, dass es Beschränkungen brauchte, gab es doch auch Stimmen, die davor warnten, eine zu hohe Kompromissbereitschaft einzugehen. Gewisse Grundsätze dürften nicht angetastet und nicht je nach den sich ändernden Gegebenheiten neu eingekleidet oder umgestaltet werden, sonst würde man den Respekt der anderen und die Selbstachtung verlieren und es wäre besser gewesen, die Charta nie zu schreiben.[364] Die Freiheit war und ist immer bedroht, gerade auch durch den Staat.

---

359 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 110.

360 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. II, S. 140; Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 118; Farrior, S. 65.

361 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. II, S. 138.

362 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. II, S. 140.

363 Farrior, S. 65.

364 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 76, 78.

Macht bringt immer auch die Versuchung des Missbrauchs mit sich, auch darüber waren sich die Verfasser der Konvention im Klaren.[365] Auch bei Art. 17 EMRK zeigten sich in der Rechtsprechung des EGMR weitere Konkretisierungen gerade auch in Bezug auf Art. 10. Während der Artikel zu Beginn kaum und wenn, dann nur bei Fällen von totalitärer Doktrin benutzt worden war, wird er nun vermehrt auch bei von Art. 10 EMRK nicht geschützter Hassrede angewandt.[366]

C. Fazit und eigene Überlegungen

Die EMRK verlangt kein Verbot von Aufstachelung zu Hass o.ä., erlaubt aber gemäss der Konvention solche Verbote. Art. 17 EMRK wurde als den Art. 29 und 30 AEMR ähnliche allgemeine Einschränkungsklausel ausgestaltet, um die Untergrabung der Konvention selbst bzw. der dort festgehaltenen Rechte zu verhindern. Während dieser früher sehr restriktiv angewandt worden ist, wird er nun vermehrt bei Hassreden eingesetzt und schliesst so gewisse Äusserungen per se vom Schutzbereich der Konvention aus. Interessanterweise könnte die Warnung des italienischen Abgeordneten auch so verstanden werden, dass Art. 17 EMRK als Schutz vor einer missbräuchlichen staatlichen Anwendung der in Art. 10 Abs. 2 aufgeführten Einschränkungen betrachtet werden und somit eher vor übermässigen staatlichen Eingriffen schützen sollte. Die Wende, diesen nun vermehrt gegen Hassreden privater Personen einzusetzen, entspricht möglicherweise nicht ganz oder zumindest nicht ausschliesslich den ursprünglichen Überlegungen.[367]

V. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

1959 wurde der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) von den Mitgliedstaaten des Europarats erschaffen. Er sollte die Einhaltung der EMRK durch die Vertragsstaaten sicherstellen. Der EGMR ist zuständig für Beschwerden gegen eine Konventionsverletzung, die sowohl von Einzelpersonen, Personengruppen oder Staaten vorgebracht werden können. Bürger und Bürgerinnen eines Vertragsstaates können sich mit ihrer Beschwerde direkt an den Gerichts-

365 Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. I, S. 39, 41.

366 Weber, S. 23.

367 So warnte Herr Benvenuti nicht nur vor totalitären Bewegungen, welche die Freiheitsrechte missbrauchten, sondern auch vor legislativen Bestrebungen, welche die Freiheitsrechte entgegen dem Sinn der EMRK einschränkten; vgl. Council of Europe, Travaux préparatoires, Vol. II, S. 134–142.

hof wenden, sofern sie die innerstaatlichen Instanzen ausgeschöpft haben. Die vom Gerichtshof gefällten Urteile sind für die Vertragsstaaten bindend. Durch die Rechtsprechung des EGMR wurde und wird die Konvention stets weiterentwickelt und bleibt dadurch ein «dynamisches Instrument».[368]

A. Aufforderung zur Einschränkung von Hassrede

Anhand des nachfolgenden Beispiels werden diese Dynamik und Weiterentwicklung aufgezeigt. Obwohl die Konvention kein Gebot zur Bekämpfung von Hassrede enthält, wurde der Staat Litauen dahingehend gerügt, Hassrede nicht genügend (allerdings gemäss seinen eigenen nationalen Gesetzen) eingeschränkt bzw. sanktioniert zu haben.

Im Fall *Beizaras und Levickas gegen Litauen* ging es nicht um eine Verletzung von Art. 10 EMRK, sondern um eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK (Diskriminierungsverbot und Recht auf Privatsphäre). Die beiden Beschwerdeführer (männliche litauische Staatsangehörige) gingen 2014 eine gleichgeschlechtliche Beziehung ein und posteten ein Foto auf Facebook, auf dem sie sich küssten. Das Foto konnte nicht nur von Freunden und Bekannten, sondern auch von der allgemeinen Öffentlichkeit angesehen werden.[369] Infolgedessen kommentierten zahlreiche Personen das Foto: «Mir wird übel – sie sollten kastriert oder verbrannt werden»; «wenn ihr schon von Geburt an so pervers seid und diese Störung habt, dann versteckt euch und macht immer, was ihr wollt. Ihr werdet aber unsere wunderbare Gesellschaft, in der sich Mann und Frau küssen, nicht ruinieren. Ich hoffe inständig, dass euch auf offener Strasse der Schädel eingeschlagen wird»; «diese Schwuchteln haben mir den Appetit verdorben. Wenn ich dürfte, würde ich sie erschiessen»; «Abschaum! In die Gaskammer mit ihnen!»; «Hallo, ihr Tunten! Ich werde euch eine kostenlose Hochzeitsreise ins Krematorium verschaffen»; «ihr verdammten Schwulen solltet ausradiert werden»; «weil auch Kinder von euch Schwuchteln solche Fotos sehen müssen, sind es nicht nur die Juden, die Hitler hätte verbrennen sollen».[370] Es wurde in der Folge Strafanzeige wegen 31 derartiger Kommentare erstattet. Die Staatsanwaltschaft entschied, kein Strafverfahren einzuleiten, da die Urheber der Kommentare lediglich ihre Meinung bekundet hätten und da es an der systematischen Begehung fehle, weil jeder Urhe-

---

368 Council of Europe, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, <https://www.coe.int/de/web/portal/gerichtshof-fur-menschenrechte> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

369 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 9, 14. Januar 2020.

370 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 10, 14. Januar 2020.

ber einen bis zwei Kommentare gepostet habe, könne kein strafbares Verhalten festgestellt werde.[371] Das dagegen erhobene Rechtsmittel wurde vom Stadtkreisgericht mit der Begründung abgewiesen, dass der blosse Gebrauch einer obszönen Wortwahl keine strafrechtliche Verantwortung zu begründen vermöge. Das Foto sei der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich gewesen und nicht nur Freunden und Bekannten, deshalb hätten die Beschwerdeführer vorhersehen müssen, dass ihr exzentrisches Verhalten, nämlich die Veröffentlichung eines Bildes von zwei sich küssenden Männern, nicht zum sozialen Zusammenhalt und zur Förderung von Toleranz in Litauen beitragen würde. Der Inhaber eines Profils eines sozialen Netzwerks, auf dem ein solches Bild veröffentlicht wird, müsse bei der Ausübung seiner Freiheit (seine Überzeugungen zu äussern und Toleranz zu fördern) berücksichtigen, dass diese Freiheit untrennbar mit der Verpflichtung verbunden sei, die Ansichten und Traditionen anderer zu respektieren. Die Mehrheit der Bevölkerung würde traditionelle Werte wie die in der Verfassung verankerte Familie und Ehe im Sinne einer Verbindung zwischen Mann und Frau hochhalten.[372] Das Bezirksgericht bestätigte diese Ansicht und unterstrich ebenfalls die Tatsache, dass die Beschwerdeführer das fragliche Foto öffentlich gepostet und es nicht auf Freunde oder «Gleichgesinnte» beschränkt hätten, obwohl Facebook eine solche Möglichkeit vorsehe. Ein solches Vorgehen könne daher als «ein Versuch ausgelegt werden, Personen mit anderen Ansichten absichtlich zu ärgern oder zu schockieren oder die Veröffentlichung negativer Kommentare zu fördern».[373]

Der EGMR konnte der Begründung der Gerichte nicht folgen. Obwohl er bestätigte, dass nicht jede einzelne Äusserung einer Hassrede eine strafrechtliche Verfolgung oder Sanktion nach sich ziehen muss, hielt er dennoch fest, dass Kommentare, die auf Hassrede und Anstachelung zu Gewalt hinauslaufen und deshalb klar ungesetzlich seien, Staaten dazu verpflichteten, gewisse positive Massnahmen zu ergreifen. Die Kommentare müssten auch nicht zwingend zur Gewalt oder zu anderen kriminellen Taten auffordern; beleidigende, verhöhnende oder verleumderische Angriffe auf Personen spezifischer Bevölkerungsgruppen seien bereits ausreichend für die Behörden, um die Bekämpfung von rassistischer Rede angesichts der in unverantwortlicher Weise ausgeübten Meinungsfreiheit zu befürworten.[374] Strafrechtliche Sanktionen sollten aber nur als Ultima-Ratio-Massnahme erwogen werden, das gelte auch für Hassreden gegen das Sexualleben und die

[371] Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, §§ 17–18, 14. Januar 2020.

[372] Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, §§ 20–21, 14. Januar 2020.

[373] Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 23, 14. Januar 2020.

[374] Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 125, 14. Januar 2020.

sexuelle Orientierung von Personen. Vorliegend sei es aber um unverhüllte Aufrufe zum Angriff auf die physische und psychische Integrität der Beschwerdeführer gegangen, was einen Schutz durch das Strafrecht erfordere.[375]

Der Gerichtshof entschied deshalb, dass die zuständige Behörde, indem sie die Gefahr, die von derartigen Kommentaren ausgehe, heruntergespielt habe, sie diese zumindest toleriert hätte. Er stellte daher einstimmig eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bzw. eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK fest.[376]

Auffällig ist an diesem Fall, dass der EGMR den Vertragsstaat im Grunde dazu verpflichtete, aktiv gegen Hassrede (gemäss den nationalen Strafbestimmungen) vorzugehen und diese nicht zu tolerieren. Vor dem Hintergrund, dass Litauen andere Arten von Hassreden (z.B. in Bezug auf Juden) sehr wohl bestraft hat, ist diese Verpflichtung konsequent. Eine Ungleichbehandlung einzig wegen der sexuellen Orientierung der Beschwerdeführer hinsichtlich der Sanktion und Verfolgung solcher Reden stellt in der Tat eine Diskriminierung dar und ist nicht nachvollziehbar.[377] Interessant ist in dieser Hinsicht die Frage, wie der EGMR entschieden hätte, wenn Litauen über keinen derartigen Gesetzesartikel verfügt hätte, denn in diesem Fall wäre es tatsächlich um die Einführung eines Hassredeverbots gegangen.

B. Diskussion und Fazit

Der EGMR bietet den Bürgern und Bürgerinnen eines Vertragsstaates die Möglichkeit, sich bei Verletzung von Konventionsrechten an diesen zu wenden, und fällt für die Vertragsstaaten bindende Urteile. Die EMRK wird so durch die Rechtsprechung auch stets weiterentwickelt. Betroffene Personen können sich sowohl gegen übermässige staatliche Einschränkungen ihrer Meinungsäusserungen als auch gegen unzureichenden Schutz vor Hassrede zur Wehr setzen. Ob Art. 14 EMRK dazu führen kann, dass auch ohne entsprechende nationale Verbote Hassreden sanktioniert werden müssen, ist unklar, da praktisch alle europäischen Staaten über Normierungen verfügen, die herangezogen werden können und bisher kein solcher Entscheid durch den EGMR gefällt werden musste. Es ist deshalb davon auszugehen, dass bis anhin kein echtes Gebot zu einem Hassredeverbot besteht, aber zunehmend mehr solche nationalen Verbote akzeptiert werden.

---

375 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 128, 14. Januar 2020.

376 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, §§ 129–130, 14. Januar 2020.

377 Beizaras and Levickas v. Lithuania, no. 41288/15, § 125, 14. Januar 2020.

VI. Schweizerisches Strafgesetzbuch

Die vorliegend relevanten Tatbestände der «Diskriminierung und Aufruf zu Hass» (Art. 261bis StGB), die «öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit» (Art. 259 StGB) und die «Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit» (Art. 261 StGB) sind im Kap. 1 V daraufhin untersucht worden, ob sie Hassrede definieren – mit negativem Ergebnis. Im Folgenden werden Gründe der Aufnahme dieser Normen in das Strafgesetzbuch sowie deren Zielsetzungen skizziert. In Teil 2 werden diese dann vertiefter diskutiert.

Sie alle sind im zwölften Titel des Strafgesetzbuches zu finden, der Strafbestimmungen wegen «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden» beinhaltet. Allen gemeinsam ist also der Bezugspunkt zum Rechtsgut des öffentlichen Friedens.

A. Artikel 259 StGB – Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit

Art. 259[378] bestand bei seiner Einführung 1942 nur aus Abs. 1.[379] Im Jahr 1982 wurde Abs. 2 hinzugefügt und schliesslich im Jahr 2011 Abs. 1bis.[380] Der Artikel wurde unter dem Randtitel «Öffentliche Aufforderung zu Vergehen» eingeführt und später zu «Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit» geändert und gehört zu den Vergehen gegen den öffentlichen Frieden. In seinem Rahmen wurden 1942 zudem die Delikte der Schreckung der Bevölkerung (Bedrohung Rechtfriedensbruchs) und des Landfriedensbruchs (Verübung von Gewalttätigkeiten in einer unfriedlichen Menge) eingeführt. Der Aufforderungstatbestand steht dazwischen, indem nicht nur gedroht, sondern zu Gewalttätigkeit aufgefordert werden muss, auch wenn diese nicht verübt werden muss.[381] Anlass zum Artikel hatte die Angst vor anarchistischen Gruppen gegeben. Unter der damaligen kantonalen Strafrechtshoheit wurde deshalb das Bundesstrafgesetzbuch vom

---

378 Ursprünglich Art. 225 StGB.

379 Botschaft 1918, S. 175; wörtlich: «Wer öffentlich zu einem Vergehen, das mit Zuchthaus bedroht ist, auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis bestraft».

380 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, S. 4503.

381 Botschaft 1918, S. 55–56.

4. Februar 1853 am 12. April 1894 erweitert.[382] «Wer, in der Absicht, Schrecken zu verbreiten oder die allgemeine Sicherheit zu erschüttern, zu Verbrechen gegen die Sicherheit von Personen oder Sachen aufmuntert oder dazu Anleitung gibt»,[383] stand forthin unter Strafandrohung. In der Botschaft des StGB 1918 wurde davon ausgegangen, dass ein solches Verhalten unter den neuen Artikel «Schreckung der Bevölkerung» falle:[384]

> «Wo aber die Aufforderung nicht blosse Form der Drohung ist, sondern als solche ernst gemeint, trifft der Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu. Die öffentliche Aufforderung kann als eine Art der Anstiftung angesehen werden; sie unterscheidet sich von der letztern [sic] dadurch, dass sie sich nicht an den Einzelnen wendet, ihm persönliche Beweggründe der Begehung der Tat zu unterschieben trachtet, sondern an Stimmungen und Triebe der Masse sich wendet, deren Entfesselung von den furchtbarsten Folgen sein kann. Auch diese wirkliche Aufforderung zur Begehung von Verbrechen (schweren Vergehen) war ein Weg zur anarchistischen Propaganda der Tat.»[385]

1906 war deshalb bereits «ein Bundesgesetz[386], das wegen Anreizung zu anarchistischen Verbrechen den bedrohte, der öffentlich zur Begehung anarchistischer Verbrechen auffordert oder dazu Anleitung gibt oder derartige Verbrechen öffentlich in der Absicht verherrlicht, andere zur Begehung solcher Handlungen anzureizen» erlassen worden. Diese Vorschrift wurde im gleichen Jahr als aArt. 52bis ins Bundesstrafgesetzbuch vom 4. Februar 1853 aufgenommen. Anders als 1906 wurden beim neuen StGB-Artikel das Kriterium «anarchistische Verbrechen» sowie die Tatbestände «Anleitung» und «Verherrlichung» fallen gelassen, weil auch eine getarnte Aufforderung unter die Strafbestimmung fällt.[387] Es wurden neu also auch nicht-politische Aufrufe zu Gewaltakten erfasst.[388]

---

382 Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 vom 12. April 1894.

383 Art. 4 des Bundesgesetzes betreffend Ergänzung des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 vom 12. April 1894.

384 Botschaft 1918, S. 56.

385 Botschaft 1918, S. 56.

386 Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Bundesstrafrechtes vom 4. Februar 1853 in Bezug auf die anarchistischen Verbrechen vom 30. März 1906.

387 Botschaft 1918, S. 56.

388 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 7.

Aufgrund terroristischer Straftaten in den 1970er-Jahren in diversen europäischen Staaten und der Zunahme von Gewaltverbrechen in der Schweiz[389] wurden diverse parlamentarische Vorstösse eingereicht, die eine Revision des StGB in Bezug auf Gewaltdelikte verlangten.[390] Es wurde eine Expertenkommission eingesetzt, die mehrere Vorschläge unterbreitete.[391] Für den Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen schlug sie folgende Änderung vor:

> «Wer öffentlich, in einer Versammlung oder sonst in einer vielen Personen zugänglichen Weise zur Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Gefängnis bestraft.»

Der Begriff «Gewalttätigkeit» sollte nicht mehr nur Verbrechen, sondern auch Vergehen und Übertretungen gewalttätiger Art umfassen.[392] Der Vorschlag wurde mehrheitlich abgelehnt,[393] da die neue Fassung den einen zu eng und den anderen zu weit erschien. So wurde einerseits bedauert, dass Aufforderungen zu einigen gewaltlosen Verbrechen nicht mehr und andererseits, dass auch Aufforderungen zu blossen (gewalttätigen) Vergehen strafbar würden. Zudem wurde teilweise kritisiert, der Begriff der Gewalttätigkeit sei zu unklar und deshalb anfällig für missbräuchliche oder doch zumindest übertriebene Anwendung.[394] Der Bundesrat verzichtete deshalb darauf, den Vorschlag in die Vorlage aufzunehmen.[395] Er wurde aber später in der Kommission wieder aufgenommen.[396] Zwei Minderheitsanträge[397] kritisierten gewisse Schwachstellen des ursprünglichen Vorschlags, weshalb sie vorschlugen, gewisse Teile zu streichen bzw. zu ersetzen.[398] Der Zusatz «in einer Versammlung oder sonst in einer vielen Personen zugänglichen Weise»[399] sollte gestrichen werden, weil die Aufforderung sich auf das Kriterium der «Öffentlichkeit» beschränken sollte und nichtöffentliche Versammlungen davon ausgenommen sein sollten.

---

389 AB 1980 IV, S. 1602–1603.

390 Botschaft 1979, S. 1243.

391 Botschaft 1979, S. 1246–1247.

392 Botschaft 1979, S. 1248.

393 Botschaft 1979, S. 1255.

394 Botschaft 1979, S. 1252.

395 Botschaft 1979, S. 1256.

396 AB 1980 IV, S. 1604.

397 Der Minderheitsantrag Zbinden wurde aber zugunsten des Minderheitsantrags Barchi zurückgezogen.

398 AB 1980 IV, S. 1650.

399 AB 1980 IV, S. 1650.

Die nichtöffentliche Aufforderung würde somit erst dann strafbar, wenn sie die Form der Anstiftung erreichte. Die Unterscheidung zur Anstiftung gestaltet sich bis heute nicht ganz einfach, da die beiden Artikel zwar nicht deckungsgleich sind, aber dennoch Gemeinsamkeiten aufweisen. Der Unterschied der Tathandlung liegt u.a. darin, dass bei Art. 259 StGB diese in der eindeutigen öffentlichen Aufforderung besteht, während Art. 24 Abs. 1 StGB jede Handlung erfasst, sofern sie einen Tatentschluss hervorruft. Ein weiterer Unterschied liegt im Adressatenkreis. Art. 24 StGB richtet sich gegen Handlungsweisen, die bestimmte Personen zu bestimmten Delikten veranlassen will, während dies bei Art. 259 StGB gerade nicht der Fall sein muss. Weder muss der Adressatenkreis bestimmt noch müssen die auszuführenden Delikte konkretisiert sein. Es reicht, wenn der Gegenstand der Aufforderung als Verbrechen oder als Vergehen mit Gewalttätigkeit erkennbar ist.[400] Fiolka betrachtet Art. 259 StGB aufgrund der verbleibenden Gemeinsamkeiten «als eine systemfremde, politisch motivierte Sonderregelung zur Anstiftung».[401]

Die zweite Änderung betraf die Sanktionen. Der Antrag der Kommission verlangte eine deutlich härtere Strafe als der schliesslich verbleibende Minderheitsantrag und die Aufforderung zu einer Tätlichkeit wäre härter bestraft worden als die Tätlichkeit selbst. Dieser Widerspruch wurde im Minderheitsantrag durch eine Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen auch bei den Sanktionen gelöst.[402] Nach wie vor besteht aber die Möglichkeit, dass die Strafdrohung für die Aufforderung zu einer Straftat höher sein kann als für die Straftat selbst.[403] Dem später Gesetz gewordenen Minderheitsantrag wurde schliesslich mit grosser Mehrheit zugestimmt.[404] Ab 1982 war also auch die Aufforderung zu gewalttätigen Vergehen strafbar.[405] Mit der Ratifikation des Römer Statuts wurden einige Änderungen im Strafrecht notwendig, so auch Art. 259 StGB betreffend.[406] Der neue Abs. 1bis stellte die Aufreizung zum Völkermord unter Strafe.[407] Erfasst wird dabei «jede öffentliche Aufforderung oder Hetzkampagne, gegen eine bestimmte Gruppe einen Völkermord zu begehen».[408]

---

400 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 29–30; vgl. auch SHK StGB-Vest, Art. 259, N 26.

401 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 29; a.A. SHK StGB-Vest, Art. 259, N 25.

402 AB 1980 IV, S. 1651–1652.

403 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 28.

404 AB 1980 IV, S. 1655.

405 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, S. 4503.

406 Botschaft 2008, S. 3864.

407 Botschaft 2008, S. 3915.

408 Botschaft 2008, S. 3915.

Per 1. Juli 2023 wurde der ehemalige Abs. 2 aufgehoben und in Abs. 1 integriert. Dies, weil die mögliche Strafe gleich hoch ausfiel und die Unterscheidung damit hinfällig wurde. Inhaltlich ergaben sich daraus keine Änderungen.[409] Der heutige Art. 259 lautet also:

> «1 Wer öffentlich zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen oder zu einem Verbrechen auffordert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
>
> 1bis Die öffentliche Aufforderung zum Völkermord (Art. 264), der ganz oder teilweise in der Schweiz begangen werden soll, ist auch strafbar, wenn die Aufforderung im Ausland erfolgt.»

Mit Art. 259 StGB war ein Artikel eingeführt worden, der den öffentlichen Frieden[410] und sowohl Einzelpersonen als auch Gruppen (und Sachen) vor Gewalttätigkeiten schützen sollte,[411] indem allein schon die öffentliche Aufforderung dazu strafbar ist. In Bezug auf Art. 261bis StGB wurde bei den Diskussionen, ob bestehende Strafnormen ausreichten oder nicht,[412] ausgeführt, dass «[d]ie öffentliche Aufforderung zur Gewalttätigkeit […] nur vor Gewalttätigkeit [schützt]; […] aber nicht gegen die allgemeine Hetze».[413] Zwischen Art. 259 und Art. 261bis StGB besteht damit echte Konkurrenz.[414]

B. Artikel 261 StGB – Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit

Auch Art. 261 StGB wurde wie Art. 259 im StGB 1942 bei den Delikten gegen den öffentlichen Frieden eingeführt und sollte den «Landfrieden unter den Glaubensbekenntnissen» aufrechterhalten, das heisst, die Glaubensfreiheit gemäss Art. 49 und 50 aBV vor Angriffen durch Private schützen. Nach der Botschaft von 1918 sei der Schutz von Glaubensansichten, Gegenständen religiöser Verehrung, Kultushandlungen und kirchlichen Gebäuden aber bereits bis zur «Grenze

409 Botschaft 2018, S. 2883.

410 Botschaft 1918, S. 55–56; Botschaft 1979, S. 1248; zurückhaltend SHK StGB-Vest, Art. 259, N 2; a.A. BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 6.

411 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 16.

412 Vgl. Teil 1, Kap. 2 VI C.

413 AB 1992 VI, S. 2662.

414 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 37.

des Möglichen ausgedehnt, wenn die Meinungsfreiheit auch über diese Dinge als Recht des Einzelnen»[415] noch bestehen soll. So bestimmt Art. 261 StGB, dass

> «[w]er öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt,
>
> wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet,
>
> wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt, […] mit Geldstrafe bestraft [wird].»[416]

Die Erwähnung von Gott sollte als Spezialfall ausdrücklich erwähnt werden, wobei es sich aber nicht um einen Schutz von Gottheiten handelt, sondern um den Schutz der «Gottesgläubigen», die durch beleidigende Äusserungen über Gott in ihren Gefühlen verletzt werden.[417] Kritische Äusserungen über die Gottesexistenz[418] oder sachliche Kritik sollten dabei nicht erfasst werden und die Verletzung müsse eine gewisse Schwere erreichen, wobei aber in Bezug auf Abs. 1 keine boshafte oder böswillige Absicht der Täterschaft erforderlich sei,[419] sondern in gemeiner Weise erfolgen müsse, was objektiv als äusseres Benehmen/Verhalten und nicht als subjektive Absicht zu verstehen sei.[420] Geschütztes Rechtsgut ist «die Glaubensfreiheit, genauer die Achtung vor dem Mitmenschen und seiner Überzeugung in religiösen Dingen und damit gleichzeitig auch der religiöse Friede».[421] Nicht geschützt werden damit Gott (wie bei der Gotteslästerung), die Religion, bestimmte religiöse Überzeugungen oder die Religionsgemeinschaften selbst. Strafbar ist die Beeinträchtigung oder Verletzung der religiösen Überzeugungen bzw. religiösen Gefühle einer Person.[422] Eine spätere Präzisierung des BGer stellte klar, dass «nur jene Missachtung der religiösen Überzeugungen von anderen strafbar sein soll, die so schwerwiegend ist, dass sie zugleich den öffentlichen Frieden stört».[423]

---

415 Botschaft 1918, S. 56–57.

416 Art. 261 StGB.

417 AB 1934 II, S. 408.

418 AB 1934 II, S. 408.

419 BGE 86 IV 19 E. 4 S. 24.

420 BGE 86 IV 19 E. 4 S. 23.

421 BGE 86 IV 19 E. 3 S. 23.

422 Fiolka/Niggli, 2005, S. 708.

423 BGE 120 Ia 220 E. 3c S. 225.

C. Artikel 261bis StGB – Diskriminierung und Aufruf zu Hass

Nach mehreren gewalttätigen Angriffen auf Asylunterkünfte in der Schweiz sowie den umliegenden Ländern in den Jahren 1989–1992 sowie der Gründung von drei Neonazigruppen (die Patriotische Front «PF», die Neue Front «NF» und die Nationalrevolutionäre Partei «NPS») und dem vermehrten Auftreten von rechtsextremen Organisationen[424] beschloss der Bundesrat den Beitritt zur RDK. Um der RDK beitreten zu können, musste – so der Bundesrat – eine entsprechende Strafnorm gegen Rassendiskriminierung geschaffen werden.[425]

Im Vernehmlassungsverfahren zum Beitritt zur RDK sowie der entsprechenden Revision des Strafrechts waren die Reaktionen mehrheitlich positiv. Die juristischen Berufsverbände kritisierten aber Form und Definition des Tatbestandes, weshalb der Vorentwurf erneut überarbeitet wurde.[426] Kritisiert wurde auch, dass das geltende Strafrecht bereits ausreiche, weshalb eine Ergänzung überflüssig sei. Bis zu einem gewissen Grad[427] wurde dies auch in der Botschaft anerkannt, es wurde aber ergänzt, dass die Anforderungen der RDK damit noch nicht erfüllt seien, da weder die rassistische Propaganda noch die Verharmlosung von Genozid und Rassenverfolgung erfasst seien. Weiter fehle das Recht auf diskriminierungsfreien Zutritt zu jedem für die Öffentlichkeit bestimmten Ort oder Dienst und die Sanktionierung entsprechender Verstösse. Rassistische Beleidigungen, die einen Angriff auf die Menschenwürde darstellten, seien ebenfalls nur ungenügend abgedeckt. Die Ehrverletzungsdelikte seien nicht geeignet, da ein anderes Rechtsgut geschützt werde (Individualrechtsgut, das sich auf die moralische Integrität beschränkt); zudem seien diese als Antragsdelikte ausgestaltet, was sich erschwerend auf die Strafverfolgung auswirke. Bei der Rassendiskriminierung hingegen gehe es um das Rechtsgut des öffentlichen Friedens und es stehe der präventive Effekt im Vordergrund. Es gehe bei einer Rassendiskriminierungsnorm nicht um die nachträgliche Bestrafung, sondern um vorbeugende Massnahmen gegen Men-

---

424 Frischknecht, S. 135–140, 148–152; Naguib/Zannol, S. 163.

425 Naguib/Zannol, S. 163–164.

426 Botschaft 1992, S. 278.

427 Straftaten, die häufig aus rassistischen Motiven begangen werden, waren vom geltenden Recht bereits erfasst, so z.B. die Straftaten gegen Leib und Leben (Tötung, Körperverletzung, Unterlassung der Nothilfe, Angriff), gegen das Vermögen (Raub, Erpressung), gegen die Freiheit (Nötigung, Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch), gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen (Brandstiftung, Verursachung einer Explosion) sowie in beschränktem Masse die Ehrverletzungsdelikte (Beschimpfung und evtl. Verleumdung).

schenrechtsverletzungen. Die RDK habe einerseits zum Ziel, «Greueltaten [sic], wie sie während des Zweiten Weltkrieges durch das Dritte Reich begangen wurden, in Zukunft bereits im Entstehen zu verhindern», und andererseits den Wunsch «nach einer endgültigen Überwindung des Kolonialismus mit allen seinen Begleit- und Folgeerscheinungen». Diese beiden Bestrebungen müssten deshalb auch bei der neuen Strafrechtsbestimmung berücksichtigt werden.[428]

Allerdings stellten die Anforderungen der RDK eine nicht einfach zu lösende Herausforderung dar. Insbesondere das in Art. 4 RDK verlangte Unter-Strafe-Stellen von rassistischer Propaganda und Ideologien, die auf die Herabsetzung anderer Rassen abzielten, wurde als mögliche verfassungswidrige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit angesehen. Auch die Vereinsfreiheit war durch Art. 4 RDK möglicherweise tangiert. In der Botschaft wurde der Konflikt als Grundrechtskonflikt angesehen, der nur auf dem Weg der Güterabwägung gelöst werden könne.[429]

> «Auf der einen Seite stellt die Rassendiskriminierung als Angriff auf die Menschenwürde eine Verletzung der verfassungsmässigen Rechte auf Persönliche Freiheit und auf Rechtsgleichheit dar. […]. Auf der anderen Seite haben Meinungs- und Vereinsfreiheit eine wichtige Funktion im Prozess politischer Meinungsbildung.»[430]

Der Kerngehalt der Meinungs- und Informationsfreiheit werde aber davon nicht berührt, da weder sachliche Berichterstattung noch die politische Diskussion von der Definition des Tatbestandes erfasst würden. Es wurde aber auch festgehalten, dass es «im Hinblick auf die Meinungsfreiheit nicht möglich sein [werde], alle Anforderungen von Art. 4 wortwörtlich im Strafrecht zu verwirklichen».[431]

Die Vereinsfreiheit war bereits durch Art. 56 aBV eingeschränkt und konnte bei Widerrechtlichkeit gemäss Art. 78 ZGB aufgelöst werden. Durch den geplanten Art. 261bis StGB wurde ein Verein, der den Zweck verfolgte, zu Rassenhass aufzurufen oder rassistische Propaganda zu betreiben, nicht mehr vom Schutzbereich von Art. 56 aBV erfasst und konnte aufgelöst werden.

Das eigentliche Problem bestand in der Frage einer Strafbarkeit der Mitgliedschaft von rechtswidrigen Vereinen. Die Mitgliedschaft in einem solchen Verein (vor der Auflösung) als strafbar zu erklären, wurde als nicht vereinbar mit der Vereins-

---

428 Botschaft 1992, S. 303.

429 Botschaft 1992, S. 304.

430 Botschaft 1992, S. 304.

431 Botschaft 1992, S. 304.

freiheit angesehen. Das Schweizer Recht kennt keine vorgängige Kontrolle von Vereinen, da Vereine ohne wirtschaftlichen Zweck die Rechtspersönlichkeit durch Willenserklärung in den Statuten erlangen und eine vorgängige Meldepflicht als verfassungswidrig betrachtet wird. Zudem lässt sich aus den Statuten ohnehin nicht immer der wahre Zweck der Organisation erkennen, weshalb eine vorgängige Kontrolle der Statuten kein taugliches Mittel darstellt. Eine vorgängige Beurteilung des Vereins (dem jemand beitreten möchte) durch den Bürger oder die Bürgerin wäre daher nicht gerechtfertigt. Die Schweiz hat deshalb bei der Ratifizierung der RDK gewisse Vorbehalte angebracht.[432] So wurde zu Art. 4 der Vorbehalt angebracht, dass für die Umsetzung die erforderlichen gesetzgeberischen Massnahmen ergriffen würden, wobei aber die Meinungs- und Vereinigungsfreiheit gebührend berücksichtigt werde.[433] Der Vorbehalt zu Art. 4 sollte zudem nur unter Beizug des Parlaments zurückgezogen werden können.[434]

Statt der Einführung einer neuen Strafbestimmung wurde auch die Möglichkeit einer Generalklausel diskutiert, die eine Strafverschärfung verlangt, wenn aus rassistischen Motiven gehandelt wird (Minderheitsantrag Sandoz).[435] Diese sah vor, die rassistische Propaganda, rassistische Angriffe auf die Menschenwürde und die Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung sowie die Holocaustleugnung nicht ins StGB aufzunehmen, sondern nur bestehende Delikte schwerer zu bestrafen, wenn aus rassistischen Motiven gehandelt wurde.[436] Der Antrag wurde aber letztlich abgelehnt und der Vorschlag des Bundesrats angenommen.[437]

> «Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion [oder sexuellen Orientierung][438] zu Hass oder zu Diskriminierung aufruft,
>
> wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung dieser Personen oder Personengruppen gerichtet sind,

---

[432] Botschaft 1992, S. 305–306.

[433] United Nations Human Rights, Status of Ratification, <https://indicators.ohchr.org/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]. Auch zu Art. 2 Paragraph 1 (a) und Art. 14 Paragraph 1 wurden Vorbehalte angebracht.

[434] AB 1992 VI, S. 2650.

[435] AB 1992 VI, S. 2656.

[436] AB 1992 VI, S. 2663.

[437] AB 1992 VI, S. 2654, 2672–2673.

[438] Dieser Zusatz wurde erst später aufgenommen, vgl. unten.

> 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, Religion [oder sexuellen Orientierung] 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, Religion [oder sexuellen Orientierung] verweigert,
>
> wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

Gegen den neuen Strafrechtsartikel wurde das Referendum ergriffen, weshalb es zur Volksabstimmung kam.[439] Im September 1994 nahm das Stimmvolk die neue Norm sowie den Beitritt zur RDK mit 54,6 % Ja-Stimmen an. Die RDK trat am 29. Dezember 1994 und die Strafnorm am 1. Januar 1995 in Kraft.[440] Die Schaffung sowie die Umsetzung dieser Norm hat bis heute immer wieder Anlass zu Diskussionen gegeben und die Norm gehört wahrscheinlich zu den meistdiskutierten Strafbestimmungen überhaupt.[441] Mehrfach wurden Motionen eingereicht, welche die Abschaffung der Norm oder deren Erweiterung bzw. die Einführung neuer Strafbestimmungen verlangten.[442] Die Kritik an der Norm liess nach, verstummte aber auch noch Jahre später nicht vollständig. Die Hauptbeanstandungen waren, dass Art. 261bis StGB Gesinnungsstrafrecht darstelle, keine Einigkeit über das geschützte Rechtsgut bestehe, zu unbestimmte Rechtsbegriffe verwende und eine unzulässige Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit darstelle. Mit

---

439 Bundeskanzlei, Chronologie Referenden, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Militärstrafgesetz, <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/cr/1993/19930176.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

440 Naguib/Zannol, S. 164.

441 Naguib/Zannol, S. 161–163; Jositsch/von Rotz, S. 51–65; Gerny Daniel, Klares Urteil: Gefängnisstrafe wegen homofeindlichem Video, in: NZZ vom 6. April 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/bemerkenswertes-urteil-nach-hassattacke-gegen-homosexuelle-rechtsextremer-beschimpfte-frau-als-fette-lesbe-jetzt-soll-er-ins-gefaengnis-ld.1678297> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

442 Naguib/Zannol, S. 161–162, 177; Hardegger Angelika/Gerny Daniel, Geschlechter-Diskriminierung soll strafbar werden in: NZZ vom 10. Februar 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/geschlechter-diskriminierung-soll-strafbar-werden-ld.1668750> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

diesen Kritikpunkten setzte sich das BJ im Mai 2007 anlässlich eines Hearings der Rassismusstrafnorm auseinander.[443] Der Bundesrat sah aber nach seiner Kenntnisnahme des Arbeitspapiers des BJ keinen Handlungsbedarf zur weiteren Konkretisierung oder Änderung der Norm.[444] Während fast 25 Jahren bestand die Norm unverändert, bis das Parlament im Dezember 2018 entschied, die Strafnorm um die Schutzgruppe «sexuelle Orientierung» zu erweitern. Im Februar 2020 kam es aufgrund eines Referendums zur Volksabstimmung. Abgestimmt wurde darüber, ob vor Diskriminierung wegen Homo-, Hetero- oder Bisexualität geschützt werden solle. Die Erweiterung wurde von der Stimmbevölkerung mit 63,1 % Ja-Stimmen angenommen und das Gesetz trat am 1. Juli 2020 in Kraft.[445] Nach der Aufnahme dieser neu schützenswerten Gruppe wurde die Marginale bzw. die Überschrift der Norm von «Rassendiskriminierung» zu «Diskriminierung und Aufruf zu Hass» geändert. Bestrebungen, auch das «Geschlecht» als schützenswerte Gruppe aufzunehmen, werden derzeit im Parlament (wieder) diskutiert.[446]

D. Diskussion und Fazit

Es ist fraglich, ob die Schaffung eines Straftatbestandes tatsächlich nötig gewesen war, um die RDK ratifizieren zu können. Dass die Einführung einer neuen Strafnorm gerade nicht zwingend war, zeigt das Beispiel Australien, das einen Vorbehalt zu Art. 4 (a) RDK anbrachte, der die Umsetzung einer Strafbestimmung in der nationalen Gesetzgebung vorerst aufschob.[447] Weiter haben einige Länder die «due regard»-Klausel so ausgelegt, dass Art. 4 RDK ihnen keine Massnahmen

---

443 Arbeitspapier BJ, S. 4–9; das Hearing war von Bundesrat Blocher einberufen worden.

444 EJPD, Medienmitteilung vom 21. Dezember 2007; <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-16484.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

445 EJPD, Medienmitteilung vom 3. April 2020; <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-78673.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

446 Parlamentarische Initiative Marti Min Li vom 13. Dezember 2021 (Geschäft Nr. 21.513).

447 Wörtlich: «The Government of Australia … declares that Australia is not at present in a position specifically to treat as offences all the matters covered by article 4 (a) of the Convention. Acts of the kind there mentioned are punishable only to the extent provided by the existing criminal law dealing with such matters as the maintenance of public order, public mischief, assault, riot, criminal libel, conspiracy and attempts. It is the intention of the Australian Government, at the first suitable moment, to seek from Parliament legislation specifically implementing the terms of article 4 (a)»; United Nations Treaty Collections, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en#EndDec> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

auferlegen kann, die das Recht auf freie Meinungsäusserung und die Versammlungsfreiheit beeinträchtigen.[448] Art. 261bis StGB als harte Bedingung für die Ratifikation anzusehen, ist deshalb nicht korrekt, zumal auch Art. 4 lit. b der RDK völlig unzureichend umgesetzt wurde.[449] Auf der anderen Seite geht Art. 261bis StGB teilweise sogar weiter, als Art. 4 RDK es verlangt, indem er mehr Gruppen schützt als erforderlich. So verlangt Art. 4 RDK nur den Schutz von «race or group of persons of one colour or ethnic origin» und nicht der Religion,[450] der sexuellen Orientierung oder, wie derzeit diskutiert, des Geschlechts.[451] Die RDK bezog sich primär auf die Diskriminierung von «Schwarzen» und anderen «nicht-weissen» Personen.[452] So verlangt die RDK in Art. 3 RDK denn auch nur die Verurteilung der Segregation und Apartheid explizit und nicht auch des Faschismus, Nationalsozialismus oder Antisemitismus,[453] was bemerkenswert ist, wenn man bedenkt, dass es gerade antisemitische Vorfälle waren, die den Anstoss für die Ausarbeitung der RDK gaben.[454] Auch die Holocaustleugnung ist von der RDK nicht erfasst (auch nicht als Propaganda). Art. 261bis StGB geht deshalb auch hier weiter, als Art. 4 RDK es verlangt. Die Erbringung einer für die Allgemeinheit angebotenen Leistung wie in Abs. 5 von Art. 261bis StGB formuliert, wird zudem ebenfalls nicht in Art. 4 RDK erwähnt und ist folglich nicht zwingend als Strafbestimmung auszugestalten.[455] Sie wird in Art. 5 RDK erfasst, dort aber nicht unter der Bedingung, dass sie ein strafbares Delikt darstellt. Die Aufnahme in Art. 261bis StGB wurde durch das föderalistische System in der Schweiz begründet und damit, dass in den meisten Kantonen keine Handhabe bestanden hatte, wie mit Leistungsverweigerung aus rassistischen Motiven umzugehen sei, weshalb dieser Punkt ebenfalls in Art. 261bis StGB integriert wurde.[456]

Art. 261bis StGB geht folglich einerseits in manchen Bereichen über Art. 4 RDK hinaus und andererseits erfüllt er die Umsetzung aller Erfordernisse dennoch nicht vollständig, da er den Anforderungen an eine Strafbarkeit der Mitgliedschaft

448 Schwelb, S. 1025.

449 Niggli, Rassendiskriminierung, N 169.

450 Das Problem religiöser Intoleranz wurde in einer separaten Erklärung und Konvention behandelt,vgl. Schwelb, S. 999.

451 Meron, S. 284.

452 Meron, S. 284.

453 Vgl. auch Botschaft 1992, S. 282.

454 Lerner, S. 1.

455 Dafür in Art. 5 RDK, allerdings nicht unter der Auflage einer Strafbestimmung.

456 Botschaft 1992, S. 301.

von rechtswidrigen Vereinen nicht genügt.[457] Weiter verlangt der schweizerische Tatbestand ein Öffentlichkeits-[458] sowie ein Absichtselement,[459] was beides von Art. 4 RDK nicht bzw. explizit anders vorgesehen worden war. Die Schweiz hat deshalb einen Vorbehalt zu Art. 4 RDK angebracht.

Interessanterweise wurde zu diesem Vorbehalt im Arbeitspapier des BJ zur möglichen Überarbeitung des Artikels keine Stellung bezogen. Das ist insofern wichtig, weil deshalb nicht ganz klar ist, welche Änderungsvorschläge zu Art. 261bis StGB vom Vorbehalt noch gedeckt würden und wann tatsächlich eine Kündigung der RDK die finale Konsequenz wäre. Das BJ hatte u.a. überprüft, ob eine Streichung des Art. 261bis StGB infrage käme. Ob eine solche zwingend – wie vom BJ behauptet – auch die Kündigung nach sich ziehen würde, ist angesichts der Möglichkeit, dass Australien die RDK trotzdem ratifizieren konnte und die Schweiz sowie zahlreiche weitere Nationen einen Vorbehalt zu Art. 4 RDK angebracht haben, nicht gesichert. An Kritik im In- und Ausland dürfte es hingegen nicht fehlen und insgesamt würde eine Streichung des Art. 261bis StGB oder gar die Kündigung der RDK eine doch etwas seltsam anmutende Botschaft senden und auf Unverständnis stossen.[460] Zudem hat der Bundesrat wiederholt betont, dass für ihn eine ersatzlose Streichung von Art. 261bis StGB nicht infrage komme.[461] Eine Überarbeitung des Artikels ist dagegen eine in Betracht zu ziehende Möglichkeit. Es stellt sich deshalb die Frage, was von Art. 261bis im Vergleich zur Rechtslage vor seiner Einführung neu erfasst *und* von Art. 4 RDK auch verlangt wurde.

Erfasst durch das StGB waren bereits alle Gewalttätigkeiten, also Straftaten gegen Leib und Leben, gegen das Vermögen, gegen die Freiheit und gewisse Ehrverletzungsdelikte[462] sowie die Verletzung religiöser Gefühle, die Störung von Kultushandlungen etc. Von Art. 259 erfasst war zudem bereits die Hetze, die zur Gewalt aufrief, und zwar unabhängig von Rasse, Ethnie, Religion und sexueller Orientierung. Ebenfalls war jegliche Aufforderung zu einem Verbrechen erfasst – unabhängig davon, ob mit oder ohne Gewaltanwendung. Nicht erfasst waren dagegen rassistische Propaganda, konkret die Verbreitung von Ideen, die auf der (angeblichen) Überlegenheit einer Rasse oder Rassenhass beruhen, und das Aufreizen

457 Vgl. auch Niggli, Rassendiskriminierung, N 166–171.

458 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 22–23.

459 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 37, 42, 45, 69, 79, 81.

460 Arbeitspapier BJ, S. 13.

461 Arbeitspapier BJ, S. 13.

462 Botschaft 1992, S. 303.

zu Rassendiskriminierung.[463] Art. 261bis StGB deckte also neu die von Art. 4 RDK geforderte gewaltlose Hetze gegen Personen(gruppen) ab,[464] konkret «jede Verbreitung von Ideen, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen, jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung […] sowie jede Unterstützung rassenkämpferischer Betätigung».[465]

VII. Zwischenergebnis

In der Entstehungsgeschichte der AEMR, des UNO-Pakts II sowie der RDK zeigten sich bereits erste Diskussionen um die Einschränkung der Meinungsfreiheit bei gewissen Formen von Reden. Auffällig ist, dass sich die Trennlinie mehrheitlich zwischen den primär westlich orientierten und den kommunistischen Staaten bzw. deren «Alliierten» abzeichneten. Die kommunistisch geprägten Staaten sprachen sich dabei – mit teils grosser Vehemenz – für deutlich mehr Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit aus. Während in der AEMR sowie dem UNO-Pakt II kein Verbot von Aufstachelung zu Hass per se und erst recht kein Gebot zu strafrechtlichen Sanktionen festgehalten wurde, verpflichtete die RDK zu einem strafrechtlichen Verbot jeglicher Verbreitung von (Rassen-)Hass. Dieser Forderung wurde in der Schaffung von Art. 261bis StGB nachgekommen, da die bereits bestehenden Art. 259 und 261 nicht als ausreichend angesehen wurden. Art. 261bis geht in seiner aktuellen Form teilweise über die Forderung von Art. 4 RDK hinaus und in anderen Fällen erfüllt er sie nicht vollständig, weil ein Vorbehalt zum Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit angebracht worden war.

Im europaweiten Kontext sind die EMRK sowie die Rechtsprechung des EGMR massgeblich für die Beurteilung, wie sehr die Meinungsäusserungsfreiheit auch aufgrund von Hassrede eingeschränkt werden darf. Die EMRK selbst verlangt aber kein Hassredeverbot. Der EGMR hingegen hat ebenfalls begonnen, sich vermehrt mit dem Thema Hassrede auseinanderzusetzen, und verpflichtet die Staaten teilweise (gemäss ihren eigenen gesetzlichen Bestimmungen), gegen Hassrede vorzugehen. Zudem werden gewisse Äusserungen von vorneherein vom Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit ausgeschlossen.

---

463 Botschaft 1992, S. 303.

464 SHK StGB-Vest, Art. 259, N 12–13.

465 Art. 4 lit. a RDK.

Kapitel 3: Zusammenfassung

Sowohl auf nationaler wie auf internationaler Ebene findet sich kein rechtlich definierter Begriff der Hassrede. Während weitgehend klar ist, was unter «Rede» fällt, ist keine befriedigende Definition des Wortes Hasses ersichtlich. Es wird deshalb regelmässig den Gerichten überlassen, zu definieren, welche Äusserungen Hassrede darstellen und welche nicht. Der Rechtsprechung ist es aber kaum gelungen, dem Begriff schärfere Konturen zu verleihen. Der Begriff der Hassrede bleibt deshalb vorerst nebulös. Bei der historischen Rückblende zur Entstehung von Hassrederegulierungen fällt im internationalen Kontext auf, dass sich die Mehrheit der Staaten vor allem auf den Begriff der Meinungsäusserungsfreiheit konzentrierten und dabei die Frage nach deren Einschränkung zu beantworten hatten. Die Meinungen gingen dabei stets diametral auseinander. Forderungen nach deutlich mehr Einschränkungen gingen zu Beginn vom sowjetischen Block aus, der faschistische Ansichten durchwegs verbieten wollte. Die westlichen Staaten haben dies mehrheitlich abgelehnt. Interessanterweise wurden – je mehr Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg vergangen war – mehr Einschränkungen gefordert, bis schliesslich mit der RDK sogar eine Verpflichtung zur Einführung einer Strafnorm geschaffen wurde. Die Schweiz schuf aufgrund der Ratifikation der RDK Art. 261bis StGB. Die Art. 259 und 261 hingegen bestanden bereits vorher, wurden aber als nicht ausreichend empfunden, da insbesondere die Hetze gegen bestimmte Gruppen nicht erfasst worden war. Die Einführung von Art. 261bis StGB hat einige kontroverse Debatten ausgelöst und die Kritik an der ehemals sogenannten Rassendiskriminierungsnorm ist bis heute nicht ganz verstummt.

Nachdem im ersten Teil der Arbeit verschiedene Definitionsversuche sowie die internationalen Übereinkommen untersucht worden sind, werden im folgenden zweiten Teil der Arbeit die ausgewählten schweizerischen Normen genauer auf Strukturmerkmale und allfällige Defizite untersucht.

Teil 2:

Problemfelder der Art. 259, 261, 261bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches

Teil 2 dreht sich um wichtige Strukturmerkmale der einschlägigen Strafnormen. Daher erfolgen keine umfassenden Ausführungen im Sinne eines Kommentars zu den einzelnen Tatbestandselementen, sondern Erläuterungen zu ausgewählten Problempunkten. Die einzelnen Kapitel führen in einem ersten Schritt Ansichten aus Rechtsprechung und Lehre ins Feld, zeigen Kontroversen und Widersprüchlichkeiten und benennen die praktischen Schwierigkeiten, die sich in Bezug auf eine Strafverfolgung oder Urteilsfällung stellen können. Dadurch sollen allfällige Lücken und strukturelle Defizite der bestehenden Strafnormen eruiert werden. Lösungsansätze werden vorerst nur am Rande erwähnt. Der Schwerpunkt liegt auf der Darstellung der verschiedenen Problemfelder. Die einzelnen Thematiken wurden entweder mit Blick auf deren spezielle Ausgestaltung als Äusserungsdelikt oder aufgrund der besonders kontrovers geführten Diskussionen ausgewählt. In den Unterkapiteln I.–III. geht es um das geschützte Rechtsgut und die Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt. Diese Diskussionen sind zwar nicht neu, aber dennoch relevant, da sich aus dem geschützten Rechtsgut bzw. der Frage nach dem Deliktstypus nichts weniger als die Legitimation und allgemeine Ausgestaltung der Norm ableiten lässt. Die anschliessenden Unterkapitel IV.–VIII. behandeln einzelne spezifische Tatbestandsmerkmale, die aufgrund ihrer Ausgestaltung oder der gerichtlichen Auslegung Anlass zu weiterführenden Bemerkungen geben. Die Unterkapitel IX.–X. behandeln allgemeine Probleme bzw. Lücken in der Schweizer Gesetzgebung betreffend Hassrederegulierungen. In Kapitel 2 wird der Grundrechtskonflikt zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit bzw. Religionsfreiheit und Hassredenormen angesprochen. Abschliessend erfolgt eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse in Kapitel 3.

Teil 2 dient der Vorbereitung auf die rechtsvergleichende Synthese im späteren Teil 4, der die Erträge der Untersuchung bündelt. Im dazwischenliegenden Teil 3 werden ausgewählte ausländische Gesetzgebungen spezifisch in Bezug auf die bestehenden Schwierigkeiten im Schweizer Recht vergleichend herangezogen und nach möglichen Lösungsansätzen gesucht. Dadurch begründet sich, dass in Teil 2 die verschiedenen Problemfelder primär umrissen und erklärt, aber noch nicht vertieft diskutiert werden. Diese Diskussion erfolgt in Teil 4.

Kapitel 1: Strukturmerkmale und -defizite der einschlägigen Strafgesetzgebung

I. Geschütztes Rechtsgut

In der Lehre herrscht nach wie vor Uneinigkeit darüber, welches Rechtsgut der Tatbestand der *Rassendiskriminierung* schützt bzw. schützen soll. Während ein Teil der Lehre (so z.B. Kunz,[466] Riklin,[467] Müller,[468] Trechsel/Vest,[469] Hänni,[470] Jenny[471], Rom[472] sowie die Botschaft[473] zur Einführung der Norm) im Schutz des öffentlichen Friedens das Rechtsgut sehen, schützt gemäss einem anderen Teil der Lehre (z.B. Fiolka/Niggli,[474] Donatsch/Thommen/Wohlers,[475] Schleiminger Mettler,[476] Rehberg,[477] Corboz[478]) die Norm das Rechtsgut der Menschenwürde. Der Schutz des öffentlichen Friedens wird nur akzessorisch als Ausfluss des Schutzes der Menschenwürde angesehen.

Das Bundesgericht wiederum hat für einzelne Tatbestandsvarianten unterschiedliche Rechtsgüter angenommen. So verstand es für die Abs. 1 und 4, erster Teil unmittelbar die Menschenwürde, hingegen für Abs. 4 zweiter Teil den öffentlichen Frieden als Rechtsgut.[479] Zu den Abs. 2, 3 und 5 hat sich das Bundesgericht bis jetzt noch nicht explizit geäussert, allerdings im Urteil BGE 123 IV 202 festgehalten, dass die Menschenwürde primäres Rechtsgut und der öffentliche Friede

---

466 Kunz, ZStrR 1998, S. 232.

467 Riklin, Medialex, S. 38.

468 Müller, S. 664.

469 PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 261bis, N 6.

470 Hänni, S. 67.

471 Jenny, S. 629.

472 Rom, S. 107.

473 Botschaft 1992, S. 309.

474 Fiolka/Niggli, 2005, S. 714.

475 Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 228–229.

476 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 8.

477 Rehberg, S. 179–180.

478 Corboz, S. 372.

479 BGE 123 IV 202 E. 2 S. 206; BGE 129 IV 95 E. 3.4.4–3.6 S. 104–106. Das BGer äussert sich zum Rechtsgut primär, wenn die Geschädigtenstellung strittig ist (vgl. II).

nur mittelbar geschützt sei. Das Urteil erfolgte allerdings, bevor für Abs. 4 zweiter Teil das Rechtsgut des öffentlichen Friedens anerkannt worden war.

Bei der Einführung des neuen Tatbestandes der Rassendiskriminierung führte die Botschaft aus, dass

> «[i]n einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet und herabgesetzt werden können, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden darf, wo einzelne Menschen aufgrund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angegriffen werden können, wo aus derartigen Gründen einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen eine Leistung verweigert werden darf, da ist der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet.»[480]

Die Botschaft führt weiter aus, dass die Rassendiskriminierung den öffentlichen Frieden gefährde, wenn auch der Angriffspunkt die Menschenwürde der einzelnen Mitglieder der betroffenen Gruppen sei.[481] Sämtliche Tatbestandsvarianten stellten abstrakte Gefährdungsdelikte dar, wobei aber eine konkrete Gefährdung des öffentlichen Friedens erst eintrete, wenn die Diskriminierungstatbestände mit anderen Straftaten zusammentreffen würden.[482]

Niggli kritisiert diese Ansicht und kommentiert, dass der öffentliche Frieden zwar durch Rassendiskriminierung gefährdet sein könne, aber nicht zwingend müsse.[483] Er begründet diese Ansicht mit einem Beispiel, in der in einem Staat die diskriminierte Gruppe eine zahlenmässig vernachlässigbare Gruppe darstelle und zudem die Mehrheit der Bevölkerung glaube, dass die Diskriminierung dieser Gruppe rechtens sei. In einem solchen Fall sei der öffentliche Friede durch eine entsprechende Diskriminierung gerade nicht gefährdet, vielmehr sei das Gegenteil der Fall: Die Nichtdiskriminierung gefährde erst den öffentlichen Frieden.[484] Weiter müssten schwerwiegende Aktivitäten, die zwar grosse Ängste bei betroffenen Gruppen auslösten, straflos bleiben, wenn diese den öffentlichen Frieden nicht gefährden würden. Niggli schlussfolgert deshalb, dass Art. 261bis StGB «*nicht*

---

480 Botschaft 1992, S. 309–310.

481 Botschaft 1992, S. 303, 309.

482 Botschaft 1992, S. 310.

483 Niggli, Rassendiskriminierung, N 323.

484 Niggli, Rassendiskriminierung, N 324.

den öffentlichen Frieden schützen»[485] könne. Er plädiert für die Menschenwürde als Rechtsgut, da dieses u.a. konform sei mit den internationalen Verpflichtungen (RDK, Art. 14 EMRK) und das Ziel der RDK erfasse (im Gegensatz zum öffentlichen Frieden als Rechtsgut), da es um die «von rassischer und ethnischer Zugehörigkeit unabhängige Gleichberechtigung und Gleichbehandlung aller Menschen, also um die Verwirklichung des Schutzes der Menschenwürde»[486] gehe.

Kunz widerspricht Niggli vehement: Strafrecht könne nicht insgesamt auf den öffentlichen Frieden ausgerichtet sein (sozusagen als Rechtsgut des gesamten StGB), weil ein solches Strafrecht keinen Unterschied zwischen Kriminal- und Ordnungsunrecht mache (worauf die Berechtigungen von Sanktionen überhaupt beruhe) und allein am «systemerhaltenden Gesellschaftsschutz» interessiert sei. Der Staat stehe in seiner Ausrichtung im Dienst der Individuen. Mit dem öffentlichen Frieden als Kompass für alle übrigen Rechtsgüter werde diese Grundkonzeption des Strafrechts nicht mehr geachtet und es würden «die prinzipiellen Unterschiede zwischen einem rechtsstaatlichen und einem despotischen Strafrecht vernachlässigt».[487] Als Rechtsgut tauge der öffentliche Friede deshalb höchstens für die Tatbestände des 12. Titels des StGB. Kunz deutet die Menschenwürde als «Fixpunkt» des Strafrechts, auf den sich alle anderen Rechtsgüter auszurichten hätten. Es sei deshalb richtig, sich als Rechtsgut der Rassendiskriminierung für den sozialen Frieden zu entscheiden, was sich auch an der Erheblichkeitsschwelle im Tatbestand selbst zeige:[488]

> «Rassendiskriminierung ist in der Tat solange strafrechtlich irrelevant, wie damit der öffentliche Friede nicht gefährdet wird (also die Diskriminierung z. B. nicht öffentlich geschieht), mag darunter die Menschenwürde des individuell Diskriminierten noch so sehr leiden.»[489]

Auch Kunz sieht natürlich, dass «der Begriff des öffentlichen Friedens in hohem Masse unbestimmt und die Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Bereich seiner abstrakten Gefährdung doppelt problematisch» ist.[490]

---

485 Niggli, Rassendiskriminierung, N 327 [Hervorhebung im Original].

486 Niggli, Rassendiskriminierung, N 333.

487 Kunz, ZStrR 1998, S. 232.

488 Kunz, ZStrR 1998, S. 232.

489 Kunz, ZStrR 1998, S. 232.

490 Kunz, ZStrR 1998, S. 232. Weiterführende Ausführungen und Kritik am Begriff des öffentlichen Friedens – insbesondere von Fischer und Hörnle – finden sich in Teil 4.

Lehmkuhl und Wenk stützen die Ansicht Niggli, dass der öffentliche Friede überhaupt kein Rechtsgut darstellen könne, da alle Straftatbestände dem öffentlichen Frieden dienten, wobei sie aber verneinen, dass dieser sich im blossen Sicherheitsgefühl erschöpfe.[491]

Der Streit um das geschützte Rechtsgut ist insofern relevant, als dass der Diskriminierungsschutz auf bestimmte Gruppen oder Mitglieder dieser Gruppen ausgerichtet ist, die Rechtsgutstheorie aber grundsätzlich Mühe hat mit individuell nicht bestimmten Gruppen.[492] Zudem liegt die Legitimation einer Strafnorm bzw. der Dienst des Strafrechts seit jeher im Rechtsgüterschutz. Ist also nicht klar, was und ob überhaupt eine Strafnorm (vor etwas) schützt, kann auch deren Legitimation bezweifelt werden.[493]

Der dritte Weg, der beschritten werden kann, ist die Abkehr vom klassischen Rechtsgutgedanken überhaupt:

> «*Entweder* man erklärt den öffentlichen Frieden als das von Rassendiskriminierungsbestimmungen wie Art. 261bis StGB geschützt und muss damit ein Rechtsgut als geschützt bezeichnen, das es so gar nicht gibt, was in den Lehrbüchern auch zugegeben wird […], *oder* aber man erkennt die Menschenwürde als geschützt und muss damit – trotz der […] bestehenden Abneigung […] zugeben, dass es sich bei der Menschenwürde tatsächlich um ein Rechtsgut handelt. […] Will man sich weder für den inexistenten öffentlichen Frieden entscheiden, noch für die dornenumrankte Menschenwürde, so bleibt in der Tat kein anderer Ausweg, als Abschied zu nehmen vom klassischen Rechtsgutsdogma und zu akzeptieren, dass Strafrecht mehr schützt als das blosse […] Individuum in seiner physischen und psychischen Ausprägung, namentlich auch Beziehungen und Einbindungen.»[494]

Stratenwerth relativiert diese Ansicht und wendet sich gegen die Lösung, den Rechtsgutgedanken aufgrund seiner konzeptuellen Schwierigkeiten grundsätzlich zu verwerfen. Es müsse nur anerkannt werden, dass auch im Strafrecht auf konsentierte Wertüberzeugungen zurückgegriffen werden müsse. Es gehe um eine ausgestaltete Ordnung, die im Ganzen als sinnvoll empfunden werde. Eine Abkehr vom Rechtsgutgedanken sei nicht nötig, da diesem eine kritische Funk-

---

491 Lehmkuhl/Wenk, S. 4–5.

492 Niggli, Rassendiskriminierung, N 272, 277–280.

493 Lehmkuhl/Wenk, S. 4.

494 Niggli, Rassendiskriminierung, N 271 [Hervorhebung im Original].

tion zugeschrieben werde und eine Strafbestimmung so rational wie möglich zu begründen sei.[495]

> «Man muss nur anerkennen, dass zur Kultur unseres Zusammenlebens auch soziale Normen gehören können, die sich nicht auf diesen [Rechtsgut-]Gedanken zurückführen lassen.»[496]

Stratenwerth sieht die Legitimation der Norm daher nicht im Nachweis eines objektivierbaren Schadens, sondern in «einer massiven Verletzung der […] unabdingbaren Verhaltensnorm, dass niemand wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten [Gruppe] missachtet oder herabgesetzt werden sollte».[497]

Wie bei Art. 261bis scheint auch bei *Art. 259 StGB* das geschützte Rechtsgut in der Lehre nicht eindeutig bestimmt zu sein und auch das Bundesgericht äusserte sich erstmals 2019 einzig dahingehend, dass kollektive Rechtsgüter geschützt seien, nennt aber nicht spezifisch den öffentlichen Frieden als geschütztes Rechtsgut.[498] Die Grundsatzfrage, ob der öffentliche Friede überhaupt als Rechtsgut taugt (oder eben nicht, weil er das Strafrecht als Ganzes schütze), gestaltet sich gleich wie bei Art. 261bis. Ein Teil der Lehre spricht deshalb Art. 259 StGB ein eigenständiges Rechtsgut ab und schlägt alternativ vor, das Rechtsgut des jeweiligen Delikts, zu dessen Verletzung aufgerufen wird, zu schützen.[499] Ein weiterer Teil der Lehre schlägt vor, dass ein Angriff auf die Gemeinschaft vorliege, «was nicht ausschliesse, dass individuelle Güter bedroht würden oder zu Verbrechen gegen eine bestimmte Person aufgerufen werde».[500]

Die unterschiedlichen Auffassungen zum Rechtsgut bereiten auch etliche Schwierigkeiten in Bezug auf die Abgrenzung von Art. 259 StGB zur Anstiftung gemäss Art. 24 StGB.[501] So wird von der h.L. die Meinung vertreten, dass zwischen den beiden echte Konkurrenz herrsche und der Täter wegen beider Delikte verurteilt werden könne, wenn er durch die öffentliche Aufforderung zu Delikten (nach Art. 259 StGB) auch Einzelpersonen zu konkreten Taten veranlasse.[502] Dem widerspricht z.B. Fiolka, der Art. 259 als «systemfremde politisch motivierte

---

495 Stratenwerth, FS Lenckner, S. 377–391.

496 Stratenwerth, FS Lenckner, S. 391.

497 Stratenwerth/Bommer, § 39, N 22.

498 BGE 145 IV 433 E. 3.6 S. 437.

499 Zusammenfassend und m.w.H. BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 6.

500 Zusammenfassend und m.w.H. BGE 145 IV 433 E. 3.5.2 S. 435.

501 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 31.

502 Anstelle vieler: SHK StGB-Vest, Art. 259, N 25–28.

Sonderregelung zur Anstiftung»[503] einstuft, oder auch Comtesse, der Art. 259 als lex specialis zu Art. 24 betrachtet.[504] Bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint es mangels einschlägiger Sachverhalte dazu nicht zu geben, es ist also auch in der Praxis unklar, wie das Problem gelöst werden soll.

Auch bei *Art. 261 StGB* bereitet die Bestimmung des Rechtsguts gewisse Schwierigkeiten, weil es wie Art. 261bis und Art. 259 unter die Delikte gegen den öffentlichen Frieden fällt. Insofern sei auf die obigen Ausführungen verwiesen. Für das BGer ist die «Achtung vor dem Mitmenschen und seiner Überzeugung in religiösen Dingen und damit gleichzeitig auch der religiöse Friede»[505] geschützt. «[N] eben dem öffentlichen Frieden [sind somit] ebenfalls die religiösen Überzeugungen des Einzelnen geschütztes Rechtsgut von Art. 261 StGB.»[506] Niggli attestiert der Vorschrift auch einen *Gefühlsschutz-Charakter*.[507] Gerade dieser Schutz der Gefühle bereitet aber einige Probleme: Obwohl es um subjektiv empfundene Verletzung von Gefühlen geht,[508] wird für die Feststellung der Eignung einer Verletzung nicht darauf abgestellt, ob eine gläubige Person tatsächlich in ihren Gefühlen verletzt worden ist, sondern auf die «empathische Nachvollziehbarkeit einer Gefühlsverletzung durch einen in religiöser Hinsicht toleranten Menschen».[509] Bei der Feststellung der Schwere einer Verletzung hingegen wird auf ein objektives Durchschnittsempfinden der religiösen Anhängerschaft[510] oder nach neuerer Lehre auf die Durchschnittsempfängerschaft des konkret angesprochenen Publikums abgestellt.[511] Es ist überhaupt nicht klar, wie dieses «Durchschnittliche» eruiert und beurteilt werden soll (durch die Richterin bzw. den Richter, der bzw. die der Religion (nicht) anhängt?).[512] Insofern geht es nicht «um die tatsächlichen Meinungen und Anschauungen des Durchschnittsbürgers, sondern stets um das Abbild, das sich die Strafverfolgungsbehörden vom Durchschnittsbürger gemacht […] haben».[513] Wie dieses Abbild entsteht, bleibt allerdings im Dunkeln.

503 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 29.

504 Comtesse, S. 93–94.

505 BGE 86 IV 19 E. 3 S. 23.

506 BGE 120 Ia 220 E. 3c S. 226.

507 Niggli, Rassediskriminierung, N 307–308.

508 Häusermann, S. 32–33.

509 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 23.

510 BGE 86 IV 19 E. 4 S. 24.

511 Häusermann, S. 34.

512 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 31.

513 Krauss, GS Noll, S. 229.

Wo «subjektive Empfindungen mit den objektiven Massstäben des Strafrechts» geschützt werden,[514] bereitet dies grundsätzlich Probleme, da ein innerer Vorgang gerade nicht von aussen gewertet werden kann.[515] Die Schwere der Verletzung eines religiösen Gefühls entzieht sich der äusseren Wertung durch einen anderen (nicht oder anders religiösen) Menschen. Eine rein subjektive Beurteilung verbietet sich aus diversen Gründen ebenfalls: So wären die rechtlichen Konsequenzen einer Handlung nicht absehbar; ähnliche Äusserungen, die sich aber auf verschiedene Religionen beziehen, würden aufgrund des unterschiedlichen Empfindens der religiösen Anhängerschaft unterschiedlich behandelt und schliesslich ergäbe sich damit eine Reihe von Beweisproblemen, weil sich innere Vorgänge kaum nachweisen lassen.[516] Einen objektiveren Ansatz bietet daher doch der Schutz des religiösen Friedens. «Der Schutz der Religionsfreiheit durch Art. 261 erfolgt also im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des religiösen Friedens. [Damit würden nur Verhaltensweisen erfasst werden], die geeignet sind, den religiösen Frieden zu stören oder ernsthaft zu gefährden.»[517] Problematisch scheint unter diesem Aspekt aber, dass religiöse Gruppen, die bei blasphemischen Äusserungen den religiösen Frieden durch ihre eigene gewalttätige Antwort stören, damit mehr Schutz erfahren als andere Gruppen, die eine solche Aussage einfach hinnehmen.[518]

Die verschiedenen Probleme, die sich aus der ungeklärten Bestimmung des unklaren Rechtsguts ergeben, zeigen, dass es sich bei dieser Frage nicht nur um einen abstrakten Lehrstreit handelt. Mit der Klärung des Rechtsgutes könnte der Zweck der Norm deutlich schärfer gefasst werden: Ist der Zweck der Norm klar, kann überlegt werden, wie sich dieser am besten erfüllen lässt. Eine sinnvolle Kritik und allfällige Verbesserungsvorschläge lassen sich überhaupt erst auf dieser Grundlage anbringen. Sowohl der Schutz des öffentlichen Friedens als auch der Menschenwürde weisen daher Schwächen auf und eignen sich nur beschränkt als Rechtsgüter. In den nachfolgenden Kapiteln wird dennoch weiter mit den Begriffen operiert, weil sie trotz ihrer Defizite in der Rechtsprechung und Lehre verwendet werden. Weitere Defizite werden deshalb auch anhand des aktuell bestehenden Verständnisses der beiden Rechtsgüter beurteilt.

514 Häusermann, S. 32.

515 Häusermann, S. 33.

516 Häusermann, S. 32–33.

517 SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N 3.

518 Häusermann, S. 32–33.

II. Geschädigte Person/Opfereigenschaft

Die Frage nach dem Rechtsgut ist auch deshalb relevant, weil dadurch mitbestimmt wird, wer als Träger des Rechtsguts infrage kommt und somit geschädigte Person ist bzw. sich als Privatklägerschaft konstituieren kann.[519]

> «Im Zusammenhang mit Strafnormen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten praxisgemäss nur diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist. Werden durch Delikte, die (nur) öffentliche Interessen verletzen, private Interessen auch, aber bloss mittelbar beeinträchtigt, so ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO.»[520]

Das Bundesgericht hat die Menschenwürde für einzelne Teile von *Art. 261bis* als primäres Rechtsgut anerkannt[521] und in seinem Leitentscheid 125 IV 206 erstmals angedeutet, dass eine Einzelperson (in seltenen Ausnahmefällen) bei der Tatbestandsvariante der Leugnung von Völkermord Geschädigte sein kann.[522] In BGE 128 I 218 wird weiter festgehalten, dass «[e]ine Einzelperson […] jedenfalls Geschädigter sein [kann], soweit es […] um eine Rassendiskriminierung nach Art. 261bis Abs. 4 erster Satzteil StGB geht».[523] In BGE 143 IV 77 entschied das Gericht sodann, dass bei Art. 261bis Abs. 4 erster Satzteil die betroffene Person Träger des Rechtsguts ist und somit als Privatklägerschaft zugelassen wird, wenn der Täter die Einzelperson herabsetzt («Jude X ist nur aufs Geldverdienen bedacht»),[524] nicht aber, wenn die Gruppe als Ganzes herabgesetzt wird («Juden

---

519 Niggli, Rassendiskriminierung, N 534–539; BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 88; PK StGB-Trechsel/Vest, N 7.

520 Beschluss des Kantonsgerichts von Graubünden SK2 15 32 vom 9. Februar 2016 E. 1. bb S. 4.

521 So bei Abs. 1 und Abs. 4 erster Satzteil, BGE 123 IV 202 E. 3a S. 206; siehe BGE 129 IV 95 E. 3.5 S. 105, wo in Bezug Abs. 4 zweiter Satzteil der öffentliche Friede als alleiniges unmittelbar geschütztes Rechtsgut angesehen wurde.

522 BGE 125 IV 206 E. 2b S. 210. In BGE 129 IV 95 E. 3.6 S. 106 wurde bei der Leugnung von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäss Art. 261bis Abs. 4 zweiter Satzteil StGB verneint, dass individuelle Rechtsgüter unmittelbar geschützt werden. Daher gebe es auch keine Opfer i.S.d. OHG. Siehe auch SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 23, m.w.H.

523 BGE 128 I 218 E. 1.5 S. 223.

524 Siehe BGE 128 I 218 E. 1.5 S. 223.

sind nur aufs Geldverdienen bedacht»).[525] Das ist wenig einsichtig. Ist die Menschenwürde einer ganzen Gruppe verletzt, so wäre das Individuum als Teil der Gruppe doch mindestens mitgeschädigt und damit auch Träger des Rechtsguts und damit Geschädigter.[526] Das Bundesgericht vergleicht den Sachverhalt mit den Ehrverletzungsdelikten nach Art. 173 ff. StGB und führt aus, dass auch eine Ehrverletzung nur dann vorliege,

> «wenn sich die Äusserung gegen eine bestimmte oder bestimmbare Person richtet. Richtet sich die Äusserung undifferenziert gegen eine Gruppe von Personen […], scheidet die Annahme einer Ehrverletzung aus, da sich die Äusserung aufgrund ihrer Allgemeinheit derart abschwächt und verwässert, dass der einzelne Angehörige der Gruppe nicht mehr als unmittelbar betroffen angesehen werden kann.»[527]

Diese Begründung ist aber gerade für Art. 261bis nicht stichhaltig. Im Unterschied zu den Ehrverletzungsdelikten werden durch Art. 261bis StGB undifferenzierte Äusserungen gegen eine Gruppe erfasst. Die bundesgerichtliche Begründung wirft die Frage auf, wieso dann überhaupt Art. 261bis Abs. 4 erster Satzteil StGB benötigt wird und nicht einfach ein Ehrverletzungsdelikt greift.[528] Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Art. 173 ff. der Rassendiskriminierungsnorm näherstehen sollen als Art. 261 StGB – wie dies vom Bundesgericht angeführt wird.[529] Systematisch und in Bezug auf das fragliche Rechtsgut und die Ausgestaltung des Artikels liegt die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit dem Aufruf zu Hass und Diskriminierung näher als es die Ehrverletzungstatbestände tun. Es ist deshalb auch nicht nachvollziehbar, wieso bei Art. 261 StGB neben dem öffentlichen Frieden auch die religiösen Überzeugungen des Einzelnen geschützt sind und deshalb eine Geschädigtenstellung zugelassen wird,[530] bei Art. 261bis StGB hingegen nicht. Begründet wird dies u.a. damit, dass «[d]ie Zulassung sämtlicher Angehöriger der Gruppe als Privatkläger bei einer Gruppendiskriminierung gemäss Art. 261bis Abs. 4 erster Satzteil StGB […] unhaltbare Folgen [hätte]. So

---

525 BGE 143 IV 77 E. 4.2 S. 83.

526 M.w.H. SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 129, der vermutet, dass sich die ablehnende Haltung des BGer aus Bedenken vor Massenklagen erklären lässt; ablehnend ggü. dem Entscheid des BGer: Exquis/Niggli, S. 434–441; vgl. auch Hörnle, S. 128–129.

527 BGE 143 IV 77 E. 4.3 S. 83–84.

528 Vgl. aber Hörnle, S. 122, 128–129, die Ehrverletzungen und Angriffe auf die Menschenwürde mittels des Kriteriums «Kernbereich der Persönlichkeit» abgrenzt. Die persönliche Diffamierung müsse auch bei grossen Gruppen durchschlagen, wenn der Kernbereich der Persönlichkeit betroffen sei.

529 BGE 143 IV 77 E. 4.3 S. 83.

530 BGE 120 Ia 220 S. 226.

könnte sich eine unüberschaubare Zahl von Personen aus der ganzen Welt […] beteiligen.»[531] Wieso dies bei Art. 261 anders sein soll und es in diesem Fall nicht einer Popularbeschwerde gleichkäme, ist zumindest dogmatisch wenig nachvollziehbar.[532]

Bei der Leugnung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäss Art. 261bis Abs. 4 zweiter Satzteil StGB kann sich das Individuum ebenfalls (mangels Geschädigtenstellung) nicht als Privatklägerschaft konstituieren, weil keine individuellen Rechtsgüter unmittelbar geschützt werden.[533] Damit wird aber immer fraglicher, worin der Grund der Kriminalisierung einer Holocaustleugnung genau liegen soll: Von einer Gefährdung des öffentlichen Friedens in der Schweiz wird bei einer Leugnung oder Verharmlosung des Holocaust kaum auszugehen sein.[534] Ist nun aber gemäss Bundesgericht auch die Menschenwürde nicht betroffen,[535] fehlt dem Tatbestand das zu schützende Rechtsgut. Das Bundesgericht differenziert auch hier zwischen Art. 261bis und Art. 261 und begründet den Unterschied zwischen der Leugnung des Holocaust und der Verspottung und Beschimpfung des Gottesglaubens damit, dass der objektive Tatbestand von Art. 261bis Abs. 4 zweiter Satzteil StGB bereits dann erfüllt sei, wenn der Holocaust geleugnet werde. Für die Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 261 StGB brauche es hingegen das zusätzliche Element «in gemeiner Weise».[536] Dogmatisch grenzt das an Haarspalterei, denn zumindest auf der subjektiven Ebene sollte bei Art. 261bis Abs. 4 zweiter Satzteil das rassistische oder antisemitische Motiv zum Tragen kommen. Wird bei der Holocaustleugnung aber weder das rassistische bzw. antisemitische Motiv ernsthaft geprüft noch ein Individualrechtsgut geschützt, verkommt diese tatsächlich zum reinen Schutz von historischen Tatsachen.

Zur Stellung als geschädigte Person bei *Art. 259 StGB* hat das Bundesgericht 2019 festgehalten, dass der Tatbestand von Art. 259 StGB keine individuellen Rechtsgüter schütze. Eine Konstituierung als Privatkläger wird deshalb – mangels Geschädigtenstellung gemäss Art. 115 StPO – nicht legitimiert.[537] Anders müsste

---

531 BGE 143 IV 77 E. 4.6 S. 84.

532 Der Unterschied dürfte daher rein praktischer Natur sein. Art. 261 StGB wird kaum je angewandt.

533 BGE 129 IV 95 E. 3.6 S. 106; BGE 143 IV 77 E. 4.4 S. 84.

534 Anders könnte es bei der Rechtfertigung des Holocaust aussehen.

535 BGE 129 IV 95 E. 3.3.2 ff. S. 102–103.

536 BGE 129 IV 95 E. 3.4.4 S. 105.

537 BGE 145 IV 433 E. 3.6. S. 437.

die Sache beurteilt werden, wenn Art. 259 StGB nicht Kollektivgüter, sondern das Rechtsgut derjenigen Norm geschützt würde, zu deren Verletzung aufgerufen wird.[538]

Mit Bezug auf *Art. 261 StGB* wurde bereits ausgeführt, dass das BGer in einem älteren Entscheid festgehalten hat, dass die in ihren religiösen Überzeugungen verletzte Person sowie die Glaubensgemeinschaft als Geschädigte anzuerkennen sei.[539] Allerdings bezog sich diese Ausführung auf die kantonale Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Ein neueres Urteil zur Stellung als geschädigte Person gemäss Art. 115 StPO liess sich nicht finden. Aus den vergleichenden Ausführungen zu Art. 261bis StGB kann abgeleitet werden, dass eine Geschädigtenstellung möglich erscheint.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass teilweise kuriose Begründungen angeführt werden, um die Geschädigtenstellung im Prozess zu verweigern. Das gilt insbesondere für Abs. 4 von Art. 261bis, bei dem die Betroffenheit des Individuums grundsätzlich konkreter erscheint als bei den übrigen Tatbeständen. Die Diskussion um die prozessuale Stellung ist somit eine weitere Folge des Rechtsgüterstreits.

III. Deliktstypus

In der Strafrechtsdogmatik wird zwischen verschiedenen Deliktstypen unterschieden, denen primär eine systematisierende Funktion zugeschrieben wird. In dieser Arbeit interessiert vornehmlich die Unterscheidung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte. Bei den Verletzungsdelikten erfasst der Tatbestand ein Verhalten, das direkt das geschützte Interesse (d.h. das Rechtsgut) beeinträchtigt. Gefährdungsdelikte hingegen führen nicht direkt zu einer Rechtsgutsverletzung, sondern begründen eine Situation, aus der sich eine solche ergeben kann, aber nicht zwingend muss. Gefährdungsdelikte werden weiter in konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte unterteilt. Bei konkreten Gefährdungsdelikten muss das geschützte Rechtsgut nicht zwingend verletzt, aber aufgrund der Tathandlung konkret gefährdet werden. Die Gefahr ist dabei objektives Tatbestandsmerkmal. Abstrakte Gefährdungsdelikte verlangen keine konkrete Gefahrensituation für das geschützte Rechtsgut. Ein Verhalten, das typischerweise zu einer (konkreten) Gefahr führt, reicht bereits aus. Es wird also ein Verhalten bestraft, das generell

538 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 6.

539 BGE 120 Ia 220.

als gefährlich angesehen wird. Die bewirkte Gefahrensituation ist somit zwar gesetzgeberisches Motiv, aber anders als beim konkreten Gefährdungsdelikt kein Tatbestandmerkmal. Derart gelagerte Delikte bedürfen deshalb auch besonderer Legitimation. Das Rechtsgut muss als besonders schützenswertes Gut angesehen werden.[540]

Die Uneinigkeit hinsichtlich des Rechtsguts beeinflusst demgemäss auch die Bestimmung des Deliktstypus von *Art. 261bis StGB*. Die Botschaft betrachtet sämtliche Tatbestandsvarianten des Art. 261bis StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte. Das Verhalten als solches berge die erhöhte Möglichkeit einer Gefährdung in sich, wobei eine konkrete Gefährdung des öffentlichen Friedens erst dann eintrete, wenn die Diskriminierungstatbestände mit anderen Straftaten zusammentreffen würden.[541] Auch von Teilen der Lehre wird die Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt eingeordnet, insofern diese den öffentlichen Frieden als Rechtsgut betrachtet.[542] Niggli hingegen (und ihm folgend Teile der jüngeren Lehre)[543] versteht aufgrund der verletzten Menschenwürde alle Tatbestandsvarianten als Verletzungsdelikte bzw. als Kombination von schlichtem Tätigkeitsdelikt und Verletzungsdelikt.[544] Er begründet dies damit, dass die Menschenwürde durch die Tatbestandsverwirklichung nicht bloss gefährdet, sondern verletzt werde. Keine der Tatbestandsvarianten von Art. 261bis umschreibe einen örtlichen oder zeitlichen von der Handlung unterscheidbaren Erfolg, deshalb sei von einem Tätigkeitsdelikt auszugehen. Das Kriterium der «Öffentlichkeit» setze keine Wahrnehmung durch ein Publikum voraus, sondern lediglich die Möglichkeit zur Wahrnehmung, weshalb auch dieses Tatbestandsmerkmal nicht als Kriterium des Erfolgs dienen könne.

Wird beim Straftatbestand von *Art. 259 StGB* das Rechtsgut im öffentlichen Frieden gesehen,[545] ist auch dieser als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Einen Erfolg muss die öffentliche Aufforderung demgemäss nicht aufweisen.[546] Nicht einmal der Nachweis, dass überhaupt jemand Kenntnis von der Aufforderung genommen hat, muss gemäss BGer erbracht werden, weil

---

540 Wohlers, S. 281–282.

541 Botschaft 1992, S. 310.

542 PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 261bis, N 6; Riklin, Medialex, S. 40; Rom, S. 108; Hänni, S 67.

543 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 9; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 229.

544 Niggli, Rassendiskriminierung, N 451–453, 455–456.

545 A.A. BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 6.

546 SHK StGB-Vest, Art. 259, N 4.

> «eine Gefährdung des öffentlichen Friedens […] nämlich schon darin [liegt], dass die [Aufforderung zum Delikt] an einer allgemein zugänglichen Stelle angebracht und damit die Möglichkeit geschaffen wird, dass ein grösserer, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängender Kreis von Personen sie [wahrnehmen] und durch die Aufforderung beeinflusst werden kann. Wie lange diese Möglichkeit in concreto besteht, ist ohne Belang.»[547]

Besteht aber nicht einmal die Möglichkeit, dass jemand von der Aufforderung Kenntnis nehmen kann, so kann offensichtlich keine mögliche Gefährdung vorliegen bzw. die Handlung ist ungefährlich.[548] Das verwischt die Grenze zwischen strafbarem Verhalten, Versuch[549] und strafloser Vorbereitung bis hin zur Unkenntlichkeit. Für eine Vollendung des Delikts sollte zumindest die konkrete Möglichkeit zur Wahrnehmung bestanden haben, woran es bei einem nächtlichen Plakatanschlag unter Augen der Polizei und sofortiger Entfernung durch diese fehlen dürfte.[550]

Bei *Art. 261 StGB* soll gemäss h.L. und Rechtsprechung nicht nur der öffentliche Frieden, sondern auch religiöse Gefühle geschützt werden. Das Gericht muss in seiner Beurteilung, ob diese Gefühle verletzt wurden, «den betreffenden subjektiven Sachverhalt objektiv (oder besser: intersubjektiv) […] simulieren».[551] Die Ausgestaltung der Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt vermag zwar allfällige Beweisprobleme zu lösen, nicht aber die Grundproblematik:

> «Auch wenn das Gericht ‹lediglich› beurteilen muss, ob eine Äusserung allgemein geeignet ist, (religiöse) Gefühle zu verletzen, muss es sich doch mit den entsprechenden inneren Sachverhalten auseinandersetzen.»[552]

Die Problematik der abstrakten Gefährdungsdelikte liegt grundsätzlich darin, dass Straftaten vorverlagert werden. Es wird eine Handlung bestraft, die «typischerweise zu einer Gefährdung führen kann, ohne dass im konkreten Fall der Eintritt einer Gefahr erforderlich ist.» [553] Es wird also ein generell gefährliches Handeln

---

547 BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154; kritisch zum Urteil selbst PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 259, N 5, m.w.H.

548 So auch SHK StGB-Vest, Art. 259, N 11; Trechsel, Kurz-Ko, Art. 259, N 4.

549 Wobei teilweise die Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme abgelehnt wird, so z.B. Trechsel, Kurz-Ko, Art. 259, N 15.

550 So auch Stratenwerth/Bommer, § 38, N 15 und SHK StGB-Vest, Art. 259, N 11; a.A. BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154.

551 Häusermann, S. 33.

552 Häusermann, S. 33.

553 Hörnle, S. 176.

unter Strafe gestellt, das aber im konkreten Fall unter Umständen auch ungefährlich sein kann. Die Handlung ist auch dann tatbestandsmässig, wenn die jeweils befürchtete Gefahr nicht eingetreten ist.[554] Damit wird u.a. die Beweislast für die Strafverfolgungsbehörde erleichtert, da es nur des Nachweises der Handlung selbst bedarf, nicht aber des (wohl in vielen Fällen schwer nachweisbaren) Erfolgs.[555] Es muss aber trotzdem ein gewisser Konnex zwischen der gefährlichen Handlung und der befürchteten Gefahr bestehen. Bei Hassrededelikten nach Art. 259, 261 und 261bis handelt es sich nach h.L. und Rechtsprechung um eine strafwürdige Friedensstörung bzw. Menschenwürdeverletzung; die befürchtete Gefahr wird in den von durch Hassreden ausgelösten Hassdelikten oder Gewalttaten gesehen. Insofern handelt es sich um eine Art Vorbereitungstat, die aber selbstständig strafbar ist.[556] Abstrakte Gefährdungsdelikte laufen damit allgemein Gefahr, die Strafbarkeit zu sehr vorzuverlagern, in der Absicht, die Bürgerin und den Bürger vor gewissen möglichen Gefahren zu bewahren. Das ist aber nicht primär Sache des Straf-, sondern des Polizeirechts.[557] Insofern sollten auch abstrakte Gefährdungsdelikte *konkret* auf ihre jeweilige Gefährlichkeit hin untersucht werden.[558] Mindestens aber müsste die Gefährlichkeit der Tathandlung eindeutig erwiesen sein, was nicht immer möglich ist.[559] Der Ausschluss von ungefährlichen Handlungen ist deshalb gesetzlich nicht garantiert. Eine Ausgestaltung als abstrakte Gefährdungsdelikte rechtfertigt sich daher nur schwer.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die abstrakten Gefährdungsdelikte der Strafverfolgungs- und Justizbehörde die Beweislast erleichtern, weil kein Erfolg nachgewiesen werden muss; sie schaffen aber grundsätzliche Probleme, die sich nur schwer (auf)lösen lassen.

554 Hilgendorf, ZStW, S. 662; Hörnle, S. 178.

555 Vgl. SHK StGB-Vest, Art. 259, N 2–4.

556 Vgl. Hörnle, S. 181–193; Coleman, S. 87–95.

557 Niggli/Maeder, S. 449, 453.

558 Vgl. Hörnle, S. 179–180.

559 Vgl. Teil 5, Kap. 1.

IV. Geschützte Gruppen

Art. 261bis StGB schützt seit dem 1. Juli 2020 die Gruppenmerkmale Rasse, Ethnie, Religion und sexuelle Orientierung. Ursprünglich waren nur die Merkmale Rasse, Ethnie und Religion geschützt. Auf die Aufnahme weiterer Kriterien wie die sexuelle Orientierung oder das Geschlecht war bei der Einführung der Norm bewusst verzichtet worden, weil es «den Rahmen der […] Gesetzesrevision gesprengt hätte»[560] und es sich um ein Anschlussgesetz gehandelt hat mit dem Ziel, internationale Vorgaben völkerrechtlicher Verpflichtungen zu erfüllen.[561] Die Norm blieb denn auch 25 Jahre unverändert bestehen, trotz stetiger Vorstösse für eine Erweiterung oder Abschaffung.[562]

Noch 2009 lehnte der Nationalrat eine Erweiterung der Strafnorm auf die sexuelle Orientierung mit der Begründung ab, dass die Schweiz die internationalen Vorgaben erfülle und auch die ECRI in ihrem Bericht von 2003 keine Empfehlung zur Erweiterung abgegeben habe: Überdies stünden genügend anderweitige straf-, zivil- und verwaltungsrechtliche Mittel zur Verfügung, um sich gegen diskriminierende Ehrverletzungen aufgrund der sexuellen Orientierung wehren zu können.[563] Ebenso abgelehnt wurde die Standesinitiative des Kantons Genf, die ein Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung sowohl in der BV verankern als auch in Art. 261bis StGB unter Strafe stellen wollte.[564] Der Ständerat beschloss, der Initiative keine Folge zu leisten, weil auf einen Bericht (in Erfüllung des Postulats Naef)[565] gewartet wurde. Dieser sollte klären, mit welchen Diskriminierungsformen Menschen zu kämpfen hätten und welche Mittel ihnen dagegen zur Verfügung stünden. Es ergebe deshalb keinen Sinn, vorgängig eine Erweiterung der Strafnorm und des BV-Artikels anzustreben. Weiter wurde vorgebracht, dass jährlich nur etwa 40 Urteile zu Art. 261bis StGB erfolgten, was die Auslegungsschwierigkeiten des Strafartikels zeige. Das Strafrecht solle zudem als Ultima-Ratio-Mittel gebraucht werden und es bestünden bereits zahlreiche andere Mittel, um gegen Diskriminierung vorgehen zu können. Schliesslich sei nicht einsichtig,

560 Botschaft 1992, S. 311.

561 Botschaft 1992, S. 311.

562 Siehe Jositsch/von Rotz, S. 51–65.

563 Motion Jositsch Daniel vom 29. April 2009 (Geschäft Nr. 09.3395).

564 Standesinitiative Genf vom 26. Februar 2013 (Geschäft Nr. 13.304).

565 Postulat Naef Martin vom 14. Juni 2012 (Geschäft Nr. 12.3543).

weshalb nur die sexuelle Orientierung, nicht aber z.B. Menschen mit Behinderung in die Strafnorm aufgenommen werden solle.[566]

Eine Standesinitiative des Kantons Basel-Landschaft, die das Strafgesetzbuch mit einem neuen Artikel 261ter ergänzen wollte, der die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen ausdrücklich verbieten sollte, wurde aus ähnlichen Gründen abgelehnt.[567] Das Postulat Reimann, mit dem die nationale Zugehörigkeit geschützt werden sollte, fand ebenfalls keinen Anklang.[568] Erst mit der parlamentarischen Initiative Reynard (Aufnahme des Merkmals «sexuelle Orientierung») war der Erweiterung der Strafnorm Erfolg beschieden. Die Aufnahme der Geschlechtsidentität, die (in Erweiterung der Initiative) der Nationalrat ebenfalls aufnehmen wollte, wurde schliesslich wieder verworfen, weil es sich um einen unscharfen Begriff handle, der zu Auslegungsschwierigkeiten führen könne und «sich als problematisch im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit des Strafrechts herausstellen könnte».[569]

Die Einführung des neuen Kriteriums «sexuelle Orientierung» war auch bei dieser erfolgreichen parlamentarischen Initiative umstritten. So befürchtete Ständerat Caroni, dass es hernach mit der Einführung neuer Merkmale nie aufhöre (Sprache, Geschlecht, Nationalität, Behinderung, politische Gesinnung, regionale Herkunft etc.) und sich das Strafrecht auf immer neue Kriterien ausdehnen werde.[570]

Diese Befürchtung ist angesichts der vielen Erweiterungsvorstösse nicht unbegründet. Die Debatte um die Geschlechtsidentität und das Geschlecht ist bereits wieder aufgenommen worden.[571] Es ist gänzlich unklar, aufgrund welcher Kriterien die jeweils schützenswerten Gruppen ausgewählt werden. Die Auswahlmöglichkeiten sind einigermassen gross. So wäre denkbar, die Gruppen aufgrund von Empfehlungen der UNO, der Anzahl Motionen/Initiativen, von Forderungen aus der Gesellschaft, der Stärke der Lobby, von Statistiken und Untersuchungen zu Viktimisierungen, eines historischen Rückblicks etc. auszuwählen.

Die aktuelle Auswahl der Gruppen erscheint im Hinblick auf moderne Lesarten des Diskriminierungsverbots willkürlich. So ist nicht einsichtig, wieso Äusserungen wie «Hitler hätte deine ganze Familie vergasen sollen, schade hat es

---

566 Votum Engler Stefan, AB 2014, S. 894–896.

567 Standesinitiative Basel-Landschaft vom 17. November 2011 (Geschäft Nr. 11.316).

568 Postulat Reimann Lukas vom 19. Juni 2015 (Geschäft Nr. 15.3757).

569 Parlamentarische Initiative Reynard Mathias vom 7. März 2013 (Geschäft Nr. 13.407).

570 Votum Caroni Andrea, AB 2018, S. 851.

571 Parlamentarische Initiative Marti Min Li vom 13. Dezember 2021 (Geschäft Nr. 21.513).

euch nicht alle erwischt»[572] strafrechtlich erfasst sind, Aussagen wie «Frauen? Wir nennen sie hier Löcher, – das sind keine Frauen. Es sind Toiletten, Löcher, Abschaum, – nichts weiter! […] Sie verdienen nichts anderes als brutal erschlagen zu werden.»[573] hingegen nicht.

Der Begründung, dass beim Angriff auf die Menschenwürde wegen der Zugehörigkeit zu einer Rasse, Ethnie, Religion oder wegen der sexuellen Orientierung der besondere Unwertgehalt in der «Unentrinnbarkeit der Kriterien» liege,[574] kann entgegengehalten werden, dass dies auf viele andere Eigenschaften ebenfalls zutrifft. Zudem scheint sich die Wahrnehmung dessen, was als unentrinnbar gilt, bei manchen Merkmalen zu wandeln. So gilt heute die sexuelle Orientierung wohl als unentrinnbares Merkmal,[575] d.h. als etwas, das sich nicht einfach ablegen lässt. Das ist eine Ansicht, die noch vor einigen Jahren nicht allgemein gültig vertreten wurde.[576] Das Gleiche in Umkehrung lässt sich über das Geschlecht und sogar die Rasse[577] sagen. Während bis vor Kurzem noch feststand, dass das Geschlecht oder die Rasse[578] unveränderbar ist, gilt diese Ansicht heute nicht mehr in glei-

---

572 Vgl. Hehli Simon, Wie ein deutscher Jude in der Schweiz Normalität suchte – und dann doch vom Antisemitismus eingeholt wurde, in: NZZ vom 22. Februar 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/ein-jude-sucht-normalitaet-und-wird-vom-antisemitismus-eingeholt-ld.1670900> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

573 Vgl. Incels – eine unterschätzte Gefahr?, in: Terre des Femmes, <https://frauenrechte.de/aktuelles/detail/incels-eine-unterschaetzte-gefahr> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

574 Botschaft 1992, S. 314.

575 Anscheinend wird diese Annahme nun aber wieder infrage gestellt, siehe Kebir Sabine, Wohl doch «fluide», in: junge Welt vom 21. Juni 2019, <https://www.jungewelt.de/loginFailed.php?ref=/artikel/357234.sexuelle-orientierung-wohl-doch-fluide.html?sstr=wohl%7Cdoch%7Cfluide> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

576 Bis 1990 wertete die Weltgesundheitsorganisation WHO Homosexualität gar als psychische Krankheit.

577 Bei der «Transracial Identity» fühlen sich Menschen in der falschen «Rasse» gefangen, so z.B. die schwarze Lil Kim, die neu Hispanisch sei, die weisse, jüdische Jessica Krug, die sich als zuerst Nordafrikanerin, dann als Schwarze mit US-Wurzeln und schliesslich als aus der Bronx stammende Frau mit karibischen Wurzeln ausgab, oder die weisse Rachel Dolezal, die sich als Afroamerikanerin versteht; vgl. Hoeder Ciani-Sophia, Ist Transracial Identität ein Ding?, in: RosaMag vom 9. September 2020, <https://rosamag.de/ist-transracial-identitat-ein-ding/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Krüger Gesine, Transracial Identity. Rachel Dolezals Kampf um Anerkennung, in: Geschichte der Gegenwart vom 16. April 2017, <https://geschichtedergegenwart.ch/transracial-identity-rachel-dolezals-kampf-um-anerkennung/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

578 Schrupp Antje, Gibt es Frauen und Männer überhaupt?, in: ZEIT ONLINE vom 10. Januar 2020, <https://www.zeit.de/kultur/2020-01/geschlechterdebatte-gender-

chem Masse absolut.[579] Die «Unentrinnbarkeit» kann also kein hinlängliches Kriterium zur Begründung der geschützten Gruppen sein. Ebenso wenig lässt sich die Auswahl mit historisch unterdrückten Gruppen oder einem speziellen Minderheitenschutz begründen,[580] weil mit weissen Menschen und Heterosexuellen auch Angehörige der Mehrheit durch die Strafnorm geschützt werden. Menschen mit Behinderungen aber, die nicht nur eine Minderheit darstellen, sondern auch historisch unterdrückt worden sind (wie z.B. im Fall der nationalsozialistischen Euthanasie), werden nach wie vor nicht geschützt.[581]

Bevor weitere schützenswerte Merkmale eingeführt werden, sollten klare Kriterien entwickelt werden, anhand derer entschieden werden kann, ob eine Erweiterung überhaupt anzustreben ist. Ansonsten verliert erstens der Diskriminierungsschutz seine Schärfe und zweitens gerät die Strafnorm ins Uferlose. Letztlich muss erneut die Frage gestellt werden, welchem Zweck die Norm dient und wer durch diese speziell geschützt werden muss.[582]

Eine Art spezieller Gruppenschutz zeigt sich auch bei *Art. 261 StGB*. Dieser schützt u.a. religiöse Gefühle bzw. deren Anhänger vor einer Verletzung ihrer religiösen Gefühle.[583] Die problematische Anknüpfung an «durch unabänderliche persönliche Merkmale geformte soziale Gruppen»[584] zeigt sich insofern auch hier. Auch wenn Glaubensansichten für Gläubige eine zentrale Rolle einnehmen und «[d]as Verhältnis zu religiösen Überzeugungen […] durch die Sozialisation des Einzelnen und die gesellschaftliche Stellung von Glaubensgemeinschaften zusätzlich verfestigt [wird]»,[585] sind religiöse Überzeugungen nicht etwas Unabänderbares.

Art. 259 schützt in Abs. 1 und 2 keine speziellen Gruppen. Damit die Aufforderung strafrechtlich erfasst ist, muss also nicht gegen eine bestimmte Gruppenzugehörigkeit zu gewalttätigen Handlungen oder Verbrechen aufgefordert werden. Vielmehr kann sich die Aufforderung unspezifisch gegen eine Vielzahl von Personen oder gegen Einzelne richten.[586] Einen Spezialfall bildet dabei Abs. 1bis. Dieser erfasst

---

maenner-frauen-feminismus-j-k-rowling-10nach8> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

579 «Rasse» ist ohnehin ein soziales Konstrukt.

580 Matsuda, S. 34, 38.

581 So auch Dumitrescu, S. 838.

582 Dumitrescu, S. 836.

583 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 6–7.

584 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 7.

585 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 7.

586 BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 16.

Aufforderungen im Ausland, die zum Völkermord aufrufen, sofern der Völkermord zumindest teilweise in der Schweiz begangen wird. Die Bestimmung zum Völkermord findet sich in Art. 264 StGB. Geschützt wird die durch «Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische, soziale oder politische Zugehörigkeit gekennzeichnete Gruppe». Ähnliche Überlegungen zur Auswahl der geschützten Gruppen wie bei Art. 261bis dürften auch bei Art. 264 StGB bzw. deren jeweiligen internationalen Vorgeschichten eine Rolle gespielt haben – nämlich die Anknüpfung an ein Merkmal, das als unentrinnbar gilt bzw. eine dauerhafte Gruppe, in die man hineingeboren wird und die man nicht verlässt.[587] Daraus ergeben sich ähnlich gelagerte Definitionsschwierigkeiten. So ist bei Art. 264 StGB einerseits nicht eindeutig, was unter dem Begriff «Gruppe» genau zu verstehen ist bzw. wie diese zu bestimmen ist.[588] Andererseits werden in der abschliessenden Liste der Gruppenmerkmale nur schwer definierbare Begrifflichkeiten gebraucht, wie z.B. die der sozialen und politischen Zugehörigkeit.[589] Sowohl Art. 261bis wie auch 264 StGB bekunden Mühe damit, wer überhaupt als Gruppe geschützt wird und wie sich die einzelnen Gruppen definieren und voneinander unterscheiden sollen.[590] In beiden Fällen bedarf es präziserer Konturen und gut begründeter Auswahlkriterien, um der begrifflichen Vagheit und Unbestimmtheit der bestehenden Gruppenmerkmale zu begegnen.

Lückenhaft erweist sich das Gesetz im Hinblick auf von Art. 261bis StGB nicht erfasste Gruppen. Während herabsetzende Aussagen gegenüber den Betroffenen dann unter die Ehrverletzungstatbestände fallen, wenn die Person klar identifizierbar ist (wie z.B. die Aussage gegenüber einer alten Person «Ihr gehört alle erschossen») bleiben Aussagen, die keine solche Identifizierung erkennen lassen, straflos, wie z.B. die öffentliche Aussage «Alle Männer sind Schweine» oder «Alle Frauen sind Schlampen». Unklar erscheint der Fall einer Pauschalaussage gegenüber einer betroffenen Person, wie z.B. die Aussage gegenüber einer behinderten Person «Alle Behinderten gehören erschossen». Mangels passender Sachverhalte konnte keine Rechtsprechung dazu gefunden werden. Es ist deshalb nicht klar, ob ein solche Aussage heute strafbar wäre. Eine eindeutige Klärung wäre daher wünschenswert.[591]

---

587 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 39.

588 Zur Diskussion als Ganzes vgl. Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 39–82.

589 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 83–86.

590 Leimgruber, S. 23–30; Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 83–86.

591 Siehe auch Pruin Ineke, Hate Speech – Strafbarkeit von Hate Speech, <https://nohatespeech.unibe.ch/what_is_hate_speech/index_eng.html> [zuletzt besucht am

V. Öffentlichkeit

Sowohl in Art. 261bis wie auch in den Art. 259 und 261 StGB wird der Begriff «öffentlich» verwendet. So stellt sich vorab die Frage, ob das Tatbestandselement der Öffentlichkeit im StGB (oder zumindest bei den erwähnten Artikeln und ggf. weiteren Normen im 12. Titel, die Öffentlichkeit voraussetzen) einheitlich auszulegen ist. Die Antwort fällt unterschiedlich aus. Während der überwiegende Teil der Lehre davon ausgeht, dass der Begriff – zumindest bei ähnlich strukturierten Tatbeständen bzw. bei Äusserungs-/Kundgabedelikten[592] – einheitlich zu verstehen sei,[593] verneinen dies andere Stimmen aus der Lehre, die den Begriff relativ[594] verstanden haben wollen.[595] Das Bundesgericht lehnt eine einheitliche Begriffsdefinition ebenfalls ab, weil es bei der Auslegung wesentlich auf das geschützte Rechtsgut ankomme[596] und aufgrund der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit voraussetzten, eine «tatbestandsbezogene Auslegung des Merkmals» naheliege.[597] Es lässt sich daher festhalten, dass der Begriff «öffentlich» in unterschiedlichen Straftatbeständen nicht zwingend die gleiche Bedeutung haben muss. Es ist fraglich, ob ein dauerhaft festgelegter, einheitlicher Begriff der Öffentlichkeit «ohne Rücksicht auf die Funktion des Tatbestandsmerkmales ‹öffentlich› und seinen Bezug zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen»[598] dem jeweiligen Artikel «übergestülpt» werden sollte, wie dies von einem Teil der Lehre gefordert wird.[599] Im Folgenden werden die (verschiedenen) Begriffe der Öffentlichkeit in den Artikeln 259, 261 und 261bis StGB diskutiert.

15.10.2024].

592 Anstelle vieler SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 12–15; bei Nicht-Kundgabedelikten wird der Begriff hingegen anders verstanden. So ist z.B. beim Landfriedensbruch der Begriff nur örtlich zu verstehen, vgl. BSK StGB-Fiolka, 260, N 10.

593 Statt vieler BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N 5; siehe auch BGE 130 IV 111 E. 4.2 S. 117.

594 So interpretiert Fiolka jedenfalls die Aussage Schubarths (siehe BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N 6).

595 SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N 34–39; vorsichtig zustimmend auch SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 12–13.

596 BGE 130 IV 111 E. 4.3 S. 117.

597 BGE 130 IV 111 E. 4.2 S. 117.

598 SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N 35.

599 V.a. Fiolka/Niggli, AJP 2001, S. 538.

Die Schweiz gehört zu den wenigen Ländern, die mit *Art. 261bis StGB* eine öffentliche Tathandlung für die gemäss Art. 4 RDK geforderte Strafnorm verlangen.[600] Was genau unter «öffentlich» zu verstehen ist bzw. was die genauen Auslegungskriterien der Begriffsbestimmung sind, war aber bis zum Leitentscheid BGE 130 IV 111 nicht geklärt. Vor dem Leiturteil wurde der Öffentlichkeitsbegriff «als ein grösserer (nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängender) Personenkreis»[601] definiert,[602] womit der Anzahl Adressaten (jedenfalls bei schriftlichen Äusserungen) eine massgebliche Bedeutung zukam, ohne dass ein Grenzwert festgelegt wurde. Dieses u.a. quantitative Kriterium wurde 2004 im angegebenen neuen Leiturteil verworfen und es wurde neu festgehalten,[603] dass

> «[ö]ffentlich im Sinne von Art. 261bis StGB […] Äusserungen [sind], die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat sind Äusserungen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt von den konkreten Umständen ab, wobei insoweit auch die Zahl der anwesenden Personen eine Rolle spielen kann.»[604]

Mit anderen Worten: Es wird alles öffentlich, was nicht privat ist. Der Graubereich zwischen öffentlich und privat wird dadurch per se öffentlich.[605] Damit orientierte sich das BGer an der Auffassung von Niggli, der «Öffentlichkeit» und «Privates» als Gegenbegriffe verstanden haben will.[606]

Vest lehnt diese Auffassung ab, weil gerade der Graubereich, dem die Auslegungsbemühungen dienen müssten, durch diese automatische Zuweisung zum Begriff der Öffentlichkeit «begriffsjuristisch ‹aufgelöst›» werde. Die Zuweisung von Graubereichen solle nicht über das Kriterium der Privatheit erfolgen, sondern sei durch direkte Umschreibungen mittels der herkömmlichen Kriterien[607] zu benen-

---

600 Niggli, Rassendiskriminierung, N 940.

601 BGE 130 IV 111 E. 3.2.3 S. 116.

602 Alternativ begründet eine Handlung ggü. einer unbestimmten Anzahl von Personen Öffentlichkeit. Weiter ist zu unterscheiden, welche Wirkungsweise die Äusserungen haben (mündlich oder schriftlich), siehe SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 24–37.

603 BGE 130 IV 111 E. 3.2.3 S. 116, E. 5.2.1 S. 119.

604 BGE 130 IV 111 Regeste.

605 Stratenwerth/Bommer, § 39, N 31.

606 Niggli, Rassendiskriminierung, N 930.

607 Unbestimmte Anzahl von Personen oder grösserer, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängender Personenkreis sowie Wirkungsweise der Äusserung, SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 24–37.

nen.[608] Er stimmt dem Urteil aber insofern zu, als dass die reine Anzahl Personen kein geeignetes Kriterium darstelle.[609] Auch Kunz hatte den Begriff «öffentlich» als unscharf kritisiert. Er befürwortete deshalb eine Formulierung, die sich auf die «eigentlich gefährlichen publikumsadressierten Tathandlungen in veröffentlichten Schriften, öffentlichen Veranstaltungen und in Sendungen des Rundfunks, wie sie das Radio- und Fernsehgesetz beschreibt» beschränkte.[610]

Art. 259 StGB fordert ebenfalls eine «öffentliche Aufforderung» als Tathandlung. Weitgehend einig sind sich Lehre[611] und Rechtsprechung[612] dahingehend, dass eine Äusserung dann öffentlich ist, «wenn sie sich an eine grössere Anzahl von Personen richtet, die nicht durch persönliche Beziehungen verbunden sind».[613] Unerheblich ist, ob die Äusserung überhaupt von Dritten wahrgenommen wird.[614] Das Leiturteil BGE 130 IV 111 zum Begriff der Öffentlichkeit in Art. 261bis hat sich auch auf Art. 259 StGB ausgewirkt. Gemäss der Rechtsprechung ist deshalb das Kriterium privat/öffentlich auch auf Art. 259 anzuwenden.[615]

Für *Art. 261 StGB*, der ebenfalls eine öffentliche Tathandlung (beschimpft, verspottet oder verunehrt) verlangt, wird das Gleiche gelten, weshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.[616] Die Beurteilung kann je nach Kontext für die gleiche Äusserung unterschiedlich ausfallen, weshalb Schubarth einen einheitlichen Begriff der Öffentlichkeit für alle Tatbestände ablehnt.[617]

Trotz des Leitentscheids und der seither einigermassen gefestigten Rechtsprechung zum Tatbestandselement der Öffentlichkeit bestehen nach wie vor Unsicherheiten darüber, wann ein Verhalten als öffentlich zu gelten hat. Dies hat u.a. damit zu tun, dass sich nach wie vor an konkreten Umständen zu entscheiden hat, ob etwas öffentlich ist. Damit hängt auch zusammen, inwiefern damit zu rechnen ist, dass die fraglichen Äusserungen weiterverbreitet werden (könnten)[618] sowie ob

608 SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 20–21.

609 SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 23.

610 Kunz, ZStrR 1992, S. 161.

611 Statt vieler BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N 14.

612 BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154.

613 BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N 14.

614 SHK StGB-Vest, Art. 259, N 10.

615 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 E. 2.1.1.

616 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 14; a.A. SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N 35–36.

617 SHK StGB-Schubarth, Art. 261, N 28, 35–36.

618 SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 33–36.

eine Äusserung wahrgenommen wird bzw. die Möglichkeit/die Wahrscheinlichkeit einer (öffentlichen) Wahrnehmung besteht.[619] Klar scheint einzig, dass Äusserungen im vertraulichen Rahmen nicht erfasst werden. Unklar ist aber, ab wann nicht mehr von Vertraulichkeit auszugehen ist und woran sich das konkret misst.

Kunz hat schon vor der Einführung der Norm vorgeschlagen, nur an das Publikum adressierte Äusserungen zu bestrafen,[620] was aber letztlich nicht übernommen wurde. Rom kritisierte den Kunzschen Vorschlag als zu eng, zumal dieser nur direkt an ein Publikum gerichtete Äusserungen erfasst haben wollte. Rom ging davon aus, dass der Tatbestand bereits dann erfüllt sei, wenn der Täter wisse oder damit rechnen müsse, dass seine Äusserungen an eine breitere Öffentlichkeit weiterverbreitet werde, was auch im Falle einer Äusserung gegenüber einer Einzelperson der Fall sein könne.[621] Er bevorzugte daher den Vorschlag von Jositsch, die Formulierung «in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise» [622] als Öffentlichkeitsvoraussetzung zu verwenden.[623]

Es ist nicht klar, ob mit der Umsetzung einer dieser Vorschläge etwas gewonnen würde.

Der Vorschlag von Kunz wäre zwar insofern einengender, als dass die Kundgabe nicht nur öffentlich erfolgen, sondern für die Öffentlichkeit bestimmt sein müsste. Damit würde verstärkt auf den Willen des Täters abgestellt. Das viel diskutierte (aber in der Praxis wohl wenig relevante) Beispiel von Äusserungen am Stammtisch, die nur für diesen gedacht waren, dürfte damit definitiv von einer Strafbarkeit ausgeschlossen werden. Allerdings bliebe der Begriff der Öffentlichkeit auch hier auslegungsbedürftig (z.B. wann wäre eine Veranstaltung öffentlich?). Auch das in der heutigen Zeit immer relevantere Problem, wann Äusserungen im Internet öffentlich sind, wäre damit noch nicht geklärt und der Vorschlag liefert hierzu auch keinen Lösungsansatz. Dies dürfte u.a. daran liegen, dass dieses Problem zur Zeit des Vorschlags noch kaum bestanden haben dürfte. Niggli kritisiert den publikumsorientierten Ansatz von Kunz, weil er auf subjektive Faktoren abstelle. Die Privatheit einer Äusserung ergebe sich vielmehr aus der Kontrolle über den Wirkungskreis. Diese sei üblicherweise dann gegeben, wenn aufgrund

---

619 SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 37; Niggli, Rassendiskriminierung, N 975–980; Fiolka, Medialex 2004, S. 222.

620 Kunz, ZStrR 1992, S. 161.

621 Rom, S. 120–121.

622 Jositsch, S. 279.

623 Rom, S. 121.

eines Vertrauensverhältnisses darauf vertraut werden könne, dass die Äusserung nicht weiterverbreitet werde.[624] Nicht die Beziehung des Opfers zu den Wahrnehmenden sei dabei ausschlaggebend, sondern «ob dies auch im Hinblick auf den Täter zutrifft».[625] Damit stützt Niggli im Grunde den Vorschlag Roms, weil die Öffentlichkeit auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter sich direkt an sein (ihm unbekanntes) Opfer wendet.[626]

Der Vorschlag von Jositsch hingegen ist streng genommen überhaupt kein Öffentlichkeitskriterium. Theoretisch könnte der öffentliche Frieden auch in einer privaten Veranstaltung zumindest künftig gefährdet werden,[627] wenn sich z.B. in der Gesellschaft sehr einflussreiche Personen unter den Anwesenden befinden. Andererseits ist auch das Gegenteil denkbar, nämlich dass selbst an einer grossen und öffentlich zugänglichen Veranstaltung keine Friedensgefährdung auszumachen ist. Wird zudem das Rechtsgut des öffentlichen Friedens abgelehnt, weil es zu unspezifisch ist, kann dieses nicht als Öffentlichkeitskriterium herangezogen werden. Das Kriterium bewertet daher eher die Gefährlichkeit der Tathandlung und nicht, ob die Aufforderung öffentlich war. Roms Kriterium dürfte zwar der neuen BGer-Rechtsprechung genügen, wird aber vorliegend ebenfalls abgelehnt, weil eine Äusserung an eine Einzelperson nicht als öffentlich bezeichnet werden kann, selbst dann nicht, wenn die Gefahr der Weiterverbreitung besteht oder das Opfer nicht bekannt war.

Wird hingegen Niggli gefolgt und im Rechtsgut nur die Menschenwürde gesehen, so dürfte noch weitergehend die Privatheit einer Äusserung überhaupt keine Rolle spielen. Eine Verletzung der Menschenwürde kann auch mittels einer privaten Äusserung erfolgen.[628] Die persönliche Betroffenheit dürfte i.d.R. sogar höher sein, wenn verletzende Äusserungen von nahestehenden oder bekannten Personen gemacht werden. Niggli bezweifelt denn auch, dass eine Beschränkung auf öffentliche Tathandlung nach Art. 4 RDK überhaupt zulässig sei, weil die Norm dadurch eine dreifache Beschränkung aufweise (Handlung muss Verletzung der Menschenwürde und Gefährdung des öffentlichen Friedens aufweisen und öffentlich vorgenommen werden). Art. 4 RDK verlange aber, dass «*jede* Verbreitung von Ideen, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen, *jedes*

---

624 Niggli, Rassendiskriminierung, N 996–997, 1005–1007.

625 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1006.

626 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1007.

627 Niggli, Rassendiskriminierung, N 842.

628 Niggli, Rassendiskriminierung, N 350–353, 840–841.

Aufreizen zur Rassendiskriminierung und *jede* Gewalttätigkeit oder Aufreizung dazu» unter Strafe gestellt werde.[629] Teile der Lehre und die Rechtsprechung sind sich demgemäss uneinig darüber, wie das Kriterium der Öffentlichkeit zu verstehen sei, und es wird zudem von Niggli infrage gestellt, ob es überhaupt zulässig sei, die Tathandlung nur zu erfassen, wenn sie öffentlich ist.

Private Nachrichten, die hetzerischer Art sind oder eine ganze Gruppe herabsetzen, sind aktuell nicht explizit erfasst. In diesem Fall greifen auch die Ehrverletzungstatbestände nicht, weil bei der Kollektivbeleidigung der Einzelne erkennbar mitgemeint sein muss, was bei einer pauschalen Herabwürdigung einer grossen Gruppe («Juden sind nur aufs Geldverdienen bedacht»)[630] selten der Fall sein dürfte, zumindest wenn der Individualbezug für eine Beschimpfung fehlt. Soweit also nicht klar erkennbar die betroffene Person mitgemeint ist und die Nachricht nicht öffentlich erfolgt, ist eine solche Aussage straflos.[631] In diesem Bereich besteht eine Lücke im Strafgesetz.

VI. Aufruf zu Hass und Diskriminierung

Gemäss Art. 261bis Abs. 1 StGB wird bestraft, wer öffentlich gegen bestimmte Gruppen zu Hass oder zu Diskriminierung aufruft. Abs. 1 erfasst somit die rassistische etc. Hetze.[632] Wie schon ausgeführt, ist der Begriff des Hasses in Art. 261bis StGB nur schwer fassbar.[633] Kunz kritisiert zwar, dass zu Hass nicht aufgerufen, sondern dieser nur geschürt werden könne, lässt aber den Begriff des Hasses ansonsten gelten. Dem Begriff der Diskriminierung misst er dagegen keine eigenständige Bedeutung neben dem Merkmal des Hasses zu, weil dieser «unklar und vieldeutig» sei. «Der abgeschliffene, in sehr verschiedenen Zusammenhängen verwandte Diskriminierungsbegriff sollte im Tatbestand vermieden werden.»[634] Kunz fragt zudem, wie sich die Strafbarkeit eines öffentlichen Aufrufs zu Diskriminierung dort erklären lasse, wo die Diskriminierung (z.B. im Privaten) selbst straflos bleibe.[635] Der Aufruf zur (unsachlichen) Schlechterstellung ist zudem nur

---

629 Niggli, Rassendiskriminierung, N 421–425 [Hervorhebung nach Niggli].

630 Vgl. BGE 143 IV 77 E. 4.2 S. 83.

631 BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173, N 52.

632 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 33.

633 Zu den Definitionen vgl. Teil 1, Kap. 1.

634 Kunz, ZStrR 1992, S. 161.

635 Kunz, ZStrR 1992, S. 161.

dann strafbar, wenn er sich auf die geschützten Gruppen bezieht. Eine jüdische, lesbische Transfrau, die wegen ihrer Transidentität benachteiligt wird, wäre demgemäss nicht geschützt.[636] KUNZ schlug deshalb bereits vor der Einführung von Art. 261bis StGB vor, die Formulierung «Aufruf zu Hass und Diskriminierung» zu streichen und stattdessen «Wer […] feindselige Handlungen vornimmt, […] zur Vornahme solcher Handlungen aufruft, Hass schürt» einzufügen. An der abschliessenden Aufzählung der Gruppen und der oben beschriebenen Problematik ändert das freilich nichts.

Weitere Probleme bereitet auch der Begriff des «Aufrufens» in der deutschsprachigen Fassung von Art. 261bis StGB. Damit wird suggeriert, dass die «intellektuell-rationale Aufforderung im Vordergrund [steht]».[637] Zudem führt der Begriff «Aufrufen» zu Überschneidungen mit dem Tatbestand in Abs. 3, weil der Aufruf zu einem bestimmten Verhalten der dort beschriebenen Propaganda entspricht.[638]

Vorzuziehen gewesen wäre deshalb der Ausdruck «Aufreizen», entsprechend dem französischen bzw. italienischen Gesetzeswortlaut («inciter» bzw. «incitare»). Damit würde besser zum Ausdruck gebracht, welche Tathandlung eigentlich erfasst sein soll:[639] «die affektive Einwirkung auf die Zuhörer-, Betrachter- oder Leserschaft».[640] Ursprünglich hätte auch im deutschen Gesetzestext das Wort «Aufreizen» verwendet werden sollen, was u.a. NIGGLI als den präziseren Begriff beurteilt,[641] weil heute, «wörtlich genommen, die allgemeine Hetze oder das Schüren von Emotionen, die auch ohne hinreichend expliziten Aufforderungscharakter Hass und Diskriminierung hervorrufen können»,[642] *nicht* erfasst würden. Die Rechtsprechung versteht deshalb unter «Aufrufen» auch «Aufreizen».[643]

Was den Diskriminierungsbegriff anbelangt, fällt nicht jegliche Ungleichbehandlung darunter, die ohne sachlichen Grund an ein geschütztes Gruppenmerkmal anknüpft.[644] Vielmehr muss den Betroffenen der «gleichberechtigte Zugang zu den

---

636 Vgl. PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 261bis, N 18.

637 SHK StGB-VEST, Art. 261bis, N 44.

638 STRATENWERTH/BOMMER, § 39, N 33.

639 SHK StGB-VEST, Art. 261bis, N 43.

640 SHK StGB-VEST, Art. 261bis, N 44.

641 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1063.

642 STRATENWERTH/BOMMER, § 39, N 33.

643 BGE 123 IV E. 3b S. 207; BGE 124 IV 121 E. 2b S. 124.

644 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1029.

Menschenrechten abgesprochen oder verwehrt»[645] werden. Ausschlaggebend ist damit, ob die «grundrechtliche Position der Betroffenen» ohne sachlichen Grund beeinträchtigt ist.[646] Daraus abzuleiten, welche konkreten Rechte betroffen sein müssen, ist freilich schwierig. Diese Frage konnte bisher nicht abschliessend gelöst werden.[647] Es stellt sich daher die Frage, ob der Diskriminierungsbegriff in Art. 261bis StGB nur in Verbindung mit dem Aufreizen zu Hass überhaupt Bedeutung gewinnt.

VII. Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien

Art. 261bis Abs. 2 haftet regelmässig der Vorwurf eines Gesinnungsstrafrechts an:[648] Als Gesinnungsstrafrecht gilt Strafrecht, das einzig eine «verpönte innere Einstellung des Bürgers»[649] bestraft. Art. 261bis StGB bestraft in Abs. 2 jedoch nur die öffentliche Verbreitung von verpönten Ideologien. Bestraft wird nicht die ideologische innere Einstellung des Bürgers *an sich*, sondern die öffentliche V*erbreitung* derselben. Insofern erweist sich die Kritik als unbegründet. Allerdings zeigt das schwer zu bestimmende Rechtsgut, dass es im Ergebnis unter anderem auch «darum geht, unerwünschte Gesinnungen» zu bekämpfen.[650] Das zeigt sich beispielsweise daran, dass heute nicht mehr zeitgerechte Ansichten, die aber vor 20 Jahren noch gesellschaftlich mehrheitsfähig waren, aus genau diesem Grund (weil sie nicht mehr zeitgerecht sind) bestraft werden, wie im Fall des Lehrers an der Zürcher Bahnhofstrasse.[651]

Weiter ist nach wie vor nicht abschliessend geklärt, was das Wort «systematisch» vor dem Begriff «Herabsetzung oder Verleumdung» meint und was diese adverbiale Ergänzung eigentlich bezweckt. Es fragt sich, ob der Begriff eine Beschränkung auf durchdachte und «systematisch durchstrukturierte Gedankengebäude»

---

645 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1024.

646 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1029.

647 SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 52.

648 Arbeitspapier BJ, S. 3.

649 Rutz, S. 236.

650 Arbeitspapier BJ, S. 4.

651 Vgl. Teil 2, Kap. 2 II C; Tele Züri, Züri News, Sendung vom 29. Juli 2022, ab 7 Minuten 12 Sekunden, <https://tv.telezueri.ch/zuerinews/freitag-29-juli-2022-ganze-sendung-147316103> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

darstellt[652], ob er sich auf die «systematische Herabsetzung»[653] bezieht oder im Grunde ganz einfach überflüssig ist.[654] Strittig ist somit, ob die schlichte Behauptung (eines Dogmas wie etwa desjenigen) der Überlegenheit der weissen Rasse per se als solche Ideologie gilt oder nicht. [655] Vest bejaht dies und erachtet den Zusatz «systematisch» nicht als relevant einschränkend – weder für die Tathandlung noch für deren Zielsetzung.[656] Niggli hingegen sieht darin eine Beschränkung auf «einen bestimmten Typus von Ideologien»[657] und bedauert, dass damit «gerade nicht jedes planmässige und gezielte Handeln» von Abs. 2 erfasst sei.[658]

Die Verbreitung der Ideologie muss weiter vom straflosen Bekennen derselben abgegrenzt werden, was sich nicht immer einfach gestaltet. Das blosse Tragen einer Hakenkreuzarmbinde, der Hitlergruss an Gleichgesinnte,[659] das Anbieten und blosse Tragen eines T-Shirts mit Textaufdruck «Mit unseren Fahnen ist der Sieg» sowie der Abbildung der Reichkriegsflagge des Norddeutschen Bundes/ Deutschen Reiches von 1867 bis 1921 oder das Aushängen einer Hakenkreuzfahne wurden allesamt als straflose Bekenntnisse gewertet.[660] Erfolgt der Hitlergruss hingegen an nicht gleichgesinnte Personen, so handelt es sich um das strafbare Verbreiten einer Ideologie.[661] Ebenso sind Kombinationen von Handlungen, Gesten und Symbolen i.d.R. strafbares Verbreiten nach Abs. 2.[662] Es liegt auf der Hand, dass nicht immer klar feststellbar ist, wann die Schwelle zum strafbaren Verbreiten bereits erfolgt ist.

Ein weiterer Spezialfall stellt die Teilnahme an Propagandaaktionen in Abs. 3 dar. Durch diese Strafbestimmung werden Personen zu Täterinnen und Tätern, die normalerweise nur als Gehilfen bzw. Gehilfinnen gelten, womit ein Durchbruch des

---

652 Trechsel, Kurz-Ko, Art. 261bis, N. 24.

653 SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 56.

654 Trechsel, Kurz-Ko, Art. 261bis, N. 24.

655 Zusammenfassend und m.w.H. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1188.

656 SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 55–56.

657 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1184.

658 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1187.

659 Anders aber die Botschaft 1992, S. 313.

660 Zusammenfassend Niggli, Rassendiskriminierung, N 1117.

661 BGE 140 IV 102 E. 2.2.5–2.4 S. 107–108, je nach Umständen kann der Gruss auch den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte StGB erfüllen; Gleiches gilt für die Quenelle, siehe BGE 143 IV 308 E. 4.2–4.3 S. 311–312.

662 Zusammentragend Niggli, Rassendiskriminierung, N 1111–1112, 1194–1205.

limitierten Akzessorietätsprinzips erfolgt. In Verbindung mit Art. 22 StGB führt dies zu einer Strafbarkeit der versuchten Gehilfenschaft, die im Normalfall straflos bleibt.[663]

VIII. Herabsetzen und Diskriminieren

Anders als die Abs. 1–3 von Art. 261bis StGB erfasst Abs. 4 erste Hälfte Aktionen, die sich direkt gegen die betroffenen Gruppen oder deren Angehörige wenden. Zusätzlich wird nicht nur die direkte Herabsetzung oder Diskriminierung bestraft, sondern auch bereits die erklärte Absicht, rassendiskriminierend handeln zu wollen. Die Begehungsformen umfassen neben Wort, Schrift, Bild und Gebärden auch Tätlichkeiten sowie den Auffangbegriff «in anderer Weise».[664] Bei Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte wird üblicherweise die Menschenwürde als Rechtsgut verstanden. Er erfasst Herabsetzungen, die nicht nur eine Minderwertigkeit der Gruppe oder deren Mitglieder behaupten, sondern «gleichwertige Position in Bezug auf Grundrechte» absprechen oder bestreiten.[665] Das ist der Fall, wenn jemandem der Status als Mensch überhaupt (z.B. der Vergleich mit Tieren oder Sachen) oder wenn ihm das Lebensrecht als Mensch abgesprochen wird (vergasen, verbrennen, erschiessen etc.) bzw. wenn Menschen als Parasiten, Schädlinge oder Ungeziefer etc. bezeichnet oder mit bestimmten Krankheiten in Verbindung gebracht werden.[666] Es herrscht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass ein Angriff auf die Menschenwürde nicht jede Herabsetzung oder Diskriminierung erfassen soll, sondern nur drastisch/extrem/krass/qualifiziert[667] gegen das Gleichheitsprinzip verstossende Fälle,[668] wobei das Kriterium des Absprechens der Daseinsberechtigung eines Menschen[669] teilweise als zu eng angesehen wird.[670] In der Praxis reicht deshalb «schon», wenn «jemand als Mensch zweiter Klasse behandelt wird».[671]

---

663 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 43.

664 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1250, 1252, 1256, 1265.

665 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1276.

666 Niggli, Rassendiskriminierung, N –1286, weitere Beispiele finden sich in N 1287–1300.

667 Der in der Lehre häufig verwendete Begriff «schwerwiegend» erscheint unpräzise. Es wurde daher versucht, eine aussagekräftigere Bezeichnung zu finden. Das Abgrenzungsproblem verbleibt aber auch bei solchen Steigerungsvarianten.

668 Zusammenfassend Niggli, Rassendiskriminierung, N 1267.

669 So Niggli, Rassendiskriminierung, N 1271.

670 Zusammenfassend: PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 261bis, N 34.

671 PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 261bis, N 34.

Niggli merkt richtigerweise an, dass, wenn die Menschenwürde als Rechtsgut angesehen wird, der Verweis «gegen die Menschenwürde verstossend» grundsätzlich überflüssig ist, weil die Norm dadurch weder eingeschränkt noch erweitert wird. Wird hingegen die Menschenwürde nicht als Rechtsgut angesehen, so ist der Hinweis darauf ebenfalls ungeklärt, weil der Begriff selbst gerade wegen seiner Unbestimmtheit und der fehlenden spezifischen Wertebezogenheit kritisiert wurde.[672] Es ist daher nicht eindeutig, wie der Ausdruck zu verstehen ist. Niggli führt zum Begriff aus, dass die heutige Auffassung der Menschenwürde nur minimal von der Kantschen Anschauung der Menschenwürde abweiche. Der Mensch besitze einen absolut inneren Wert – die Würde – weshalb alle anderen vernünftigen Wesen ihm einen Achtungsanspruch schulden würden. Die Menschenwürde sei deshalb nicht vom Menschen zu trennen. Als solche stehe sie allen anderen Grundrechten vor und sei die Wurzel aller Grundrechte.[673] «[M]it der Identifizierung der Menschenwürde als Voraussetzung und Anknüpfungspunkt der übrigen Menschenrechte ist indes noch nichts gesagt, ob es sich damit um ein ‹Recht auf Rechte› handle, dem keine Funktion für das Individuum zukomme, oder ob nicht umgekehrt die Menschenwürde essenziell individuellen Charakter tragen *muss*».[674] Niggli will den Begriff juristisch verstanden haben und im konkreten Einzelfall nicht als abstraktes Konstrukt angewandt wissen. Im konkreten Sachverhalt müsse daher jeweils entschieden werden, ob spezifische Aspekte der Menschenwürde verletzt seien.[675]

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Niggli den in Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen) verwendete Begriff der Menschenwürde als unglücklichen Fehlgriff des Gesetzgebers ansieht. Diesem sei für die Bedeutung der Menschenwürde, wie sie in Art. 261bis StGB verstanden werde, nichts abzugewinnen, da durch Art. 135 StGB überhaupt nicht die Menschenwürde geschützt werde.[676]

Problematisch erscheint, dass der Begriff der Menschenwürde in seinem positiven Gehalt kaum abstrakt umschrieben werden kann, sondern primär über negative Gehalte festgelegt werden muss.[677] Es scheint schwierig begründbar, etwas als Rechtsgut anzuerkennen, das als Quelle aller Rechte angesehen wird. Die Gleich-

672 Niggli, Rassendiskriminierung, N 417–418, 427–430.

673 Niggli, Rassendiskriminierung, N 377–386.

674 Niggli, Rassendiskriminierung, N 387.

675 Niggli, Rassendiskriminierung, N 391, 397.

676 Niggli, Rassendiskriminierung, N 399–409.

677 Zusammenfassend Bernhard, S. 115–116.

heit aller Menschen als Grundgedanke der demokratischen Gesellschaft ist der Wertordnung selbst gleichgestellt. Ob diese Wertordnung an sich strafrechtlich als Rechtsgut dienen kann und soll, ist höchst fraglich und wird eher verneint.[678] Zudem würde sich aus dem Schutzgut der Menschenwürde die Frage ergeben, weshalb nur bestimmte Gruppen(angehörige) vor einer solchen Verletzung geschützt werden und dies auch nur dann, wenn sie öffentlich erfolgt. Würde die Menschenwürde nicht auch oder vielmehr erst recht durch Handlungen im Privaten verletzt werden? Lässt sich der Begriff der Menschenwürde zudem nicht positiv umschreiben und soll er auch nicht als abstraktes Konstrukt definiert und demgegenüber nur spezifische Aspekte konkret beurteilt werden, so ist nicht einsichtig, weshalb diese Aspekte nicht selbst als *konkretes* Rechtsgut dienen sollen. Gerade im Strafrecht wäre es angebrachter, die konkreten Aspekte als Rechtsgut zu benennen, statt die Menschenwürde in ihrer Gesamtheit ins Feld zu führen.

Eine weitere Frage stellt sich in Bezug darauf, wann rassistische Beleidigungen unter die Ehrverletzungsdelikte und wann unter die Rassendiskriminierungsnorm subsumiert werden sollen. Die Meinungen divergieren hierüber.

Der Unterschied zwischen Menschenwürde und Ehre wird darin gesehen, dass es sich

> «[i]m Unterschied zu den Ehrverletzungsdelikten […] bei der Rassendiskriminierung aber nicht um einen Angriff auf die Ehre des Verletzten [handelt]. Die Diskriminierung trifft den Menschen vielmehr im Kern seiner Persönlichkeit, indem ihm aufgrund der Rasse, Ethnie oder Religion seine Qualität als Mensch schlechthin, d. h. die Gleichwertigkeit als menschliches Wesen, abgesprochen wird. Ihm wird der prinzipielle Wert abgesprochen, welcher jeder Person unabhängig von ihrer Lebensführung zukommt (auch bei unehrenhaftem Verhalten).»[679]

Während ein Teil der Lehre die «Verbindung zwischen negativem Werturteil (‹Sau-›, ‹Dreck-›) und der unentrinnbaren Gruppenzugehörigkeit»[680] als von Art. 261bis Abs. 4 erfasst sieht, beurteilt das BGer solche Sachverhalte teilweise als rassistische Beschimpfung gemäss Art. 177 StGB. Dies, weil Ausdrücke wie «Sau-» oder «Dreck-» im deutschen Sprachgebrauch häufig zur Äusserung von Unmut oder Missfallen verwendet würden und deshalb als Beschimpfung und nicht als die Menschenwürde verletzend empfunden würden. Das gelte auch für Ausdrücke wie «Drecksasylant» oder «Sauausländer». Verbalinjurien verbunden mit einer

---

678 Vgl. auch Fischer, S. 626–627, 634.

679 Schleiminger Mettler, forumpoenale, S. 310.

680 Schleiminger Mettler, forumpoenale, S. 309.

Nationalität bzw. Ethnie gelten daher als rassistische Beschimpfung nach Art. 177 StGB.[681] Ausdrücke wie «schwarze Sau» hingegen werden anders beurteilt. Bei der Kombination einer Verbalinjurie mit der Rasse wird in der Beschimpfung ein Angriff auf die Menschenwürde nach Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte gesehen.[682] Diese bundesgerichtliche Unterscheidung ist nicht nachvollziehbar.

Zum Begriff der Diskriminierung wird auf den vorangehenden Abschnitt VI verwiesen. Erfasst von Abs. 4 erste Hälfte werden insbesondere die Fälle, die eine Diskriminierung ankündigen, aber die Leistung noch nicht verweigert haben. Die effektive Leistungsverweigerung ist von Abs. 5 erfasst. Während unklar ist, ob die diskriminierende Verweigerung einer Mietwohnung oder eines Arbeitsvertrags von Abs. 5 erfasst wird, wird die entsprechende öffentlich diskriminierende Ankündigung von Abs. 4 erfasst. Das wirkt insofern speziell, als die effektive Verweigerung straflos bleibt, während die reine Willensbekundung dazu strafbar sein soll.[683] Aus den eben dargelegten Gründen ist eine engere Auslegung der Tatbestandsvariante angezeigt, die in Teil 4 diskutiert wird.

IX. Genozidleugnung[684]

Der Leugnungstatbestand gemäss Art. 261bis Abs. 4 zweite Hälfte hat sich als besonders umstritten erwiesen.[685] Auf einer grundsätzlichen Ebene stellt sich die Frage, ob diese Tatbestandsvariante überhaupt zur Rassendiskriminierung gezählt werden soll oder bezüglich Gesetzessystematik dort eher fehl am Platz ist. Das Bundesgericht hat dazu innert einer Woche zwei widersprüchliche Entscheide gefällt (BGE 129 IV 95 E. 3.4.1. S. 102 und BGE 129 III 49 E. 2.3. S. 52 f.).[686] Die Norm bringt auch in technischer Hinsicht etliche Schwierigkeiten mit sich. So ist nicht eindeutig, von wem und anhand welcher Kriterien entschieden wird, ob

681 BGE 140 IV 67 E. 2.5.2 S. 73.

682 Schleiminger Mettler, forumpoenale, S. 310–311.

683 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1311–1313, 1561–1562, vgl. auch Kunz, ZStrR 1992, S. 161. Möglicherweise zeigt sich darin eine Folge des Öffentlichkeitsbezugs (in Abs. 5 «für die Allgemeinheit bestimmt»).

684 Der Begriff «Genozidleugnung» dient vorliegend als Gesamtbegriff für alle drei Tathandlungsvarianten von Art. 261bis Abs. 4 zweite Hälfte StGB.

685 Arbeitspapier BJ, S. 9.

686 Allerdings fällt BGE 129 III 49 in einen anderen Regelungskontext (Art. 28 ZGB).

ein bestimmtes Verhalten überhaupt einen Völkermord oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellt.[687]

Weiter ist unklar, wie der Passus «aus einem dieser Gründe» zu verstehen ist. Teilweise wird angenommen, dass nur rassistisch motivierte Leugnungen etc. gemeint seien,[688] anderen erscheint diese Einschränkung in der Sache nicht gerechtfertigt, weil die Rechtsgutsverletzung nicht von einem bestimmten Motiv abhänge.[689] Die Gerichtspraxis zu dieser Frage war nicht einheitlich.[690] 2018 ging das Bundesgericht dieser Frage ausdrücklich nach und hielt fest, dass, obwohl aus der Entstehungsgeschichte der Norm keine klare Bedeutung hervorgehe, es erforderlich sei, dass das

> «Verhalten von besonderen Beweggründen des Täters diktiert wird, der die Personen einer bestimmten Rasse, Ethnie oder Religion verabscheut oder verachtet […]. Das strafbare Verhalten muss daher einen charakteristischen Ausdruck von Diskriminierung darstellen.»

Es wird dabei unterschieden zwischen der Rechtfertigung – bei dieser sei das diskriminierende Motiv gleichsam praktisch intrinsisch – und der Leugnung und Verharmlosung, wo ein solcher Schluss nicht zwingend gezogen werden könne. Daher seien bei der Leugnung und Verharmlosung jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.[691] Diese Auslegung entspricht dem Gesetzeswortlaut und erscheint daher korrekt.

Einzige Ausnahme wird wohl die Holocaustleugnung bleiben, bei der bislang immer ein rassistisches Motiv angenommen worden ist.[692] Diese Ausnahme ist – wenn die Norm das rassistische Motiv vorschreibt – insofern problematisch, als dass Gerichte der beschuldigten Person nicht einfach Motive unterstellen dürfen, sondern diese überprüfen und belegen müssten.[693] Rein aus der Tathandlung der

---

687 Arbeitspapier BJ, S. 10.

688 Arbeitspapier BJ, S. 12; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 240; Botschaft 1992, S. 313.

689 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1695; Trechsel, Kurz-Ko, Art. 261bis, N 38; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 240; SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 102–103.

690 Zusammenfassend: Niggli, Rassendiskriminierung, N 1693–1994 oder auch – neuer – BGE 145 IV 23 E. 2.3, in: Pra 108 (2019) Nr. 100, S. 1001.

691 Leimgruber, S. 40; Urteil des BGer 6B_350/2019 vom 29. Mai 2019 E. 1.1, 1.3; a.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1695.

692 Arbeitspapier BJ, S. 11.

693 Ähnlich auch Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 240–241.

Leugnung allein kann das Motiv nicht abgeleitet werden. Stets müssen die konkreten Umstände sowie der konkrete Adressatenkreis miteinbezogen werden, was nicht immer einfach ist. Dabei muss u.a. gefragt werden, an wen sich die fragliche Äusserung überhaupt gerichtet hat, möglicherweise auch indirekt.[694]

Seit dem Perinçek-Urteil des EGMR scheint die Leugnung anderer Genozide als des Holocaust nicht länger strafbar, sofern nicht zusätzliche Voraussetzungen bezüglich der Störung der öffentlichen Ordnung gegeben sind. Entsprechend wurde in BGE 145 IV 23 entschieden, dass aufgrund der Rechtsprechung des vom EGMR in Sachen Perinçek aufgestellten Kriterien, die Leugnung des Genozids in Srebrenica – konkret die Behauptung, es habe zwar ein Genozid stattgefunden, aber Opfer seien die bosnischen Serben gewesen – nicht strafbar sei, weil eine Verurteilung gegen die Meinungsäusserungsfreiheit verstossen würde.[695] Das Bundesgericht begründete den Freispruch damit, dass die getätigten Äusserungen des Angeklagten

> «keine Anstiftung zu Hass, zur Gewalt oder zur Intoleranz oder deren Rechtfertigung und auch keine Vorwürfe an die bosnischen Muslime [enthalten]. Der Zusammenhang, in dem sie publiziert worden sind, war nicht gespannt und die Gefahr von Unruhen daher gering; die Schweiz ist im Krieg im ehemaligen Jugoslawien nicht verwickelt gewesen und hat diesbezüglich keine besondere moralische Verantwortung. Obschon unzweifelhaft gegenüber dem Gedenken und den Leiden der Opfer, ihrer Familienangehörigen und im Allgemeinen den Mitgliedern der gesamten Gemeinschaft der bosnischen Muslime respektlos und verletzend, können die Schriften des Beschwerdeführers nicht als ihre Würde derart verletzend erachtet werden, dass sie nach einem strafrechtlichen Eingriff verlangen, dessen Vornahme im Übrigen keine internationale Pflicht aufzwingt.»[696]

Insofern stellt sich die Frage, ob die Norm nicht entsprechend angepasst werden sollte. Das BJ hat in seinem Arbeitspapier verschiedene Alternativen zum bestehenden Tatbestand vorgeschlagen,[697] wobei bis dato keine umgesetzt worden ist.[698] Die bereits kritisierte Ungleichbehandlung von Genoziden würde dann eher nahelegen, die Tatbestandsvarianten der Leugnung sowie der Verharmlosung von Genoziden gänzlich zu streichen.

---

694 Vest/Simon, S. 539.

695 BGE 145 IV 23 E.5.5, in: Pra 108 (2019) Nr. 100, S. 1016.

696 BGE 145 IV 23 E. 5.4.5, in: Pra 108 (2019) Nr. 100, S. 1015–1016.

697 Arbeitspapier BJ, S. 13–20. Verschiedene Möglichkeiten werden in Teil 4 diskutiert.

698 Die Vorschläge erfolgten allerdings noch vor dem genannten EGMR-Urteil.

X. Strafschärfungsnormen und Hassdelikte

Eine Form der Reaktion auf Hassdelikte besteht in einer qualifizierenden Strafzumessungsregel. Ein beliebiges Delikt oder bestimmte Delikte, die aus einem rassistischen Motiv begangen werden, qualifizieren sich dadurch zu Hassdelikten, die strafzumessungsrechtlich speziell erfasst und strenger bestraft werden. Die Schweiz verfügt über kein derartiges Instrumentarium. Einige Stimmen in der Lehre verlangten u.a. aufgrund der RDK die Einführung eines speziellen Qualifikationstatbestandes. Art. 5 lit. b RDK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, «das Recht auf Sicherheit der Person und auf staatlichen Schutz gegen Gewalttätigkeit oder Körperverletzung, […]» zu gewährleisten. Wie bereits ausgeführt, enthält aber Art. 5 – anders als Art. 4 RDK – keine Verpflichtung zur Einführung einer Strafnorm. Abgesehen davon sind in der Schweiz Gewalttätigkeiten ohnehin bereits unter den entsprechenden Strafnormen erfasst. Handlungsmotive und Beweggründe können zudem via Art. 47 StGB bedacht werden. Diese allgemeine Strafzumessungsregel erlaubt Gerichten z.B. rassistische, antisemitische oder homophobe Motive bei der Strafzumessung straferhöhend zu berücksichtigen. Art. 47 StGB besagt, dass sich die Strafe des Täters nach seinem Verschulden bemisst (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wiederum bestimmt sich u.a. nach der Schwere der Rechtsgutsbeeinträchtigung, der Verwerflichkeit des Handelns und den Beweggründen und Zielen des Täters (Abs. 2).

Es liesse sich argumentieren, dass bei besonders verwerflichen Motiven das Verschulden schwerer wiegen würde und somit die Strafe erhöht werden sollte. Art. 47 StGB ist für das Gericht bindend, es besteht aber ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Strafe.[699] Dieses richterliche Ermessen wurde durch das Bundesgericht 2010 dahingehend eingeengt, dass die Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen sei.[700] Bei einem Delikt, das aus rassistischen Motiven heraus begangen wurde, kann also der für das «Grund»-Delikt festgesetzte ordentliche Strafrahmen nicht verlassen werden. Das ergibt sich aus dem Strafgesetz, das nur den Strafschärfungsgrund der Konkurrenzen gemäss Art. 49 StGB kennt. Die Schweiz kennt deshalb auch keine Strafschärfungsregel,[701] aufgrund derer Hassdelikte schwerer bestraft werden.

Es fragt sich, ob aufgrund der fehlenden gesetzlichen Erwähnung von Hassdelikten allenfalls eine Lücke besteht. In BGE 133 IV 308 wurde bestimmt, dass das

---

699 BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, Art. 47, N 13.

700 BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63.

701 Eine Strafschärfungsregel existierte vor der Strafrechtsrevision 2007 in aArt. 67.

rassendiskriminierende Motiv bei z.B. Körperverletzungen oder Brandstiftungen etc. straferhöhend zu berücksichtigen sei.[702] Weiter erfasst Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte StGB nicht nur Herabsetzungen in «Wort, Schrift, Bild, Gebärden», sondern auch solche, die mittels Tätlichkeiten oder in anderer Weise begangen wurden. Im oben genannten Entscheid wird weiter ausgeführt, dass damit auch Herabsetzungen erfasst würden, die sich mittels Gewalttätigkeiten ausdrücken. Eine gewalttätige Herabwürdigung könne deshalb nicht nur die körperliche Integrität, sondern auch die Menschenwürde der angegriffenen Person verletzen. Seien auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte erfüllt, bestünde in diesem Fall zwischen Art. 122 f. StGB und Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte echte (Ideal-)Konkurrenz,[703] allerdings nur unter der Bedingung, dass «die Gewalttätigkeit für den unbefangenen durchschnittlichen Dritten klar erkennbar als rassendiskriminierender Akt erscheint».[704]

Obwohl also Art. 261bis StGB die einzige explizite «Hassbestimmung» ist und im Wesentlichen nur die Hassrede und keine speziellen Hassdelikte erfasst[705] und ebenso darauf verzichtet wurde, spezifische Motive bei der Strafzumessung speziell zu erwähnen, besteht dennoch die Möglichkeit, solche Motive straferhöhend zu berücksichtigen.

Wünschenswert wäre eine genauere Erfassung von Hassdelikten. Diese werden schweizweit nicht speziell in einer Statistik erfasst, weshalb kaum Angaben zur Anzahl und Art solcher Hassverbrechen in der Schweiz gemacht werden können. Einzig im Kanton Freiburg und seit Anfang 2021 auch in der Stadt Zürich werden «Hate Crimes» registriert, die auf Angaben der Opfer basieren. In der Stadt Zürich ist mit Ausnahme von politisch motivierten Straftaten, bei denen Aktivisten die Luft aus Autoreifen lassen, die Anzahl der registrierten Hassverbrechen seit der Erfassung leicht gesunken.[706] Eine präzise Umschreibung der Delikte sowie eine sinnvolle Kategorisierung wären aber Bedingung einer solchen Statistik. Zudem dürfte die Erfassung nicht rein opferbasiert erfolgen, sondern anhand weiterer

---

[702] BGE 133 IV 308 E. 8.7 S. 317.

[703] BGE 133 IV 308 E. 8.8 S. 318.

[704] BGE 133 IV 308 E. 8.8 S. 318.

[705] Belser/Egbuna-Joss, S. 2–3.

[706] Scherrer Giorgo/Baumgartner Fabio, Hassverbrechen in Zürich: Drei Dragqueens an Europaallee verprügelt, in: NZZ vom 9. Februar 2023, <https://www.nzz.ch/zuerich/hassverbrechen-in-zuerich-dragqueens-an-europaallee-verpruegelt-ld.1725311?ga=1&kid=nl165_2023-2-9&mktcid=nled&mktcval=165_2023-02-10> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

objektiver Kriterien. Ansonsten hätte die Statistik nur in Bezug darauf Aussagekraft, ob sich jemand als Opfer eines Hassdelikts ansieht.

XI. Spezielle Online-Normen

Die Schweiz verfügt über keine spezielle Norm, die sich auf nur Handlungen im Internet bezieht. Obwohl grundsätzlich alle vorliegend relevanten Handlungen auch im Internet verfolgt werden (können), muss überprüft werden, ob eine Spezialnorm in diesem Bereich angebracht wäre.[707] Die Verschiebung eines Grossteils der Kommunikation ins Internet legt nahe, diese Thematik gesondert zu betrachten und dass online allenfalls andere Massnahmen getroffen werden müssen als offline. Besonderheiten in Bezug auf online erfolgte Hassreden stellen insbesondere dar:

- Deutlich schnellere und unkontrolliertere Weiterverbreitung von Inhalten[708]
- Erschwerte Strafverfolgung durch anonyme Täterschaft[709]
- Durch Anonymität und fehlende Resonanz des Gegenübers ungehemmteres Verhalten[710]
- Bestärkung der eigenen Wahrnehmung durch den Echo-Kammer-Effekt[711]
- Teilweise keine Strafbarkeit von Auslandtaten trotz inländischer Wahrnehmbarkeit[712]
- Schwieriges Erkennen von Unwahrheiten[713]
- Übermässige Zensur durch Plattformbetreibende[714]

---

707 In den letzten Jahren wurden diverse Studien zu den Möglichkeiten und Herausforderungen im Netz erstellt, für eine eingehendere Betrachtung der Materie können diese herangezogen werden: z.B. Bericht BAKOM, Bieri et al.; Bericht Bundesrat 2015.

708 Bericht BAKOM, S. 54.

709 Bericht BAKOM, S. 53, 79.

710 Bieri et al., S. 85–86, 98.

711 Neuere Studien geben in dieser Hinsicht allerdings Entwarnung, da diese Echo-Kammern nicht undurchdringbar sind, Bieri et al., S. 66, 112, 207.

712 Bericht BAKOM, S. 56–58; Fall 2016-001N der EKR-Datenbank, <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d524/2016-001N.html?db=N&searchterm4=615&p=1> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

713 Bieri et al., S. 82, 114, 173.

714 Bericht BAKOM, S. 32–33, 80.

Allein schon diese Kurzübersicht zeigt, dass die Thematik der Hassrede und deren Regulierung im Online-Bereich Gegenstand einer eigenständigen Untersuchung sein müsste. Es folgen deshalb nur kursorische Ausführungen zur aktuell bestehenden Rechtslage.

Da die Schweiz keine speziellen Normen kennt, die nur für den Online-Bereich gelten, wurde die Einführung eines entsprechenden (Hassrede-)Gesetzes schon mehrfach gefordert. Der Bundesrat hat 2013 in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011 den Bericht «Rechtliche Basis für Social Media» erstellt und im Mai 2017 einen Nachfolgebericht[715] verfasst. Im Ergebnis wurde festgehalten, dass kein Handlungsbedarf bestehe.[716] Die zivilrechtliche Verantwortung von Internetprovidern wurde im bundesrätlichen Bericht vom 11. Dezember 2015 erläutert und das BAKOM hat 2021 einen Bericht zu Intermediären und Kommunikationsplattformen erstellt. Im Bericht des BAKOM wird zusammenfassend festgehalten, dass in der Schweiz

> «in den Bereichen der Hassrede und Falschinformation weder spezifische gesetzliche Regelungen noch eine ausführliche Rechtspraxis bezüglich der Verantwortlichkeit von Intermediären für fremde widerrechtliche Inhalte auf ihren Plattformen [bestehen]. Auch bestehen keine Vorschriften, die die Rechte der Nutzerinnen und Nutzer gegenüber den Intermediären stärken oder Intermediäre zu mehr Transparenz verpflichten. Vielmehr wird die Tätigkeit von Intermediären von den allgemeinen Rechtsregeln wie Persönlichkeitsschutz, Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht, Datenschutzrecht, Strafrecht etc. erfasst. Auf den Erlass von spezifischen gesetzlichen Regelungen wurde bislang verzichtet. Die spezifisch ergriffenen Massnahmen konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Stärkung der Resilienz der Bevölkerung sowie auf die traditionelle Strafverfolgung. Letztere ist aber aufgrund der häufigen Anonymität der Täterinnen und Täter sowie der grenzüberschreitenden Natur des Internets oftmals schwierig und schwerfällig oder geradezu faktisch unmöglich.»[717]

Lea Stahel hat 2020 im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung des Eidgenössischen Departements des Innern einen Bericht zu rassistischer Online-Hassrede veröffentlicht. Sie schätzt in ihrem Bericht die aktuellen Massnahmen gegen Online-Hassrede «als stark ausbaufähig»[718] ein und empfiehlt diverse Massnahmen, aber kein spezielles Hassredegesetz.[719]

---

715 Bericht Bundesrat 2017.

716 Bericht Bundesrat 2017, S. 2.

717 Bericht BAKOM, S. 6.

718 Stahel, S. 3.

719 Stahel, S. 60–62.

Weitere Entwicklung ist die geplante Einführung eines – an das europäische DSA angelehnten – Gesetzes. Das geplante Gesetz will der Bundesrat bzw. das beauftragte UVEK bis Ende März 2024 ausarbeiten.[720] Es soll Kommunikationsplattformen (wie z.B. Google, YouTube, Twitter [neu: X] und Facebook) stärker regulieren. Die wichtigsten Eckpunkte sollen darin bestehen, dass die grossen Plattformen eine Kontaktstelle in der Schweiz benennen, Werbung als solche kennzeichnen und deren Ausspielung transparent machen müssen. Nutzende müssen den Plattformen Aufrufe zu Hass, Gewaltdarstellungen oder Drohungen einfach melden können und über das Ergebnis informiert werden. Und: Nutzende sollen bei gelöschten Posts oder Kontensperrungen bei der Plattform direkt eine Überprüfung verlangen können. Zusätzlich müssen die Plattformen eine unabhängige Schlichtungsstelle schaffen, an die sich Nutzende bei gelöschten Posts etc. wenden können.[721] Der bereits mehrfach durch Digitalorganisationen geäusserten Forderung nach Zugang zu Daten der Plattformen durch Medienschaffende und Forschende wurde hingegen keine Rechnung getragen. Weiter wird kritisiert, dass die neuen bürokratischen Hürden primär die kleineren Unternehmen betreffen werden und diese im Wettbewerb weiter behindert würden. Davon würden die grossen Plattformen profitieren, weil keine Konkurrenz aufkommen könne.[722]

---

720 Auf Anfrage beim BAKOM wurde der Autorin mitgeteilt, dass sich die Vernehmlassung voraussichtlich bis Ende 2024 verzögere.

721 Der Bundesrat, Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an, Medienmitteilung vom 5. April 2023, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94116.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

722 Da Silva Gioia, Die Schweiz will mit neuem Gesetz Tech-Plattformen wie Instagram und Tiktok regulieren – das könnte grossen Firmen mehr nützen als schaden, in: NZZ vom 29. August 2023, <https://www.nzz.ch/technologie/schweiz-will-mit-neuem-gesetz-internetplattformen-wie-instagram-und-tiktok-regulieren-das-koennte-den-firmen-mehr-nuetzen-als-schaden-ld.1753286?kid=nl165_2023-8-28&ga=1&mktcval=165_2023-08-29&mktcid=nled> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Kapitel 2: Hassrede und Grundrechtskonflikte

In diesem Kapitel soll der Frage nach der Spannung zwischen dem Schutz vor Hassrede und anderen Grundrechten nachgegangen werden: Welche Grundrechte sind speziell von Hassredenormen betroffen; besteht überhaupt ein Grundrechtskonflikt und falls ja, wie äussert sich dieser konkret in Bezug auf mögliche Hassreden? Im späteren Teil 4 wird dieser Frage erneut mit Bezug auf die untersuchten anderen nationalen Gesetzgebungen nachgegangen und anhand der ausländischen Beispielfälle der unterschiedliche Umgang mit dem Konflikt untersucht.

I. Hassrederegulierungen und Meinungsäusserungsfreiheit

Die Meinungsäusserungsfreiheit, wie sie in Art. 16 BV festgehalten wird, ermöglicht durch Kritik und Meinungsverschiedenheiten gesellschaftlichen Wandel und bewahrt vor Erstarrung. Sie ist ein «konstituierendes Element einer demokratischen, offenen Gesellschaft».[723] Es wird von einem weiten Begriff der Meinung ausgegangen,[724] der die «Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen»[725] umfasst. Dieser Schutz umfasst auch «inhaltlich provozierende oder schockierende Äusserungen»[726] sowie unhaltbare oder offensichtlich falsche Mitteilungen.[727] Der Schutz erstreckt sich sowohl auf die Meinungsbildung als auch auf die Äusserung gewonnener Meinungen.[728] Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Das heisst, sie bedürfen der gesetzlichen Grundlage,[729] müssen ein zulässiges Eingriffsinteresse (öffentliches Interesse und Schutz von Rechten Dritter)[730] vorweisen und verhältnismässig[731] sein. Die zulässigen Eingriffsinteressen werden durch Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II und durch weitere innerstaatliche straf- oder zivilrechtliche Bestimmungen

723 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 4.

724 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 9.

725 BGE 127 I 145 E.4b S. 152.

726 BGE 138 I 274 E. 2.2.1 S. 281.

727 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 9.

728 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 13.

729 BSK-BV-Hertig, Art. 16, N 35.

730 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 36.

731 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 38.

konkretisiert.[732] «Kein legitimes Eingriffsinteresse ist die Abschirmung von Mehrheitsmeinungen gegenüber unliebsamen oder schockierenden Standpunkten der Minderheiten: In einer Demokratie darf die Mehrheit die Minderheit nicht zum Schweigen bringen.»[733]

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten, dass zwischen der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV und Art. 10 EMRK) und Art. 261bis StGB grundsätzlich ein Konflikt bestehen kann. Grundsätzlich gilt, dass in einer Demokratie jeder das Recht hat, seine Ansichten frei zu äussern, auch wenn sie einigen nicht gefallen,[734] das heisst, dass auch «Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken».[735] Bei der Auslegung von Art. 261bis StGB muss das Gericht deshalb die Meinungsfreiheit berücksichtigen und darf diese insbesondere nicht zu stark einschränken, indem es jegliche Kritik an bestimmten Menschengruppen verbietet und sie damit unantastbar macht.[736] Die gleichen Grundsätze müssen auch in Bezug auf Art. 259[737] und 261 StGB[738] gelten.

Das BGer hält aber auch fest, dass die Meinungsfreiheit keinen absoluten Wert habe. Sie kann eingeschränkt werden, wenn dies auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz eines Grundrechts anderer gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht (Art. 36 BV).[739] Mit den Artikeln 259, 261 und 261bis StBG wurde eine solche gesetzliche Grundlage geschaffen. Die weiteren Elemente müssen im Einzelfall entschieden werden.

Vera Leimgruber hat im Auftrag der EKR im Januar 2021 eine Studie zur Rassismusstrafnorm in der Gerichtspraxis publiziert. Dort stellte sie u.a. fest, dass in vielen Urteilen die Meinungsäusserungsfreiheit nicht thematisiert wird oder die Gerichte gar einen solchen Konflikt gänzlich ausschliessen, sofern die Äusserung unter die entsprechende Norm falle. Begründet wird dies damit, dass mit den geschaffenen Normen der Gesetzgeber die Meinungsäusserungsfreiheit bereits

732 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 36.

733 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 37; vgl. auch BGE 101 Ia 252 E. 3 S. 258.

734 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.2.

735 BGE 143 IV 193 E.1; BGE 131 IV 23 E. 3.1.

736 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.2.

737 Jedenfalls dann, wenn umstritten ist, ob es sich um einen Aufruf zu Gewalt handelt.

738 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 12.

739 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.2.

eingeschränkt habe, weshalb ein weiterer Konflikt zwischen den Strafnormen und Grundrechten nicht mehr möglich sei.[740] Damit folgen diverse Instanzen der Ansicht Niggli, der diese Ansicht mit dem Argument vertritt, dass es kein Recht auf die Verletzung der Menschenwürde gebe.[741] Auch das Bundesgericht scheint sich in jüngster Zeit vermehrt dieser Ansicht anzuschliessen. Insgesamt behandeln die Gerichte das Verhältnis zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und Hassredenormen (insbes. Art. 261bis StGB) nicht einheitlich. Ist die Menschenwürde das Schutzobjekt der Norm, wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass keine Abwägung erfolgt, in anderen Fällen werden rassistische Äusserungen gegen das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit abgewogen.[742] Im Folgenden werden die einzelnen Artikel separat behandelt. In den Unterabschnitten werden jeweils Fallbeispiele aufgeführt, die den Konflikt zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und möglicher Hassrede weiter beleuchten.

A. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261bis StGB

Wie bereits erwähnt, kann zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261bis StGB ein Grundrechtskonflikt entstehen.[743] Grundsätzlich überhaupt keinen Schutz durch die Meinungsäusserungsfreiheit erfahren menschenverachtende Aussagen und die Leugnung des Holocaust. Anders ist es bei Völkermorden, die nicht den Holocaust betreffen. In diesen Fällen wird die Menschenwürde weniger hoch gewichtet als die Meinungsäusserungsfreiheit, was sich wohl auf das Perinçek-Urteil des EGMR zurückführen lässt.[744]

Aussagen, die unter Art. 261bis StGB fallen, müssen zu Hass oder Diskriminierung aufrufen. Ausreichend ist, wenn durch die Äusserungen eine Stimmung geschaffen wird, in der Hass oder Diskriminierung gedeihen.[745] Dagegen bleibt eine Aussage, die sich auf das Verhalten oder bestimmte Merkmale einer Gruppe bezieht oder die Regeln und Gebräuche dieser Gruppe zum Gegenstand hat, weiterhin zulässig.[746] Unvorteilhafte Äusserungen über eine geschützte Gruppe sind so lange zulässig, als sie insgesamt sachlich bleiben und sich auf objektive Gründe stützen.

---

740 Leimgruber, S. 12–14.

741 Niggli, Rassendiskriminierung, N 108–111.

742 Leimgruber, S. 14–15.

743 A.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 108–111.

744 Leimgruber, S. 16; BGE 145 IV 23, in: Pra 108 (2019), Nr. 100.

745 BGE 143 IV 193 S. 208 E. 4.3.

746 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.6.1.

Auch überspitzte Formen müssen zuweilen in einer öffentlichen Debatte zulässig sein, da ansonsten die Gefahr besteht, dass durch eine zu extensive Auslegung der Strafnorm auch begründete Kritik nicht mehr vorgebracht werden kann.[747] Demgemäss ist die Grenze zwischen noch zulässigen Äusserungen und bereits strafbaren nicht immer trennscharf. Es werden deshalb einige konkrete Beispiele aufgeführt, um exemplarisch gewisse Schwierigkeiten in Bezug auf die Spannung und das Konfliktpotenzial aufzuzeigen.

1. Beispielfall: «On en redemande!»

Als Aufruf zu Hass wurde beispielsweise der Fall des Walliser SVP-Nationalrats und Rechtsanwalts *Jean-Luc Addor* angesehen. Dieser hatte nach einem Schusswaffenattentat mit zwei Verletzten und einem Toten im Gebetsraum einer Moschee den Post «On en redemande!» zusammen mit einem Zeitungsbericht über das Ereignis getwittert. Das Gleiche postete er auf Facebook. Kurz darauf kommentierte er seinen Facebook-Post mit «Mon ironie a-t-elle été bien comprise?» und noch etwas später seinen Post auf Twitter (neu: X) mit: «Manifestement, tout le monde ne comprend pas l'ironie …».[748] Der Beschuldigte hatte bereits in den Wochen zuvor immer wieder islamkritische bis hin zu islamfeindlichen Kommentaren gepostet. Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch der unteren Instanzen, weil für die uninformierte Durchschnittsleserschaft die Ironie des Kommentars nur schwer wahrnehmbar sei und dass seine Aufforderung «Wir bitten um mehr!» ein wörtliches Verständnis seiner Aussage sehr begünstige. Hingegen sei für die Durchschnittsleserschaft leicht zu erkennen, dass der Beschuldigte nicht dazu aufgefordert habe, in einer Moschee mit einer Schusswaffe auf die Gläubigen zu schiessen. Selbst wenn man den Aufruf wörtlich verstehe, drücke er eher den Wunsch nach Wiederholung aus bzw. die unangebrachte Freude des Verfassers über ein Tötungsereignis und die Aufforderung an die Leser, sich ebenfalls über die Aussicht auf eine Wiederholung eines solchen Mordes zu freuen.[749] Die blosse Tatsache, sich am Leid anderer zu erfreuen, drücke dabei bereits eine Abneigung aus, die Hass gleichkomme.[750] Der Beschwerdeführer habe absichtlich eine interpretationsbedürftige Formulierung gewählt, die – wörtlich genommen auf besonders brutale Weise – einen Aufruf zur Wiederholung eines in einer Moschee begangenen Mordes ausdrücke und zumindest akzeptiert habe, dass sein Hass-

747 BGE 131 IV 23 E. 3.1 S. 28.

748 Urteil des BGer 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 A.

749 Urteil des BGer 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.1.

750 Urteil des BGer 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.4.

kommentar als gegen die Mitglieder der moslemischen Gemeinschaft verstanden werden könne.[751] Ein Aufruf zu Hass gegen eine Gruppe von Personen aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit im Sinne von Art. 261bis Abs. 1 StGB wurde deshalb als erfüllt betrachtet. Soweit der Kommentar auch das Lebensrecht von Personen muslimischen Glaubens verneint, fällt er auch unter den Anwendungsbereich von Art. 261bis Abs. 4 erster Satzteil, wobei letzterer von Abs. 1 konsumiert wird.[752] Addor zog das Urteil an den EGMR weiter.[753]

2. Beispielfall: «Zigeuner-Plakat»

2018 posteten die beiden Politiker *Nils Fiechter und Adrian Spahr* im Rahmen des damaligen Grossratswahlkampfs im Kanton Bern auf der Facebook- und der Webseite der JSVP einen Wahlkampftext mit Illustration. Auf dem Plakat ist ein Mann in Sennentracht und mit Schweizerkäppi zu sehen, der sich die Nase vor einem Abfallberg inkl. Fäkalien zuhält. Im Hintergrund sind Wohnmobile zu sehen sowie eine dunkelhäutige Person mit entblösstem Gesäss beim Verrichten der Notdurft. Unter dem Plakat prangte der Text «Wir sagen NEIN zu Transitplätzen für ausländische Zigeuner!» mit anschliessendem Aufruf zur Wahl der JSVP-Kandidaten. Für die Illustration waren die beiden Politiker wegen Art. 261bis Abs. 1 und 4 StGB zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt worden.

Hintergrund war der Streit um Transitplätze, die der Kanton den Gemeinden aufzwingen wollte. Viele Gemeinden hatten sich gegen die Realisierung neuer Transitplätze ausgesprochen, insbesondere wegen negativer Erfahrungen in der Vergangenheit, so z.B. «Hinterlassung von Abfällen und Fäkalien, Nichteinhalten von Regeln und Abmachungen sowie Auftreten gegenüber Behörden und Bevölkerung». [754]

Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch der unteren Instanzen. Der Entscheid fiel mit drei zu zwei Stimmen allerdings denkbar knapp aus. Einen Weiterzug an den EGMR lehnten die beiden Verurteilten ab.

---

751 Urteil des BGer 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 3.2.4.

752 Urteil des BGer 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.

753 Addor zieht Rassendiskriminierungs-Urteil ans EMGR weiter, in: SWI Swissinfo.ch vom 14. Mai 2021, <https://www.swissinfo.ch/ger/addor-zieht-rassendiskriminierungs-urteil-ans-emgr-weiter/46619836> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

754 Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 19 103 vom 6. Dezember 2019 E. II 8.

Das Obergericht hat seinen Entscheid folgendermassen begründet:

> «Indem der Beitrag ‹ausländische Zigeuner› als schmutzige, bergeweise stinkenden Abfall verursachende, in die Büsche und auf Abfallhaufen kotende, lärmige und stehlende ‹etc.› Gruppe darstellt und ihnen in dieser umfassenden Charakterisierung mithin Verhaltensweisen zuschreibt, die bei Tieren, unzivilisierten Menschen oder Kriminellen zu finden sind, setzt er sie in ihrem Wert als menschliche Wesen herab.»[755]

> «Mit der pauschalen Behauptung, ausländische Fahrende seien generell minderwertig […], wird gegenüber den ausländischen Fahrenden ein feindseliges Klima geschaffen, ein solches verschärft oder zumindest unterstützt.»[756]

Das Bundesgericht bestätigte diese Ansicht. Es führte aus, dass die Kernbotschaft des Plakats darin bestünde, der Leserschaft zu vermitteln, dass «‹ausländische Zigeuner› […] generell unhygienisch, ekelerregend und kriminell [seien]».[757] Diese Aussage würde «ausländische Zigeuner» deshalb als minderwertig darstellen und sie verunglimpfen.[758] Obwohl es zulässig sei, sich kritisch über Missstände äussern zu dürfen, stelle

> «der fragliche Beitrag aber nicht bestehende Missstände sachbezogen in den Vordergrund, sondern nimmt vielmehr eine pauschale Verunglimpfung und Herabsetzung der betroffenen Gruppe vor».[759]

Durch diese Herabwürdigung werde zudem ein feindliches Klima hinsichtlich dieser Ethnie geschaffen. Dieses sei geeignet gewesen, «Diskriminierung hervorzurufen, ohne eine explizite Aufforderung zu enthalten». Dabei genüge es, «wenn der Täter durch seine Äusserungen eine Stimmung schafft, in der Hass oder Diskriminierung gedeihen».[760] Die Meinungsäusserungsfreiheit wurde deshalb auch unter dem Aspekt der geringfügigen Strafe als nicht verletzt angesehen.[761]

---

755 Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 19 103 vom 6. Dezember 2019 E. III 15.2.

756 Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 19 103 vom 6. Dezember 2019 E. III 15.3.

757 Urteil des BGer 6B_636/2020 vom 10. März 2022 E. 5.2.4.

758 Urteil des BGer 6B_636/2020 vom 10. März 2022 E. 5.2.4.

759 Urteil des BGer 6B_636/2020 vom 10. März 2022 E. 5.3.2.

760 Urteil des BGer 6B_636/2020 vom 10. März 2022 E. 6.3.

761 Urteil des BGer 6B_636/2020 vom 10. März 2022 E. 5.3.2.

3. Beispielfall: «Nopedo»

Nicht als Aufruf zu Hass wurde der Fall der Gründer der *Organisation Nopedo* angesehen. Drei Mitglieder der Raël-Sekte gründeten 2001 die Organisation «Nopedo – Don't touch my children» und verteilten an diverse Haushalte Flugblätter, die folgende Titel trugen: «Schützen Sie Ihre Kinder vor pädophilen Priestern» und auf der Rückseite: «Schützen Sie Ihre Kinder vor Pädophilie: Schicken Sie sie nicht mehr in den Katechismusunterricht».

Im Text wurde darauf hingewiesen, dass das Risiko eines sexuellen Missbrauchs durch katholische Priester statistisch gesehen viel höher sei als bei der normalen Bevölkerung. Die Kinder in den Katechismusunterricht zu schicken, sei deshalb ein nicht tragbares Risiko, sie der Pädophilie auszusetzen. Die Verfasser des Flugblatts richteten daraufhin einen Telefondienst ein, um Menschen, die von Geistlichen sexuell missbraucht wurden, zu ermutigen, darüber zu sprechen. Sie forderten die Regierungen auf, Massnahmen zu ergreifen, um zu zeigen, dass sie sich ernsthaft mit diesem Problem befasst. In dem Text wurde auch behauptet, dass viele katholische Priester ihre pädophilen Aktivitäten ungestraft fortsetzen würden.[762]

Die erste und die zweite kantonale Instanz verurteilten die Beschwerdeführer wegen Rassendiskriminierung gemäss Art. 261bis StGB zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Monaten.[763] Sie hatten entschieden, dass die Flugblätter den Eindruck erweckten, dass katholische Priester aufgrund ihrer Religion generell verachtenswerte Wesen seien und dass die Zugehörigkeit zum katholischen Klerus Pädophilie begünstige, weshalb der Straftatbestand der Rassendiskriminierung erfüllt sei.[764]

Das Bundesgericht bejahte, dass sowohl das Öffentlichkeitselement[765] als auch die Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppierung erfüllt seien.[766] Ausserdem sei die Bezeichnung einer Person als Pädophiler eine herabsetzende Botschaft und somit geeignet, jemanden in seiner Menschenwürde herabzusetzen.[767] Hingegen verneinte das Bundesgericht, dass die Botschaft diskriminierend sei, also die Kritik

---

762 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 B.

763 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 A.

764 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.6.2.

765 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.3.

766 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.4.

767 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.5.

direkt mit der religiösen Zugehörigkeit im Zusammenhang stehe.[768] Das Flugblatt kritisiere den sexuellen Missbrauch einiger Priester und nicht aller. Es würden deshalb nicht die katholischen Priester per se, sondern die pädophilen katholischen Priester angegriffen. Die Behauptung, dass es unter katholischen Priestern statistisch gesehen mehr Pädophilie gebe als unter der übrigen Bevölkerung[769] und dass die verurteilten Priester nur die Spitze des Eisbergs darstellten, sei darüber hinaus nicht völlig unbegründet, da allgemein bekannt sei, dass es pädophile Priester gebe und die kirchlichen Obrigkeiten nicht immer genügend Massnahmen ergriffen hätten, um sexuellen Missbrauch zu verhindern. Der Rat an Eltern, ihre Kinder nicht mehr zum Katechismus zu schicken, sei zwar übertrieben, füge sich aber in den allgemeinen Kontext der Kritik ein. Alles in allem könne die Kritik an katholischen Priestern als übertrieben betrachtet werden. Sie beziehe sich jedoch auf das Verhalten einiger von ihnen und nicht auf den Status als katholischer Priester. Anders wäre es hingegen gewesen, wenn die Beschwerdeführer pauschal behauptet hätten, dass alle katholischen Priester pädophil seien.[770] Das Urteil wurde aufgehoben und an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückgewiesen.[771]

4. Kritik

Im Fall *Addor* ist zwar einleuchtend, dass die Formulierung in hohem Grad unglücklich gewählt und missverständlich ist und dass der wörtlich genommene Wunsch nach Wiederholung eines Tötungsdelikts ein Aufruf zu Hass darstellen kann. Dennoch hat das Bundesgericht in seinen Ausführungen festgehalten, dass leicht zu erkennen sei, dass der Beschuldigte nicht zu Gewalttätigkeiten in Moscheen aufgerufen habe. Kann aber der so verstandene «Wunsch nach mehr» eindeutig als Aufforderung zu Gewalttätigkeiten ausgeschlossen werden, müsste besser begründet werden, wieso dadurch ein feindseliges Klima geschaffen wer-

---

768 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.6.1.

769 Diese Aussage widerspricht allerdings einer späteren Studie aus dem Jahr 2012, die besagt, dass katholische Priester nicht häufiger pädophil seien als die Allgemeinbevölkerung, vgl. Leygraf Norbert, «Sexuelle Übergriffe durch katholische Geistliche in Deutschland – Eine Analyse forensischer Gutachten 2000-2010», Essen/Dortmund/Berlin/Ulm 2012, aufrufbar unter <https://www.dbk.de/presse/aktuelles/meldung/deutsche-bischofskonferenz-stellt-die-ergebnisse-der-analyse-forensisch-psychiatrischer-gutachten-vo> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; <https://www.psychologie-aktuell.com/news/aktuelle-news-psychologie/news-lesen/paedophilie-bei-priestern-nicht-haeufiger-als-in-der-allgemeinbevoelkerung.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

770 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 2.6.2.

771 Urteil des BGer 6S.148/2003 vom 16. September 2003 E. 3.

den soll. Kann der Wunsch nach mehr Tötungsdelikten nicht als Aufruf zu Gewalttätigkeiten verstanden werden, so liegt offenbar keine ernst gemeinte Aussage vor. In diesem Fall ist aber schwer nachvollziehbar, wieso diese dann eindeutig ein Aufruf zu Hass darstellen soll. Die Offenlegung eigener Abneigung kann noch nicht als Aufforderung an sich gelten.

Noch weniger eindeutig ist der Fall des *«Zigeuner-Plakates»*. Dass die Aussagen unangebracht und beleidigend sind, ist für die Durchschnittsleserschaft klar ersichtlich. Aber ob damit tatsächlich zu Hass aufgerufen wird, ist angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Illustration ja durchaus um eine Abbildung von erlebten Erfahrungen diverser Gemeinden handelt, sehr fraglich. Das Plakat war zweifellos überspitzt. Gleiches gilt für das Flugblatt der Organisation *Nopedo*. Im letzteren Fall wird den zölibatären Angehörigen einer religiösen Gruppe unterstellt, überdurchschnittlich oft pädophil zu sein. Im ersteren Fall wird den ausländischen Fahrenden unterstellt, dass sie Abfallberge hinterlassen und auf den Boden koten. Die Behauptung, dass Pädophilie bei katholischen Priestern überdurchschnittlich hoch sei, müsste zumindest mit Fakten untermauert werden. Die vertuschten Missbrauchsfälle in der Kirche können zwar als Indiz dienen, belegen aber nicht zwingend, dass Priester überdurchschnittlich oft pädophil sind. Zumindest in Deutschland konnte diese Aussage gemäss einer später durchgeführten deutschen Studie nicht bestätigt werden.[772]

Umgekehrt liess sich die Aussage, dass die ausländischen Fahrenden Abfallberge und Fäkalien hinterliessen, zumindest teilweise im Kanton Bern bestätigen und entbehrte damit nicht jeglicher Grundlage.[773] Die faktische Ungleichbehandlung der beiden Aussagen lässt sich höchstens so begründen, dass in einem Fall nur

---

772 Leygraf Norbert, «Sexuelle Übergriffe durch katholische Geistliche in Deutschland – Eine Analyse forensischer Gutachten 2000–2010», Essen/Dortmund/Berlin/Ulm 2012, aufrufbar unter <https://www.dbk.de/presse/aktuelles/meldung/deutsche-bischofskonferenz-stellt-die-ergebnisse-der-analyse-forensisch-psychiatrischer-gutachten-vo> [zuletzt besucht am 15.10.2024]. Ob sich diese Faktenlage auch auf die Schweiz übertragen lässt, muss offenbleiben.

773 86 von 93 befragten Gemeinden rapportierten Probleme mit Fahrenden; vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 19 103 vom 6. Dezember 2019 E. II 8; Ein Dorf wehrt sich: Kanton Bern will Transitplatz für Fahrende bauen – Widerstand ist gross, in: Aargauerzeitung vom 3. Februar 2020, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/ein-dorf-wehrt-sich-kanton-bern-will-transitplatz-fur-fahrende-bauen-widerstand-ist-gross-ld.1191098> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Gestank in Laupen BE, in: 20Minuten vom 17. August 2016, <https://www.20min.ch/story/wegen-den-fahrenden-kann-ich-nicht-lueften-997486467761> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

pädophile Priester gemeint waren und im anderen Fall alle ausländischen Zigeuner angesprochen wurden. Aber das Argument steht auf einem wackeligen Fundament, da in beiden Fällen nicht die gesamte Gruppe (alle Priester und alle Fahrenden) angesprochen wurden und mit dem Satz «Schützen Sie Ihre Kinder vor Pädophilie: Schicken Sie sie nicht mehr in den Katechismusunterricht» doch impliziert wird, dass die Mehrheit der katholischen Priester pädophil sei. Die beiden Sachverhalte der Urteile sind deshalb durchaus vergleichbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn davon ausgegangen wird, dass durch die Aussagen ein feindliches Klima geschürt werden könnte. In diesem Fall würde die Behauptung der Pädophilie deutlich schwerer wiegen als diejenige der Verschmutzung eines Ortes.[774] Ob das Urteil zum *«Zigeuner-Plakat»,* wäre es zur gleichen Zeit wie das *«Nopedo-Urteil»* gefällt worden, einen anderen Ausgang erfahren hätte, muss offenbleiben; dass es so hätte sein können, ist aber nicht unwahrscheinlich.

B. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 259 StGB

Bei der Beurteilung von Aussagen, die möglicherweise unter Art. 259 StGB fallen, muss u.a. beurteilt werden, ob es sich um eine öffentliche Aufforderung handelt. Als Aufforderung gilt «[jede] intellektuelle Einwirkung auf andere»[775] «von einer gewissen Eindringlichkeit, die nach Form und Inhalt geeignet ist, den Willen der Adressaten zu beeinflussen».[776] Eindringlich sind Äusserungen, die geeignet sind, «Stimmungen und Triebe der Masse» zu beeinflussen.[777] Fällt die Äusserung unter den Tatbestand von Art. 259 StGB, so darf ein Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit vorgenommen werden. Äusserungen, die nicht von Art. 259 StGB erfasst sind und entsprechend durch Art. 16 BV oder Art. 10 EMRK geschützt werden, werden definiert als «[m]it zurückhaltender Sachlichkeit getroffene blosse Feststellungen, im Gesamten der Ausführungen nicht ins Gewicht fallende Bemerkungen oder nach der Art des Vortrags nicht ernst zu nehmende Aussagen».[778]

---

774 In anderen Staaten wurden Geistliche nach der Publikation von Missbrauchsuntersuchungen auf der Strasse beschimpft; vgl. Hehli Simon, «Getrauen Sie sich noch auf die Strasse?» – Gespräch mit einem Priester, der an seiner Kirche leidet, in: NZZ vom 15. September 2023, <https://www.nzz.ch/schweiz/getrauen-sie-sich-noch-auf-die-strasse-gespraech-mit-einem-priester-der-an-seiner-kirche-leidet-ld.1756272> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

775 BGE 104 IV 293 E. 2c aa S. 294; Cueni, S. 606.

776 BGE 111 IV 151 E. 1a S. 152.

777 BGE 97 IV 104 E. 3a S. 106.

778 BGE 97 IV 104 E. 3a S. 106.

Auch hier muss im Einzelfall jeweils abgewogen werden, welche Äusserungen noch unter die freie Meinungsäusserung fallen und welche strafrechtlich bereits relevant sind.

1. Beispielfall: «Abbruchstop am Tessinerplatz!!!»

Im Dezember 1982 klebte der Beschuldigte am Predigerplatz in Zürich um 00.30 Uhr ein Plakat auf eine Strassensignalisationstafel, als er von der Polizei angetroffen wurde.[779] Das Plakat hing ca. drei Minuten an der Signalisation, bevor die Beamten darauf aufmerksam wurden und es entfernten.[780] Der Beschuldigte hatte zudem 15 weitere ähnliche Plakate bei sich, die schon zum Aufkleben vorbereitet waren.[781] Der Plakattext lautete (auszugsweise):

> «ES WEIHNACHTET IN DER STADT … und so haben die aktionen der letzten zeit - brand anschläge, scherben, buttersäure, drohungen, etc.- in zusammenhang mit dem abbruch am TESSINERPLATZ erste erfolge gezeigt. die geschäftlimacher der innenstadt (CITY-VEREINIGUNG), die fürchten, dass ihr weihnachtsbusiness zum (stink-) bombengeschäft wird, haben sich für einen abbruchstop am TESSINERPLATZ eingesetzt - bis zum 24. dezember, so wollen sie unser stillhalten erschwindeln.»
>
> «[…] WIR MEINEN: KEINE RUHE FUER LEERE VERSPRECHUNGEN! die angst der [sic] ist unsere chance. LASST WEITERHIN EURE FANTASIE WALTEN!»
>
> «AUTONOME (GEHIRN-) ZELLEN AN DIE ARBEIT!»[782]

Das Bundesgericht beurteilte den Aushang des Plakats als direkten Aufruf zu Brandanschlägen und Sachbeschädigungen.[783] Die Anbringung an einer Strassensignalisation wurde – trotz der sofortigen Entfernung durch die Polizei – zudem als öffentlich bewertet.[784] Es sei nicht erforderlich, dass jemand tatsächlich von der Aufforderung Kenntnis genommen habe, da es sich um ein Gefährdungsdelikt handle, das mit der öffentlichen Aufforderung bereits vollendet sei. Die Gefährdung des öffentlichen Friedens liege bereits darin, «dass die Schrift an einer allgemein zugänglichen Stelle angebracht und damit die Möglichkeit geschaffen

779 BGE 111 IV 151 A S. 151.

780 BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154.

781 BGE 111 IV 151 A S. 151.

782 BGE 111 IV 151 A S. 151–152.

783 BGE 111 IV 151 E. 1b S. 153.

784 BGE 111 IV 151 E. 2 S. 153.

[werde], dass ein grösserer, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängender Kreis von Personen sie sehen und lesen und durch die Aufforderung beeinflusst werden [könne]».[785] Irrelevant sei dabei, wie lange diese Möglichkeit konkret bestehe.[786] Als unbegründet wurde der Einwand abgewiesen, dass die Meinungsäusserungsfreiheit durch die verhängte Strafe verletzt werde, da diese nur «im Rahmen der jeweiligen Gesetzgebung» gewährleistet werde. Für eine «über die teleologische Auslegung der Norm selbst hinausreichende Interpretation nach der Verfassung» bleibe aufgrund der «eng umschriebenen Tatbestände des StGB» praktisch kein Raum.[787] Der Beschuldigte wurde zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt.[788]

2. Beispielfall: Lied «Scheiss uf euch» von Rapper Ensy

Rapper Ensy hat am 21. Oktober 2015 auf YouTube den Rap-Song «Scheiss uf euch» veröffentlicht. Er fantasiert darin über Gewalttaten gegen diverse Politiker. Die strafrechtlich relevanten Zeilen beinhalten folgende Aussagen:

> «Ich fahr bewaffnet nach St. Galle und dr Reimann isch in Atemnot. […]. Ich bi schadefroh, wenn dich öpper abeschloht.»
> «Ich sägs öffentlich: Falls ich mal de Köppel triff, wott ich wüsse, wies tönt, wenn e Knöchel bricht.»
> «Während ich am hoffe bi, dass Mörgeli vergiftet wird.»[789]

Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt hat den Rapper am 2. November 2016 wegen Aufforderung zu Verbrechen oder zu Gewalttätigkeit verurteilt.[790] Mit seinem Lied habe er

> «eine unbestimmte Vielzahl jugendlicher Zuhörer, vorab solche mit muslimischem Migrationshintergrund, durch die eindringlich vorgetragene Message, Personen, die aus politischer oder religiöser Sicht als Gegner der Sache muslimischer Migranten empfunden würden, herabzusetzen und mit physischer Gewalt zu begegnen,

---

785 BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154.

786 BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154.

787 BGE 111 IV 151 E. 6 S. 154.

788 BGE 111 IV 151 B S. 152.

789 Maurer Andreas, Meinungsfreiheit oder Grenzüberschreitung: Wie beleidigend darf ein Rap-Song sein?, in: Aargauer Zeitung vom 29. Juli 2019, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/meinungsfreiheit-oder-grenzuberschreitung-wie-beleidigend-darf-ein-rap-song-sein-ld.1139188> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

790 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 Sachverhalt.

> in einer Weise eingewirkt, die geeignet gewesen sei, den Vorsatz zu gewalttätigen Übergriffen im Sinne von mindestens einfachen Körperverletzungen zu wecken».[791]

Der Rapper berief sich auf seine künstlerische Freiheit. Es sei offensichtlich, dass er niemanden zu Gewalttaten habe bewegen wollen.[792] Rap-Songs seien stets von brachialer Sprache und deshalb auch in diesem Kontext zu verstehen.[793]

Das Appellationsgericht sprach den Rapper am 18. Dezember 2018 zwar insgesamt vom Vorwurf frei,[794] bejahte aber «eine Aufforderung zur Begehung von gewalttätigen Übergriffen im Sinne von mindestens einfachen Körperverletzungen» und sah den objektiven Tatbestand von Art. 259 StGB als erfüllt an.[795] Es folgte der unteren Instanz aber hinsichtlich der Ausführungen zum subjektiven Tatbestand nicht. Es sei nicht erstellt, dass der Rapper es in Kauf genommen habe, andere Menschen zu solchen Taten zu beeinflussen.[796] Das Appellationsgericht betonte allerdings, dass im Falle einer Veröffentlichung des Rap-Songs zum Zeitpunkt der Urteilsfällung, eine Verurteilung erfolgt wäre. Es begründete dies damit, dass im Zeitpunkt der Songveröffentlichung noch kaum eine Diskussion über die Grenzen und auch über die Auswirkungen von Rap-Songs stattgefunden habe:

> «Es muss aber vorliegend darauf hingewiesen werden, dass sich die Wahrnehmung geändert hat. In der Öffentlichkeit ist das Thema Rap infolge des Bushido-Urteils oder der Verleihung des Echo-Preises an Farid Bang und Kollegah mit der Folge der Absetzung des Wettbewerbs sehr präsent geworden. […] Es hat demnach in letzter Zeit eine Sensibilisierung für das Thema stattgefunden. Würde der Berufungskläger heute einen vergleichbaren Song ins Internet stellen, würde wohl eine Inkaufnahme von dessen Wirkung nicht mehr verneint werden können.»[797]

---

791 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E.3.1.

792 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E. 3.1.

793 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E. 3.3.

794 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 Urteilsspruch.

795 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E. 3.3.

796 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E. 3.4.

797 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2017.6 vom 18. Dezember 2018 E. 3.4.

3. Kritik

Ob die Plakataufforderung im Fall *«Abbruchstop am Tessinerplatz!!!»* wirklich als direkte Aufforderung zu Gewalttätigkeiten verstanden werden muss, ist aufgrund des eher verwirrlichen Textes fraglich. Allerdings müssen die Äusserungen auch im Kontext der damaligen Situation verstanden werden, was aus heutiger Sicht schwieriger zu beurteilen ist. Die Beurteilung, dass die Anbringung öffentlich erfolgt sei, ist hingegen als Fehlurteil zu werten. Es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass ein beliebiger Dritter die Aufforderung wahrnimmt. Ein Plakat, das nachweislich von niemandem ausser der Polizei wahrgenommen werden konnte und von dieser sogleich wieder entfernt wurde, kann kaum als öffentlich und noch viel weniger als Gefährdung des öffentlichen Friedens gelten.[798] In diesem Fall hätte deshalb eher eine Versuchsstrafbarkeit geprüft werden müssen.

Die Urteilsfällung im Fall *Ensy* ist dagegen im Ergebnis wohl richtig. Rap muss in seinem spezifischen Kontext betrachtet werden, der sich gerade durch seine aggressive Sprache auszeichnet und «Gewalt definitionsgemäss explizit thematisiert, damit jedoch nicht zwangsläufig zu Gewalt auffordert». Diesem Umstand ist jeweils Rechnung zu tragen.[799] Der Hinweis des Appellationsgerichts, dass das Urteil bei einer späteren Veröffentlichung anders ausfallen würde, ist hingegen nicht nachvollziehbar. Die Bezugnahme auf die geführten Diskussionen in Deutschland über gleichartige Rap-Songs ist nicht stichhaltig, da die Liedtexte bisher nicht zu einer Verurteilung geführt haben, trotz deren «Geschmacklosigkeit».[800]

C. Die Meinungsäusserungsfreiheit und Art. 261 StGB

Es gibt nur wenig publizierte Fälle des Bundesgerichts zu Art. 261 StGB, diese betreffen i.d.R. Kunst oder Satire (als spezielle Kunstform). Zudem betreffen sie primär die christliche Lehre.

---

798 SHK StGB-Vest, Art. 259, N 11.

799 Cueni, S. 611.

800 Vgl. Teil 3, Kap. 3 I A 5.

1. Beispielfall: «Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit» von Kurt Fahrner

In BGE 86 IV 19 ging es um ein Werk des Künstlers *Kurt Fahrner*,[801] das ein Bild einer nackten, gekreuzigten Frau zeigt, bei der die weibliche Scham «in Halbdunkel gehüllt, aber in ihren Umrissen deutlich sichtbar ist».[802] Insbesondere als störend war empfunden worden, dass durch die «gespreizten Oberschenkel, deren Stellung den Blick des Betrachters zwangsläufig auf die Geschlechtspartie lenkt», der Eindruck «einer zum Geschlechtsakt bereiten Frau erweckt» wird.[803] Über dem Kreuz ist eine Inschrift (IMP) angebracht und auch die Form des Kreuzes erinnert an das Christuskreuz. Insgesamt soll alles an den Tod Christi am Kreuz erinnern,[804] wobei

> «[a]n Stelle des Leibes Christi […] jedoch eine nackte Frauengestalt am Kreuz [hängt], die mit gespreizten Beinen die deutlich sichtbare Scham offen zur Schau stellt, als ob sie zum Geschlechtsakt bereit wäre».[805]

Das Bild wurde als «grobe Entwürdigung des Christuskreuzes als Symbol christlicher Glaubenssätze»[806] angesehen und deshalb eine Verletzung von religiösen Überzeugungen anderer und Art. 261 bejaht. Kurt Fahrner wurde zu einer Geldstrafe verurteilt und das Bild eingezogen.[807]

2. Beispielfall: «Sikamessias»

Auch bejaht wurde durch das Obergericht Zürichs eine Verletzung der Glaubensüberzeugung anderer beim Bild des *«Sikakrusifiks»* bzw. *«Sikamessias»* des finnischen Künstlers Harro Koskinen. Verurteilt wurde der Journalist, der das Bild im «Blick» abdruckte. Dargestellt wird ein Christuskreuz, an dem anstelle von

---

801 Kurt Fahner, Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit, <http://www.kurt-fahrner.ch/Aktuell/Werke/082gekreuzigt.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

802 BGE 86 IV 19 E. 2 S. 21.

803 BGE 86 IV 19 E. 2 S. 21.

804 BGE 86 IV 19 E. 5 S. 24.

805 BGE 86 IV 19 E. 5 S. 24.

806 BGE 86 IV 19 E. 5 S. 24.

807 Karussell – «Die Gekreuzigte» von Kurt Fahrner, in: SRF vom 5. Oktober 1983, <https://www.srf.ch/play/tv/karussell/video/die-gekreuzigte-von-kurt-fahrner?urn=urn:srf:video:0397f042-e24a-4a4d-8b84-59de3fc462f0> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Christus ein «stilisiertes, den Werken Walt Disneys nachgebildetes Schwein mit Heiligenschein» hängt. Da das Schwein als unrein gelte, werde durch seine Kreuzigung «Erhabenes in den Schmutz gezogen».[808]

3. Beispielfall: Karikatur von François Mitterrand

Eine *Karikatur* des ehemaligen französischen Präsidenten *François Mitterrand*, der mit Dornenkrone auf dem Kopf und Davidstern tragend abgebildet worden war, fiel hingegen nicht unter den Tatbestand von Art. 261 StGB, weil die Karikatur rein politischer Natur gewesen sei. Ursprung der Karikatur waren einige proarabische Aussagen seines damaligen Aussenministers gegenüber Israel, die Mitterrand anschliessend klären musste.[809]

4. Kritik

Auffällig ist, dass bei Art. 261 oft Satire und sonstige Kunst betroffen sind. Das BGer spricht der Kunst ab, einen weiteren Spielraum als andere Bereiche zu haben. Kunstschaffenden sei in Bezug auf Art. 261 StGB keine grössere Freiheit als anderen zuzugestehen.[810] Grundsätzlich ist es richtig, dass Kunst keinen Sonderstatus haben sollte, allerdings muss dennoch der spezielle Kontext des jeweiligen Kunstwerks und die Tatsache, dass es sich um ein Kunstwerk handelt, bedacht werden. Diese Tatsache kann nicht komplett übergangen werden. Insofern ist den Ausführungen des BGer zu widersprechen. Wird Kunst zu stark eingeschränkt, zensieren sich Kunstschaffende mit der Zeit selbst und schaffen lediglich «konforme Kunst», was die Kreativität und nicht zuletzt die Kunst an sich stark einschränkt.[811] Obwohl verständlich ist, dass einige Darstellungen das religiöse Empfinden von Menschen verletzen können, bleibt fraglich, ob diese deshalb verboten/bestraft werden sollte.

Auch das Kriterium, dass der öffentliche Frieden gefährdet sein müsse, ist als unglücklich zu bewerten, weil es zu Protesten animieren kann: Je lauter der Protest, desto mehr wird der öffentliche Friede gefährdet (oder bereits gestört) und desto wahrscheinlicher ist eine Verurteilung oder zumindest Einschüchterung des Urhebers des Werks. Das wirkt wenig sinnvoll. Auch insofern generiert das

---

808 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 44.

809 BSK StGB-Fiolka, Art. 261, N 47.

810 BGE 86 IV 19 E. 3 S. 23.

811 Dazu Doyle, S. 55–58.

bereits erwähnte Zusammenspiel von «objektiver Simulation subjektiver Sachverhalte»[812] Probleme.

Die angeführten Urteile sind allesamt schon älter und es ist davon auszugehen, dass heute aufgrund des gleichen Sachverhalts keine Verurteilung mehr erfolgen würde. Allerdings gewinnt der Artikel in Bezug auf eine andere religiöse Gruppe (als die wie in den Urteilen geschützten Gefühle der Christen) wieder an Relevanz. Prominentes Beispiel hierfür sind die zwölf Karikaturen des Propheten Mohammed durch die dänische Zeitung Jyllands Posten oder diejenigen von Charlie Hebdo. Die Meinungsäusserungsfreiheit erfuhr hier eine dreifache Zensurgefahr: einerseits durch den Staat, der diese aufgrund der Verletzung von religiösen Gefühlen und der Störung des öffentlichen Friedens bestrafen oder verbieten will, andererseits durch das «assassin's veto»[813], also die Morddrohungen und Anschläge durch die Gläubigen selbst, und schliesslich durch die Verlage, die sich weigerten, solche Karikaturen zu veröffentlichen – aus Angst vor den Konsequenzen.[814] Dass sich die drei Faktoren gegenseitig begünstigen oder das eine aus dem anderen resultiert, ist offensichtlich. In der Schweiz erfolgte wegen Art. 261 StGB bislang kein Urteil zu einem vergleichbaren Fall. Der aktuelle Artikel ist aber derart ausgestaltet, dass eine Verurteilung zumindest nicht ausgeschlossen erscheint. Es ist insgesamt fraglich, ob Art. 261 nicht gewisse Anpassungen erfahren sollte.

II. Hassrederegulierungen und Religionsfreiheit

Hassrederegelungen stehen nicht nur im Spannungsfeld mit der Meinungsäusserungsfreiheit, sondern in einem gewissen Grad auch mit der Religionsfreiheit. Insbesondere betrifft das häufig die sexuelle Orientierung als geschütztes Merkmal von Hassrederegelungen und religiöse Lehren zur Homosexualität[815] oder das anderweitige Rezitieren von gewissen Stellen aus heiligen Schriften. Art. 15 BV regelt das Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit. Unter anderem gewährleistet er das Recht des Individuums, «grundsätzlich sein ganzes Leben nach den Lehren des Glaubens auszurichten und seinen inneren Glaubensüberzeugungen

812 Häusermann, S. 32.

813 Ash, S. 130; das Phänomen der Tötung oder der Androhung der Tötung von Personen, die einen selbst oder die eigene Lebensweise beleidigen.

814 So bei Jytte Klausen, The Cartoons That Shook The World, siehe auch Ash, S. 143.

815 Da in der Schweiz homosexuelle Menschen erst seit 2020 als geschützte Gruppen in Art. 261bis aufgenommen sind, existieren bis dato nur wenige Urteile dazu.

gemäss zu handeln».[816] Die öffentliche Bekundung von Glaubensüberzeugungen gehört hierbei klar zum Schutzbereich. Der Artikel ist wie auch andere Grundrechte ein Abwehrrecht gegen unzulässige staatliche Eingriffe und schützt daher die Bürgerin und den Bürger nicht vor der Religion anderer. Es besteht daher grundsätzlich kein Anspruch darauf, «von Konfrontationen mit anderen religiösen oder weltanschaulichen Ansichten oder von Kritik an der eigenen Glaubensauffassung durch andere Private verschont zu bleiben».[817] Kritik an anderen Glaubens- und Lebensauffassungen und die (Weg-)Bekehrung zur eigenen Religion schliesst das mit ein.[818] Freilich erfährt auch dieses Grundrecht richtigerweise Einschränkungen u.a. durch Art. 259, 261 und 261bis StGB.[819] Allerdings sollten auch hier eine Abwägung im Einzelfall und der konkrete, insbesondere der religiöse Kontext einbezogen werden. Die nachfolgenden Beispiele zeigen, ob und wie Gerichte diesem Kontext Beachtung schenken.

A. Beispielfall 1: Prediger in der An'Nur-Moschee

Als Aufruf zu Gewalt wurde folgender Sachverhalt beurteilt: Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Freitagspredigt in der An'Nur-Moschee in Winterthur vor ca. 60 Personen mit nachfolgenden Aussagen zu Gewaltdelikten aufgerufen zu haben.

> «Ihr solltet wissen, Gottes Gnade sei mit Euch, dass das vollkommene Gebet, der [sic] obligatorisch ist und, dass dieses in der Gemeinschaft vollzogen werden muss und wer nicht in der Gemeinschaft sein Gebet verrichtet, begeht eine der gefährlichsten Sünden und müsste verbannt, weggestossen, gemieden und verleumdet werden, bis er wieder zur Gemeinschaft zurückzukehren und falls er darauf besteht nicht zur Gemeinschaft zurückzukehren und verweigert das Gebet mit Muslimen zu verrichten, sollte er, gemäss einer Vielzahl islamischer Gelehrten, getötet werden, und zwar, auch wenn er seine Gebete zu Hause verrichten sollte.»[820]

> «Im Hadith des Propheten, Gott segne ihn und gebe ihm Heil, wurde offenkundig darüber gesprochen. Dieser besagte, deren Häuser (mit den Menschen drinnen) zu verbrennen, nur weil sie sich von der Gemeinschaft ferngehalten haben und das sollte vollzogen werden, auch wenn sie Muslimen sind.»[821]

---

816 BSK BV-Pahud de Mortanges, Art. 15, N 35.

817 BGE 118 Ia 46 E. 4c S. 56.

818 BGE 118 Ia 46 E. 4c S. 56.

819 BSK BV-Pahud de Mortanges, Art. 15, N 16–22.

820 Urteil des Bezirksgerichts Winterthur DG170055 vom 23. November 2017 E. 5.3.1.

821 Urteil des Bezirksgerichts Winterthur DG170055 vom 23. November 2017 E. 5.3.2.

> «Ihr solltet wissen, dass der Glaube aus Ratschlägen besteht und dass jeder einzelner von uns, das Gebieten des Rechten und Verbieten des Verwerflichen anordnen muss sowie es unser Prophet, Gott segne ihn und gebe ihm Heil, gesagt hat: ‹wer ein Laster (eine Sünde) gesehen hat, sollte es mit seinen Händen ändern und wer es so nicht kann, dann mit der Zunge› denn jeder Mensch kann heutzutage etwas bewirken (ändern), sei es auch nur mit der Zunge.»[822]

Weiter verkündete der Prediger, dass Muslime, welche die fünf täglich auszuführenden Gebete in einem einzigen Gebet verrichteten, eine Strafe sowohl im Dieswie auch im Jenseits erwarte und die rechtgläubigen Muslime diejenigen zu verraten hätten, die das Gebet vernachlässigten oder sündigten. Auch seien Gläubige verpflichtet, gegenüber ihren Ehefrauen Zwang anzuwenden, um sie zum Gebet zu bewegen.[823] Während die Aufforderung zum Zwang und das Verraten von nicht pflichtbewussten Muslimen letztlich nicht unter Art. 259 StGB fielen,[824] bestätigte das Bundesgericht den Schuldspruch wegen der oben zitierten Passagen (und weiterer Delikte) als Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit.[825] Die bestätigte Strafe betrug 18 Monate bedingter Freiheitsentzug sowie einen zehnjährigen Landesverweis.[826]

Als Begründung gab das BGer an, dass die Aussage, es seien alle Muslime zu töten, die das gemeinsame Gebet versäumten, nicht als blosse Ermahnung an die (ohnehin nicht anwesenden) säumigen Gläubiger gedacht war, sondern als «Handlungsaufforderung zu einem genügend bestimmten Tun» an die anwesenden Gläubigen verstanden werden könne. Gerade das unkommentierte Zitieren von derartigen Koranversen sei das Hauptproblem, da sie einen direkten Aufruf zu Gewalt darstellten und daher vom Iman hätten relativiert werden müssen. Die Benutzung des Konjunktivs wurde als irrelevant angesehen. Gleiches würde auch für unkommentierte Bibelzitate ähnlicher Art aus dem Alten Testament gelten.[827] Was das «Ändern eines Lasters von Hand» betrifft, wurde begründet, «dass eine nicht näher umschriebene, aber jedenfalls strafrechtlich relevante Gewaltanwendung gegen Personen und/oder Sachen gemeint» sei.[828] Zugunsten des Beschul-

---

822 Urteil des Bezirksgerichts Winterthur DG170055 vom 23. November 2017 E. 5.3.4.

823 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 A.

824 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB180115-O/U/cw-ad vom 30. November 2018 E. 2h.

825 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 E. 3.

826 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 A.

827 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 E. 2.2.1.

828 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB180115-O/U/cw-ad vom 30. November 2018 E. 2g.

digten wurde von einem Vergehen ausgegangen.[829] Dass es sich dabei auch um eine einfache Ohrfeige im Sinne einer Tätlichkeit (und damit straffreie Aufforderung) handeln könnte, wurde von den Gerichten nicht in Betracht gezogen.[830]

B. Beispielfall 2: Bischof Vitus Huonder

In seinem Kurzvortrag über Ehe, Sexualität und Familie zitierte der Churer *Bischof Vitus Huonder* mehrere Bibelstellen zum Verhältnis von Mann und Frau und ihrer Sexualität. Im Rahmen des Vortrags zitierte er auch die nachfolgenden Bibelstellen:

> «Du darfst nicht mit einem Mann schlafen, wie man mit einer Frau schläft; das wäre ein Gräuel.»[831] «Schläft einer mit einem Mann, wie man mit einer Frau schläft, dann haben sie eine Gräueltat begangen; beide werden mit dem Tod bestraft; ihr Blut soll auf sie kommen.»[832]

Huonder kommentierte die Stellen folgendermassen:

> «Die beiden Texte legen mit weiteren anderen Stellen der Heiligen Schrift, insbesondere im Buch Levitikus, die göttliche Ordnung vor, welche für den Umgang mit der Sexualität gilt. In unserem Fall geht es um die gleichgeschlechtliche Praxis. Die beiden zitierten Stellen allein würden genügen, um der Frage der Homosexualität aus der Sicht des Glaubens die rechte Wende zu geben. Die Aussage hat daher auch Bedeutung für die Definition der Ehe und der Familie. Da gibt es keine Vielfalt der Ehe- und Familienmodelle. Davon nur schon zu sprechen, ist ein Angriff auf den Schöpfer, aber auch auf den Erlöser und Heiligmacher, also auf den dreifaltigen Gott. Die Seelsorge muss sich in der Frage nach der göttlichen Ordnung richten. Ihr Auftrag ist, im Bewusstsein des Seelenheils, also in pastoraler Liebe – im Unterschied zu einem reinen Humanismus – die Menschen in jeder Hinsicht aus dem Zustand der gefallenen Natur zu befreien zum Leben als Kinder des Lichtes (Eph 5,8). Der Glaube ist für alle Menschen, auch für Menschen mit homophiler Neigung eine Hilfe und kann zu einer Umleitung der diesbezüglichen Orientierung führen, zu einer Beherrschung des Sexualtriebes und zu ihrer Einordnung ins eigene Leben entsprechend der göttlichen Weisung.»[833]

---

829 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB180115-O/U/cw-ad vom 30. November 2018 E. 2g.

830 Die Aufforderung zu einer Tätlichkeit ist straflos.

831 Levitikus 18,22.

832 Levitikus 20,13.

833 Huonder Vitus, Forum Deutscher Katholiken Kongress «Freude am Glauben» Die Ehe – Geschenk, Sakrament und Auftrag, Vortrag vom 31. Juli 2015, S. 10–11; abrufbar unter: <https://www.bistum-chur.ch/wp-content/uploads/2015/08/Vortrag.pdf> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Es wurden mehrere Strafanzeigen wegen Aufruf zu Gewalt gemäss Art. 259 StGB eingereicht. Die zuständige Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren schliesslich aufgrund mangelnder Eindringlichkeit und Eindeutigkeit der Aussagen ein. Die Beschwerde gegen die Einstellung wurde vom Kantonsgericht ebenfalls abgewiesen. Das Kantonsgericht hielt dazu fest, dass es in der erwähnten Passage nur «um die biblische Bewertung bzw. Missbilligung von homosexuellen Handlungen» gehe[834] und dass nirgends eine explizite oder implizite Aufforderung zur Tötung von Homosexuellen ersichtlich sei.[835] Vielmehr gehe aus dem Gesamtkontext des Vortrags hervor, «wie nach Auffassung des Beschwerdegegners mit homosexuellen Menschen in der Seelsorge umzugehen sei».[836]

C. Beispielfall 3: Lehrer an der Zürcher Bahnhofstrasse

Am 19. Juni 2022 hatte ein ehemaliger *Lehrer an der Bahnhofstrasse in Zürich* mit lauter Stimme gegen Homosexualität gepredigt. Gemäss der Anklageschrift habe er («teilweise sinngemäss») folgende Aussagen gemacht:[837]

> «homosexuelle Menschen sind minderwertig», «Homosexualität ist eine Sünde, eine Gräuelsünde bzw. eine sehr schlimme Sünde», «gleichgeschlechtliche Beziehungen haben vor Gott keine Gültigkeit bzw. sind vor Gott nichtig», «die homosexuelle Liebe ist keine Liebe, sondern eine böse Lust und schändliche Begierde».[838]

Ziel dieser Aktion sei es gewesen, homosexuelle Menschen (auch von ihrer Homosexualität weg) zu bekehren. Die Anklageschrift führte aus, dass der Beschuldigte mit seinen Äusserungen homosexuellen Menschen die Fähigkeit zu gleichwertigen Gefühlen abspreche. Dadurch stelle er homosexuelle Menschen als nicht gleichwertig und Menschen zweiter Klasse dar. Durch seine Um- bzw. Abkehrpredigt stelle er deren Daseinsberechtigung grundsätzlich infrage. Er habe zudem in Kauf genommen, homosexuelle Menschen in ihren Gefühlen zu verletzen und in ihnen ein Gefühl der Nicht-Gleichwertigkeit zu wecken.[839]

---

834 Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 11.

835 Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 12–13.

836 Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 12–13.

837 Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl S-5/2021/10023233 vom 15. Juni 2022, S. 2.

838 Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl S-5/2021/10023233 vom 15. Juni 2022, S. 2.

839 Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl S-5/2021/10023233 vom 15. Juni 2022, S. 2.

Das Bezirksgericht Zürich sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 29. Juli 2022 wegen Diskriminierung und Aufruf zu Hass gemäss Art. 261bis Abs. 4 StGB (und Hinderung einer Amtshandlung) schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 95 Tagessätzen zu je 160 Franken, entsprechend 15'200 Franken.[840]

In der mündlichen Urteilsbegründung wurde dazu ausgeführt, dass der Beschuldigte in seiner Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt werden könne, da durch Art. 261bis StGB die entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen worden sei, gegen diese habe der Beschuldigte verstossen. Weiter führte der Richter aus, dass «[d]ie Ansichten, die der Angeklagte vertritt, im Jahr 2022 in Mitteleuropa nicht zeitgerecht [sind]».[841] Der Beschuldigte reichte Beschwerde bei Obergericht ein. Da diese aber zu spät erfolgte, wurde darauf nicht eingetreten.[842]

D. Kritik

Eine Aufforderung, alle gebetssäumigen Muslime seien zu töten bzw. in ihren Häusern zu verbrennen – wie im *Beispielfall 1* – kann unstreitig als Straftatbestand gemäss Art. 259 StGB betrachtet werden. Was das «Ändern des Lasters von Hand» betrifft, liegt der Fall weniger klar, macht aber auf die Verurteilung und das Strafmass kaum einen Unterschied und dürfte in einem anderen Kontext auch anders beurteilt werden. Etwas heikel ist allerdings, dass es sich um Zitate von Koranversen handelt. Das Verhältnis zur Religionsfreiheit oder freien Meinungsäusserung wurde mit keinem Wort thematisiert; mindestens eine Abwägung der verschiedenen Güter hätte aber vorgenommen werden müssen, selbst wenn sie anschliessend zugunsten des Schutzes des öffentlichen Friedens ausgefallen wäre.

Die Aussagen des Churer *Bischofs Huonder* dagegen wurden nicht als solche Aufforderung beurteilt. Der wohl mitunter ausschlaggebende Unterschied war, dass sich die Aussagen des *Imams* kaum anders verstehen liessen als eine Aufforderung zur Gewalt (dies wohl auch vor dem Hintergrund, dass sie in der bereits

---

840 Urteil des Bezirksgerichts Zürich GG220177-L/U vom 29. Juli 2022, S. 3.

841 Mörgeli Christoph, Das Zürcher Bezirksgericht erfindet einen neuen Verurteilungsgrund: «nicht zeitgerechte Ansichten». Der Meinungsäusserungs-Freiheit droht Schlimmes, in: Weltwoche vom 31. Juli 2022, <https://weltwoche.ch/daily/das-zuercher-bezirksgericht-erfindet-einen-neuen-verurteilungsgrund-nicht-zeitgerechte-ansichten-der-meinungsaeusserungsfreiheit-droht-schlimmes/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

842 Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich SB220481-O/U/cwo vom 3. Oktober 2022, E. 3.

berüchtigten An'Nur-Moschee stattfanden) und es sich um eine Predigt handelte, die gerade die Umsetzung der verkündeten Botschaft bzw. die Beeinflussung des gläubigen Publikums zum Hauptzweck hat.[843] Hingegen reihten sich die Aussagen des *Bischofs* in einen Vortrag zur Sexualität ein und stellten eine theologische Abhandlung seiner Ansichten zu diesem Thema insgesamt dar. Die Aussagen waren zudem auch keine direkte Aufforderung, Homosexuelle zu steinigen, weil er die Stellen eben nicht unkommentiert liess.[844] Der Kommentar dazu ist in seiner Bedeutung nicht eindeutig zu verstehen, kann aber dahingehend ausgelegt werden, dass es in Bezug auf die Sichtweise zur Homosexualität innerhalb der Kirche spätestens nach dem Lesen der Bibelzitate klar sein müsse, dass diese als ausgelebte Sexualität nicht toleriert werden könne. Zudem ging es darum, wie mit homosexuellen Menschen in der Seelsorge umzugehen sei. Diese Auslegung ergibt auch im Zusammenhang mit einer «Umleitung» der sexuellen Neigung mehr Sinn.[845]

Es wäre etwas stossend, wenn mit der Erweiterung von Art. 261bis StGB in Bezug auf diese Aussage ein anderer Verfahrensausgang möglich wäre. Wer wie vorliegend nicht «eindringlich und eindeutig»[846] genug mittels eines Bibelzitats zur Gewalt auffordert und dessen Aussagen nicht geeignet waren, «Stimmungen und Triebe der Massen zu beeinflussen»,[847] sollte auch nicht wegen der Schaffung eines feindlichen Klimas nach Art. 261bis StGB verurteilt werden können.[848] Dies auch deshalb, weil das Gericht die Aussagen dahingehend beurteilt hatte, dass es «um die biblische Bewertung bzw. Missbilligung von homosexuellen Handlungen»[849] gehe. Die Missbilligung von Handlungen muss auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 261bis StGB möglich sein.

---

843 Urteil des BGer 6B_288/2019 vom 8. Juli 2019 E. 2.2.1.

844 Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 11.

845 Vgl. dazu Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 11–12.

846 Vgl. Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 2.

847 Vgl. Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 9.

848 Insofern dürften die Erwartungen an Art. 261bis StGB übersteigert sein. Vgl. dazu Soland Nicole, «‹Du schwule Sau› ist strafbar, ‹alle Schwulen sind Schweine› nicht», in: P.S. Zeitung vom 10. Januar 2020, <https://alt.pszeitung.ch/du-schwule-sau-ist-strafbar-alle-schwulen-sind-schweine-nicht/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

849 Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden SK2 15 33 vom 9. Februar 2016, S. 11.

Im *Beispielfall 3* hingegen dürfte ein Fehlurteil vorliegen, auch weil bereits in der Anklage Mängel auszumachen sind. Bei einem Tatbestand, der sich primär aufgrund von Äusserungen beurteilt, dürfen der Beschrieb des Sachverhalts und der getätigten Äusserungen keinesfalls «sinngemäss» erfolgen. Die Interpretation hat aufgrund der effektiven Äusserungen zu erfolgen und darf nicht schon vorweggenommen werden. Eine genauere Untersuchung der Anklageschrift und der getätigten Aussagen legt nahe, dass die einzig strafrechtlich relevante Aussage «Homosexuelle sind minderwertig» gerade *nicht* erfolgt ist, sondern die Staatsanwältin diese dem Beschuldigten erst aufgrund der anderen Aussagen als sinngemässe Aussage zur Last gelegt hat. Die übrigen Aussagen aber besagen gerade nicht oder zumindest nicht zwingend, dass homosexuelle Menschen minderwertig seien. Der Beschuldigte verurteilte (mutmasslich) die (ausgelebte) Homosexualität als «sündiges Verhalten» und setzte damit homosexuelle Menschen nicht per se herab oder verletzte diese gar in ihrer Menschenwürde.

Die Anklageschrift führte weiter an, dass der Beschuldigte es in Kauf genommen habe, die Gefühle homosexueller Menschen zu verletzen. Bei einer Verletzung der Menschenwürde geht es aber gerade nicht primär um einen solchen Gefühlsschutz, sondern um die objektive Würde des Menschen, die einer Person per se abgesprochen wird. Gefühle werden hier höchstens als Nebenprodukt miterfasst: Dass die Gefühle von Menschen verletzt wurden, ist zwar wahrscheinlich, aber strafrechtlich nicht relevant. Die richterliche – leider nur mündliche – Begründung, dass solche Ansichten in einem modernen Staat nichts zu suchen hätten, mag ebenfalls stimmen, ist aber gleichsam für einen Schuldspruch irrelevant. Wird davon ausgegangen, dass die Aussage «homosexuelle Menschen sind minderwertig» gerade nicht erfolgt ist, so hat der Beschuldigte mit seinen Aussagen weder zu Hass aufgerufen noch Menschen in ihrer Würde verletzt. Er hätte deshalb freigesprochen werden müssen, auch wenn seine Aussagen verstörend, schockierend oder gefühlsverletzend waren.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV wird in Fällen von fraglicher Hassrede zu wenig beachtet. Das ist insofern bedenklich, als sie als lex specialis Vorrang vor Art. 16 BV (Meinungsäusserungsfreiheit) hat[850] und deshalb umso mehr gerade bei Äusserungsdelikten, die Glaubensinhalte betreffen, Beachtung verdient hätte.

[850] BSK BV-Pahud de Mortanges, Art. 15, N 12.

Kapitel 3: Zusammenfassung

Wie im vorliegenden Kapitel aufgezeigt, ergeben sich aus der Konstruktion der einzelnen Strafnormen verschiedene Probleme. Die Rechtsprechung vermochte diese teils gar nicht und teils nicht abschliessend zu klären. Insbesondere das nach wie vor ungeklärte Rechtsgut des Art. 261bis StGB wirkt sich nachteilig auf die Klarheit und Bestimmtheit der Norm aus. Die verschiedenen Ansichten, was Art. 261bis genau schützen soll, führen zu Uneinigkeit über den Deliktstypus und wer Träger des Rechtsguts sei. Ungeklärt scheint auch, nach welchen Kriterien die geschützten Gruppen auszuwählen sind. Problematisch erscheint insbesondere die Ungleichbehandlung der verschiedenen Minderheitsgruppen.

Probleme bereitet auch der Begriff der Öffentlichkeit, der sich zwar gemäss Bundesgericht durch die Abgrenzung zum «privaten» Bereich definieren soll, aber gerade durch untere Gerichtsinstanzen immer noch anders ausgelegt wird als die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Leiturteil hat auch in der Lehre berechtigte Kritik erfahren und führte deshalb nicht zur erhofften Klärung. Es stellt sich zudem die Frage, ob rassistische und sonstige, die Menschenwürde verletzende Äusserungen, im privaten Bereich nicht ebenso erfasst werden sollen, jedenfalls dann, wenn das Schutzgut die Menschenwürde ist. Für die betroffene Person dürfte es kaum einen Unterschied ausmachen, ob die Menschenwürde im öffentlichen oder privaten Raum verletzt wird.

Kritisch zu hinterfragen ist auch die Unterscheidung zwischen werbenden und nicht werbenden nationalsozialistischen Gesten. Es stellt sich insofern die Frage nach einem grundsätzlichen Verbot solcher Zeichen.

Neue Probleme schuf zudem das EGMR-Urteil i.S. *Perinçek,* das die Bestrafung von Genozidleugnungen – mit Ausnahme des Holocaust – schwer durchsetzbar macht und zugleich zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Genozidleugnungen führt.

Der grundsätzliche Konflikt zwischen Hassrede und der Meinungsäusserungsfreiheit stellt eine weitere Schwierigkeit der Hassredenormen dar. Der Konflikt wird heute häufiger als früher zugunsten der Hassredebestimmungen entschieden oder es wird bereits im Grundsatz verneint, dass ein solcher überhaupt besteht. Damit werden gewisse Hassreden direkt ausserhalb des Schutzbereichs platziert und erfahren keine gerichtliche Überprüfung im Einzelfall.

Die Studie von Leimgruber im Auftrag der EKR zeigt zudem, dass das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung die Meinungsäusserungsfreiheit zwar berücksichtige und als wichtig betrachte, sie aber in früheren Urteilen oft höher gewichtet habe.[851] Das zeigt sich auch in den angeführten Beispielen. Die Meinungsäusserung wird zwar weiterhin als hohes Gut gewertet, hat aber dennoch an Gewicht verloren und wird (jedenfalls, was Art. 261bis StGB betrifft) in den neueren Urteilen stärker als in der älteren Rechtsprechung eingeschränkt. Mit anderen Worten: Äusserungen werden heute eher als Hassrede beurteilt, die nicht (mehr) von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sind. Der kaum beachtete Konflikt mit der Religionsfreiheit reiht sich in diese Problematik ein. Die Gerichte sollten sich vermehrt kontextsensibel mit dem religiösen Verständnis einer Person auseinandersetzen.

Die Art. 259 und 261 StGB bereiten insgesamt zwar etwas weniger Probleme und haben auch weitaus weniger Kontroversen ausgelöst, was aber u.a. damit erklärt werden kann, dass es schlicht zu weniger Verurteilungen als bei Art. 261bis kam und diese teilweise auch schon weiter zurückliegen (wie bei Art. 261).[852] Trotzdem bereiten auch diese beiden Artikel – wie gezeigt – diverse Schwierigkeiten, die es zu lösen gilt.

Die Hassnormen weisen nebst den erläuternden Problemen etliche Lücken auf. Solche bestehen hinsichtlich der geschützten Gruppen, der Verwendung von nicht werbenden Kennzeichen, der Erfassung von Hassdelikten oder spezieller straferhöhender Motive und privater rassistischer u.ä. Äusserungen. Ebenso wenig verfügt die Schweiz derzeit über spezielle Online-Regelungen, die Hassrede betreffen.

Zur Vorbereitung und Abklärung, wie und ob diesen Problemen und gesetzlichen Lücke strafrechtlich zu begegnen ist, werden im folgenden Teil 3 ausgewählte ausländische Gesetzgebungen auf ihren Umgang mit Hassrede untersucht.

---

851 Leimgruber, S. 16.

852 BFS, Statistik.

Teil 3:

Ausgewählte ausländische Hassredegesetzgebungen

Im nachfolgenden Teil 3 werden nationale Gesetzesbestimmungen weiterer Länder in Bezug auf Hassreden untersucht und analysiert. Bei der Untersuchung und Analyse der nationalen Gesetzesbestimmungen anderer Länder wird auf die für eine allfällige Ergänzung des schweizerischen Strafrechts relevantesten Bestimmungen fokussiert. Der Schwerpunkt liegt auf den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zum schweizerischen System, insbesondere in Bezug auf Art. 261bis StGB. Insofern handelt es sich nicht um klassische Rechtsvergleiche. Zusätzlich zu den nationalen Bestimmungen werden Beschlüsse und Bestimmungen der Europäischen Union (EU) miteinbezogen. Diese finden sich in Kapitel 4 von Teil 3.

Die Auswahl der zum Vergleich herangezogenen Länder (USA, Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Deutschland) begründet sich damit, dass das Konzept von Hassrede und Hassrededelikten seinen Ursprung im US-amerikanischen Rechtssystem hat.[853] Zugleich stellen die USA einen Extrempol in der Debatte um Hassrederegulierungen dar. Deutschland stellt auf der anderen Seite ein klassisch europäisches Land mit deutlich weitreichenden Hassredebestimmungen dar und interessiert aufgrund der ähnlichen Problemstellungen und vergleichbaren Bestimmungen, wie sie das Schweizer Recht kennt. Schnittstelle zwischen den kontinentaleuropäischen und US-amerikanischen Ansätzen ist das Vereinigte Königreich Grossbritannien (VK), das zwar einerseits viele Ähnlichkeiten mit dem US-amerikanischen Strafrechtssystem aufweist, sich aber dennoch in grossen Teilen, was Hassrede und deren Regulierungen betrifft, mehr an Kontinentaleuropa zu orientieren scheint. Die EU wurde miteinbezogen, weil sie auf ihre Mitgliedstaaten verpflichtend einwirken kann und somit Bestimmungen zu Hassreden in allen Mitgliedstaaten zwingend umgesetzt werden müssen. Dies kann sich mitunter auch auf die Schweiz auswirken.

853 MÜNDGES/WEITZEL, S. 6; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 82.

Kapitel 1: USA

Das US-amerikanische Rechtssystem unterscheidet sich grundlegend vom kontinentaleuropäischen. Dieser Unterschied wird auch im Umgang mit der Meinungsäusserungsfreiheit deutlich. Der erste Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten (kurz: erster Zusatzartikel) schützt denn auch nicht die Meinungs(äusserungs)freiheit, sondern die Redefreiheit (freedom of speech). Der US-amerikanische Anknüpfungspunkt der Meinungsäusserung ist deshalb eher sprachlicher (Rede) als symbolischer (Meinung) Art. Der Supreme Court unterscheidet deswegen zwischen reiner Rede (pure speech), worunter das gesprochene oder geschriebene Wort fällt, und symbolischer Rede (symbolic speech), worin sich Elemente von «speech» und «non-speech» vermischen. Beide Arten der Rede fallen unter den Schutzbereich des ersten Zusatzartikels.[854] Dieser besagt, dass der Kongress kein Gesetz erlassen dürfe, das die Einführung einer Religion vorsieht, die freie Religionsausübung verbietet oder die Rede- oder Pressefreiheit sowie das Recht der Menschen auf freie (friedliche) Versammlung einschränkt. Um den Schutz der Redefreiheit, der aus eben diesem Artikel fliesst, gab und gibt es immer wieder Missverständnisse. Eines davon ist, dass die Redefreiheit uneingeschränkt gilt (dazu sogleich).[855]

In den USA gibt es kein Hassredesetz, das für die gesamten Vereinigten Staaten gilt. Einzelne Staaten oder auch Institutionen (wie z.B. Universitäten) haben jedoch Versuche unternommen, Straf- oder Disziplinarmassnahmen zum Schutz von Minderheiten zu erlassen, welche die freie Rede betreffen (z.B. in der Form von universitären Sprachregelungen), wobei keines einer gerichtlichen Überprüfung standhielt. Sie wurden alle vom Supreme Court als verfassungswidrig erklärt. Auch der Kongress hat bisher kein Gesetz durchbringen können, das ausschliesslich Hassrede als solche kriminalisiert.[856] Da es in den USA keinen Hassrede-Tatbestand gibt, entspricht der Begriff der Hassrede in den USA einer sozial konstruierten Realität. Hassrede im weiteren Sinn bedeutet dort eine abstossende Äusserung, im engeren Sinn handelt es sich um eine verbale Fremdenfeindlichkeit, wobei unter fremd- auch andersartig fällt.[857]

---

854 Christou, S. 30–31.

855 Strossen, S. 18.

856 Aydin, S. 49; Strossen, S. 13, 72.

857 Aydin, S. 32–33.

Das Recht auf freie Rede ist auch in den USA nicht absolut. So gibt es Einschränkungen von Äusserungen aufgrund ihres «geringen Wertes». Das umschliesst Verleumdung, kommerzielle Werbung, Obszönitäten und «fighting words».[858] Seit den 1960er-Jahren hat das Gericht sowohl die Anzahl dieser Kategorien ungeschützter Äusserung als auch deren Definitionen deutlich enger gefasst[859] und 2010 entschied der Supreme Court, dass keine neuen Begriffe dazukommen sollten.[860]

Hassrede an sich fällt allerdings nicht in diese Kategorien und liegt somit nicht grundsätzlich ausserhalb des Schutzbereichs.[861] Es gibt aber unter gewissen Bedingungen verfassungsmässig ungeschützte Hassrede, die bestraft oder eingeschränkt werden kann.[862] Dies ist einerseits der Fall, wenn die Rede gemäss dem «Notfalltest»[863] eine klare und gegenwärtige Gefahr darstellt.[864] Freie Rede kann von der Regierung verboten werden, «when it directly, demonstrably, and imminently causes certain specific, objectively ascertainable serious harms that cannot be averted by non-censorial measures».[865] Der zweite Test, der angewandt wird, um zu beurteilen, ob es sich um verfassungsmässig ungeschützte (Hass-)Rede handelt, ist das Prinzip des «Neutralitätsstandpunkts»[866], der dem Staat verbietet, die freie Rede nur deshalb einzuschränken, weil die Botschaft, Idee oder der Gesichtspunkt der Rede nicht gemocht oder sogar befürchtet wird, sie könne Schaden anrichten. Das heisst, dass der Staat eine Äusserung nicht (nur) aufgrund des Inhalts verbieten oder regulieren darf, weil eine solche «Standpunkt-basierte»[867] Regulierung die Freiheit des Einzelnen untergraben würde.[868] Wenn aber die fragliche Aussage einen unabhängigen Schaden verursacht und keine realistische Möglichkeit einer staatlichen Ideenunterdrückung befürchtet werden muss, darf die Rede reguliert

858 Strossen, S. 42–43, Chaplinsky v. New Hampshire, 515 U.S. 568, 572 (1942).

859 Strossen, S. 43.

860 United States v. Stevens, 559 U.S. 460, 472 (2010).

861 Strossen, S. 43.

862 Strossen, S. 53.

863 Original: Emergency test.

864 Strossen, S. xxi, wobei der Terminus «clear and present danger» uneinheitlich gebraucht wird und grösstenteils vom Terminus «imminent lawless action» abgelöst worden ist.

865 Strossen, S. xx.

866 Original: Viewpoint neutrality.

867 Original: viewpoint-based/viewpoint-discriminatory.

868 Strossen, S. xxiv.

werden (z.B. wenn eine Äusserung einen Betrug verursacht).[869] Auch die oben erwähnten Kategorien der verfassungsmässig ungeschützten Rede müssen daher diesem Prinzip genügen, stellen aber eine Ausnahme zum Notfalltest dar (d.h., es muss nicht direkt eine unmittelbare Gefahr bevorstehen, damit die Äusserungen bestraft werden können).[870]

Im Folgenden werden einige Situationen geschildert, die gemäss Notfalltest nicht vom ersten Zusatzartikel geschützt werden.

I. Nicht geschützte Äusserungen[871]

A. Echte Drohungen (true threats)

Echte Drohungen sind Aussagen, die dazu dienen, einer bestimmten Person oder Personengruppe ernsthaft die Absicht zu vermitteln, dass eine rechtswidrige Handlung begangen wird[872] und die angesprochene Person begründeterweise die angedrohte Verletzung befürchtet.[873] Das ist erfüllt, wenn der Drohende weiss, dass die Mitteilung als eine solche Drohung angesehen wird. Nicht erforderlich ist, dass er oder sie die Drohung tatsächlich ausführen will.[874] Die begründete Angst vor der angedrohten Tat gilt bereits per se als ernsthafter Schaden.[875] Im Fall *Virginia gegen Black* hielt der Supreme Court fest, dass es sich nicht um echte Drohungen handelt, wenn Ku-Klux-Klan-Mitglieder Kreuze an einem Klan-Treffen verbrennen, bei dem ausschliesslich Klan-Mitglieder anwesend sind, wohingegen das Verbrennen eines solchen Kreuzes auf dem Grundstück einer afroamerikanischen Familie eine echte Drohung darstellen kann.[876] (So aber nicht im Fall *R.A.V. gegen City of St. Paul*, weil das angewandte Gesetz des Staates zu weit gefasst war. Das Verbrennen des Kreuzes wurde aber als unethisch und verwerflich angese-

869 Strossen, S. xxv.

870 Strossen, S. xxv.

871 Weitere nicht geschützte Äusserungen sind: Defamation, Fraud, Perjury und Obscenity.

872 Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969); Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 359 (2003).

873 Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 357 (2003).

874 Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 360 (2003).

875 Strossen, S. 60.

876 Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 360, 366 (2003); R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 402 (1992).

hen.)[877] Nicht als echte Drohung wurde drohende Sprache in einer öffentlichen Debatte angesehen, da es sich um übertreibende Rhetorik handle, welche keine begründete Angst vor einem tatsächlichen Angriff auslösen könne. So wurde im Fall *Watts gegen die Vereinigten Staaten* die Aussage eines jungen Afroamerikaners geschützt, die er während Protesten gegen brutale Polizeigewalt machte. Sinngemäss erklärte er, sich auf Präsident Lyndon B. Johnson beziehend, dass er bereits seine militärische Einberufungseinstufung erhalten habe und nun zur medizinischen Untersuchung müsse, zu der er aber nicht hingehen werde. Sollte er jemals ein Gewehr tragen müssen, so sei der erste Mann, den er ins Visier nehmen möchte, der Präsident. Man könne ihn nicht dazu zwingen, seine schwarzen Brüder zu töten.[878]

Der Supreme Court hat es aber trotz diverser Urteile bis anhin verpasst, eine klare Definition des Begriffs «true threats» zu entwickeln, was in den unteren Gerichten zu Verwirrung führte. So ist nach wie vor unklar, ob ein objektiver oder subjektiver Massstab angelegt wird, um zu beurteilen, ob die strafrechtlich relevante Schwelle überschritten ist. Teilweise ist der Standpunkt einer vernünftigen Person ausschlaggebend, in anderen Fällen waren es die Nähe und Umsetzbarkeit der angedrohten Gefahr und in wieder anderen Fällen wurde auf subjektive Kriterien abgestellt (spezifischer Vorsatz zur Umsetzung der Drohung oder Erschrecken des Adressaten).[879] Auch in seinen jüngeren Entscheiden hat der Supreme Court keine genauen Massstäbe zur Beurteilung, wann die Schwelle der Strafbarkeit überschritten ist, entwickelt.[880] Hilfreich wäre eine Kombination von beiden Elementen: Die Drohung wird objektiv als Drohung gedeutet und muss subjektiv als solche gemeint sein.[881]

---

877 R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 396 (1992).

878 Watts v. United States, 394 U.S. 705, 706 (1969).

879 Christou, S. 306–307.

880 O'Neill Kevin Francis, True Threats, in: The First Amendment Encyclopedia, 2009 (überarbeitet von David L. Hudson Jr. im Juni 2017), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1025/true-threats> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

881 Christou, S. 306–307.

B. Strafbares Aufreizen (incitement)

Incitement ist ein selbstständig strafbares unvollständiges oder vorbereitendes Delikt (indicate offense), das trotz des ausbleibenden Schadens als begangenes Delikt angesehen wird.[882] Unter «incitement» kann sowohl Aufreizen (im Sinne von Aufrufen/Aufstacheln/Aufhetzen) oder Anstiftung verstanden werden. Da der Begriff nicht mit der Anstiftung gemäss Art. 24 StGB verwechselt werden sollte, wird der Begriff des Aufreizens gebraucht, obwohl er in der Literatur manchmal auch mit Anstiftung übersetzt wird.

Eine Äusserung fällt nur dann unter strafbares Aufreizen, wenn der Sprecher oder die Sprecherin «intentionally incites violent or otherwise illegal conduct that is likely to occur immediately».[883] Nicht unter strafbares Aufreizen fiel die Aussage eines Ku-Klux-Klan-Führers, der an einer Klan-Versammlung folgende Rede(auszüge) hielt:

> «This is an organizers' meeting. We have had quite a few members here today which are – we have hundreds, hundreds of members throughout the State of Ohio. […]. The Klan has more members in the State of Ohio than does any other organization. We're not a revengent [sic] organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance [sic] taken.»[884]

> «Personally, I believe the [N-Wort] should be returned to Africa, the Jew returned to Israel.»[885]

Die Verurteilung wurde aufgehoben, da die «blosse Befürwortung»[886] bestraft worden sei (ohne dass zu einer unmittelbar bevorstehenden gesetzeswidrigen Handlung aufgestachelt wurde),[887] was als nicht ausreichend angesehen wurde und zudem den ersten Zusatzartikel verletze.[888]

> «[T]he mere abstract teaching […] of the moral propriety or even moral necessity for a resort to force and violence is not the same as preparing a group for violent action and steeling it to such action.»[889]

---

882 Timmermann, S. 825–826.

883 Strossen, S. 62; vgl. auch Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

884 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 446 (1969).

885 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

886 Original: mere advocacy.

887 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

888 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 449 (1969).

889 Noto v. United States, 367 U.S. 290, 297–298 (1961).

Hingegen ist der Aufruf eines jungen Afroamerikaners, «Do you all feel hyped up to move on some white people?»[890] (nach einer Diskussion mit anderen jungen Afroamerikanern über eine Szene aus dem Film «Mississippi Burning», in der ein weisser Mann einen farbigen Jungen beim Beten verprügelt), und der daran anschliessende Aufruf, als ein weisser Junge die Strasse entlangkam: «You all want to fuck somebody up? There goes a white boy; go get him»[891] als strafbares Aufreizen anzusehen. Die Gruppe rannte auf den Jungen zu, sie schlug ihn heftig und stahl seine Schuhe. Der Junge lag danach vier Tage im Koma.[892] Weil nicht jedes Vergehen gleichermassen schwer wiegt, muss der Aufruf zudem zu «imminent disorder» führen.[893] Der Aufruf zu Gewalt muss also ein unmittelbares, schwerwiegendes Risiko für eine spezifisch identifizierbare Person darstellen, damit er nicht vom ersten Zusatzartikel geschützt wird.[894]

C. Schimpf- und Schmähbegriffe (fighting words)

Sobald eine (Hass-)Rede eine gewalttätige Erwiderung seitens der Empfängerschaft herbeizuführen droht, handelt es sich um sogenannte «fighting words».[895] Unter diesen wird eine Art strafbares Aufreizen verstanden, bei denen die Äusserung selbst grundsätzlich Schaden anrichtet oder zu einer unmittelbaren Gefährdung des öffentlichen Friedens führt[896] (wobei ein Zustand der Unruhe oder Ruhestörung nicht ausreicht),[897] weil die getätigte Aussage unmittelbar zu einem «Kampf» führt.[898] Die Absicht besteht darin, dem Gegenüber beleidigende Worte an den Kopf zu werfen, um so eine unmittelbare und gewalttätige Reaktion des

890 Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476, 480 (1993).

891 Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476, 480 (1993).

892 Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476, 480 (1993). Der Gerichtshof stützte die Verurteilung zwar aus anderen Gründen, trotzdem qualifiziert sich der Aufruf als strafbares Aufreizen im oben genannten Sinn (vgl. Strossen, S. 63).

893 Hess v. Indiana, 414 U.S.105, 109 (1973).

894 Rowland Lee, Free speech: what constitutes «incitement»?, in: TalksOnLaw, <https://www.talksonlaw.com/briefs/freedom-of-speech-what-constitutes-incitement> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

895 Christou, S. 288.

896 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942).

897 Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4 (1949).

898 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 573 (1942).

anderen zu provozieren[899] (quasi verbale Faustschläge).[900] Im Fall *Chaplinsky gegen New Hamsphire* wurden die Aussagen eines Zeugen Jehovas, der Literatur verteilte und dabei von einem Polizisten verwarnt wurde (weil er einen Aufruhr verursacht hatte), als Kampfansagen angesehen und die Verurteilung der unteren Instanz bestätigt. Chaplinsky hatte den Polizisten als «gottverdammten Gauner» und «verdammten Faschisten» bezeichnet.[901] Allerdings haben spätere Entscheidungen[902] geklärt, dass Rede, die bloss kränkt (inflict injury), nicht unter «fighting words» fällt. Ausschlaggebend ist vielmehr der sicherheitsorientierte Definitionsteil (breach of the peace).[903] Eine weitere Voraussetzung wurde ebenfalls in einer späteren Entscheidung hinzugefügt: Damit eine Äusserung unter den Begriff der «fighting words» fällt, braucht es eine direkte Face-to-face-Adressierung der provokativen Äusserung.[904] Anzumerken ist allerdings, dass seit dem Chaplinsky-Fall jede einzelne Verurteilung wegen Kampfansagen vom Supreme Court aufgehoben worden war.[905] Der Unterschied zu den oben beschriebenen «true threats» besteht darin, dass es bei den «fighting words» um mögliche Gegengewalt gegen den Redner geht, bei den «true threats» hingegen um den Schaden des Empfängers einer individualisierten Hassrede. Bei «incitement» wiederum steht wie bei den «true threats» die Sicherheit des Opfers im Vordergrund, allerdings wird diese durch Dritte bedroht, die sich vom Hassredner überzeugen lassen, gegen das Opfer rechtswidrig vorzugehen.[906]

D. Belästigung (harassment)

Unter strafbare Hassrede kann auch die strafwürdige Belästigung fallen, z.B. wenn eine Aussage direkt die Freiheit oder die Privatsphäre eines Einzelnen oder einer Gruppe unangemessen belästigt oder beeinträchtigt, wie das etwa bei Telefonterror der Fall ist.[907] Ein anderes Beispiel hierfür ist ein feindseliges oder missbräuchliches Arbeitsumfeld, das ebenfalls die Form von Belästigung annehmen

899 Strossen, S. 64.

900 Rühl, S. 207.

901 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 569–570 (1942).

902 Vgl. Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972); Terminiello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949).

903 Christou, S. 288.

904 Cohen v. California, 403 U.S. 15, 20 (1971).

905 Strossen, S. 64.

906 Christou, S. 318.

907 Strossen, S. 64–64.

kann.[908] Das gleiche Prinzip wie im Arbeitsumfeld gilt auch im Bildungswesen.[909] Ein solcher Fall von Belästigung am Arbeitsplatz tätigte ein Betriebsleiter, der das N-Wort nicht nur selbst oft benutzte, sondern auch zugab, dass es ihm nichts ausmachte, dass auch sonst abfällige rassistische Beleidigungen am Arbeitsplatz häufig zu hören waren. Er nannte zudem seine männlichen afroamerikanischen Angestellten «mother fucking boys» und bezeichnete sie als «you people». Weiter bezichtigte er Afroamerikaner des häufigen Diebstahls und behauptete, dass diese immer nur mehr Sozialhilfe beziehen wollten. Nach mehreren Anzeigen der Mitarbeitendenschaft bei der EEOC[910] wegen rassistischer Belästigung wurde zudem ein Galgenstrick im Betriebsbüro angebracht. Auf die vorgebrachten Beschwerden der Mitarbeitenden erklärte der Betriebsleiter, diese seien Blödsinn und der Galgenstrick sei «keine grosse Sache» und dass «ihr Leute zu empfindlich seid». Der Sachverhalt wurde als rassistische Belästigung am Arbeitsplatz bzw. feindseliges Arbeitsumfeld beurteilt und der Betrieb musste den Betroffenen (Straf-) Schadenersatz (punitive damages) bezahlen.[911]

E. Erleichtern von strafbarem Verhalten

Strafbar sind auch Äusserungen, die absichtlich wichtige Informationen preisgeben, die (andere) strafbare Handlungen erleichtern. [912] Ein klassisches Beispiel hierfür wäre der ruandische Radiosender RTLM, der während des ruandischen Genozids an den Tutsis u.a. auch Informationen über die Identität, den Wohnort, mögliche Verstecke, Autonummernschilder etc. von potenziellen Opfern bekannt gegeben hatte.[913]

---

908 Harris v. Forklift Systems, Inc., 510 U.S. 17, 23 (1993).

909 Davis v. Monroe County Board of Education, 526 U.S. 629, 630–632 (1999).

910 U.S. Kommission für gleiche Beschäftigungschancen.

911 Jury Says AA Foundries Must Pay $200,000 for Creating Racially Hostile Work Environment, in: EEOC Press Release vom 27. September 2012, <https://www.eeoc.gov/newsroom/jury-says-aa-foundries-must-pay-200000-creating-racially-hostile-work-environment> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

912 Strossen, S. 66.

913 Kirschke, S. 106.

F. Hasskriminalität (Hate or Bias Crimes)

Hate crimes (Hassverbrechen) oder bias crimes (vorurteilsgeleitete Straftaten) sind von der Hassrede begrifflich abzugrenzen. Hassdelikte haben in den USA, anders als in der Schweiz oder in Deutschland, eine eigenständige Relevanz, wenngleich diese primär strafzumessungsrechtlicher Art ist.[914]

Unter Hasskriminalität werden in den USA kriminelle Handlungen wie Sachbeschädigung, tätliche Angriffe oder Körperverletzungen verstanden, bei denen die Täterschaft das Opfer oder dessen Eigentum aufgrund diskriminierender Merkmale aussucht.[915] Der geschilderte «Mississippi-Burning-Fall» wurde vom Supreme Court als solcher beurteilt. Diesen Schluss zog er aufgrund der weissen Hautfarbe des Opfers sowie den kurz vor dem Angriff geäusserten Worten, die hasserfüllt, diskriminierend und aufhetzerisch waren.[916] In Bezug auf Hassdelikte gibt es einige strafrechtliche Instrumentarien, die zur Verfügung stehen, sowohl auf der US-bundesstaatlichen[917] als auch auf der einzelstaatlichen Ebene. Auf beiden Ebenen besteht die Möglichkeit der Strafschärfung für bestimmte Hassmotive. So bestimmt die seit dem 1. November 1995 geltende Strafschärfung wegen Hassdelikten auf Bundesebene:[918]

> «If the finder of fact at trial or, in the case of a plea of guilty or nolo contendere, the court at sentencing determines beyond a reasonable doubt that the defendant intentionally selected any victim or any property as the object of the offense of conviction because of the actual or perceived race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, gender identity, disability, or sexual orientation of any person, increase by 3 levels.»[919]

Die Strafe wird zwingend verschärft, wenn eine Straftat von Hass oder Vorurteilen (bias) motiviert ist. Allerdings sind die vom ersten Zusatzartikel geschützten Meinungsäusserungen davon ausgenommen.[920] Die Äusserung von Hassrede kann aber als Beweis für das Motiv eines Täters bei der Begehung einer Straftat verwendet werden, die als Hassdelikt eingestuft wird.[921]

---

914 Apostel, S. 288.

915 Strossen, S. xxi.

916 Strossen, S. 66.

917 U.S. Sentencing Guidelines Manual, §3A1.1(a).

918 U.S. Sentencing Guidelines Manual, Appendix C, Amendment 521.

919 U.S. Sentencing Guidelines Manual, §3A1.1(a).

920 Aydin, S. 60–61.

921 Alvaré, S. 460.

Eine weitere Kategorie von Hassdelikten stellt die Zerstörung von religiösem Eigentum dar. Der Church Arson Prevention Act, 18 U.S.C. § 247 stellt vorsätzliches Verhalten unter Strafe, das religiöses Eigentum aufgrund seines religiösen Charakters verunstaltet, beschädigt oder zerstört (a) oder das vorsätzlich die Religionsausübung einer Person mittels Gewalt oder der Androhung von Gewalt behindert (b). In beiden Fällen ist auch der Versuch strafbar. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass dadurch entweder der zwischenstaatliche oder fremde Handel betroffen oder (das gilt nur für a) dass die Zerstörung des religiösen Eigentums aufgrund der Rasse, Hautfarbe oder ethnischen Merkmale einer Person, die mit diesem religiösen Eigentum in Verbindung steht, erfolgt.[922] Diese Einschränkung resultiert aus dem Grund, weil die US-Verfassung es der US-Bundesregierung nicht erlaubt, innergliedstaatliches Verhalten zu bestrafen, sondern nur zwischenstaatliches Verhalten.[923] Zusätzlich wird die schriftliche Bescheinigung des Attorney General gefordert, dass die Verfolgung des Falles «in the public interest and necessary to secure substantial justice» sei.[924] Der 18 U.S. Code § 248 verbietet ebenfalls Verhalten, das die Ausübung der Religionsfreiheit an einem Ort der religiösen Verehrung stört oder das Eigentum einer religiösen Anbetungsstätte beschädigt oder zerstört.

Unterschieden werden von hate crimes müssen auch die hate oder bias incidents. Darunter fallen z.B. Beschimpfungen, rassistische, ethnische oder andere Verunglimpfungen zur Identifizierung einer Person, die Verwendung einer herabwürdigenden Sprache, das Erstellen von rassistischen oder abwertenden Bildern/Zeichnungen, die Nachahmung einer Person mit einer Behinderung oder die Nachahmung der kulturellen Norm oder Praxis einer anderen Person. Diese Vorfälle sind nicht strafbar, da kein Delikt begangen wurde, werden aber häufig im schulischen Kontext sanktioniert.[925]

---

922 Abrufbar unter: Legal Information Institute, 18 U.S. Code § 247, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/247> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

923 Alvaré, S. 460. Der 18 U.S. Code § 248, der ebenfalls Verhalten verbietet, das die Ausübung der Religionsfreiheit an einem Ort der religiösen Verehrung stört oder das Eigentum einer religiösen Anbetungsstätte beschädigt oder zerstört, stellt allerdings keine solchen Anforderungen.

924 Eisner Gorin LLP, Damage to Religious Property, <https://www.thefederalcriminalattorneys.com/damage-to-religious-property> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

925 Southern Poverty Law Center, Learning for Justice, Identifying and Responding to Bias Incidents, <https://www.learningforjustice.org/professional-development/identifying-and-responding-to-bias-incidents> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Auf die Kategorie der Hassdelikte wird im Folgenden nicht mehr spezifisch eingegangen, es sei denn, sie stünden in einem speziellen Zusammenhang mit Hassredebestimmungen als dem diese Untersuchung leitenden Thema. Zu den Hassdelikten in den USA wird vorerst festgehalten, dass die Strafe für ein Delikt (zwingend) verschärft wird, wenn eine Person oder jegliches Eigentum aufgrund bestimmter (auch wenn diese fälschlicherweise so wahrgenommen wurden) Merkmale (wie Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung, Ethnie, Geschlecht, Gender-Identität, Behinderung oder sexuelle Orientierung) als Angriffsobjekt ausgesucht wurde, und dass teilweise spezifische Hassdelikte wie die Zerstörung von religiösem Eigentum ebenfalls unter Strafe gestellt werden.[926]

II. Verfassungsmässig erlaubte Einschränkungen

Die folgenden Einschränkungen sind verfassungsmässig ebenfalls erlaubt:

A. Im privaten Sektor

Der erste Zusatzartikel schützt nur vor staatlichen Eingriffen. Einschränkungen im Privatbereich sind demgemäss grundsätzlich erlaubt. Private Einrichtungen können Hassrede deshalb nach Belieben einschränken.[927] Von dieser Möglichkeit machen auch immer mehr Hochschulen Gebrauch und führen auf ihrem Gelände Sprachregelungen ein.[928] Handelt es sich um eine staatliche Hochschule, kann diese Sprachregelung gerichtlich überprüft werden. In allen von Gerichten überprüften Sprachregulierungen wurden diese nicht akzeptiert, weil sie übermässig weit und vage formuliert waren.[929] Bei privaten Hochschulen kann der Supreme Court diese Überprüfung nicht vornehmen.[930] Gleiches gilt auch für die sozialen Netzwerke wie Facebook, Twitter (neu: X), Instagram etc. Für die Verbreitung von Inhal-

---

926 Eine Übersicht über die einschlägigen US-amerikanischen Hate-crime-Gesetze findet sich unter: The United States Department of Justice, Hate Crime Laws, <https://www.justice.gov/crt/hate-crime-laws> [zuletzt besucht am 15.10.2024] oder bei Alvaré, S. 460–461 inkl. kurzer Erläuterungen.

927 Strossen, S. 56.

928 Strossen, S. 2.

929 Strossen, S. 72; Post, S. 152; vgl. auch Doe v. University of Michigan, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989).

930 Uelmen Gerald F., Campus Hate Speech Code, A pro-con discussion of speech codes and free speech, 1990, <https://www.scu.edu/character/resources/campus-hate-speech-codes/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

ten im Internet ist insbesondere der Section 230 des Communications Decency Act (CDA) relevant. Section 230 schliesst eine Haftung der Onlinedienste für die veröffentlichten Inhalte der Nutzer aus. Damit wird den Plattformen aber auch eine weitreichende Freiheit hinsichtlich der eigenständigen Regulierung gewährt. Diese können daher ebenfalls eigene Sprachregeln einführen, da sie nicht an den ersten Zusatzartikel gebunden sind.[931]

Aufgrund der Executive Order 13925[932] von Präsident Trump im Mai 2020 wurde im September 2020 von der damaligen US-Regierung ein Gesetzesentwurf[933] eingebracht, der eine Anpassung der Section 230 forderte. Damit hätten die Handlungsspielräume der Plattformen, gegen Inhalte selbstständig vorgehen zu können, ohne haftbar zu werden, eingeschränkt werden sollen. Präsident Biden hob im Mai 2021 Trumps Executive Order 13925 auf. Zwar forderte auch er eine Anpassung der Section 230, befand aber, dass digitale Plattformen den Zugang zu bestimmten anstössigen Inhalten nicht ausreichend beschränkten. Er forderte deshalb die Aufhebung des speziellen Rechtsschutzes, der die Plattformbetreibenden weitgehend vor Haftung schützt, selbst wenn sie illegale, gewalttätige Handlungen oder Materialien hosten oder verbreiten.[934] Im Mai 2023 fällte der Supreme Court zwei Urteile in Bezug auf diesen Haftungsausschluss. Einer betraf Google und einer Twitter (neu: X). Die Kernfrage bestand darin, ob Online-Dienste «direkt für die Inhalte Dritter verantwortlich gemacht werden können, insbesondere wenn ihre Empfehlungssysteme bestimmte Inhalte vorschlagen».[935] Die Urteile bestärk-

---

931 Saxer Urs, Facebook und Co: Die Zeit des Laisser-faire ist vorbei, in: NZZ vom 10. Mai 2021, <https://www.nzz.ch/feuilleton/facebook-und-co-die-zeit-des-laisser-faire-ist-vorbei-ld.1612766> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

932 Executive Order on Preventing Online Censorship vom 28. Mai 2020, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

933 The United States Department of Justice's Review on Section 230 of the Communications Decency Act of 1996, <https://www.justice.gov/archives/ag/department-justice-s-review-section-230-communications-decency-act-1996> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

934 Tam Jonathan/Tse Vivian, United States: Now is the time to evaluate your online content moderation program, in: Lexology vom 8. Februar 2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=611d66d1-8f10-40dc-a2e8-06bd3aa7dbfe> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

935 Rudl Tomas, US-Höchstgericht prüft Privilegien der Tech-Konzerne, in: netzpolitik.org vom 5. Oktober 2022, <https://netzpolitik.org/2022/haftungsfreiheit-us-hoechstgericht-prueft-privilegien-der-tech-konzerne/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Wheeler Tom, The Supreme Court takes up Section 230, in: Brookings vom 31. Januar 2023,

ten den bestehenden Schutz von Internetplattformen vor der Haftung für Inhalte, was einen Sieg für Tech-Giganten wie Twitter (neu: X) und Google bedeutet. Es scheint aber, dass der Supreme Court es vermieden hat, wichtige Fragen zu beantworten, als er seine Stellungnahme abgab. So wurde Fragen zum Umfang der Immunität von Plattformen gemäss Section 230 anscheinend nicht abschliessend beurteilt. Damit bleibt es dem Supreme Court unbenommen, die Frage in einem späteren Verfahren erneut aufzugreifen.[936]

B. Neutrale Regulierungen

Der Staat kann mittels neutraler Regulierungen Hassrede einschränken, zum Beispiel, indem er die Privatsphäre unter Schutz stellt und beispielsweise Lautsprecher in der Nacht verbietet. Das Verbot erstreckt sich in diesem Fall nicht nur auf rassistische Reden, sondern auf alle nächtlichen Reden gleichermassen.[937] Weitere Voraussetzungen sind, dass die Regulierungen eng begrenzt sind und wichtigen staatlichen Interessen dienen sowie dass sie ausreichend alternative Kommunikationskanäle offenlassen.[938]

C. Spezielle Einrichtungen

Einrichtungen, die einem speziellen Zweck dienen, dürfen teilweise vernünftige Redeeinschränkungen erlassen, wenn sie damit den Betrieb der Einrichtung erleichtern. Diese Einschränkungen würden normalerweise der Verfassung widersprechen, da es sich um staatliche Einrichtungen handelt. Es handelt sich deshalb um eine spezifische Ausnahme aufgrund der besonderen Beschaffenheit der Einrichtung. Unter solche Institutionen fallen staatliche Arbeitsplätze, Gefängnisse, militärische Einrichtungen und öffentliche Schulen.[939]

<https://www.brookings.edu/blog/techtank/2023/01/31/the-supreme-court-takes-up-section-230/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

936 Bhuiyan Johana, US supreme court reinforces immunity for Google and Twitter in win for tech behemoths, in: The Guardian vom 19. Mai 2023, <https://www.theguardian.com/law/2023/may/18/us-supreme-court-avoids-ruling-google-immunity-scope> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

937 Strossen, S. 57.

938 Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 791 (1989).

939 Strossen, S. 58.

D. Staatliche Sprache

Die Regierung darf zwar ihren Bürgern und Bürgerinnen nicht aufgrund ihres eigenen persönlichen Geschmacks Vorschriften bezüglich der freien Rede machen, sie darf aber sich selbst Vorschriften machen, ohne dass dies den ersten Zusatzartikel verletzt.[940]

III. Allgemeine Kritik am bestehenden System

In den USA reisst die Debatte um die freie Rede und deren (möglichen) Einschränkungen nicht ab. Insbesondere nach einem Aufmarsch der rechtsextremen Szene unter dem Motto «Unite the Right» in Charlottesville 2017, bei der es zu heftigen und teils tödlichen Auseinandersetzungen mit Gegendemonstrierenden kam, wurde die Kritik an der freien Rede wieder lauter: Sollen antisemitische und rassistische Parolen und ein Aufmarsch des Ku-Klux-Klans und von Neo-Nazis wirklich erlaubt sein?[941] Ein vergleichbarer Fall wie in Charlottesville fand 1977 in Skokie, Illinois statt. Damals wollten selbsternannte Nazis durch ein Stadtviertel marschieren, das hauptsächlich von Holocaustüberlebenden bewohnt war. Vorgängig war zwar ein Gesetz erlassen worden, das den Aufmarsch verboten hatte, aber weil die American Civil Liberties Union (ACLU) – eine politisch links orientierte Bürgerrechtsbewegung – gegen das Gesetz geklagt hatte, wurde der Aufmarsch dann doch erlaubt. Das Gesetz hätte – so die ACLU – den Marsch von Martin Luther King Jr. nach Cicero, Illinois im Jahr 1968 verhindern können,[942] weshalb eine künftige missbräuchliche Anwendung befürchtet wurde. Der geplante Marsch fand schliesslich nicht in Skokie, sondern in Chicago statt,[943] führte aber seinerzeit zu heftigen Diskussionen über die Einschränkung der freien Rede.

---

940 Strossen, S. 59.

941 Peltner Arndt, Meinungsfreiheit in den USA – Das wird man ja wohl noch sagen dürfen, in: srf.ch vom 26. August 2017, <https://www.srf.ch/news/international/das-wird-man-ja-wohl-noch-sagen-duerfen> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Gall Corina, Was bei den Krawallen in Charlottesville geschah, in: NZZ vom 11. August 2018, <https://www.nzz.ch/international/ein-rueckblick-auf-das-jahr-seit-charlottesville-ld.1410400> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

942 Strossen, S. 16. Viele ACLU-Mitglieder haben allerdings anschliessend ihren Austritt gegeben (vgl. Strossen, S. 50).

943 Die Neonazis tauchten nach der erteilten Bewilligung schlicht nicht auf, vgl. auch Perrino Nico, So to Speak' podcast: Aryeh Neier on «Defending My Enemy», in:

Die Forderung nach mehr Einschränkungen oder Hassredegesetzen, wie sie europäische Staaten kennen, nehmen deshalb auch in den USA zu.[944] Die zunehmende Kritik hat u.a. dazu geführt, dass die grossen Techkonzerne und sozialen Medienplattformen (z.B. Google, Amazon, Facebook etc.) die freie Rede immer mehr einschränkten,[945] teilweise mit sehr uneinheitlichen und exzessiven Regeln, was zu missbräuchlichen Einschränkungen führte, wobei überproportional oft Äusserungen von Minoritätsangehörigen betroffen waren, d.h. von denjenigen, die eigentlich geschützt werden sollten.[946]

Ähnliche Tendenzen und Probleme werden an Hochschulen festgestellt, die mittels Sprachregulierungen die freie Rede ebenfalls teilweise massiv einschränken,[947] damit aber häufig Angehörige einer Minorität treffen.[948] Diese Entwicklung wird zunehmend unter dem Aspekt der Forschungsfreiheit kritisiert, da freie Forschung und kritisches Denken durch Aktivismus, Ideologien und «progressive Orthodoxie» ersetzt würden, was den Bildungsinstitutionen abträglich sei.[949]

IV. Diskussion und Fazit

In den USA gibt es keine direkten Hassredeverbote und der Staat darf die freie Rede nicht einschränken, nur weil die Aussage unbeliebt, störend oder gefürchtet ist. Er darf dies aber dann, wenn die freie Rede direkt, nachweislich und unmittel-

---

FIRE vom 30. Juni 2016, <https://www.thefire.org/research-learn/so-speak-podcast-transcript-aryeh-neier-defending-my-enemy> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

944 Strossen, S. 50. Ein grosser Verfechter ist Waldron, der aber v.a. Verständnis für existierende Hassredebestimmungen wecken will (vgl. Waldron, S. 103).

945 Strossen, S. 30–32.

946 Jan Tracy/Dwoskin Elizabeth, Facebook Struggles in Fighting Hate Speech, in: The Denver Post vom 31. Juli 2017, <https://www.denverpost.com/2017/07/31/facebook-hate-speech/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

947 Aichinger Alex, Campus Speech Codes, in: The First Amendment Encyclopedia, 2009 (überarbeitet von John R. Vile im Juni 2017), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/991/campus-speech-codes> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

948 Strossen, S. 89–90.

949 Hirsi Ali Ayaan, Ayaan Hirsi Ali über Aktivismus an Universitäten, in: NZZ vom 26. Juli 2022, <https://www.nzz.ch/feuilleton/ayaan-hirsi-ali-ueber-aktivismus-an-universitaeten-ld.1694839?mktcid=smch&mktcval=fbpost_2022-07-26&fbclid=IwAR1KHwg8moxeRaUQWQ63J-F89VR_k9ecEbqB8GQtesll7QbRdBBi8CxaKfA> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

bar bestimmte, objektiv feststellbare ernsthafte Schäden verursacht.[950] Die meisten Formen von Hassreden werden daher nicht wegen des rassistischen Inhalts bestraft, sondern wegen einer rechtswidrigen Wirkung, die nicht mit Rassismus zusammenhängt – weil sie einschüchtern, weil sie zu unmittelbarer Gewalt anstiften oder weil sie Gesetze gegen Vandalismus, öffentliche Brände oder andere Übel missachten.[951] Kurzum: Solange keine unmittelbar bevorstehende Gefahr droht, darf (Hass-)Rede nicht eingeschränkt werden. Diese Schwelle ist hoch[952] und die aufgeführten Fallbeispiele zeigen, wie begrenzt die Möglichkeiten einer Strafbarkeit der freien Rede in den USA sind.

Ob ein Verbot legitim ist, hängt auch stark davon ab, ob es sich beim relevanten Sachverhalt um «conduct» oder «speech» handelt, wobei die Unterscheidung der beiden Kategorien nicht immer schlüssig ist. Das Verbrennen eines Kreuzes auf dem Rasen einer Person ist nach US-amerikanischem Recht eine geschützte symbolische Äusserung, aber die rassistische Äusserung «there goes a white boy; go get him» kann als Teil der Handlung eines Hassverbrechens bestraft werden. Die Handlung, sich mit anderen Rassisten zu treffen, um eine Neonazi-Organisation zu gründen, ist als integraler Bestandteil der freien Meinungsäusserung geschützt, aber rassistische Beleidigungen am Arbeitsplatz können einen Akt der feindseligen Belästigung am Arbeitsplatz darstellen, der rechtliche Strafen nach sich ziehen kann. Logischerweise müsste das Verbrennen eines Kreuzes oder das Bilden bzw. Treffen einer Gruppe als Verhalten und die Abgabe einer Erklärung oder die Äusserung einer Beleidigung eine Rede sein.[953] Die Unterteilungen sind deshalb teilweise nicht nachvollziehbar.

Im privaten Sektor nehmen die Einschränkungen hingegen immer weiter zu und treffen durch die undifferenzierte Anwendung von Sprachregulierungen oft die, welche es zu schützen gilt. Beeinträchtigt ist auch der akademische Bereich, wo die Professorenschaft teilweise um Karriere und Anstellung fürchten muss, wenn sie nicht die dort gängige Orthodoxie (wie z.B. Ansichten der Critical Race Theory, Black-Lives-Matter-Bewegung, LBTQIA+ Community etc.) vertritt. Wo Menschen Bekenntnisse aufgezwungen werden, werden diese erstens zu leeren Worthülsen und verlieren ihren Wert, und zweitens kommt es zu einer Art «Sprachpolizei», eine Entwicklung, die gewissen dystopischen Romanen gefähr-

950 Strossen, S. 67.

951 Bleich, S. 78.

952 Vgl. Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 6 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, 9. Februar 2012.

953 Bleich, S. 109.

lich nahekommt. Solche Tendenzen gilt es nicht nur wegen der Meinungsäusserungsfreiheit zu verhindern, sondern auch weil sie eine neue Art von «Rassismus und Segregation» schaffen, die nicht im Sinne der Bewegungen sein kann, die diese anstossen.[954] Die politisch aufgeheizte Stimmung und die immer mehr gespaltene US-amerikanische Gesellschaft erschweren einen vernünftigen Dialog über die Problematiken von freier Rede und Hassrede zusätzlich. Obwohl von Gesetzes wegen fast alles gesagt werden darf, hört kaum jemand noch zu, da sich alle gegenseitig niederschreien. Eine von aufgeheizten Emotionen losgelöste, ernsthafte Diskussion über Hassrede, Rassismus und Diskriminierung, bei der die Stärke des Arguments und nicht die Merkmale einer Person zählt, wäre deshalb wünschenswert.[955] Es ist aber eher zweifelhaft, dass einzig die Einführung von Hassredegesetzen diesen Dialog herbeiführen oder die beschriebenen Probleme lösen kann.

---

954 Vgl. zur Kritik am Ganzen McWhorter; Ribi Thomas, «Antirassismus wird zur Religion»: John McWhorter redet Klartext, in: NZZ vom 17. Februar 2022, <https://www.nzz.ch/feuilleton/antirassismus-wird-zur-religion-john-mcwhorter-redet-klartext-ld.1669217> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Gujer Eric, Cancel Culture an der Universität: eine neue Form von Extremismus, in: NZZ vom 12. August 2022, <https://www.nzz.ch/meinung/cancel-culture-an-der-universitaet-eine-neue-form-von-extremismus-ld.1697478?ga=1&kid=nl165_2022-8-11&mktcid=nled&mktcval=165_2022-08-12> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Ingold Simon M., Wokeness – die gesteigerte Form der Political Correctness, in: NZZ vom 20. Januar 2020, <https://www.nzz.ch/amp/feuilleton/wokeness-gesteigerte-form-der-political-correctness-ld.1534531> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Signer David, Gefährliche Radikalisierung: Droht in den USA ein Bürgerkrieg?, in: NZZ vom 13. August 2022, <https://www.nzz.ch/international/gefaehrliche-radikalisierung-droht-in-den-usa-ein-buergerkrieg-ld.1695855?ga=1&kid=nl165_2022-8-12&mktcid=nled&mktcval=165_2022-08-13> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Hirsi Ali Ayaan, Ayaan Hirsi Ali über Aktivismus an Universitäten, in: NZZ vom 26. Juli 2022, <https://www.nzz.ch/feuilleton/ayaan-hirsi-ali-ueber-aktivismus-an-universitaeten-ld.1694839?mktcid=smch&mktcval=fbpost_2022-07-26&fbclid=IwAR1KHwg8moxeRaUQWQ63J-F89VR_k9ecEbqB8GQtesll7QbRdBBi8CxaKfA> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

955 Vgl. Doyle, S. 32–34.

Kapitel 2: Vereinigtes Königreich Grossbritannien (VK): England und Wales[956]

Auch das englische Rechtssystem funktioniert gänzlich anders als die kontinentaleuropäischen Rechtssysteme. Das englische Strafrecht ist nicht in einem Strafgesetzbuch kodifiziert, sondern setzt sich aus zahlreichen einzelnen Gesetzen sowie dem ungeschriebenen Recht zusammen. Als gleichwertige Rechtsquelle tritt neben die Gesetze (Statutes) das «common law», die sich aus richterlichen Entscheiden entwickelten Regeln, wobei Präzedenzfälle eine wichtige Rolle spielen.[957]

Das VK hat mehrere Einzelgesetzgebungen, die sich mit der Thematik der Hassrede befassen. Neben solchen Hassredegesetzen gibt es im VK auch noch Bestimmungen über Hassdelikte. Die beiden Thematiken sind zwar miteinander verbunden, unterscheiden sich aber voneinander.[958] Es wird primär auf den Aspekt der Hassrede fokussiert. Hassdelikte werden dort punktuell miteinbezogen, wo dies sinnvoll erscheint. Nachfolgend werden die spezifischen Hassredebestimmungen sowie die Strafschärfungen für Hassdelikte und der Spezialfall des nichtkriminellen Hassvorfalls untersucht. Anschliessend folgt ein Abschnitt mit Verbesserungsvorschlägen der Law Commission[959] des VK.

I. Hate Speech Laws

A. Public Order Act 1986

Für Hassredegesetze relevant ist der Public Order Act 1986 (POA 1986), der insbesondere in Section 18[960] Aufstachelung zu Rassenhass und in Teil 3A Aufstache-

---

956 Die Ausführungen beziehen sich v.a. auf England und Wales. Schottland und Nordirland haben teilweise andere Gesetzgebungen, die aber mit denen in England und Wales vergleichbar sind. Vgl. auch Scottish Government, Hate Crime legislation independent review: consultation (technical version), <https://www.gov.scot/publications/independent-review-hate-crime-legislation-scotland-consultation-full-version/pages/5/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; vgl. auch Hate Crime Laws, N 2.156.

957 Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung, England und Wales, Kap. I.F.1., <https://infocrim.org/#!/reports?r=(eaw:I.A.5:de)&a=0> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

958 Hate Crime Laws, N. 1.10.

959 Kommission für Entwicklung und Reform des Rechts.

960 Diese Bestimmung gilt auch für Schottland.

lung zu Hass gegen Personen aus Gründen der Religionszugehörigkeit oder der sexuellen Ausrichtung unter Strafe stellt. Neben diesen spezifischen «Aufstachelung zu Hass»-Delikten existieren noch die Strafbestimmungen in den Sections 4 und 4A sowie 5 des POA 1986.

1. Aufstachelungsdelikte (Acts intended or likely to stir up racial hatred)

Ursprünglich hätte die Aufstachelung (stirring up) zu Hass aufgrund der Religion die gleichen Voraussetzungen wie die Aufstachelung zu Rassenhass aufweisen sollen. Nach langen und hitzigen Diskussionen wurde aber davon abgesehen bzw. die Termini «abusive or insulting» wurden – anders als beim Rassenhass – weggelassen und zusätzlich die Bedingung hinzugefügt, dass die Absicht, zu religiösem Hass aufzustacheln, nachgewiesen werden muss. Kritische Stimmen hatten befürchtet, dass andernfalls religiöse Bücher wie die Bibel oder der Koran in ihrer derzeitigen Form nicht mehr zugelassen würden und auch Kunstschaffende fürchteten eine Strafverfolgung aufgrund von Satire oder Komödien.[961] Die neue Bestimmung trat als Racial and Religious Hatred Act 2006 im Jahr 2007 in Kraft und erweiterte den POA 1986 um Section 29. 2010 wurde dieser um den Schutz vor Aufstachelung zu Hass wegen sexueller Orientierung ergänzt.[962]

Die Straftaten unterscheiden sich insofern, als dass die Straftatbestände des Rassenhasses ein breiteres Spektrum an Verhaltensweisen und Ausdrucksformen abdecken, darunter auch solche, die bedrohlich, beleidigend oder ausfallend sind und die Hass schüren sollen (Absicht) oder können (Wahrscheinlichkeit),[963] wobei damit nicht gemeint ist, dass das Schüren des Hasses einfach nur möglich gewesen ist:

> «[I]f ‹likely to› does not mean ‹liable to›, then it means something more than mere possibility, but not necessarily a mathematical probability greater than 50 %.»[964]

Beachtet werden muss der Kontext der Äusserung, insbesondere wer das mögliche Publikum war.[965] Zudem kann die beschuldigte Person den Nachweis erbringen, dass sie nicht beabsichtigt hat, zu Hass aufzustacheln und sich nicht bewusst

---

961 Bleich, S. 24–25.

962 Abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/part/3A> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

963 Original: likely.

964 Hate Crime Laws, N 10.122.

965 CPS, Racist and Religious Hate Crime, Kap. Incitement to Racial Hatred – Part III Public Order Act 1986.

gewesen war, dass die Äusserungen bedrohlich, missbräuchlich oder beleidigend waren.[966] Die Bestimmung umfasst sechs Verhaltensweisen:

1. Gebrauch von Worten oder Verhaltensweisen oder das Zeigen von schriftlichem Material
2. Veröffentlichung oder Verbreitung von schriftlichem Material
3. Öffentliche Aufführung eines Theaterstücks
4. Verbreiten, Vorführen oder Abspielen einer Aufzeichnung
5. Ausstrahlung oder Aufnahme einer Sendung in einen Programmdienst
6. Besitz von rassistisch hetzerischem Material[967]

Bei der Aufstachelung zu religiösem Hass oder aus Gründen der sexuellen Orientierung werden dieselben Verhaltensweisen erfasst,[968] aber anders als beim Rassenhass muss die Absicht bestehen, Hass aufgrund der genannten Gründe zu schüren; Leichtfertigkeit (recklessness) reicht nicht aus, und das Verhalten selbst muss bedrohlich sein. Ein ausfallendes oder beleidigendes (abusive or insulting) Verhalten, das darauf abzielt, Hass zu schüren, stellt also keine Straftat dar, ebenso wenig wie die Benutzung von bedrohlichen Worten, wenn es lediglich wahrscheinlich war,[969] Hass zu schüren.[970]

Die Straftat kann (bei allen drei Merkmalen) an einem öffentlichen oder privaten Ort begangen werden, jedoch nicht innerhalb einer Wohnung (dwelling), es sei denn, die beleidigenden Worte und Verhaltensweisen wurden ausserhalb der Wohnung gehört und es habe die Absicht bestanden, dass sie auch ausserhalb gehört werden sollten.[971] Diese Ausnahmeklausel gilt aber nur für die erste beschriebene Verhaltensweise (Gebrauch von Worten und Verhaltensweisen oder das Zeigen von schriftlichem Material) und nicht für die übrigen.[972] Allerdings gab es politische Bestrebungen, die auch die obgenannten Verhaltensweisen und Äusserungen

966 Hate Crime Laws, N 2.111.

967 Hate Crime Laws, N 10.43.

968 Hate Crime Laws, N 10.48.

969 Original: likely.

970 CPS, Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime, Kap. Stirring up hatred on the grounds of sexual orientation.

971 CPS, Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime, Kap. Stirring up hatred on the grounds of sexual orientation.

972 Hate Crime Laws, N 10.44.

innerhalb von Wohnungen unter Strafe stellen wollten.[973] Die weiteren Bestimmungen ermöglichen Massnahmen gegen diejenigen, welche die Verbreitung von hetzerischem Material, insbesondere solchem rassistischer Natur erleichtern.[974]

Im Unterschied zu den Hassdelikten, die üblicherweise ein bestimmbares Opfer haben,[975] stellen die Straftatbestände des Aufstachelns kein Verhalten unter Strafe, das Feindseligkeit oder Hass gegenüber bestimmten Personen zum Ausdruck bringt oder anstiftet. Vielmehr geht es um Verhaltensweisen, die geeignet sind, andere zum Hass gegen ganze Gruppen zu veranlassen. Sie erfordern nicht, dass der Hass tatsächlich geschürt wurde, sondern nur, dass dies beabsichtigt war. Bei der Aufstachelung zu Rassenhass genügt, dass unter den gegebenen Umständen wahrscheinlich war, dass Hass geschürt werde.[976]

Hass wird im POA 1986 nicht definiert. Allgemein wird aber angenommen, dass «Hass»[977] ein stärkerer Begriff ist als «Feindseligkeit»[978] und er sich gegen eine Gruppe richten muss und nicht nur gegen eine Einzelperson.[979] Hass muss sich so äussern, dass dabei die öffentliche Ordnung beeinträchtigt werden kann und die Straftat muss weit über eine Meinungsäusserung oder Beleidigung hinausgehen.[980]

> «Stirring up hatred means more than just causing hatred, and is not the same as stirring up tension.»[981]

Die Straftatbestände in Teil 3A enthalten zudem Meinungsäusserungsfreiheitsklauseln (Sections 29J und 29JA). So wird festgehalten, dass das Gesetz keine Diskussionen, Kritik oder Äusserungen, die Antipathie, Abneigung, Spott, Belei-

---

973 McLaughlin Mark, Hate crime bill: Hate talk in homes «must be prosecuted», in: The Times vom 28. Oktober 2020; <https://www.thetimes.co.uk/article/hate-crime-bill-hate-talk-in-homes-must-be-prosecuted-6bcthrjdc> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Offensive comments made at private dinner tables will not be classed as hate crimes, in: The Telegraph vom 10. Februar 2021, <https://www.telegraph.co.uk/news/2021/02/10/offensive-comments-made-private-dinner-tables-will-not-classed/?ICID=continue_without_subscribing_reg_first> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

974 Hate Crime Laws, N 2.130; vgl. POA 1986, Section 23, 29C – 29G.

975 Hate Crime Laws, N 10.206.

976 Hate Crime Laws, N 2.125–2.126, 2.129.

977 Original: hatred.

978 Original: hostility.

979 Hate Crime Laws, N 2.133–2.134.

980 CPS, Victim, S. 7.

981 CPS, Victim, S. 7.

digung oder Beschimpfungen ausdrücken, verbieten oder beschränken darf, die sich gegen bestimmte Religionen oder gegen Glaubensvorstellungen oder Praktiken der Anhängerschaft richten.[982] Weiter werden die Erörterung oder Kritik sexueller Verhaltensweisen oder die Aufforderung an Personen, solche Verhaltensweisen oder Praktiken zu unterlassen oder zu ändern, nicht als Bedrohung gewertet.[983] Bei der Aufstachelung zu Rassenhass existiert keine solche Klausel. Jährlich gibt es nur sehr wenige strafrechtliche Verfolgungen wegen der Aufstachelung zu Hass aufgrund der drei Merkmale,[984] wobei am meisten Section 18 (Rassenhass) und Section 29B, Variante 1[985] des POA 1986 betroffen sind. Für alle strafrechtlichen Verfolgungen der Aufstachelungsdelikte muss die Generalstaatsanwaltschaft[986] einer solchen zustimmen.[987]

2. Belästigung, Beunruhigung oder Bedrohung

POA 1986 Sections 4, 4A und 5 bestrafen in unterschiedlichen Variationen Belästigung, Beunruhigung oder Bedrohung.[988] Section 4 bestraft denjenigen, der gegenüber einer anderen Person bedrohende, missbräuchliche oder beleidigende Worte, Verhaltensweisen oder sichtbare Darstellungen gebraucht, und zwar in der Absicht, die Person glauben zu lassen, eine Gewaltanwendung stünde unmittelbar bevor.[989] Section 4A bestraft die gleichen Verhaltensweisen (und zusätzlich noch ungebührliches Verhalten), wenn diese in der Absicht, eine Person zu belästigen, zu beunruhigen oder zu bedrängen geschahen und dadurch diese oder eine andere Person belästigt, beunruhigt oder in Bedrängnis gebracht wird.[990] Section 5 erfasst die gleichen Verhaltensweisen wie Section 4A, wobei die Variante der «beleidi-

---

982 CPS, Racist and Religious Hate Crime, Kap. Racial and Religious Hatred Act 2006 – Stirring Up Religious Hatred.

983 CPS, Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime, Kap. Stirring up hatred on the grounds of sexual orientation.

984 Hate Crime Laws, N 10.1.

985 «A person who uses threatening words or behaviour, or displays any written material which is threatening, is guilty of an offence if he intends thereby to stir up religious hatred or hatred on the grounds of sexual orientation».

986 Der Attorney General ist der oberste Rechtsberater der Regierung und Mitglied des Kabinetts.

987 Hate Crime Laws, N 2.145.

988 Kiska, S. 352.

989 POA 1986, Section 4 (1).

990 POA 1986, Section 4A (1).

genden»[991] Tatbegehung 2014 gestrichen worden ist.[992] Eine Absicht ist hier nicht erforderlich und die Belästigung, Bedrängnis oder Beunruhigung muss nur noch eine wahrscheinliche sein.[993] Die strafbaren Handlungen der Sections 4 und 4A richten sich gegen ein spezifisches Opfer und müssen absichtsgetragen sein, während in Section 5 kein spezifisches Opfer und auch keine absichtliche Begehung nötig sind.[994] In allen drei Fällen kann die Begehung sowohl öffentlich als auch privat erfolgen, mit Ausnahme der skizzierten «inside a dwelling»-Klausel. Nicht bestraft wird, wenn das Verhalten angemessen war. Die Beweislast hierfür obliegt der beschuldigten Person. Diese muss auch nachweisen, dass sie sich in einer Wohnung befand und keinen Grund hatte anzunehmen, dass jemand ausserhalb der Wohnung die strafbaren Handlungen mitbekommen hatte.[995] Unklar ist, wie sich der Terminus «reasonable excuse» bezüglich des Verhaltens genau definiert und ob es sich dabei um einen objektiven oder subjektiven Ansatz handelt.[996]

Die Streichung des Wortes «beleidigend» in Section 5 war aufgrund einer Reform-Kampagne unter dem Titel «Feel Free to Insult Me» angestossen worden.[997] Unter Section 5 war es immer wieder zu Verhaftungen und teilweise auch Verurteilungen gekommen. Dies geschah u.a. für Aussagen wie «Religionen sind Märchengeschichten für Erwachsene»; «Homosexualität ist Sünde» in einer polizeilichen (nichtöffentlichen) Befragung; «homosexuelles Verhalten ist unmoralisch»;[998] «Entschuldigung, haben Sie schon bemerkt, dass Ihr Pferd schwul ist?» gegenüber einem berittenen Polizisten; eine Diskussion über Mohammed und Kleidervorschriften für moslemische Frauen; das Abspielen einer DVD mit neutestamentlichen Bibelversen in einem christlichen Café; der Protest gegen Verfolgungen

---

991 Original: insulting.

992 Hate Crime Laws, N 10.81.

993 POA 1986, Section 5 (1).

994 Hate Crime Laws, N 10.83.

995 POA 1986, Section 4A (2), (3); POA 1986, Section 5 (2), (3).

996 Kiska, S. 353.

997 Der Kampagne angehörte u.a. Rowan Atkinson (Mr. Bean) an.

998 Ein älterer Strassenprediger hielt ein Schild mit dieser Aussage hoch. Das verärgerte Passanten und Passantinnen. Sie versuchten, das Schild zu entfernen, andere bewarfen den Strassenprediger mit Wasser und Schmutz. Die Polizei verhaftete nur den Prediger, der später auch verurteilt wurde. Zu einer Verurteilung der tätlich gewordenen Personen kam es hingegen nicht.

von LGBT-Menschen durch islamische Regierungen;[999] albernes Knurren und ein Wuff gegen zwei Labradorhunde; das Hochhalten eines Schildes mit der Aufschrift «Scientology ist keine Religion, sondern eine gefährliche Sekte»; der Protest gegen die Tötung von Robben mittels der Ausstellung von mit roter Lebensmittelfarbe gefärbter Spielzeugrobben.[1000] Zumindest im letzten Fall hätte die «reasonable excuse» offensichtlich greifen müssen.

B. Weitere Bestimmungen

Die meisten strafrechtlichen Verfolgungen wegen Hassrede erfolgen unter anderen Bestimmungen als den im POA 1986 normierten.[1001] Die Bestimmungen betreffen die Kommunikation im Allgemeinen und kriminalisieren bestimmte Formen von beleidigenden oder grob anstössigen Äusserungen und Inhalten. Diese Straftaten sind nicht auf den Ausdruck von Feindseligkeit oder Hass gegenüber bestimmten Gruppen beschränkt, werden aber häufig in diesem Zusammenhang strafrechtlich verfolgt.[1002] Sie haben, anders als die Aufstachelungs-Delikte, eine weniger hohe Strafbarkeitsschwelle und es erfolgen deshalb deutlich häufiger strafrechtliche Verfolgungen.[1003]

1. Football (Offences) Act 1991 (FOA 1991)

Der Football (Offences) Act 1991 stellt Gesänge/Sprechchöre unanständiger oder rassistischer Natur bei Fussballspielen unter Strafe. Dabei ist nicht jedes beliebige Fussballspiel gemeint, sondern nur designierte.[1004] Das inkludiert derzeit Spiele, an denen ein Verein beteiligt ist, der Mitglied in der Football League, der FA Premier League, der National League, der Welsh Premier League oder der Scottish Professional Football League ist.[1005] «Gesänge» wird definiert als «the repeated

---

999 Die LGBT-Gruppe hatte gegen eine Kundgebung der fundamentalistischen moslemischen Gruppe Hizb ut-Tahrir protestiert, die zur Tötung von Homosexuellen, Abgefallenen, Juden und unkeuschen Frauen aufrief.

1000 Reform Section 5 campaign, <http://reformsection5.org.uk/#?sl=3> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1001 Hate Crime Laws, N 10.2.

1002 Hate Crime Laws, N 1.10.

1003 Hate Crime Laws, N 5.326.

1004 FOA 1991, Section 1.

1005 Hate Crime Laws, N 2.89.

uttering of any words or sounds»,[1006] ein einzelner rassistischer Ausruf genügt deshalb nicht, wohl aber eine Wiederholung eines solchen. Die Nachahmung von Affengeräuschen gilt bereits als Wiederholung und ist deshalb vom Straftatbestand miterfasst.[1007] «Rassistischer Natur» bedeutet «consisting of or including matter which is threatening, abusive or insulting to a person by reason of his colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins».[1008]«Unanständig»[1009] wird im Gesetz nicht weiter definiert,[1010] was aber offenbar nicht als problematisch angesehen wird.[1011] Unerheblich ist, ob die betroffene Person anwesend ist oder die Worte gehört hat. Es reicht aus, dass die benutzten Worte rassistisch herabsetzend oder beleidigend sind.[1012] Bestraft wird, wer eine rassistisch herabwürdigende Beschimpfung gegen eine Person aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, Nationalität, ethnische oder nationale Abstammung richtet.[1013]

Interessanterweise stellt diese Spezialbestimmung für Fussballspiele auch für die Gegnerschaft von Hassredegesetzen eine legitime Ausnahme dar. England ist bekannt für seine Probleme mit Hooliganismus und hat deshalb auch weitere Spezialbestimmungen in Bezug auf Fussballspiele erlassen.[1014] Obwohl eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit anerkannt wird, wurden die negativen Folgen solcher En-masse-Gesänge an einem öffentlichen Ort als gravierend angesehen; sie seien deshalb nicht mit der freien Rede im Allgemeinen vergleichbar.[1015] Das Wort «rassistisch» hat hier eine andere Bedeutung als in den übrigen Bestimmungen, die den Terminus «rassistisch» verwenden. Obwohl sich der Tatbestand nicht explizit dazu äussert, ob er sich auf einen Sachverhalt erstreckt, bei dem eine Person wegen einer vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer Rasse oder wegen einer Verbindung zu einer Person, die als Mitglied einer rassischen Gruppe (oder als solches wahrgenommen wird) Feindseligkeit erlebt,[1016] wird aufgrund der Rechtsprechung angenommen, dass der Tatbestand auch rassistische Sprech-

1006 FOA 1991, Section 3.

1007 Hate Crime Laws, N 11.8.

1008 FOA 1991, Section 3.

1009 Original: indecent.

1010 Vgl. Hate Crime Laws, N 2.88–2.92.

1011 Vgl. Hate Crime Laws, N. 11.14–11.22.

1012 Hate Crime Laws, N 11.11.

1013 Hate Crime Laws, N 11.23.

1014 Hate Crime Laws, N 11.15–11.16.

1015 Hate Crime Laws, N 11.17.

1016 Hate Crime Laws, N 11.23.

chöre erfasst, die auf die Assoziation mit einer rassischen Gruppe und auf die mutmassliche Zugehörigkeit zu einer «rassischen Gruppe» abzielen.[1017] So wurde der Sprechgesang «you're just a town full of Pakis», der sich gegen die Fans von Oldham Athletic gerichtet hatte, als strafbarer rassistischer Sprechgesang beurteilt. Dies, obwohl sich auf dem Feld oder im Publikum keine Pakistani befunden haben.[1018]

Es wurde deshalb von der Law Commission empfohlen, die Bestimmung ohne Änderungen beizubehalten und nicht auf weitere Merkmale auszudehnen. Homophobe und andere Formen von diskriminierenden Gesängen sowie rassistische Gesten seien bereits durch andere Bestimmungen abgedeckt.[1019]

2. Communications Act 2003

Section 127 (1) des Communications Act 2003 (CA 2003) bestraft die unangemessene Nutzung von öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetzen. Kriminalisiert werden Botschaften, die «grossly offensive or of an indecent, obscene or menacing character»[1020] sind.

Die beschuldigte Person muss lediglich die Absicht haben, den Inhalt zu senden, nicht aber, dass die gesendete Botschaft grob beleidigend, unanständig, obszön oder bedrohlich ist oder dass damit ein bestimmter Zweck erreicht wird.[1021] Der Tatbestand kriminalisiert damit im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts kontextlos und ohne auf den potenziellen Schaden Bezug zu nehmen.

Im Jahr 2016 wurden über 3000 Personen wegen derartiger Kommentare festgehalten und von der Polizei befragt, selbst dann, wenn es sich eindeutig um einen Witz gehandelt hat.[1022] In den Jahren 2017–2023 wurde jährlich jeweils gegen

---

1017 Hate Crime Laws, N 11.27–11.28.

1018 DPP v Stoke on Trent Magistrates Court [2003] EWHC 1593 (Admin).

1019 Hate Crime Laws, N 11.68–11.69.

1020 CA 2003, Section 127 (1) (a).

1021 Modernising Communications Offences, N 1.36.

1022 Doyle, S. 89; Bowcott Owen, Twitter joke trial: Paul Chambers wins high court appeal against conviction, in: The Guardian vom 27. Juli 2012, <https://www.theguardian.com/law/2012/jul/27/twitter-joke-trial-high-court> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Parker Charlie, Police arresting nine people a day in fight against web trolls, in: The Times vom 12. Oktober 2017, <https://www.thetimes.co.uk/article/police-arresting-nine-people-a-day-in-fight-against-web-trolls-b8nkpgp2d> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

(teilweise weit) über 1000 Personen ein Verfahren eingeleitet und bei ca. 85 % der Verfahren kam es zu einer Verurteilung.[1023] Vom geltenden Recht erfasst werden Botschaften, die via öffentliche elektronische Kommunikationsnetzwerke gesendet werden (wie Twitter [neu: X], YouTube, Facebook etc.). Nicht erfasst sind andere Kommunikationsformen wie Bluetooth, AirDrop oder Intranets.[1024]

Section 127 (2) bestraft das Verhalten einer Person, die in der Absicht, eine andere Person zu belästigen, ihr Unannehmlichkeiten zu bereiten oder sie unnötig zu beunruhigen, (a) über ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz eine Nachricht sendet, von der sie weiss, dass sie falsch ist, (b) die Versendung einer solchen Nachricht veranlasst; oder (c) beharrlich ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz nutzt. Es ist demgemäss strafbar, jemandem absichtlich Unannehmlichkeiten mittels Online-Kommentaren zu bereiten.

Kate Scottow wurde 2018 von der Polizei in ihrem Zuhause und vor ihren beiden Kindern (10-jährig und 20 Monate) verhaftet und für sieben Stunden in eine Zelle gesperrt (obwohl sie ihr Kleinkind noch stillte), bevor sie befragt wurde. Sie hatte auf Twitter (neu: X) die Transfrau Stephanie Hayden als «pig in a wig» und «Rassisten»[1025] bezeichnet und wiederholt das Pronomen «er/ihm» verwendet.[1026] Erstinstanzlich wurde sie unter dem CA 2003 Section 127 (2) (c) für schuldig befunden, weil sie ein öffentliches Kommunikationsnetz benutzt habe, um Belästigung, Unannehmlichkeiten und Ängste zu verursachen. Es wurde aber keine Strafe verhängt (unter der Bedingung, dass sie zwei Jahre keine weitere Straftat begehen werde (conditional discharge).[1027] Als Begründung für die Verurteilung wurde angeführt, dass «mis-gendering, referring to Ms Hayden as ‹he› and references to ‹you people› and ‹pig in a wig› clearly take any comment away from general debate, personalising the comment and rendering it simply unkind and abusive

---

[1023] UK, data tool.

[1024] Modernising Communications Offences, N 2.16.

[1025] Kate Scottow hat damit auf einen Tweet von Stephanie Hayden geantwortet, der besagte, «You know not so long ago people like you had no civil rights! Yet you…», Scottow hatte angenommen, dass sich der Tweet gegen eine schwarze Person gerichtet hatte, vgl. Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 7 (1).

[1026] Thomas Kim, I stand with Kate Scottow, in: The Spectator vom 14. Februar 2020, <https://www.spectator.co.uk/article/i-stand-with-kate-scottow> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1027] Wakefield Lily, Kate Scottow found guilty of targeting trans woman with online abuse, in: PinkNews vom 14. Februar 2020, <https://www.pinknews.co.uk/2020/02/14/kate-scottow-stephanie-hayden-guilty-trans-woman-online-abuse-twitter-st-albans-hertfordshire/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[…]»[1028] und dass es sich bei Kate Scottows Kommentaren um rein persönliche gegen Stephanie Hayden gerichtete Bemerkungen gehandelt habe, die der Alltagsregel widersprechen würden, die Erwachsene den Kindern beibrächten, «to be kind to each other and not call each other names».[1029] Scottow legte Berufung ein und wurde anschliessend freigesprochen, da eine strafrechtliche Verfolgung aufgrund der gemachten Kommentare in einer demokratischen Gesellschaft unnötig seien[1030] und eine Verurteilung zu einer seltsamen Anomalie führen würde

> «under which a repeated message whose contents are intended to annoy, but which are not grossly offensive, menacing, indecent or obscene, nor known to be false, would be criminal if sent in a tweet or otherwise placed on an electronic network but not if conveyed orally or in print».[1031]

3. Malicious Communications Act 1988

Weiter gibt es den Malicious Communications Act 1988 (MCA 1988), der in Section 1 das Versenden von Briefen usw. in der Absicht, Angst und Schrecken zu verbreiten, kriminalisiert. Hier werden Botschaften unter Strafe gestellt, die Drohungen enthalten oder «indecent or grossly offensive»[1032] sind. Erfasst werden aber nur Botschaften, die absichtlich an eine andere bestimmte Person gesandt wurden, was beispielsweise allgemeine Tweets oder Kommentare unter Zeitungsartikeln, die sich an keine bestimmte Person richten, ausschliesst.[1033] Abgedeckt werden sowohl elektronische wie auch nicht-elektronische Kommunikationsformen (z.B. Briefe, Artikel etc.).[1034] Die Straftat erfordert den Nachweis, dass die beschuldigte Person die Absicht hatte, Beunruhigung oder Bedrängnis zu verursachen. Insofern gleicht sie dem englischen Tatbestand der Belästigung (harassement). Die Belästigung erfordert allerdings für deren Erfüllung mehrere Tathandlungen, während der Straftatbestand nach MCA 1988 mit der Übermittlung einer einzigen Nachricht erfüllt ist. Die Absicht, einen Schaden zu verursachen, muss hier ebenso wenig wie beim CA 2003 Section 127 bestehen.[1035] Ebenso wenig braucht es den

---

1028 Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 19.

1029 Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 19.

1030 Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 46.

1031 Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 53.

1032 MCA 1988, Section 1 (1) (a) (i).

1033 Modernising Communications Offences, N 1.4, 2.252.

1034 Modernising Communications Offences, N 2.252.

1035 Modernising Communications Offences, N 1.34, 1.36.

Nachweis, dass ein Schaden eingetreten oder überhaupt wahrscheinlich war.[1036] Zu den Definitionen der Begrifflichkeiten kann auf die obigen Ausführungen zum CA 2003 verwiesen werden, insbesondere was «indecent or grossly offensive» betrifft.

4. Online Safety Act 2023

Beim Online Safety Act handelt es sich um ein im Oktober 2023 vom Parlament verabschiedetes Gesetz, das die Nutzung des Internets betrifft. Damit wird das VK «der sicherste Ort der Welt, um online zu gehen.» Grundsätzlich heisst das, dass Dinge, die offline problemlos gesagt und geschrieben werden können, online verboten würden und die Plattformbetreibenden bei Nichtentfernung von schädlichen Inhalten hohe Bussen zahlen oder sogar mit einer Haftstrafe rechnen.[1037]

Ziel des Gesetzes ist der Schutz von Kindern vor schädlichen Inhalten im Internet. Vorgesehen sind neue Regeln für Unternehmen, die nutzergenerierte Inhalte hosten, d.h. die es Nutzenden ermöglichen, eigene Inhalte online zu stellen oder miteinander zu interagieren. Damit sind nicht nur grosse Online-Dienste, sondern auch zahlreiche kleinere und nicht-kommerzielle Anbieter betroffen, wie z.B. Wikipedia. Gleiches gilt für Suchmaschinen, denen Pflichten auferlegt werden, wie die Darstellung schädlicher Suchergebnisse für Nutzende zu minimieren. Alle Plattformen, die in den Geltungsbereich der Verordnung fallen, müssen gegen illegales Online-Material vorgehen und dieses entfernen. Insbesondere betrifft das Material, das sich auf sexuelle Ausbeutung und Missbrauch von Kindern, kontrollierendes oder zwanghaftes Verhalten, extreme sexuelle Gewalt, Betrug, Hassverbrechen, Anstiftung oder Aufreizung zur Gewalt, illegale Einwanderung und Menschenschmuggel, Anleitungen zu Suizid oder Selbstschädigung, Rache-Pornografie, illegalen Drogen- und Waffenhandel sowie Terrorismus bezieht. Die grössten und risikoreichsten Plattformen hätten sich ausserdem ursprünglich mit bestimmten Kategorien von legalen, aber schädlichen Inhalten befassen und diese entfernen müssen. Diese Massnahme wurde aus dem Gesetzesentwurf aufgrund

---

[1036] Modernising Communications Offences, N 2.51, 2.98.

[1037] Young Tobi, Why I fear this censors' charter, in: The Critic vom Juni 2022, <https://thecritic.co.uk/issues/june-2022/why-i-fear-this-censors-charter/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; GOV.UK, Department for Science, Innovation and Technology and Department for Digital, Culture, Media & Sport, Press Release, Britain makes internet safer, as Online Safety Bill finished and ready to become law vom 19. September 2023, <https://www.gov.uk/government/news/britain-makes-internet-safer-as-online-safety-bill-finished-and-ready-to-become-law> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

starker Kritik gestrichen und stattdessen die Verpflichtung eingeführt, Systeme einzuführen, die es Nutzenden ermöglichen, schädliche Inhalte besser herauszufiltern. Bei Kindern ist zudem eine strengere Alterskontrolle vorgesehen, die verhindern soll, dass Minderjährige mit pornografischen Inhalten in Berührung kommen sowie dass Unter-13-Jährige sich auf Plattformen der sozialen Medien aufhalten.

Vorgesehen ist ebenfalls eine Chatkontrolle, also eine automatische Durchleuchtung aller Chatnachrichten. Bei Versäumnissen müssten sich die Plattformen vor der Regulierungsbehörde verantworten und hätten mit Geldbussen von bis zu zehn Prozent ihrer Einnahmen oder in den schwerwiegendsten Fällen mit einer Sperrung rechnen. Dieses Vorhaben soll zwar vorerst nicht umgesetzt werden, wurde aber nicht aus dem Gesetzesentwurf gestrichen. Das Gesetz erfährt nicht wenig Kritik, weil es viele Details nach wie vor ungeklärt gelassen habe. Befürchtet werden zudem der Entzug der Privatsphäre, die Untergrabung der Meinungsäusserungsfreiheit und der Verlust von Sicherheit der Nutzenden. Einige Plattformen ziehen deshalb in Betracht, sich aus dem VK zurückzuziehen.[1038] Zudem hat es sich bis jetzt nicht als ein besonderes effektives Instrument erwiese, um etwa gegen Falschinformationen vorzugehen. Forderungen nach weiteren Verschärfungen wurden deshalb ebenfalls laut. Kurzum: Nur wenige Zeit nach dessen Inkrafttreten werden bereits Gesetzesreformen des Act gefordert.[1039]

[1038] GOV.UK, Department for Science, Innovation and Technology and Department for Digital, Culture, Media & Sport, Policy paper, Online Safety Bill: supporting documents, vom 17. März 2022, zuletzt bearbeitet am 18. Januar 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-bill-supporting-documents#full-publication-update-history> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Rudl Thomas, Britisches Parlament beschließt Online Safety Bill, in: netzpolitik.org vom 20. September 2023, <https://netzpolitik.org/2023/kindersicherung-fuers-internet-britisches-parlament-beschliesst-online-safety-bill/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; GOV.UK, Department for Science, Innovation and Technology and Department for Digital, Culture, Media & Sport, A guide to the Online Safety Bill vom 16. Dezember 2022, <https://www.gov.uk/guidance/a-guide-to-the-online-safety-bill#types-of-content-that-will-be-tackled> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1039] Online safety act powerless to stop misinformation spread across social media sites, in: CARE vom 14. August 2024, <https://care.org.uk/news/2024/08/online-safety-act-powerless-to-stop-misinformation-spread-across-social-media-sites> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

II. Sentencing Act (SA) 2020 und Crime and Disorder Act (CDA) 1998

Im nachfolgenden Abschnitt geht es nicht direkt um Hassrede, sondern um Hassdelikte. Da die Bestimmungen aber mit den kontinentaleuropäischen Strafschärfungsklauseln vergleichbar sind, werden sie einbezogen. Für Hassdelikte gibt es gesetzliche Bestimmungen, die diese schwerer bestrafen als gleichartige Delikte ohne Hasshintergrund. Wie auch bei Hassreden gibt es unterschiedliche Definitionen für Hassdelikte. So unterscheidet sich im VK die gesetzliche Definition, wann etwas unter ein «hate crime» fällt (und dafür einen objektiven Beweis der Feindseligkeit verlangt), von der Definition, welche die Staatsanwaltschaft benutzt, um (mögliche) Hassdelikte als solche zu erfassen. Im letzteren Fall wird kein objektiver Beweis verlangt, sondern die Qualifikation als Hassdelikt basiert rein auf der subjektiven Vorstellung des «Opfers».[1040]

> «Any criminal offence which is perceived by the victim or any other person, to be motivated by hostility or prejudice, based on a person's disability or perceived disability; race or perceived race; or religion or perceived religion; or sexual orientation or perceived sexual orientation or a person who is transgender or perceived to be transgender.»[1041]

Gesetzliche Bestimmungen zu Hassdelikten finden sich im Sentencing Act (SA) 2020 und im Crime and Disorder Act (CDA) 1998: Section 66 des Sentencing Act (SA) 2020 wird angewandt, wenn die Täterschaft unmittelbar vor, während oder nach der Straftat religiöse oder rassistische Feindseligkeit oder Feindseligkeit im Zusammenhang mit einer Behinderung, der sexuellen Ausrichtung oder Transgender-Identität gezeigt hat oder diese Feindseligkeit ein Motiv für die Straftat war. Das Gericht wird durch das Gesetz verpflichtet, bei solchen Straftaten diese Feindseligkeit bei der Strafzumessung als Strafschärfungsgrund zu beachten, allerdings stellt sie nur einen von mehreren Faktoren dar, die es zu berücksichtigen gilt.

Der Crime and Disorder Act (CDA) 1998 (Sections 28–32) führte die spezifischen Straftatbestände der (nur) rassistisch oder religiös motivierten Körperverletzung, Sachbeschädigung, Verletzung der öffentlichen Ordnung und Belästigung ein. Diese Straftaten sind mit einer höheren Höchststrafe bedroht als die entsprechenden nicht erschwerten Straftaten. Die Liste der aufgezählten Straftaten ist abschliessend. Die Straftaten wurden deshalb in die Liste aufgenommen, weil sie

---

[1040] Hate Crime Laws, N 1.7.

[1041] Hate Crime Laws, N 1.7.

am ehesten mit rassistischen Feindseligkeiten im Zusammenhang stehen. Werden rassistische oder religiöse Feindseligkeit bei einer Straftat festgestellt, die nicht auf dieser Liste steht, wird die Feindseligkeit im Rahmen einer Strafschärfung des Sentencing Act berücksichtigt.[1042] In beiden Fällen (SA und CDA 1998) braucht es einen Nachweis der Feindseligkeit, der von der Strafbehörde erbracht werden muss.[1043] Ob Feindseligkeit besteht, wird anhand zweier (alternativer) Tests gemessen: Beim Demonstrationstest ist der Nachweis der Feindseligkeit dann erfüllt, wenn Feindseligkeit vor, während oder nach der Tat demonstriert worden ist, das heisst im Zusammenhang mit der Straftat zum Ausdruck gebracht worden ist, wobei in diesem Fall die Motivation der Täterschaft nicht ausschlaggebend ist. [1044] Beim Motivationstest war die Straftat durch Feindseligkeit gegenüber der Zugehörigkeit des Opfers (oder der mutmasslichen Zugehörigkeit) zu einer geschützten Gruppe motiviert.[1045] Ein bemerkenswerter Unterschied zwischen dem Demonstrations- und dem Motivationsmerkmal ist, dass das erstere die Identifizierung eines Opfers erfordert.[1046] Beim Opfer der Straftat muss es sich um dieselbe Person handeln, gegen die sich die Feindseligkeit richtet (wobei der Wortlaut im SA dies nicht gleichermassen deutlich macht, wie der CDA 1988, die Gerichte ihn aber offenbar trotzdem so auslegen).[1047] Das Motivationsmerkmal erfordert keine solch ausdrückliche Verbindung, d.h. die Straftat kann durch Feindseligkeit gegenüber Mitgliedern einer geschützten Gruppe im Allgemeinen motiviert sein, wobei es keine Rolle spielt, ob das Opfer der Straftat tatsächlich zu dieser Gruppe gehört oder nicht.[1048]

Feindseligkeit wird im Gesetz selbst nicht definiert. Den Strafverfolgungsbehörden wird deshalb empfohlen, sich auf die üblichen Definitionen des Wörterbuchs zu stützen, zu denen Übelwollen (ill-will), böses Blut (ill-feeling), Bosheit (spite), Vorurteile (prejudice), Unfreundlichkeit (unfriendliness), Antagonismus (antagonism), Missgunst (resentment) und Abneigung (dislike) gehören.

1042 Hate Crime Laws, N 2.13.

1043 Hate Crime Laws, N 9.2, 2.14, 2.61; allerdings unter verschiedenen Voraussetzungen; siehe Hate Crime Laws, N 2.60–2.61.

1044 Hate Crime Laws, N 2.14, 2.18, 2.51, 9.7, 9.16.

1045 Hate Crime Laws, N 9.2.

1046 Hate Crime Laws, N 9.12.

1047 Hate Crime Laws, N 9.18.

1048 Hate Crime Laws, N. 9.12. Dies gilt nicht uneingeschränkt beim SA bzw. es besteht Unklarheit darüber, ob dies auch für die Zugehörigkeit zu LGBT+ und Menschen mit Behinderung gilt (N 9.17).

Es gibt vier Hauptunterschiede zwischen dem SA und dem CDA 1998:

1. Der CDA 1998 bezieht sich nur auf die Merkmale Rasse und Religion, während der SA sich auch auf drei weitere Merkmale (sexuelle Orientierung, Transgender-Identität und Behinderung) bezieht.
2. Der CDA 1998 erhöht die Maximalstrafe des Grunddelikts (es ist also eine höhere Strafe möglich als die vorgesehene Höchststrafe des Grunddelikts), während der SA die Strafe innerhalb des normalen Strafrahmens erhöht.
3. Das «erschwerende Element» beim CDA 1998 stellt ein Tatbestandselement dar, während die Feindseligkeit des SA bei der Strafzumessung berücksichtigt wird. Das hat auch Auswirkungen darauf, wer darüber entscheidet (Jury oder Richter).
4. Beim CDA 1998 ist das erschwerende Element Teil der Bezeichnung der Straftat (d.h. das Delikt heisst z.B. «racially or religiously aggravated harassement»). Vor 2021 wurden nur religiöse und rassistische Hassdelikte nach CDA 1998 im Strafregister vermerkt, neu erscheinen auch die wegen des SA erhöhten Straftaten im Strafregisterauszug.[1049]

III. Non-Crime Hate Incidents

Bei «non-crime hate incidents» (nicht-kriminellen Hassvorfällen) handelt es sich um beleidigende Reden oder Handlungen, die kein Delikt darstellen, aber trotzdem von der Polizei untersucht werden. Sie werden nicht nur untersucht, sondern auch registriert und erscheinen bei der Suche des Disclosure and Barring Service,[1050] die die Arbeitgeberseite bei manchen Anstellungen zwingend durchführen muss.[1051] Personen werden wegen solcher Hassvorfälle kriminalisiert, aber die Aufnahme dieser Vorfälle soll der Polizei helfen, «to build an intelligence picture regarding community tensions and the risks of incidents escalating into hate crimes».[1052]

[1049] Hate Crime Laws, N 8.16.

[1050] Behörde, die eine Art Strafregisterauszug ausstellt.

[1051] Doyle, S. 88. So z.B. bei Lehrpersonen, Sozialarbeitenden, Gesundheitspersonal etc.

[1052] MQT vom 20. Januar 2022, Question by Neil Garratt, Ref.: 2022/0162, <https://www.london.gov.uk/who-we-are/what-london-assembly-does/questions-mayor/find-an-answer/non-crime-hate-incidents-1-0> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Definiert wird der Vorfall als

> «any non-crime incident which is perceived by the victim or any other person to be motivated by hostility or prejudice based on a person's a person's race or perceived race, or person's religion or perceived religion, or a person's sexual orientation or perceived sexual orientation, or a person's disability or perceived disability, or a person who is transgender or perceived to be transgender».[1053]

Es ist auch möglich, dass die Polizei einen nicht-kriminellen Hassvorfall als solchen identifiziert, selbst wenn das «Opfer» oder Zeugen den Vorfall nicht als solchen erkannt haben.[1054] Falls eine Person glaubt, sie sei zu Unrecht oder falsch rapportiert worden, so kann sie sich direkt bei der Polizei melden, die den Bericht anpassen kann. Der Name wird zwar weiterhin auf dem Bericht erscheinen, aber der Status der Person wird klar dokumentiert sein (z.B. dass es sich nicht um eine verdächtige Person handelt).[1055]

Im Fall *Harry Miller* ging es um diverse Tweets, die Transgender-Menschen bzw. den Gender Recognition Act 2004 betrafen.[1056] Insgesamt waren es 31 Tweets,[1057] einer davon war ein Re-Tweet einer feministischen Sängerin,[1058] der besagte:

> «Your breasts are made of silicone/ your vagina goes nowhere/ And we can tell the difference/ Even when you are not there/ Your hormones are synthetic/ And let's just cross this bridge/ What you have, you stupid man/ Is male privilege».[1059]

Harry Miller wehrte sich vor allem gegen die Annahme, dass Transgender-Frauen Frauen seien, diese blieben – so Miller – biologische Männer. Er zeigte sich insbesondere besorgt darüber, dass solche «selbsternannten Frauen» einfacher in geschlechtergetrennte Räumlichkeiten, die nur für Frauen sind, eindringen könn-

---

1053 West Yorkshire Police, Hate Crime/Hate Incidents, <https://www.westyorkshire.police.uk/advice/abuse-anti-social-behaviour/hate-crime/hate-crime#whatis> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1054 MQT vom 20. Januar 2022, Question by Neil Garratt, Ref.: 2022/0162, <https://www.london.gov.uk/who-we-are/what-london-assembly-does/questions-mayor/find-an-answer/non-crime-hate-incidents-1-0> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1055 MQT vom 9. September 2021, Question by Neil Garratt, Ref.: 2021/3734, <https://www.london.gov.uk/who-we-are/what-london-assembly-does/questions-mayor/find-an-answer/non-crime-hate-incidents-2> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1056 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 2.i.

1057 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 38.

1058 Ali Bee.

1059 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 41.

ten, wie z.B. in Frauengefängnisse.[1060] Eine Drittpartei erstattete Anzeige bei der Polizei, weil sie die Aussagen als beleidigend empfand.[1061] Die Polizei rapportierte den Vorfall als nicht-kriminellen Hassvorfall und erstellte diverse Polizeiberichte, in denen die Drittpartei als «Opfer» und Harry Miller als «Verdächtiger» bezeichnet wurden. Es wurde u.a. auch festgehalten, dass der «Verdächtige» transphobe Kommentare auf Twitter (neu: X) gepostet hat, die eine Beleidigung darstellen und Hass auf die Transgender-Gemeinschaft zeigen.[1062] Zusätzlich wurde der Fall einem Ermittlungsbeamten zugewiesen, der Miller zuerst an seinem Arbeitsplatz aufsuchte und anschliessend telefonisch kontaktierte und ihm mitteilte, dass er wegen seiner Tweets rapportiert und der Vorfall als «non-crime hate incident» vermerkt worden sei. Weiter empfahl er ihm, keine weiteren derartigen Tweets mehr zu veröffentlichen, obwohl keiner der Tweets strafrechtlich relevant war. Auf die Frage von Harry Miller, weshalb der Beamte dann seine Zeit mit ihm verschwende, antwortete dieser: «I need to check your thinking.»[1063] Abgesehen vom Re-Tweet war Miller nicht mitgeteilt worden, welche weiteren Tweets genau beleidigend waren und auch nicht, wer sich beschwert hatte.[1064]

Bis zu diesem Zeitpunkt lauteten die Richtlinien der Polizei über die Handhabe mit nicht-kriminellen Hassvorfällen, dass diese zwingend als solche verzeichnet werden müssen «irrespective of whether there is any evidence to identify the hate element»[1065] und weiter

> «[f]or recording purposes, the perception of the victim, or any other person […] is the defining factor in determining whether an incident is a hate incident, or recognising the hostility element of a hate crime. The victim does not have to justify or provide evidence of their belief, and police officers and staff should not directly challenge this perception. Evidence of hostility is not required for an incident or crime to be recorded as a hate crime or hate incident.»[1066]

1060 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 33–34.

1061 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 40.

1062 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 42.

1063 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 43.

1064 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 43.

1065 College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, S. 61.

1066 College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, S. 5. (Hier zeigen sich im Übrigen noch einmal die in Teil 3, Kap. 2 II erwähnten unterschiedlichen Kriterien, wann etwas als Hassdelikt aufgenommen werden soll).

Falls der Sachverhalt keine Straftat erkennen lässt, das «Opfer» den Vorfall jedoch dennoch als Hassdelikt wahrgenommen hat, soll der Vorfall als nicht-krimineller Hassvorfall erfasst werden.[1067]

Harry Miller reichte anschliessend eine förmliche Beschwerde beim Polizeidepartement ein, die abgewiesen wurde, da die Polizei den offiziellen Richtlinien gefolgt sei und es darum gehe, zu verhindern, dass Hassvorfälle eskalierten. Harry Miller wurde zwar nicht verboten, sich zur öffentlichen Debatte um das Thema Transgender zu äussern, aber gefragt, weshalb er es überhaupt tun wolle, wenn er doch wisse, dass dies andere in der Gesellschaft verärgere. Er und seine Familie mussten kurzzeitig auch ihr Heim verlassen, weil sie von Dritten wegen des Vorfalls bedroht worden waren.[1068]

Harry Miller verlangte schliesslich eine gerichtliche Überprüfung, weil die Richtlinien ungesetzlich und nicht vereinbar mit Art. 10 EMRK seien.[1069] Das Gericht entschied, dass die Kombination der verschiedenen Handlungen durch die Polizei, namentlich der Eintrag der 31 Tweets als Hassvorfälle, die Kontaktierung des Ermittlungsbeamten sowie die Warnungen des Polizeidepartements vor einer möglichen künftigen Strafverfolgung – sollten die Vorfälle eskalieren – rechtswidrig in sein Recht auf freie Meinungsäusserung eingegriffen hätten. Weiter wies das Gericht die Polizei an, dass dem Eintrag der Hassvorfälle von Miller die erlassene Feststellungsverfügung beigefügt werde. Es hielt aber fest, dass der reine Eintrag der Vorfälle die Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK nicht verletze. Der Eintrag der Vorfälle blieb deshalb bestehen.[1070] Miller legte Berufung gegen diesen Entscheid ein.

Im Berufungsurteil wurde u.a. festgehalten, dass ein Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit nicht in jedem Fall eine gesetzliche Grundlage brauche und die Richtlinien deshalb nicht ungesetzlich seien.[1071] Auch ein rein subjektiv wahrnehmungsbasierter Eintrag würde nicht bedeuten, dass die Kriterien der Vorhersehbarkeit nicht erfüllt seien. Es liege in der Natur der Sache, dass – wenn das Hauptkriterium für den Eintrag eines Vorfalls in der subjektiven Wahrnehmung des «Opfers» oder einer Drittpartei liege – diese allenfalls von der objektiven Rea-

[1067] College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, S. 5.

[1068] Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 44–46.

[1069] Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 47.

[1070] Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 50–51.

[1071] Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 53, 56.

lität abweiche. Die Richtlinien führten klar aus, dass es keinen Beweis für Feindseligkeit brauche, der Bezugspunkt sei die Wahrnehmung.[1072]

Hingegen stellte das Berufungsgericht fest, dass der Eintrag eines Hassvorfalls einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit darstelle und einen «chilling effect» habe, vor allem auch weil der Eintrag eines solchen Vorfalls, der bei der Bewerbung von bestimmten Berufen offengelegt werde bzw. bei denen die Offenlegung eingefordert werden müsse, eine nachteilige Konsequenz darstelle.[1073] Weiter wurde festgehalten, dass die Richtlinien, so wie sie formuliert waren, eine Verletzung von Art. 10 EMRK darstellten[1074] und unverhältnismässiges Vorgehen der Polizei begünstigten, da keine Anhaltspunkte ersichtlich seien, wie mit irrationalen Anzeigen umzugehen sei bzw. dass diese nicht aufgenommen werden sollten.[1075] Das Urteil endet mit dem Fazit:

> «That is not to say that perception-based recording of non-crime incidents is per se unlawful, but that some additional safeguards should be put in place so that the incursion into freedom of expression is no more than is strictly necessary.»[1076]

Nach dem Vorfall wurden die Richtlinien überarbeitet und angepasst. Gleichgeblieben ist, dass die Aufnahme eines nicht-kriminellen Hassvorfalls vollständig von der rein subjektiven Wahrnehmung des «Opfers» abhängt. Geändert hat sich aber, dass die Polizei dazu angehalten wird, nicht unverhältnismässig auf Berichte zu nicht-kriminellen Hassvorfällen zu reagieren[1077] und Vorfälle, die trivial seien und klar keine Feindseligkeit aufwiesen, nicht aufzunehmen.[1078]

Obwohl Harry Miller teilweise Recht bekam, bleibt das Konzept der nicht-kriminellen Hassvorfälle weiter bestehen und auch die Tatsache, dass der einzig relevante Faktor die rein subjektive Wahrnehmung des «Opfers» oder Dritter ist.[1079] Da es aber schon ausreicht, dass das Opfer etwas als Feindseligkeit wahr-

---

1072 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 86–87.

1073 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 67, 70, 76.

1074 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 106.

1075 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 117.

1076 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 122.

1077 Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 12.

1078 College of Policing, Responding to hate, Kap. Recording non-crime incidents perceived by the reporting person to be motivated by hostility.

1079 King Adam, «Non-crime hate incidents» aren't gone yet, in: The Post vom 22. Dezember 2021, <https://unherd.com/thepost/non-crime-hate-incidents-arent-gone-yet/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

nimmt und Feindseligkeit gemäss der vorgeschlagenen Duden-Definition auch Unfreundlichkeit einschliesst, ist die Schwelle sehr niedrig. Nach wie vor braucht es ausserdem keine Beweise für die behauptete Feindseligkeit. Es spielt weder eine Rolle, ob eine Viktimisierung überhaupt stattgefunden hat, noch ob es vernünftig ist, dass sich das «Opfer» als solches fühlt.[1080] Wenn das «Opfer» etwas als Hass wahrnimmt, so gilt es als Hass.[1081] Es sei an dieser Stelle noch einmal erinnert, dass diese als Hassvorfälle erfassten Äusserungen unter keine Strafnorm fallen. Das heisst, alle derart erfassten Äusserungen sind vor dem Gesetz völlig legal.

IV. Offizielle Kritik am bestehenden System und Verbesserungsvorschläge

Die (ursprünglich vom Parlament eingesetzte) Law Commission von England und Wales hat Ende 2021 sowohl einen umfassenden[1082] Bericht über Hassdelikte im VK als auch einen Bericht über die Online-Kommunikation und deren Kriminalisierung verfasst und neben der Erfassung des bestehenden Systems eine Reihe von Verbesserungsvorschlägen angebracht. Im Folgenden werden hauptsächlich diejenigen Punkte herausgegriffen, die auch für das Schweizer Strafrechtssystem von besonderer Relevanz sein könnten.

Vor der Klammer wurde auch diskutiert, ob weitere, geschützte Gruppen charakterisierende Merkmale eingeführt werden sollten (Alter, Geschlecht etc.). Es wurde dafür eine Reihe von kumulativen Kriterien entwickelt, die darüber entscheiden sollten, wann ein Merkmal neu durch das Strafrecht geschützt werden sollte (nachweisliche Notwendigkeit, zusätzlicher Schaden, Eignung).[1083] Ob und wann ein neues Merkmal eingeführt werden sollte, findet sich in den jeweiligen Kapiteln zu den einzelnen Bestimmungen wieder.

[1080] Miller v. CPS [2021] EWCA Civ 1926, N 111.

[1081] King Adam, «Non-crime hate incidents» aren't gone yet, in: The Post vom 22. Dezember 2021, <https://unherd.com/thepost/non-crime-hate-incidents-arent-gone-yet/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1082] Das Dokument besteht aus über 500 Seiten.

[1083] Hate Crime Laws, N 13.1.

A. POA 1986

Kritisiert wurde die unterschiedliche Handhabung von Aufstachelung zu Rassenhass und Aufstachelung wegen der Religionszugehörigkeit oder aufgrund der sexuellen Orientierung. Es gebe keinen logisch nachvollziehbaren Grund, weshalb die drei Merkmale unterschiedlich behandelt werden sollten und so eine Hierarchie des Hasses eingeführt werde.[1084] Es wurde deshalb vorgeschlagen, dass für alle drei Merkmale dieselben Voraussetzungen gelten sollten. Ob der Gebrauch von Worten oder Verhaltensweisen oder das Zeigen von schriftlichem Material als Aufstachelung gilt, sollte daran entschieden werden, ob die Worte, Verhaltensweisen oder Materialien

> «(1) Intended to stir up hatred against a group, or
>
> (2) Threatening or abusive words, behaviour or material likely to stir up hatred which the defendant knew or ought to have known was threatening or abusive and likely to stir up hatred.»[1085]

Die Strafverfolgungsbehörde müsste neu nachweisen, dass die beschuldigte Person wusste oder hätte wissen müssen, dass ihr Verhalten bedrohlich oder missbräuchlich war und dass die Person wusste oder hätte wissen müssen, dass das Verhalten wahrscheinlich zum Hass aufstachelt.[1086]

Die neue Formulierung (1), dass auch Verhalten erfasst werden soll, das beabsichtigte, Hass zu schüren, ohne unter eine der drei Verhaltensweisen (bedrohlich, ausfällig/missbräuchlich oder beleidigend) zu fallen, kommt daher, dass es bis anhin teilweise nicht möglich gewesen war, Verhalten zu bestrafen, das zwar Hass geschürt hat, aber nicht in einer Weise erfolgt ist, die unter eine der drei Verhaltensweisen gefallen war.[1087] Die neue Formulierung (2) erfasst im Gegenzug nur noch Verhaltensweisen, die bedrohlich oder ausfällig/missbräuchlich waren, nicht mehr aber beleidigend, auch beim Rassenhass.

Kritisiert wurde von der Law Commission weiter, dass unklar sei, ob «schriftliches Material» auch nonverbales visuelles Material wie Emojis etc. erfasse.[1088] Die Bestimmung solle deshalb dahingehend klargestellt werden, dass sie auch

---

1084 Hate Crime Laws, N 10.79.

1085 Hate Crime Laws, N 10.89.

1086 Hate Crime Laws, N 10.94.

1087 Hate Crime Laws, N 10.87.

1088 Hate Crime Laws, N 10.324.

nonverbale visuelle Äusserungen erfasse, wie etwa Nachrichten, die bspw. nur aus Emojis bestünden.[1089]

Weiter wurde empfohlen, dass die Aufstachlung zu Hass alle fünf Merkmale abdecken solle, die derzeit durch Gesetze gegen Hassverbrechen geschützt sind, das heisst, dass auch Personen mit Behinderungen und Transgender-Menschen (neu als transgender und gender diverse bezeichnet)[1090] durch die Bestimmung geschützt werden sollten.[1091] Weiter sollte die Bestimmung um das biologische (sex) und das soziale (gender) Geschlecht erweitert werden.[1092] Explizit abgeraten wurde von der Aufnahme weiterer schützenswerter Merkmale wie z.B. das Alter.[1093]

Bemängelt wurde weiter, dass die «dwelling»-Ausnahme inkonsistent angewandt (nur bezüglich Worten, Verhaltensweisen und schriftlichem Material) werde und sowohl über- wie auch unterinklusiv sei. So erfasse sie teilweise Verhalten, das klar privater Natur sei, wie z.B. ein Gespräch in einem Auto, und andererseits werde Verhalten legalisiert, das öffentlicher Natur sei, wie z.B. ein öffentliches Treffen in einem privaten Haus.[1094] Die Ausnahme sollte deshalb abgeschafft bzw. ersetzt werden. Da sich viele Begebenheiten neu im digitalen Bereich abspielen, wurde die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem *Ort* als nicht mehr zeitgemäss empfunden. Deshalb wurde der Begriff «private Konversation» vorgeschlagen. Der Massstab soll dabei in der begründeten Erwartung an die Privatsphäre liegen. Zur Beurteilung müssten verschiedene Faktoren miteinbezogen werden, wobei der Ort des Geschehens weiterhin relevant wäre. Das heisst, in den meisten Fällen dürfte jemand von Äusserungen, die nach aussen hin nicht sichtbar wahrnehmbar wären, begründeterweise Privatsphäre erwarten. Ausnahmen wären Fälle grösserer Versammlungen in einem grossen Haus. Es wurde zudem noch einmal festgehalten, dass es darum gehe, zu Hass aufzustacheln, und der Schaden (harm) somit in der Verbreitung von Hass und nicht in der Beleidigung (offence) oder Belästigung (harassement) anderer liege.[1095]

[1089] Hate Crime Laws, N 10.326.

[1090] Hate Crime Laws, N 4.230.

[1091] Hate Crime Laws, N 10.169.

[1092] Hate Crime Laws, N 10.216; diese Empfehlung galt nur für Hassredegesetze, nicht aber für Hassdelikte, die nicht «Hass», sondern «Feindseligkeit» verlangen.

[1093] Hate Crime Laws, N 13.11.

[1094] Hate Crime Laws, N 10.249, 10.285.

[1095] Hate Crime Laws, N 10.286–10.292, 10.295 [Hervorhebung im Original].

Kritik geäussert wurde teilweise auch in Bezug darauf, dass die Generalstaatsanwaltschaft die Zustimmung zur strafrechtlichen Verfolgung geben müsse, weil dieses Erfordernis die Zahl der Strafverfolgungen in unangemessener Weise eingeschränkt habe.[1096] Umgekehrt bestehe aber auch die Gefahr, dass politischer Druck auf die Generalstaatsanwaltschaft ausgeübt werde und sie eine Strafverfolgung als politisch sicherste Option erachten werde und deshalb eher einer Strafverfolgung zustimmen würde.[1097] Es wurde deshalb vorgeschlagen, dass die Zustimmung neu dem Leiter bzw. der Leiterin der Staatsanwaltschaft[1098] übertragen werden sollte.[1099]

Auch die bestehenden Ausnahme- und Auslegungsklauseln wurden hinterfragt und über deren Notwendigkeit diskutiert, denn ein Hassredegesetz sollte grundsätzlich so ausgestaltet werden, dass Zweck und Absicht klar ersichtlich seien, die Meinungsäusserungsfreiheit explizit anerkannt werde und alle Einschränkungen im Einklang mit Art. 10 EMRK stünden.[1100] Nichtsdestotrotz wurde die Notwendigkeit von Ausnahme- und Auslegungsklauseln anerkannt, und zwar aus folgenden Gründen:

– Die alleinige richterliche Auslegung der EMRK würde nicht genügend Klarheit schaffen, um einen «Chilling Effect» zu vermeiden, weil die Staaten über einen grossen Ermessensspielraum verfügten.
– Die Anwendung der EMRK allein reiche deshalb nicht aus, um genügend Klarheit und Bestimmtheit zu schaffen, wie das Gesetz angewendet werden sollte.
– Die Bevölkerung tendiere dazu, Hassredegesetze zu überschätzen (und sich damit zu sehr selbst zu zensieren), deshalb sei eine zusätzliche Erklärung des Erlaubten hilfreich.
– Schliesslich bestehe das Risiko, dass die Gerichte eine Streichung der Ausnahmeklauseln missinterpretierten und als Reduktion der Meinungsäusserungsfreiheit verstünden.[1101]

[1096] Hate Crime Laws, N 2.145.

[1097] Hate Crime Laws, N 10.667. Das Amt des Attorney General ist auch politischer Natur.

[1098] Der Director of Public Prosecutions ist dem Leiter des CPS und dem Attorney General unterstellt.

[1099] Hate Crime Laws, N 10.652.

[1100] Hate Crime Laws, N 10.450.

[1101] Hate Crime Laws, N 10.452–10.460.

Die Klauseln sollten deshalb insbesondere drei Punkte klären:

1. Der Hass muss gegen Personen, nicht gegen Institutionen oder Glaubenssätze gerichtet sein;
2. Kritik an Verhaltensweisen und Praktiken ist erlaubt;
3. Es gibt Raum für Diskussionen über die öffentliche Politik von kontroversen Themen.[1102]

Es wurde deshalb vorgeschlagen, die bereits existierenden Klauseln[1103] bestehen zu lassen und zusätzlich die Auslegungsklauseln zu Aufstachelung zu religiösem Hass auf kulturelle Praktiken zu erweitern. Weiter sollte eine Klausel eingeführt werden, die Diskussionen, Kritik oder Äusserungen von Antipathie, Abneigung, Spott, Beleidigung oder Beschimpfung von Ländern und deren Regierungen sowie eine Klausel, die Diskussionen und Kritik an der Einwanderungs-, Staatsbürgerschafts- und Asylpolitik schütze. Falls die Straftatbestände auch auf Aufstachelung zu Hass gegen transsexuelle oder nicht-binäre Menschen ausgeweitet werden sollten, wird eine Auslegungsklausel für die Ansicht und Äusserung der Ansicht empfohlen, dass das Geschlecht binär und unveränderlich sei.[1104]

Weiter wurde eine «neutrale Reportage»-Klausel für Journalisten vorgeschlagen,[1105] da es Journalistinnen freistehen sollte, Reportagen zu publizieren, die von öffentlichem Interesse sind, ungeachtet des Inhalts und ungeachtet davon, ob sich die Berichterstattenden vom Inhalt ausdrücklich distanzieren oder nicht.[1106] Um zu verhindern, dass aufhetzerisches Hassmaterial, das auf einem Flyer verboten wäre, als Artikel legal erscheinen könnte, wurde der Begriff «neutrale Reportage» gewählt.[1107]

[1102] Hate Crime Laws, N 10.468.

[1103] Wobei ein Unterschied zwischen «carve-out-Klauseln» und «avoidance-of-doubt-Klauseln» gemacht wird, wobei letzterer den Vorzug gegeben wird. Fortan wird deshalb der Begriff «Auslegungsklausel» verwendet; vgl. Hate Crime Laws, N 10.477.

[1104] Hate Crime Laws, N 10.534–10.539.

[1105] Hate Crime Laws, N 10.591.

[1106] Hate Crime Laws, N 10.561, 10.563–10.564; und damit weiter geht als der EGMR in seinem Urteil zu Jersild v. Denmark.

[1107] Hate Crime Laws, N 10.582–10.585.

B. Communications Acts (MCA 1988 und CA 2003)

Sowohl beim MCA 1988 als auch beim CA 2003 handelt es sich um Gesetzgebungen, die vor dem Internet oder zumindest vor der Entstehung von sozialen Medien wie Facebook und Twitter (neu: X) eingeführt wurden. Die Law Commission befand, dass sie deshalb nicht mehr in der Lage seien, die heutige Lage korrekt zu erfassen. Die Bestimmungen sanktionierten sowohl zu viele als auch zu wenige Sachverhalte. So würden z.B. teilweise missbräuchliche Äusserungen, die Schaden anrichteten, nicht erfasst (weil sie bspw. über ein Intranet versendet werden oder nicht in eine der definierten Kategorien fallen) und andere Äusserungen würden bestraft, weil es sich um eine grob beleidigende oder unanständige Botschaft handeln würde, obwohl sie keinen Schaden anrichte (weil es sich bspw. um einen Witz handelt, der auch so verstanden wird, oder sexuell anzügliche Nachrichten zwischen beidseitig damit einverstandenen Erwachsenen).[1108] Dem Begriff «grob beleidigend» mangle es zudem an einer universell gültigen Definition, sodass überhaupt nicht klar sei, was damit gemeint sei und er gänzlich einer rein subjektiven Beurteilung unterliege.[1109] Die Bestimmungen erfuhren auch ausserhalb der Law Commission heftige Kritik, mitunter weil der Terminus «grossly offensive» sehr vage sei und eine einheitliche Definition gänzlich fehle. Die Bedeutung der Begriffe sei deshalb anfällig für eine subjektive Beurteilung durch die eigene Erfahrung dessen, was als grob beleidigend empfunden bzw. eingeschätzt werde.[1110] Selbst die Strafverfolgungsbehörden sowie die Gerichte bezeigten Mühe mit der Beurteilung, was überhaupt unter den Begriff «beleidigend» falle. Für einen Laien sei deshalb nicht unbedingt vorhersehbar, ob eine Botschaft grob beleidigend sei oder nicht. Neben den Definitionsschwierigkeiten sei auch nicht klar, weshalb überhaupt grob beleidigende Rede kriminalisiert werden sollte, da die rein beleidigende Rede offenbar nicht strafbar ist. Es erscheine nicht zielführend, aus «beleidigend» und «grob beleidigend» zwei völlig unterschiedliche rechtliche Kategorien zu machen. Das impliziere, dass das Wort «grob» «etwas anderes» sein müsse als nur eine extremere Form der Beleidigung, da sich der Übergang von einer geschützten einfachen Beleidigung zu einer Kriminalisierung von grob beleidigenden Inhalten nicht anders rechtfertigen lasse. Was «dieses andere» aber sei, sei völlig unklar.[1111]

[1108] Modernising Communications Offences, N 1.3, 1.5–1.6.

[1109] Modernising Communications Offences, N 1.7.

[1110] Hate Crime Laws, N 1.6–1.7.

[1111] Modernising Communications Offences, N 2.17–2.19.

Die Notwendigkeit einer Reform der beiden Gesetzgebungen stiess deshalb auf breite Anerkennung.[1112] Section 127 (1) des CA 2003 und der MCA 1988 sollen deshalb zu einem neuen Kommunikationsstraftatbestand zusammengeführt werden, der die heutige Lage besser erfasst.[1113] Neu solle die Bestimmung kontextabhängig sein. Bestraft werden soll nur, wer eine Mitteilung versendet oder veröffentlicht, die einen wahrscheinlichen Schaden[1114] in Bezug auf ein mögliches Publikum anrichten kann. Zudem muss mit dem Versenden oder Veröffentlichen beabsichtigt werden, einem möglichen Publikum Schaden zuzufügen, ohne dass es hierfür eine ausreichende Rechtfertigung oder Entschuldigung gibt. Das Wissen um einen möglichen Schaden reicht nicht aus, der Schaden muss beabsichtigt sein.[1115] Dies aber nur unter der Bedingung, dass anderweitige rechtliche Regulierungen im Online-Bereich eingeführt werden, nach denen die Formen von legalen, aber schädlichen Inhalten entfernt werden können (z.B. durch die Plattformbetreibenden). Dies sollte ursprünglich durch den Online Safety Act realisiert werden, wovon schliesslich aber abgesehen wurde. Die weiteren Elemente des neuen Artikels enthalten folgende erklärende Ausführungen:

Ein «mögliches Publikum» ist jemand, der zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kommunikation gesendet oder gepostet wurde, diese wahrscheinlich zu sehen oder zu hören bekommt oder anderweitig mit ihr in Berührung kommen kann. Unter «Schaden» wird ein psychischer Schaden verstanden, der mindestens «serious distress», also eine erhebliche Belastung, darstellen muss.[1116] Ein «wahrscheinlicher Schaden» heisst, dass selbst dann, wenn jemand zu Schaden kommt, dies nicht zwingend zu einer Strafbarkeit führt. Eine extreme oder völlig unvorhergesehene Reaktion auf eine Mitteilung muss nicht einberechnet werden. Der Schaden muss objektiv betrachtet wahrscheinlich sein. Das betrifft sowohl die Art des Schadens als auch dessen Eintreten.[1117] «Wahrscheinlich» heisst nicht, dass die blosse Möglichkeit bestand. Es muss sich vielmehr um ein tatsächliches oder beträchtliches (substantial) Schadensrisiko handeln.[1118] Die gleiche Anforderung wird auch an das mögliche Zielpublikum gestellt. Es muss ein tatsächliches und

[1112] Modernising Communications Offences, N 1.8.

[1113] Modernising Communications Offences, N 2.1.

[1114] Original: likely to cause harm.

[1115] Vgl. Modernising Communications Offences, N 2.157–2.158.

[1116] Modernising Communications Offences, N 1.17, 2.39.

[1117] Modernising Communications Offences, N 2.107.

[1118] Modernising Communications Offences, N 2.110.

erhebliches Risiko bestehen, dass das Zielpublikum die Mitteilung wahrnimmt.[1119] Bei der Beurteilung darüber, ob eine ausreichende Rechtfertigung oder Entschuldigung für die Mitteilung vorliegt, müsste das Gericht berücksichtigen, ob die Mitteilung einen Beitrag zu einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse darstellt oder so gemeint war.[1120] Die Beweislast dafür würde bei der Strafverfolgungsbehörde liegen. Sie müsste beweisen, dass keine solche Rechtfertigung oder Entschuldigung vorliegt.[1121]

C. Sentencing Act 2020 und Crime and Disorder Act 1998

Obwohl das Doppelmodell SA und CDA 1998 von einigen Stimmen als zu komplex kritisiert wurde, lehnte eine Mehrheit der befragten Organisationen ein Alternativmodell ab. Die Law Commission schlug deshalb die Beibehaltung des bestehenden Modells vor.[1122] Als unbefriedigend wurde die Ungleichbehandlung der fünf charakterisierenden Merkmale empfunden. Es wurde deshalb vorgeschlagen, alle fünf Merkmale gleich zu behandeln. Der CDA 1998 sollte sich deshalb auch auf die übrigen drei, derzeit nur durch das SA erfassten, Merkmale (Behinderung, sexuelle Ausrichtung und Transgender-Identität) erstrecken.[1123] Weitere Aufnahmen von charakterisierenden Merkmalen (z.B. Alter oder Geschlecht) wurden aus verschiedenen Gründen abgelehnt.[1124] Auch die Aufnahme neuer Straftatbestände in die Liste der schwerer zu bestrafenden Straftaten wurde abgelehnt.[1125] Eine weitere Änderung betraf den Aspekt der gezeigten oder motivierenden Feindseligkeit. Der Demonstrationstest sollte trotz kritischer Betrachtung beibehalten werden. Der Motivationstest hingegen sollte eine Ergänzung erfahren. Der Motivationsaspekt des rechtlichen Tests für erschwerte Straftaten und verschärfte Strafen sollte neu dann erfüllt sein, wenn die Straftat (ganz oder teilweise) durch Feindseligkeit oder *Vorurteile* gegenüber Mitgliedern einer geschützten Gruppe motiviert war.[1126]

1119 Modernising Communications Offences, N 2.119.

1120 Modernising Communications Offences, N 2.39.

1121 Modernising Communications Offences, N 2.204.

1122 Hate Crime Laws, N 8.47–8.49, 8.55.

1123 Hate Crime Laws, N 8.70.

1124 Hate Crime Laws, N 1.51, 8.217–8218.

1125 Hate Crime Laws, N 8.135; siehe aber Empfehlung 13 (N 8.97–8.98).

1126 Hate Crime Laws, N 9.94.

V. Diskussion und Fazit

Die Hassredebestimmungen im VK sind unterschiedlicher Art. Die Aufstachelungsdelikte führen insgesamt zu einer geringen Anzahl von Verurteilungen, da die Strafbarkeitsschwelle eher hoch angesetzt ist. Die Aufstachelung muss sich in bedrohlichen, abfälligen oder beleidigenden (nur beim Rassenhass) Verhaltensweisen oder Äusserungen ausdrücken, die zudem von der Absicht getragen sind, Hass in anderen zu erzeugen (beim Rassenhass ist auch möglich, dass die Erzeugung von Hass wahrscheinlich war). Diese Delikte sind teilweise von Ausnahme- oder Auslegungsklauseln begleitet. Die Kommunikationsdelikte hingegen greifen viel früher und erfassen bereits online Verhalten, das anderen Personen Unannehmlichkeiten bereitet. Entsprechend höher ist auch die Zahl der Verurteilungen. Speziell geregelt sind zudem rassistische Gesänge an Fussballspielen, die ebenfalls verboten sind. Die Normen sind aufgrund ihrer Komplexität und der vielen Schwachstellen immer wieder kritisiert worden, weshalb die Law Commission weitreichende Verbesserungen vorgeschlagen hat.

Trotz der angestrebten Reformen und Verbesserungsvorschläge bleiben aber viele Probleme bestehen, weil diese nicht nur auf die unklaren Gesetzesausführungen zurückzuführen sind. In strafrechtlichen Fällen kam es häufig nicht einmal zur Anklage, weil diese fallen gelassen wurde, noch bevor sie formell eingereicht worden war. Was als Argument für eine funktionierende Justiz angesehen werden kann, ist gleichzeitig ein Indiz für die völlige Unklarheit in der Bevölkerung und bei der Polizei darüber, was überhaupt strafbar ist. Das wiederum führt (nebst immens hohen Justizkosten) zu einer unnötigen Selbstzensur, um einer möglichen Anzeige und Verhaftung zu entgehen. Die Fälle von *Kate Scottow* und *Harry Miller* zeigen, dass die Polizei unnötig hart durchgreift, selbst in Fällen, in denen es sich weder um eine Drohung noch um einen Aufruf zu Hass oder gar um eine Straftat überhaupt handelt. Solche Fälle lösen einen «chilling effect» in der Bevölkerung aus, das heisst, dass sich diese selbst übermässig in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit einschränkt, und zwar aus Furcht vor einer möglichen Strafverfolgung. Dem konnten auch die Ausnahme- und Auslegungsklauseln offenbar nicht entgegenwirken.

Begrüssenswert war die Streichung des Wortes «beleidigend» in Section 5 des POA 1986, das ebenfalls zu vielen unnötigen Anzeigen und Verhaftungen geführt hatte, nun aber durch eine andere Hintertür zumindest im Online-Bereich wieder eingeführt werden soll.[1127] Der neue Online Safety Act wird zu genau der seltsamen Anomalie führen, vor der im Urteil *Scottow* gewarnt worden war.[1128] Die Reformvorschläge nehmen zudem oft Bezug auf bereits bestehende Formulierungen, die ebenfalls vage und unklar sind.[1129] Teilweise werden sie dann mit neuen Elementen gemischt, wie die Formulierung «reasonable excuse» im neuen Kommunikationsstraftatbestand (bereits bestehend in den Sections 4A und 5), deren Nichtvorhandensein aber anders als in den Sections 4A und 5 von der Staatsanwaltschaft nachgewiesen werden muss. Das kann wiederum zu neuen Verwirrungen führen, weil bereits Bekanntes mit neuen Elementen gemischt wird.

Nach wie vor kann jemand eine andere Person einzig aufgrund seiner subjektiven Wahrnehmung wegen eines unbegründeten nicht-kriminellen Hassvorfalls anzeigen, was wiederum eine Nichteinstellung bei einer Bewerbung in bestimmten Berufen zur Folge haben kann.

Zusätzlich hat sich die Situation auch im zivilrechtlichen Bereich verschärft: Universitäten und Arbeitgeber entlassen immer häufiger Personen, die nicht die aktuell (vermeintlich) konsentierte gesellschaftliche Meinung zu gewissen Themen teilen, auch wenn die Angestellten in der Vergangenheit gute Arbeit geleistet haben.[1130] Es macht sich also eine ähnliche Tendenz wie in den USA bemerkbar, dass nicht (nur) der Staat in die Meinungsäusserungsfreiheit eingreift, sondern auch gewisse Bewegungen, die vorgeben, welche Kritik überhaupt geäussert werden darf. Auch hier betrifft dies insbesondere den akademischen Bereich. Zunehmend sind aber auch andere Bereiche der Arbeitswelt und des gesellschaftlichen Lebens davon betroffen.[1131] Zwischen dem, was das Gesetz eigentlich besagt, und dem, wie es

---

1127 Young Tobi, Why I fear this censors' charter, in: The Critic vom Juni 2022, <https://thecritic.co.uk/issues/june-2022/why-i-fear-this-censors-charter/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1128 Scottow v. CPS [2020] EWHC 3421 (Admin), N 53.

1129 Kiska, S. 353.

1130 Kiska, S. 368–374.

1131 Fontana Katharina/Neuhaus Christina, Oliver Zimmer, Schweizer Historiker, zu Wokeness und Redefreiheit, in: NZZ vom 21. Februar 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/oliver-zimmer-schweizer-historiker-zu-wokeness-und-redefreiheit-ld.1670493?ga=1&kid=nl165_2022-2-20&mktcid=nled&mktcval=165_2022-02-21> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Kiska, S. 367–374, 403–404.

angewandt wird, besteht eine offensichtliche Disjunktion. Ob die Reformvorschläge der Law Commission und deren etwaige Umsetzung dem Abhilfe schaffen können, muss sich erst noch zeigen.[1132] Manche Reformvorschläge scheinen eher unklare Formulierungen noch weiter zu verstärken; dies betrifft insbesondere die Vorschläge zu den Aufstachelungsdelikten. Während eine Angleichung der bis anhin unterschiedlichen Anforderungen bei einer Bestrafung beim Rassenhass und Hass aufgrund der Religion oder sexuellen Orientierung sicherlich ebenso wünschenswert ist wie eine klarere Formulierung bei der Alternative «likely to stir up hatred», so ist die andere Variante: «a person would be guilty of stirring up hatred if they used words or behaviour intended to stir up relevant hatred» eher ein Rückschritt. Eine Definition kann kaum aus sich selbst definiert werden. Genau das wird hier aber versucht. Zu Hass stachelt auf, wer die Absicht hat, zu Hass aufzustacheln. Damit ist nur gesagt, dass die Absicht ein tragendes Element sei, nicht aber, was Hass und was unter dem Begriff «aufstacheln» zu verstehen sei. Es lässt sich nur schwer ein Verhalten vorstellen, das weder bedrohlich noch ausfällig ist und gleichzeitig zu Hass aufstacheln soll.

[1132] Vgl. Kiska, S. 403.

Kapitel 3: Deutschland

Wie in der Schweiz existiert auch in Deutschland kein Gesetz gegen «Hassrede» als solche. Es gibt aber auch hier eine Reihe von Tatbeständen, die indirekt unter Hassredenormen subsumiert werden können.[1133]

I. § 130 D-StGB Volksverhetzung

§ 130 des deutschen Strafgesetzbuches ist einerseits als Schutz des öffentlichen Friedens und andererseits als generelles Diskriminierungsverbot ausgestaltet.[1134] Er schützt somit sowohl den öffentlichen Frieden als auch die Menschenwürde, wobei das ausschlaggebende Schutzgut nicht unumstritten ist.[1135] Als öffentlicher Friede wird dabei ein «objektive[r] Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und das subjektive Bewusstsein der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben»,[1136] bezeichnet. Von einem Teil der Lehre wird angenommen, dass das Rechtsgut ausschliesslich im Schutz des öffentlichen Friedens bestehe, eine Mindermeinung will dagegen nur die Menschenwürde geschützt wissen. Eine dritte Ansicht sieht beide Rechtsgüter gleichermassen geschützt. Vorherrschend ist die Meinung, der sich auch die Rechtsprechung angeschlossen hat, dass primär der öffentliche Friede und in zweiter Linie die Menschenwürde geschützt werden sollte.[1137] Insofern gleicht die Auslegung derjenigen zu Art. 261bis StGB. Der Tatbestand unterscheidet zwischen verschiedenen Begehungsmöglichkeiten. Abs. 1 erfasst volksverhetzende Handlungen, Abs. 2 die Verbreitung von Medien mit volksverhetzendem Inhalt, Abs. 3 die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung von unter dem Nationalsozialismus begangenen Taten und Abs. 4 die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft. Die Absätze 1, 3 und 5 sind abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, d.h. es muss nicht zu einer konkreten Gefahr für den öffentlichen Frieden gekommen sein. Ausschlaggebend ist die generelle Gefährlichkeit der konkreten Tat, also die «konkrete Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens».[1138] Abs. 2 ist ein abstraktes Gefährdungs-

---

1133 Apostel, S. 288.

1134 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 1.

1135 LK StGB-Krauss, § 130, N 1, 2, 10, 11, 14, 15.

1136 Zitiert nach Fischer, FS Puppe, S. 1125.

1137 Zusammenfassend Aydin, S. 205–206.

1138 LK StGB-Krauss, § 130, N 16.

delikt, d.h. es muss keine Eignung für die Störung des öffentlichen Friedens vorliegen. Bei Abs. 4 handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, der öffentliche Frieden muss durch die Tathandlung gestört worden sein.[1139]

Anzumerken ist, dass neben den im Tatbestand explizit erwähnten zu schützenden Gruppen (nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppen) auch ganz allgemein «Teile der Bevölkerung» geschützt werden.[1140] Es handelt sich dabei um inländische Personenmehrheiten, die sich durch ein gemeinsames festes Unterscheidungsmerkmal von der übrigen Bevölkerung unterscheiden. Die Gruppeneinheit muss äusserlich erkennbar sein. Nicht davon erfasst sind z.B. «Kriminelle», «Sozialschmarotzer» oder «Islamisten». Bis vor Kurzem auch nicht erfasst waren «Frauen» oder «Männer» im Allgemeinen. In diesen Fällen zeichnet sich zumindest in Bezug auf «die Frauen» ein Paradigmenwechsel ab.[1141] Die Anzahl der Gruppenmitglieder muss so gross sein, dass sie individuell nicht mehr überschaubar ist. Im Fall von 200 Beamten einer Grenzschutzgruppe wurde u.a. wegen der geringen Gruppengrösse verneint, dass diese «Teile der Bevölkerung» seien, und im Jahr 1976 wurde infrage gestellt, ob die in Deutschland lebenden Schwarzafrikaner wegen ihrer geringen Anzahl als Teil der Bevölkerung zu gelten hätten.[1142] Eine zahlenmässige Begrenzung nach oben gibt es hingegen nicht, weshalb auch «Deutsche» vom Tatbestand geschützt sind. Eine Abgrenzung von der übrigen Bevölkerung muss aber trotzdem noch möglich sein, weshalb «Linke» oder «Rote» nicht davon erfasst sind. Zudem muss die Zugehörigkeit von einer gewissen Dauer sein, weshalb Anhänger eines Fussballclubs ebenfalls nicht darunterfallen.[1143] Ob sich die Hetze gegen eine ganze Gruppe oder gegen eine Einzelperson wegen ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gruppe richtet, spielt (seit 2011) keine Rolle.[1144]

Als Teile der Bevölkerung werden z.B. angesehen: Katholiken, Protestanten, Juden, Christen, Muslime, auch solche, welche die religiöse Pflicht zum Fasten im Ramadan nicht befolgen; alle in der Bundesrepublik lebenden Ausländer oder Flüchtlinge, Asylanten und Asylbewerber, auch wenn sie pauschal als Asylbetrüger bezeichnet werden; die in Deutschland lebenden Gastarbeiter; Deutsch-

---

1139 LK StGB-Krauss, § 130, N 17, 147.

1140 § 130 Abs. 1 D-StGB.

1141 Urteil des OLG Köln, III-1 RVs 77/20 vom 09. Juni 2020, N 89–90.

1142 M.w.H. Hörnle, S. 301, welche die Untergrenze bei ca. 30 Personen sieht.

1143 LK StGB-Krauss, § 130, N 36.

1144 LK StGB-Krauss, § 130, N 41.

Türken; Sinti und Roma; Arbeiter; Bauern; Arbeitgeber und Arbeitnehmer; Kapitalisten; Besitzlose; Arbeitslose und Sozialhilfeempfänger; Kommunisten; Punker; Beamte; Richter und Staatsanwälte; Soldaten der Bundeswehr; Mitglieder einer Partei; Freimaurer; Bayern; Schwaben; Einheimische oder Vertriebene; Behinderte; Homosexuelle etc.[1145] Nicht erfasst sind dagegen Institutionen wie z.B. Kirchen, solange der Angriff gegen die Institution erfolgt und nicht gegen die Personenmehrheit innerhalb der Institution (z.B. gegen die Katholiken).[1146] Erst seit März 2011 gilt, dass sich die Angriffe auch gegen eine Einzelperson richten können,[1147] vor dieser Änderung wurden solche Angriffe nur durch Beleidigung oder Verleumdung erfasst.[1148]

Für die nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Begehungsarten wird vor allem auf den Tatbestand in Abs. 1 eingegangen, weil dieser Aufstachelung zu Hass mittels Äusserungen erfasst. Die übrigen Absätze werden nur kurz skizziert und dann ausgeführt, wenn es in Bezug auf Hassredegesetze merkliche Unterschiede zwischen der schweizerischen und der deutschen Gesetzgebung gibt oder diese Anlass zu weiteren interessanten Anmerkungen geben.

A. Volksverhetzende Handlungen nach Abs. 1

> «Der Tatbestand des § 130 Abs. 1 verbietet Äusserungen, die zum Hass gegen bestimmte in- und ausländische Gruppen, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen Einzelpersonen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder einem Bevölkerungsteil aufstacheln oder zu Gewalt oder Willkürmassnahmen auffordern oder sie durch Beschimpfen, böswilliges Verächtlichmachen oder Verleumden in ihrer Menschenwürde angreifen, wenn die Tathandlungen in einer Weise erfolgen, die zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet sind.»[1149]

Es handelt sich bei Abs. 1 (und auch bei den Absätzen 3 bis 5), mit Ausnahme der Verleumdung, um ein persönliches Äusserungsdelikt, das heisst, dass eine fremde Erklärung nur dann zugerechnet wird, wenn die Täterschaft sich diese bzw. den volksverhetzenden Inhalt zu eigen gemacht hat.[1150] Die Begehung in Abs. 1 kann unterschiedlich erfolgen. In Abs. 1 Nr. 1 wird entweder zu Hass aufgestachelt oder

---

1145 LK StGB-Krauss, § 130, N 39.

1146 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 3.

1147 BGBl. 11/2011, S. 418.

1148 Bericht WD 2009, S. 5, Fn. 20.

1149 LK StGB-Krauss, § 130, N 32.

1150 LK StGB-Krauss, § 130, N 45.

zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen aufgerufen. In Abs. 1 Nr. 2 wird die Menschenwürde anderer dadurch angegriffen, dass Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden. Obwohl dies aus dem Gesetzestext nicht klar ersichtlich wird, ist der Tatbestand nur dann erfüllt, wenn es sich um einen besonders qualifizierten Angriff handelt.[1151] Dies wird objektiv nach dem «Verständnis eines unbefangenen und verständigen Durchschnittsempfängers» entschieden, wobei die Begleitumstände miteinzubeziehen sind.[1152] Wie die Begehung erfolgt, ob mündlich oder schriftlich, spielt keine Rolle. Werden Schriften verbreitet, ist (auch) Abs. 2 erfüllt, der auch solche Fälle erfasst, in denen keine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens feststellbar war.[1153]

1. Aufstachelung zu Hass

Wer zu Hass aufstachelt, muss in einer Weise auf die Gefühle oder Vorstellungen eines anderen einwirken, die geeignet und bestimmt ist, eine gesteigerte Form von Feindseligkeit zu erzeugen oder zu verstärken, die über blosse Ablehnung und Verachtung hinausgeht. Es muss also gegen bestimmte Bevölkerungsteile in einer Art gehetzt werden, die bei anderen eine feindselige Haltung auslösen kann und soll. Damit der Tatbestand erfüllt ist, muss weder Hass ausgelöst worden sein, noch muss die beschuldigte Person bestimmte Handlungen hervorrufen (wollen). [1154] Die Tathandlung muss zielgerichtet (d.h. mit Absicht) erfolgen.[1155] Die Tat besteht im Einwirken auf andere; beabsichtigt wird die Erzeugung oder Steigerung von Hassgefühlen. Diese können die «emotionale Grundlage» für potenzielle Aktionen gegen die betroffene Gruppe bilden. Die Straftat wird deshalb noch weiter vorverlagert als die (versuchte) Anstiftung. Verhindert werden soll ein gesellschaftliches Klima, das geeignet ist, gewisse Straftaten hervorzubringen. [1156] Es wird deshalb in Bezug auf den Tatbestand auch von gesellschaftlichem «Klimaschutz» gesprochen.[1157] Nicht unter den Tatbestand von Abs. 1 fallen wahrheitsgemässe Berichterstattungen und einfache Zugangsverweigerungen zu Gaststätten.[1158]

[1151] LK StGB-Krauss, § 130, N 42.

[1152] LK StGB-Krauss, § 130, N 43.

[1153] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 2.

[1154] LK StGB-Krauss, § 130, N 46.

[1155] LK StGB-Krauss, § 130, N 155.

[1156] LK StGB-Krauss, § 130, N 46.

[1157] Jakobs, S. 774.

[1158] LK StGB-Krauss, § 130, N 49–50.

2. Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen

Unter Aufforderung i.S.v. § 130 wird eine Einwirkung verstanden, die über die blosse Gutheissung hinausgeht. Es muss auf eine andere Person in der Absicht eingewirkt werden, diese zu diskriminierenden Handlungen zu animieren. Ausschlaggebend ist der «appellative Charakter» der Äusserung. Ob dieser vorliegt, entscheidet sich an den Gesamtumständen und anhand des Kontexts, in dem die Äusserungen getätigt worden sind. Als Massstab gilt die Sicht eines «unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums».[1159] Der Begriff des Aufforderns entspricht gemäss h.L. damit § 111 D-StGB (öffentliche Aufforderung zu Gewalttaten),[1160] wobei offenbar der Unterschied zwischen erfolgreichen und erfolglosen Aufforderungen (wie er in § 111 gemacht wird) bei § 130 keine Rolle zu spielen scheint, da auch die erfolglose Aufforderung (sofern sie auch die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt) bereits ausreicht, um den Tatbestand zu erfüllen. Damit unterscheidet sich aber der Begriff des Aufforderns im Ergebnis gerade von demjenigen in § 111.[1161] Die diskriminierenden Handlungen müssen gegen «elementare Gebote der Menschlichkeit» verstossen. Darunter fallen Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen, Boykottaufrufe, Hetzjagden, menschenrechtswidrige Ausbürgerungen, diskriminierender Ausschluss von Veranstaltung oder Vorenthaltung von Ämtern, Boykottaufrufe wie z.B. «Kauft nicht bei Juden».[1162] Das Handeln muss wie beim Aufstacheln zielgerichtet sein.[1163] Wozu aufgefordert wird, muss aber unter eine der beiden Massnahmen (Gewalt oder Willkür) fallen. Die blosse Parole «Türken raus» oder «Juden raus» ohne weitere Aufforderungen reicht deshalb noch nicht aus,[1164] um den Tatbestand zu erfüllen, wohl aber die Parole zusammen mit einem Hakenkreuz.[1165]

1159 LK StGB-Krauss, § 130, N 155.

1160 MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 46.

1161 Mitsch, S. 202.

1162 LK StGB-Krauss, § 130, N 51–53.

1163 LK StGB-Krauss, § 130, N 155.

1164 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N. 5b.

1165 BGH, NJW 29/30/1984, S. 1632, entgegen dem Urteil gilt dies nicht nur bei Juden (Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N. 5b).

3. Angriff auf die Menschenwürde durch Beschimpfen, Verächtlichmachung oder Verleumdung

Bei dieser Variante sind drei alternative Begehungsformen möglich:

1. Die Beschimpfung als die in Inhalt oder Form besonders verletzende Missachtung;
2. die böswillige Verächtlichmachung, als die aus feindseliger Gesinnung und in der Absicht, zu kränken gemachte Äusserung, jemand sei unwert oder unwürdig, als Staatsbürger oder -bürgerin geachtet zu werden;
3. oder die Verleumdung im Sinne der Herabsetzung von Gruppen oder Teilen der Bevölkerung durch unwahre Tatsachenbehauptungen, die wider besseres Wissen geäussert wurden.[1166]

Die Beschimpfung muss über eine blosse Beleidigung hinausgehen.[1167] Bei der Verächtlichmachung bedarf es des Handelns aus verwerflichen Beweggründen und bei der Herabsetzung der positiven Kenntnis der Unwahrheit der Behauptung.[1168] In allen drei Fällen muss zudem ein Angriff auf die Menschenwürde anderer vorliegen. Damit soll sichergestellt werden, dass nur schwerwiegende Diskriminierungs- und Verleumdungsfälle erfasst werden.[1169] Qualifiziert sich die Beschimpfung etc. aber als Aufstacheln zu Hass (bei anderen), entfällt das Erfordernis des Angriffs auf die Menschenwürde.[1170]

> «Tatbestandlich sind nur Fälle gesteigerter, von Feindseligkeit getragener Einwirkung auf den unverzichtbaren Persönlichkeitskernbereich der Betroffenen, ferner gesteigerte schwerwiegende Formen der Missachtung, die durch ein besonderes Mass an Gehässigkeit oder Rohheit oder eine besonders gehässige Ausdrucksweise geprägt sind, wodurch die Gruppenmitglieder als insgesamt unterwertig und ohne Existenzrecht in der Gemeinschaft deklassiert werden.»[1171]

Nicht zwingend erforderlich ist, dass einer Gruppe oder deren Mitgliedern generell das Lebensrecht abgesprochen wird.[1172]

1166 LK StGB-Krauss, § 130, N 55–58.

1167 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N. 5d.

1168 LK StGB-Krauss, § 130, N 155.

1169 LK StGB-Krauss, § 130, N 59.

1170 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N. 5, 5a.

1171 LK StGB-Krauss, § 130, N 42.

1172 LK StGB-Krauss, § 130, N 54.

4. Störung des öffentlichen Friedens

Die Tat muss geeignet sein, den inländischen Frieden zu stören. Unter einer Störung des öffentlichen Friedens wird u.a. eine Erschütterung des «Vertrauen[s] der Öffentlichkeit in die öffentliche Rechtssicherheit» verstanden. Gemeint wird damit die subjektive Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in einen objektiven Lebenszustand.[1173] Der Friede muss weder wirklich gestört noch konkret gefährdet worden sein. Eine abstrakte Gefährdung allein reicht aber auch nicht aus, um den Tatbestand zu erfüllen, vielmehr handelt es sich um eine «abstrakt-konkrete, generelle oder potentielle» Gefährdung, eine «Unterart der abstrakten Gefährdung», die «zusätzlich zur allgemeinen Tauglichkeit der Tathandlung, den Erfolg herbeizuführen, eine Lage tatsächlich konkreter Umstände objektiver und/oder subjektiver Art voraussetzt, in welcher die *allgemeine* Erfolgstauglichkeit sich zu einer *konkreten* Erfolgsnähe verdichten *kann*».[1174]

Massgeblich ist damit die konkrete Eignung zur Störung, die aufgrund verallgemeinernder Betrachtungen konkret festgestellt wird. Diese beurteilt sich aufgrund einer Ex-ante-Prognose aus der Sicht eines objektiven Beobachters, der aufgrund der konkreten Umstände begründete Besorgnis hegt, es komme zu einer solchen Friedensstörung. Dabei wird auf den «voraussehbaren, wahrscheinlichen Geschehensablauf» abgestellt, wofür die Gesamtumstände miteinzubeziehen sind.[1175] Die Täterschaft muss vorsätzlich hinsichtlich der (Eignung) zur Friedensstörung handeln, wobei es keiner besonderen Absicht zur Störung bedarf.[1176]

Anders als in der Schweiz muss die Tat nicht öffentlich begangen werden. Allerdings braucht sie ein öffentlichkeitswirksames Element. Muss die Täterschaft damit rechnen, dass ihre Äusserung an die breitere Öffentlichkeit gelangt, ist dies ausreichend. Damit werden u.U. auch Äusserungen gegenüber einer Einzelperson erfasst. Gemäss einem Teil der Lehre und auch in der Praxis wird durch das Element der Öffentlichkeitswirksamkeit die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens in den Hintergrund gedrängt. In der Rechtsprechung wird deshalb kaum jemals eine Prognose über die Entwicklung des gesellschaftlichen Klimas durch die Tathandlung abgegeben.[1177]

1173 Fischer, FS Puppe, S. 1125.

1174 Fischer, FS Puppe, S. 1132 [Hervorhebung im Original].

1175 LK StGB-Krauss, § 130, N 75.

1176 LK StGB-Krauss, § 130, N 149.

1177 LK StGB-Krauss, § 130, N 73–83.

5. Beispielfall: Farid Bang und Kollegah

Das Lied «0815»[1178] von *Farid Bang und Kollegah* sorgte 2018 – neben einem Skandal[1179] um die Echo-Verleihung[1180] und heftiger Kritik an den Musikern – für eine Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft wegen Volksverhetzung. Insbesondere die sogenannte «Auschwitz-Zeile»: «Mein Körper definierter als von Auschwitz-Insassen», aber auch frühere Liedtexte wurden auf ihre strafrechtliche Relevanz überprüft. Am Ende befand die Staatsanwaltschaft, dass die Inhalte «zwar menschenverachtend und vulgär» seien, «aber damit dem Genre ‹Gangsta-Rap› gerecht werden», weshalb die Aussage nicht strafbar sei.[1181] Vor dem Hintergrund, dass es im Battle-Rap darum geht, den Gegner verbal mittels einer Punchline[1182] aufs Äusserste zu erniedrigen, und diese Form von Rap ursprünglich in den US-amerikanischen Ghettos als Ersatzform der ansonsten mittels körperlicher Gewalt ausgetragenen Konflikte diente, ist diese Entscheidung wohl richtig.[1183] Wie man anstatt einer Strafanzeige auf den Liedtext reagieren kann, zeigte ein Lehrer, der seine Schüler und Schülerinnen mittels eines Bildvergleichs zwischen einem Bodybuilder (mit einem definierten Körper) und einem abgemagerten Ausschwitz-

---

1178 Der komplette Text ist einsehbar unter: <https://genius.com/Kollegah-and-farid-bang-0815-lyrics> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1179 Im Vorfeld wurde der Ausschluss der beiden Künstler von der Verleihung verlangt, woraufhin der Echo-Ethikrat die Zeile überprüft hatte und zum Schluss kam, dass die Zeile zwar höchst geschmacklos, aber wohl nicht antisemitisch sei. Als den beiden Künstlern der Preis anschliessend verliehen wurde, gaben mehrere Kunstschaffende ihren Preis aus Protest zurück.

1180 Der Echo-Preis geht an den oder die Musiker/in mit den im jeweiligen Genre meist verkauften Platten.

1181 Torres Carolina, Gegen Kollegah und Farid Bang wird nicht mehr wegen Volksverhetzung ermittelt, in: Der Spiegel vom 16. Juni 2018, <https://www.spiegel.de/panorama/kollegah-und-farid-bang-ermittlungen-wegen-volksverhetzung-wegen-holocaust-zeilen-eingestellt-a-00000000-0003-0001-0000-000002512343> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1182 Schlagkräftige Pointe.

1183 Sand Dennis, Die Kollegah-Debatte muss endlich fair geführt werden!, in: Die Welt vom 14. April 2018, <https://www.welt.de/kultur/article175451904/Die-Debatte-um-Kollegah-und-Farid-Bang-muss-endlich-fair-gefuehrt-werden.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Häftling über die Aussage diskutieren liess. Die Lernenden kamen schliesslich zum Schluss, dass die Zeile geschmacklos sei: «Das ist abartig, so etwas zu schreiben. Der Kollegah hat doch gar keine Gefühle für diese Menschen!»[1184]

B. Medienverbreitung nach Abs. 2

Im zweiten Absatz geht es um die Verbreitung (u.ä. Handlungen) von Schriften mit volksverhetzendem Inhalt. Besonders ist hier, dass es zur Tatbestandserfüllung keine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens braucht und dass ein Angriff auf die Menschenwürde nur bei Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe c (beschimpfen, böswillig verächtlich machen und verleumden) verlangt wird. Bei den ersten beiden Alternativen von Nr. 1 Buchstabe a und b wird also weder eine Eignung zur Friedensstörung noch ein Angriff auf die Menschenwürde vorausgesetzt.[1185]

Anzumerken ist ausserdem, dass «Live-Übertragungen» bis am 1. Januar 2021 nicht vom Begriff der «Datenspeicher» wie in § 11 Abs. 3 D-StGB definiert, erfasst gewesen waren, da sie keine dauerhafte Verkörperung darstellten. Ab 2021 wurde die Begriffsdefinition den heutigen Lebensumständen angepasst, sodass jetzt auch Liveübertragungen erfasst werden.[1186]

Was den volksverhetzenden Inhalt sowie die Handlungen in Abs. 2 Buchstaben a–c betrifft, kann auf die Ausführungen oben zu Abs. 1 verwiesen werden.[1187] Auch hier wird für die Auslegung der Schriften auf das Verständnis einer unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittleserschaft abgestellt. Anders als bei Abs. 1 wird bei Abs. 2 für die Beurteilung, ob die Schrift die inhaltlichen Anforderungen des objektiven Tatbestands erfüllt, fast gänzlich auf den Inhalt und Bedeutungsgehalt der medial verbreiteten Schrift selbst abgestellt. Die massgebliche Perspektive ist diejenige unbestimmter Adressaten, sodass äussere Umstände nicht miteinbezogen werden. Auch unterscheidet sich der Tatbestand gemäss Abs. 2 dahingehend, dass sich die Täterschaft den Inhalt hier nicht zu eigen machen muss. Eine unkommentierte Wiedergabe reicht für die Erfüllung

---

1184 Wie ein Lehrer seinen Schülern die Auschwitz-Debatte erklärt, in: Focus Online vom 20. April 2018, <https://www.focus.de/familie/schule/streit-um-farid-bang-und-kollegah-das-ist-abartig-wie-ein-lehrer-seinen-schuelern-die-auschwitz-debatte-erklaert_id_8800193.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1185 Aydin, S. 308.

1186 LK StGB-Krauss, § 130, N 88–88a.

1187 LK StGB-Krauss, § 130, N 89.

aus. Nicht tatbestandlich ist, wer eine fremde Erklärung zwar wiedergibt, sich aber genügend davon distanziert.[1188]

Der Inhalt muss nach Abs. 2 Nr. 1 verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Verbreiten ist die Tätigkeit, die einen Inhalt substanziell (und nicht nur inhaltlich) einem grösseren Personenkreis zugänglich macht. Der Personenkreis muss für den Täter zahlenmässig und individuell nicht mehr bestimmbar oder jedenfalls nicht mehr kontrollierbar sein,[1189] was heisst, dass in der Regel ein blosser Schriftenaustausch zwischen zwei Personen nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit zu bejahen.[1190] Es bedarf aber keines Erfolges durch ein breiteres Publikum im Sinne einer Kenntnisnahme durch ein breiteres Publikum, die blosse Verbreitung reicht schon aus.[1191] Der Vorsatz muss sich auf die Verbreitung – mit inhaltlicher Kenntnisnahme seitens der Täterschaft – der Schriften richten.[1192]

Zwei Spezialfälle des Verbreitens sind: einerseits die Mengenverbreitung, bei der eine Vielzahl von gleichen Exemplaren an verschiedene Abnehmerinnen und Abnehmer ausgehändigt werden soll, und «verbreiten» bereits bei der Übergabe des ersten Exemplars an einen Empfänger erfüllt ist; andererseits die Kettenverbreitung, bei der die Weitergabe eines einzigen Exemplars ausreicht, wenn dieses entweder durch Weitergabe einem grösseren Personenkreis zugänglich gemacht werden soll oder wenn es das erste Exemplar einer grösseren Menge ist, die einen solchen Kreis erreichen soll. Subjektiv lässt die herrschende (aber nicht unumstrittene) Meinung hier bedingten Vorsatz genügen. Das heisst, es muss nicht sicher feststehen, dass der erste Empfänger die Schrift Dritten überlassen hat. Die rein abstrakte Gefahr der Weiterverbreitung durch Dritte reicht aber nicht aus. Gemäss anderer Ansicht muss bei der Überlassung des entsprechenden Exemplars die Weiterverteilung bereits feststehen.[1193]

Bei nicht-körperlichen Gegenständen muss ein elektronisch übermittelter Inhalt in den Arbeitsspeicher eines Computers gelangen und mindestens (umstritten) ein Lesezugriff stattgefunden haben.[1194]

[1188] LK StGB-Krauss, § 130, N 90.

[1189] LK StGB-Krauss, § 130, N 91.

[1190] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N. 15.

[1191] LK StGB-Krauss, § 130, N 94.

[1192] LK StGB-Krauss, § 130, N 156.

[1193] LK StGB-Krauss, § 130, N 94.

[1194] BeckOK StGB-Rackow, § 130, N 27; LK StGB-Krauss, § 130, N 95–96.

Der Öffentlichkeit zugänglich machen heisst im Unterschied zum Verbreiten, dass «einem anderen die Möglichkeit eröffnet wird, sich durch sinnliche Wahrnehmung Kenntnis vom Inhalt zu verschaffen».[1195] Eine körperliche Weitergabe ist damit nicht notwendig. Öffentlichkeit wird (wie beim Verbreiten) als «eine unbestimmte Vielzahl von – innerlich nicht notwendigerweise verbundenen – Personen»[1196] definiert, wobei dieses Kriterium schon bei einem Verbandstag bejaht wurde, bei dem neben Delegierten nur Pressevertreter zugelassen waren.[1197]

Bei Fällen nach § 130 Abs. 2 Nr. 1 und 2 tritt als weiteres Schutzgut der Jugendschutz hinzu.[1198] Damit soll die «individuelle Ermöglichung eines Einzelzugriffs auf die inkriminierten Inhalte unterbunden werden».[1199] Minderjährige sollen vor individualisierten Angeboten, Zugängen zu oder der Überlassung von bestimmten Inhalten geschützt werden.[1200]

In Abs. 2 Nr. 2 wird zudem bestraft, wer derartige Inhalte herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese ein- oder auszuführen, um sie wie in Abs. 2 Nr. 1 zu verwenden oder einer anderen Person diese Verwendung zu ermöglichen. Die Handlungen liegen also im Vorfeld der Verbreitungsstrafbarkeit.[1201] Die Ausführungen zu Abs. 2 gelten auch für Inhalte nach Abs. 3 bis 5.[1202]

C. Holocaustleugnung nach Abs. 3 und 4

Abs. 3 erfasst die vielfach als sogenannte «Auschwitzlüge» bezeichnete Leugnung des Holocaust – oder wie der Gesetzestext formuliert, einer «unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene[n] Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches [d.h. Völkermord, die Verf.] bezeichneten Art», und ist ähnlich ausgestaltet wie in der Schweiz. Bei den Tathandlungen handelt es sich allesamt um Äusserungsdelikte; der Täter muss eine eigene Stellungnahme zum Ausdruck bringen, die Wiedergabe von fremden Äusserungen ist nur dann tatbestandsmäs-

---

1195 LK StGB Krauss, § 130, N 100.

1196 LK StGB Krauss, § 130, N 101.

1197 BeckOK StGB-Rackow, § 130, N 28; BGH, NJW 10/2005, S. 689–690.

1198 LK StGB-Krauss, § 130, N 10.

1199 LK StGB-Krauss, § 130, N 102.

1200 LK StGB-Krauss, § 130, N 103–104.

1201 LK StGB-Krauss, § 130, N 117.

1202 § 130 Abs. 6 D-StGB.

sig, wenn die Täterin sich diese so zu eigen macht, dass sie selbst die Tathandlungen begeht.[1203] Hinsichtlich der Leugnung wird im deutschen Recht zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Bestreiten des Holocaust unterschieden. Eine qualifizierte Äusserung liegt dann vor, «wenn das Bestreiten in einer verhetzenden Form erfolgt oder mit feindseligen Angriffen verbunden wird»,[1204] dies im Gegensatz zum blossen Bestreiten der genannten Katalogtaten. Das Verharmlosen kann sowohl in quantitativer (deutlich geringere Opferzahl) wie auch in qualitativer (Bagatellisieren der Verbrechen) Hinsicht erfolgen. Unter Billigen wird wie in § 140 D-StGB das «ausdrückliche oder konkludente Gutheissen einer konkreten Tat» verstanden.[1205] Bis zum 20. Oktober 2022 bezogen sich die strafbaren Handlungen nur auf den Holocaust und andere Völkermordverbrechen der NS-Zeit. Dies hat sich durch eine Gesetzesänderung am 20. Oktober 2022 geändert.[1206]

Wie auch bei Abs. 1 muss die Tathandlung geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Es wird allerdings zwischen Billigen und Leugnen einerseits und Verharmlosen andererseits dahingehend unterschieden, dass die beiden ersten Tathandlungen eine solche Störung bereits indizieren, während es beim Verharmlosen eine konkrete Feststellung der Eignung zur Friedensstörung braucht.[1207]

Abs. 4 ahndet die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, wobei unter Gewalt- und Willkürherrschaft «die für das NS-Regime kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen»[1208] gemeint sind. Die Tathandlungen müssen sich entsprechend auf diese Menschenrechtsverletzungen beziehen. Billigen entspricht dem Wortlaut und der Auslegung in Abs. 3. Unter Verherrlichen wird nicht nur eine direkte Glorifizierung, sondern bereits eine positive Bewertungsdarstellung der erwähnten Ereignisse verstanden, und rechtfertigen tut, wer die erwähnten Menschenrechtsverletzungen als «notwendige oder unvermeidliche Massnahmen» verteidigt. Die Tathandlungen müssen die Würde der Opfer verletzen, wobei nicht klar ist, ob damit die Menschenwürde gemeint ist oder eine erhebliche Ehrverletzung bereits ausreicht.[1209]

[1203] LK StGB-Krauss, § 130, N 129.

[1204] LK StGB-Krauss, § 130, N 132.

[1205] LK StGB-Krauss, § 130, N 131–133.

[1206] Vgl. die Ausführungen zu Abs. 5.

[1207] LK StGB-Krauss, § 130, N 138.

[1208] LK StGB-Krauss, § 130, N 141.

[1209] LK StGB-Krauss, § 130, N 142–144, 146.

Interessant ist, dass Abs. 4 als einzige Deliktsvariante von § 130 als Erfolgsdelikt ausgestaltet ist. Der öffentliche Friede muss tatsächlich gestört werden.[1210] Wann eine solche Störung vorliegt und wie sie sich zur blossen Eignung der Friedenstörung abgrenzt, dürfte in der Praxis zu erheblichen Problemen führen.[1211] Abs. 4 wurde u.a. explizit geschaffen, um rechtsextremistische Treffen einfacher verbieten zu können. Ein blosses Bekenntnis zum Nationalsozialismus soll zwar weiterhin straflos bleiben, es ist aber fast unmöglich, abzugrenzen, wann es sich nur um ein Bekenntnis zum «Nationalsozialismus» handelt und wann die Schwelle zur Verherrlichung etc. «nationalsozialistischer Gewalt- und Willkürherrschaft» überschritten ist.[1212] Im Grunde wurde die Norm als Rechtsgrundlage für verwaltungsrechtliche Eingriffe geschaffen, «die ihrerseits an Gefahren-Lagen anknüpfen».[1213] Sie mutiert dadurch zur blossen «Hilfsvorschrift polizeilicher Eingriffsnormen».[1214] Abs. 4 umgeht damit schlicht die Gefährdungsproblematik. Die Störung muss (so die Praxis) nicht positiv festgestellt werden, was dazu führt, dass sich letztlich ein nach Abs. 4 beurteilter Sachverhalt nicht mehr von der Anwendung der Abs. 1 oder 3 hinsichtlich (der Eignung bzw. Störung) des öffentlichen Friedens unterscheidet.[1215]

Die Tathandlungen in den Abs. 3 und 4 müssen entweder öffentlich oder in einer Versammlung erfolgen.[1216] Die Tathandlung ist dann öffentlich,

> «wenn sie unabhängig von der Öffentlichkeit des fraglichen Orts von einem grösseren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder durch nähere Beziehung nicht verbundenen Personenkreis unmittelbar wahrgenommen werden kann».[1217]

Bei mündlichen Äusserungen müssen die die Öffentlichkeit ausmachenden Personen tatsächlich anwesend und in der Lage sein, von den Äusserungen Kenntnis zu nehmen. Es reicht auch nicht aus, dass eine Äusserung, die sich nur an wenige Personen gerichtet hatte, hinterher an die Öffentlichkeit gelangte, selbst wenn der Täter damit gerechnet hatte.[1218] Die Anzahl der Personen scheint bei der Qualifikation,

---

[1210] MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 87.

[1211] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 22c.

[1212] Ulbricht, S. 111.

[1213] Fischer, FS Puppe, S. 1134.

[1214] Fischer, FS Puppe, S. 1135.

[1215] Fischer, FS Puppe, S. 1134–1135, 1139–1140.

[1216] MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 75; LK StGB-Krauss, § 130, N 145.

[1217] MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 83.

[1218] MüKo StGB-Regge/Pegel, § 186, N 34.

ob etwas öffentlich ist oder nicht, ausschlaggebend zu sein. Nicht öffentlich sind deshalb Äusserungen in einer «für jedermann zugänglichen Versammlung […], wenn die Zahl der Anwesenden an den Fingern einer Hand abzuzählen sind, und ebenso wenig werden Äusserungen in einem geschlossenen Personenkreis deshalb zu öffentlich gemachten, weil der Täter zu diesem in keinerlei Beziehung stand».[1219]

Mit einer Versammlung ist ein «nicht nur zufälliges zeitweiliges Beisammensein»[1220] bzw. «eine zu einem bestimmten Zweck vereinigte Personenmehrheit»[1221] und damit auch ein begrenzter Personenkreis gemeint. Wann eine Versammlung quantitativ erreicht ist, entscheidet sich anhand der Umstände, wobei zehn Personen auszureichen scheinen.[1222] Nicht erfasst sind rein persönliche Zwecke, wie eine Familienfeier, wohl aber wissenschaftliche oder künstlerische Treffen.[1223]

D. Leugnung etc. von Völkerrechtsverbrechen nach Abs. 5

Am 20. Oktober 2022 wurde die Einfügung eines neuen Abs. 5 beschlossen.[1224] Anders als zuvor wird neu das «öffentliche[1225] Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter Strafe [ge]stellt, wenn die Tat in einer Weise begangen wird, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören».[1226] Anders als im bereits bestehenden § 140 (Belohnung und Billigung von Straftaten) ist damit auch die Leugnung und gröbliche Verharmlosung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Völkermord strafbar.[1227] Damit soll der EU-Rahmenbeschluss 2008/913/JI umgesetzt werden, da die EU-Kommission am 2. Dezember 2021 ein Vertragsverletzungsverfahren

---

1219 Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, § 186, N 19. Die Definition ist damit deutlich enger als die des BGer in BGE 130 IV 119.

1220 MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 84.

1221 LK StGB-Krauss, § 130, N 137.

1222 LK StGB-Krauss, § 130, N 137.

1223 MüKo StGB-Schäfer/Anstötz, § 130, N 84.

1224 Deutscher Bundestag, Volksverhetzungs-Paragraf und Bundeszentralregistergesetz geändert, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw42-de-bundeszentralregister-915600> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1225 Oder in einer Versammlung.

1226 Deutscher Bundestag, Drucksache 20/4085, S. 14.

1227 Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-

gegen Deutschland eingeleitet hat, weil es die EU-Vorgaben aus dem Rahmenbeschluss nicht vollständig oder nicht korrekt ins nationale Recht übergeführt hatte, insoweit als das öffentliche Leugnen oder das gröbliche Verharmlosen von Völkerrechtsverbrechen nicht unter Strafe gestellt worden sind. Deutschland erhielt anschliessend zwei Monate Zeit, die Vorgaben umzusetzen.[1228] Während der Rahmenbeschluss die Möglichkeit einräumte, die Leugnung oder gröbliche Verharmlosung der Völkerrechtsverbrechen nur dann unter Strafe zu stellen, «wenn ein nationales Gericht dieses Mitgliedstaates und/oder ein internationales Gericht sie endgültig festgestellt haben oder wenn ausschliesslich ein internationales Gericht sie endgültig festgestellt hat»,[1229] machte der deutsche Gesetzgeber von dieser einschränkenden Klausel keinen Gebrauch. Vielmehr entscheidet nach deutschem Recht nun das gleiche Gericht, das die Strafbarkeit feststellt, auch darüber, ob es sich bei der gebilligten, geleugneten oder gröblich verharmlosten Tat um einen Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen handelt.[1230] Der Deutsche Bundestag begründete dies damit, dass sich die Einschränkungsklausel nur auf die Leugnung oder gröbliche Verharmlosung, nicht aber auf die Billigung beziehe, was eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Tatvarianten darstelle.[1231] Anders als bei der Holocaustleugnung erfordert die Tathandlung gemäss Abs. 5 ein gröbliches Verharmlosen und nicht nur ein Verharmlosen schlechthin. Die Strafbarkeit in Bezug auf die Verharmlosung des Holocaust gemäss Abs. 3 umfasst mehr als die Verharmlosung anderer Völkerrechtsverbrechen nach Abs. 5. Dieser Unterschied wird mit der deutschen Geschichte begründet.[1232]

Gemäss Gesetzeswortlaut muss die Tathandlung zudem nicht nur geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören, sondern auch zu Hass oder Gewalt gegen die in Abs. 1 Nr. 1 genannten Personen/Gruppen aufzustacheln. Der Tatbestand ist also enger als Abs. 3 (und in der Praxis wohl auch als Abs. 4), weil er sich nur auf

---

von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1228] Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im Dezember: wichtigste Beschlüsse vom 2. Dezember 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_6201> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1229] Art. 1 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI vom 28. November 2008.

[1230] Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1231] Deutscher Bundestag – Drucksache 20/4085, S. 14.

[1232] Deutscher Bundestag – Drucksache 20/4085, S. 14–15.

die abschliessende Liste der Gruppenzugehörigkeit bezieht und zudem geeignet sein muss, zu Hass oder Gewalt gegen diese Personen/Gruppen aufzustacheln. Es dürfte sich aber auch hier um ein sogenannt abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt handeln, weil die *Eignung* zur Störung des öffentlichen Friedens (und die Eignung, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln) ausreicht. Gleich wie in den Abs. 3 und 4 muss die Tathandlung öffentlich oder in einer Versammlung erfolgen; es sei deshalb auf die oben erfolgten Ausführungen verwiesen.

E. Sozialadäquanzklausel nach Abs. 8

Die Sozialadäquanzklausel in Abs. 8 schliesst den Tatbestand aus, «wenn die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient.»[1233] Sie gilt für die Abs. 2 bis 5, nicht aber für Abs. 1. Sie stellt einen Tatbestandsausschluss und keine Rechtfertigung dar. Insofern unterscheidet sie sich zumindest teilweise von den englischen Ausnahmeklauseln. Sie wird für § 130 als weitgehend bedeutungslos beurteilt. Einzig in Fällen, in denen z.B. zu Ausbildungszwecken im Schulunterricht strafrechtlich relevante Schriften angeschaut werden oder eine kritisch kommentierte Ausgabe von «Mein Kampf» zwecks Weiterbildung sowie eine kritisch distanzierte Berichterstattung über rassistische Äusserungen herausgegeben wird, kann sie relevant sein.[1234]

II. § 185 D-StGB Spezialfall der Kollektivbeleidigung

§ 185 D-StGB erfasst die Beleidigung und wird – insofern sie ein Individuum betrifft – nicht weiter ausgeführt. Im deutschen Recht[1235] gibt es den Sonderfall der Kollektivbeleidigung, der nicht nur im Hinblick auf den Vorschlag Waldrons[1236] für die USA zu interessanten Überlegungen Anlass gibt. Im Folgenden wird daher nur der Sonderfall der Kollektivbeleidigung, nicht aber die übrigen Tatbestandsmerkmale von § 185 D-StGB betrachtet.

[1233] § 86 Abs. 4 D-StGB.

[1234] LK StGB-Krauss, § 130, N 160–161.

[1235] Im Schweizerischen Recht existiert das Konzept der Kollektivbeleidigung ebenfalls, wobei aber die deutsche Ausgestaltung ausgereifter wirkt als die schweizerische.

[1236] Vgl. dazu Teil 4, Kap. 1 I.

Unter gewissen Voraussetzungen gelten Institutionen und Personenvereinigungen gemäss h.M. auch unabhängig von § 194 Abs. 3 und 4 D-StGB als beleidigungsfähig. Solange Personenvereinigungen eine «rechtlich anerkannte gesellschaftliche Funktion erfüllen und einen einheitlichen Willen bilden» können, wird ihnen der Schutz von § 185 unabhängig des rechtlichen Status zuerkannt.[1237] Davon abzugrenzen ist eine Beleidigung von mehreren Einzelpersonen unter einer Kollektivbezeichnung. Sofern trotz Gebrauchs einer Sammelbeleidigung erkennbar nur eine einzelne oder mehrere ganz bestimmte Personen betroffen sind, werden diese zunächst als Individuen beleidigt. Was die übrigen durch die Sammelbeleidigung gemeinten Personen anbelangt, muss geprüft werden, ob sie ebenfalls von einer Kollektivbeleidigung miterfasst sind. «Im Übrigen ist Voraussetzung einer Sammelbeleidigung einzelner immer, dass sich die fragliche Äusserung nach ihrem objektiven Sinn nicht nur auf das Kollektiv als eine von ihren Mitgliedern abgehobene Gesamterscheinung […], sondern auf diese selbst als Individuen bezieht.»[1238]

Es gibt bei dieser Variante zwei Alternativen: Bei einer beleidigenden Äusserung, bei der nur ein oder mehrere Angehörige einer Gruppe gemeint sind, aber offengelassen wird, wer gemeint ist, sodass jeder oder jede betroffen sein kann, sind alle beleidigt (z.B. in der X-Fraktion des Landrats sitzt ein Landesverräter). Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um einen anzahlmässig kleinen und überschaubaren Kreis handelt, weil die Beleidigung ansonsten zu unbestimmt erscheint. Ausschlaggebend für Grösse und Zahl ist, wie sehr eine Einzelperson in Verdacht gerät, gemeint zu sein (bei der Aussage «alle Angehörigen des Bundestags sind Verräter», können alle beleidigt sein, hingegen nicht bei der Aussage «ein Mitglied des Bundestages ist ein Verräter»).[1239] Eine zweite Art der Beleidigung einer Mehrheit von Einzelpersonen unter einer Kollektivbezeichnung ist, dass mit der Bezeichnung einer Personengruppe alle Angehörigen dieser Gruppe getroffen werden sollen. Es muss sich aber stets aus dem objektiven Sinn der Äusserungen «deren Individuumsbezogenheit» ergeben. Hierfür sind drei Voraussetzungen nötig:[1240]

1. Klare Umgrenzung:
   Der Kreis der Betroffenen muss klar umgrenzt sein, sie müssen sich von der Allgemeinheit durch bestimmte Merkmale unterscheiden und die einzelne Person muss dem Kreis unzweifelhaft zuzuordnen sein.[1241]

[1237] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 3–3a mit Bsp.

[1238] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 5.

[1239] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 5–6; vgl. auch BGHSt, NJW 17/1960, S. 779–780.

[1240] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 7.

[1241] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 7a.

2. Zahlenmässige Überschaubarkeit:
   Der Kreis der Betroffenen muss zahlenmässig überschaubar sein, damit sich die Beleidigung nicht «in der Masse verliert». Bei den in Deutschland lebenden Juden wird ungeachtet der Zahl eine Kollektivbeleidigungsfähigkeit angenommen.[1242]
3. Bezugsobjekt:
   Die Äusserung muss sich auf alle beziehen. Einerseits kann dies der Fall sein, wenn explizit alle miteinbezogen werden, andererseits auch bei Pauschalaussagen, die mögliche Ausnahmen nicht klar vom Rest abgrenzen. Einzelne Ausnahmen, die nicht näher bezeichnet werden, heben dies noch nicht auf.[1243]

So sind von der Sammelbeleidigung zwar «alle christlichen Geistlichen», nicht aber «die Christen» erfasst – ebenso «die Kriminalpolizei einer bestimmten Stadt», nicht aber «die Polizei in ihrer Gesamtheit».[1244]

III. § 192a D-StGB Verhetzende Beleidigung

Am 22. September 2021 trat der Straftatbestand § 192a D-StGB in Kraft. Er wurde eingeführt, um die strafrechtliche Lücke zwischen § 130 (Volksverhetzung) und § 185 (Beleidigung) zu schliessen.[1245] Erfasst werden Inhalte, die geeignet sind, die Menschenwürde der Adressatengruppe anzugreifen, welche die Täterschaft einem oder mehreren Betroffenen dieser Gruppe ohne deren Aufforderung zukommen lässt.[1246] Der Artikel ist eine Art Hybrid zwischen den beiden vorgenannten Strafbestimmungen.[1247] Erforderlich ist weder eine (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens noch eine individualisierte Beleidigung. Die Tat findet im Bereich zwischen der nichtöffentlichen und nicht-individualisierten Konfrontation mit verhetzenden Inhalten statt.[1248] Die Vorschrift bezweckt, vor der unerwünschten Konfrontation durch gewisse Inhalte zu schützen.[1249]

[1242] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 7b.

[1243] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 7c.

[1244] Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 8.

[1245] BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 1.

[1246] BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 4–7.

[1247] Hoven/Witting, S. 589.

[1248] Nussbaum, S. 335.

[1249] Nussbaum, S. 337.

> «Grundgedanke der neuen Vorschrift ist es dabei, nicht auf das ‹Gemeintsein› durch eine Äusserung, sondern auf das ‹Verletztsein-dürfen› des […] Konfrontierten abzustellen.»[1250]

Wie bei den anderen Straftatbestimmungen zu Hassreden ist das Schutzgut auch hier nicht unstrittig. Der Gesetzgeber wollte die Ehre der Adressaten geschützt haben. Ein Teil der Lehre hingegen betrachtet die Menschenwürde als Normschutzgut.[1251]

Geschützt sind «durch ihre nationale, rassische, religiöse oder ethnische Herkunft, ihre Weltanschauung, ihre Behinderung oder ihre sexuelle Orientierung bestimmte» Gruppen oder Einzelpersonen, die wegen ihrer «Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen» beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden.[1252] Nicht darunter fallen trans- oder intersexuelle Menschen und auch das Geschlecht ist nicht erfasst.[1253]

Tatobjekt sind Inhalte nach § 11 Abs. 3 D-StGB, «die (konkret) geeignet sind, die Menschenwürde anderer […] anzugreifen».[1254] Die Tathandlung ist das Gelangenlassen ohne Aufforderung solcher Inhalte. Unter den Inhaltsbegriff nach § 11 Abs. 3 fallen alle Inhalte, «die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder auch unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden».[1255] Dass der Gesetzgeber explizit auch ein Gelangenlassen von Inhalten in (fern-)mündlicher Form erwähnt, wirft deshalb Fragen auf. Die Formulierung lässt darauf schliessen, dass Äusserungen, die nur mündlich übertragen werden (d.h. ohne technische Übertragung wie z.B. die eines Telefons), nicht erfasst werden.[1256] Das erinnert an den Online Safety Act im VK.

Anders als in § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe c, bei dem die Verbreitung von Inhalten, welche die Menschenwürde tatsächlich angreifen, unter Strafe stellen, muss bei § 192a die Äusserung nur *geeignet* sein, die Menschenwürde anzugreifen. § 192a unterscheidet sich auch von § 130 Abs. 1 Nr. 2, der zwar ebenfalls eine Eignung voraussetzt, allerdings muss dabei der (nachzuweisende) Angriff auf die

---

1250 Nussbaum, S. 342.

1251 M.w.H. BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 2.

1252 § 192a D-StGB.

1253 Nussbaum, S. 339.

1254 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 3–4.

1255 § 11 Abs. 3 D-StGB.

1256 Nussbaum, S. 340.

Menschenwürde geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Dies ist bei § 192a gerade nicht der Fall. Wird das Eignungsmerkmal wie in § 130 ausgelegt, so hiesse das, dass bereits die begründete Befürchtung eines objektiven, verständigen Durchschnittsbürgers, es werde zu einem Angriff auf die Menschenwürde kommen, genügen würde.[1257] Damit wird der Tatbestand noch weiter vorverlagert, als dies bei der Volksverhetzung ohnehin schon der Fall ist.[1258]

Der strafbare Inhalt muss in den Verfügungsbereich der betroffenen Person oder Gruppe gelangen, eine Kenntnisnahme hingegen ist nicht erforderlich. Tatbestandsausschliessend ist eine explizite oder konkludente Aufforderung zum Erhalt der Nachricht, wobei die nachträgliche Genehmigung nicht ausreicht.[1259] Ob die Täterschaft den Inhalt der Nachricht als geeignet ansieht, die Menschenwürde anzugreifen, ist unerheblich. Der Vorsatz muss sich auf das Gelangenlassen des Inhalts an die andere Person, deren Gruppenzugehörigkeit sowie auf die fehlende Aufforderung richten.[1260]

IV. Weitere Bestimmungen

A. Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)

Vom 1. Oktober 2017[1261] bis Mai 2024 war das deutsche Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) in Kraft. Das Gesetz galt für alle sozialen Netzwerke, die zum Verbreiten «beliebiger Inhalte» (mit anderen Nutzern oder Nutzerinnen oder der Öffentlichkeit) bestimmt sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG), wobei für diejenigen mit mindestens zwei Millionen registrierten Nutzern und Nutzerinnen im Inland deutlich mehr Regeln gelten als für die übrigen. Ausgenommen vom Gesetz sind Plattformen mit «journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten» (§ 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG) und Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind (§ 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG). Den Netzwerken wurden keine neuen Pflichten durch das Gesetz auferlegt, sondern lediglich die

1257 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 4.

1258 Nussbaum, S. 342.

1259 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 6–7.

1260 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 8.

1261 Das NetzDG wurde allerdings mit der Einführung des DSA aufgehoben, vgl. Kap. 4 IV.

Umsetzung des bereits bestehenden Rechts aufgezwungen. Rechtswidrige Inhalte sollten zeitnah von den Netzwerken entfernt werden.[1262]

1. Rechtswidriger Inhalt

Was ein rechtswidriger Inhalt war, bestimmte sich nach dem deutschen StGB. Das NetzDG enthielt in § 1 Abs. 3 eine abschliessende Liste von 22[1263] Tatbeständen. Darunter fielen auch die Volksverhetzung nach § 130 und die Beleidigung nach § 185 D-StGB, wobei gerade diese beiden, zusammen mit der Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, zu den meistgemeldeten Fällen nach NetzDG an das Bundesamt für Justiz gehörten. Damit der rechtswidrige Inhalt bejaht wurde, musste der Tatbestand ohne Rechtfertigungsgrund verwirklicht worden sein. Ein schuldhaftes Handeln hingegen brauchte es – anders als im Strafrecht – nicht.[1264] Die Netzwerke entschieden in erster Linie selbst, ob ein Inhalt rechtswidrig war oder nicht. Den Massstab setzten zwar nicht die Netzwerke, sondern das Gesetz, anhand dessen entschieden werden musste. Die Auslegung aber oblag den Plattformen. Im Falle einer Rechtswidrigkeit mussten sie den Inhalt entfernen oder den Zugang zum Inhalt sperren.[1265]

2. Zeitnahe Entfernung

Offensichtlich rechtswidrige Inhalte mussten innerhalb von 24 Stunden nach einer Beschwerdemeldung entfernt werden. In allen übrigen Fällen mussten die Plattformbetreibenden «unverzüglich», das heisst in der Regel innert sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde, entscheiden. Diese Frist konnte in zwei Fällen überschritten werden: Einerseits konnte der Netzwerkanbieter, wenn die Rechtswidrigkeit des Inhalts von der Unwahrheit der Behauptung oder erkennbar von anderen Umständen abhing, der Person, die den Beitrag veröffentlicht hatte, die Gelegen-

---

1262 Meixner/Figge, S. 6, 11.

1263 Es handelt sich um die §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 bis 187, 189, 201a, 241.

1264 Meixner/Figge, S. 11–12.

1265 Bundesministerium der Justiz, FAQ, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Stand 2017, Warum entscheidet der Anbieter des sozialen Netzwerks darüber, was rechtswidrig ist? Ist das nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden?, <https://www.bmj.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG_2017/NetzDG.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

heit zu einer Stellungnahme geben; andererseits konnte der Anbieter die Entscheidung an eine externe Stelle abgeben und sich dieser Entscheidung unterwerfen.[1266]

3. Meldepflicht

Ab Februar 2022 galt für alle grossen Plattformen eine Meldepflicht an das Bundeskriminalamt bei rechtswidrigen Inhalten, die der Anbieter entfernt oder gesperrt hatte und bei denen konkrete Anhaltspunkte bestanden, dass sie strafrechtlich relevant sein könnten. Die möglichen Tatbestände fanden sich in einer abschliessenden Liste in § 3a Abs. 3 NetzDG, die weniger Tatbestände enthielt als die in § 1 (so ist die Volksverhetzung darunter, nicht aber die Beleidigung). Übermittelt werden mussten nicht nur der Inhalt, sondern auch der Nutzername und die IP-Adresse des Nutzers oder der Nutzerin, und dies noch bevor klar war, ob die betroffene Person überhaupt strafrechtlich belangt wurde. Es wurde seitens des Bundeskriminalamtes mit ca. 250'000 NetzDG-Meldungen jährlich gerechnet, die ca. 150'000 geschätzte neue Strafverfahren nach sich ziehen würden. Dafür wurde die Zentrale Meldestelle für strafbare Inhalte mit 200 Beamten und Beamtinnen geschaffen, die sich der Strafverfolgung dieser Meldungen annehmen sollte.[1267] Allerdings haben Google (YouTube) und Meta (Facebook und Instagram) im Juli 2021 beim Verwaltungsgericht in Köln dagegen geklagt und Eilanträge gestellt. Im März 2022 hat das Gericht den beiden Betreibern teilweise Recht gegeben und erklärt, dass das NetzDG teilweise gegen Unionsrecht verstosse. Für Anbieter von elektronischen Diensten in der EU ist das Recht massgeblich, in dem sich der Sitz des Unternehmens befindet. Bei Google und Meta befindet sich dieser in Irland. Vom Unionsrecht gedeckt sei aber die Durchführung eines Gegenvorstellungsverfahrens, bei dem die Plattformnutzenden Lösch- und Sperrentscheiden widersprechen und eine Prüfung verlangen können.

[1266] Bundesministerium der Justiz, FAQ, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Stand 2017, In welchen Fällen müssen Anbieter sozialer Netzwerke rechtswidrige Inhalte löschen oder sperren?, <https://www.bmj.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG_2017/NetzDG.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1267] Decker Markus, Hass im Netz: BKA rechnet mit 150.000 Strafverfahren pro Jahr, in: RND vom 11. Januar 2022, <https://www.rnd.de/politik/internet-strafbare-inhalte-bka-rechnet-mit-150-000-verfahren-pro-jahr-STYQR7G3BVBBPKK4VRTZOLNO5Y.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Biselli Anna, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Ab Februar gilt die Meldepflicht. Eigentlich., in: netzpolitik.org vom 31. Januar 2022, <https://netzpolitik.org/2022/netzwerkdurchsetzungsgesetz-ab-februar-gilt-die-meldepflicht-eigentlich/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Auch Twitter (neu: X) und TikTok haben Anträge beim Verwaltungsgericht eingereicht, diese sind zum aktuellen Zeitpunkt noch hängig.[1268]

4. Sanktionen

Bei einem Verstoss gegen die Bestimmungen handelte es sich um eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bussgeld sanktioniert werden konnte. Solche Ordnungswidrigkeiten konnten u.a. die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtumsetzung eines wirksamen Beschwerdemanagements (§ 3 NetzDG) oder eines wirksamen Verfahrens zur Erfüllung der Meldepflichten (§ 3a NetzDG) darstellen. Eine Fehlentscheidung oder falsche Einschätzung bezüglich einer Beschwerde stellte allerdings noch keinen Verstoss dar.[1269] Es musste sich um ein Organisationsversagen handeln, für einen Einzelfall wurde keine Sanktion verhängt.[1270] Die Bussgelder konnten bis zu fünf Millionen Euro betragen; handelte es sich um eine juristische Person oder Personenvereinigung, betrug die Höchststrafe 50 Millionen Euro.[1271]

Ein Problemkind bezüglich der Anwendung des NetzDG stellte der Betreiber Telegram dar. Es ist umstritten, ob dieser überhaupt unter das NetzDG fiel. Beim Anbieter handelt es sich sowohl um einen Messengerdienst (Individualkommunikation) als u.U. auch um ein soziales Medium, auf dem Inhalte geteilt werden können. Telegram ermöglicht riesige Gruppenchats von bis zu 200'000 Mitgliedern und sogenannte «One-to-many»-Kanäle, in denen jemand an eine unbegrenzte Anzahl von Abonnierenden Inhalte verschicken kann. Nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz sowie des Bundesamtes für Justiz

---

[1268] Verwaltungsgericht, Pressemitteilung Köln vom 1. März 2022, <https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2022/05_01032022/index.php> [zuletzt besucht am 15.10.2024]. (Stand: Oktober 2024).

[1269] Dies im Gegensatz zum französischen Äquivalent, Loi Avia, das Sanktionen bereits nach einem einmaligen Verstoss verhängt hätte. Der französische Verfassungsrat hat deshalb entschieden, dass das Gesetz grösstenteils verfassungswidrig sei, vgl. dazu Heldt Amélie, Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz, in: JuWissBlog Nr. 96/2020 vom 23. Juni 2020, <https://www.juwiss.de/96-2020/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1270] Bundesministerium der Justiz, FAQ, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Stand 2017, In welchen Fällen können Bussgelder gegen Anbieter sozialer Netzwerke verhängt werden?, <https://www.bmj.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG_2017/NetzDG.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1271] Bundesministerium der Justiz, FAQ, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Stand 2017, Wie hoch kann ein Bussgeld ausfallen?, <https://www.bmj.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG_2017/NetzDG.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

hätte das NetzDG deshalb auf Telegram angewandt werden können. Die deutschen Justizbehörden hatten Telegram erfolglos zur Einhaltung des NetzDG zu zwingen versucht. Lange war unklar, wo der Sitz des Netzwerkbetreibers überhaupt liegt, weshalb auch keine Mahn- oder Bussgeldschreiben zugestellt werden konnten. Im Februar 2022 war dank Google ein erster Kontakt zustande gekommen und Telegram hat den deutschen Behörden grösstmögliche Kooperationsbereitschaft zugesichert.[1272]

Telegram selbst hält zu seiner Policy bezüglich Löschung von Beiträgen fest: «Während wir terroristische (z.B. ISIS-bezogene) Bots und Kanäle blockieren, werden wir keinesfalls Nutzer daran hindern, auf friedliche Weise alternative Meinungen zum Ausdruck zu bringen.»[1273] Der Kanal wird immer wieder dafür kritisiert, rechtsextremen Bewegungen als Plattform zu dienen. Der Dienst wird aber auch sehr aktiv von Protestbewegungen wie z.B. im Iran oder in Hongkong genutzt. Dies vor allem auch deshalb, weil er sich bisher als schwer zensierbar gezeigt hat und aktiv daran arbeitet, Zensurmassnahmen technisch abzuwehren.[1274]

Das NetzDG wurde seit der Einführung im Jahr 2017 bereits mehrfach überarbeitet und wurde im Februar 2024 vom DSA der EU abgelöst bzw. im Mai 2024 wurden grosse Teile ausser Kraft gesetzt.[1275]

[1272] Hummel Tassilo/Karon Jan, Telegram – Der Messengerdienst als rechtsfreier Raum, in: SWR2 vom 15. Dezember 2022, <https://www.swr.de/swr2/wissen/telegram-der-messengerdienst-als-rechtsfreier-raum-swr2-wissen-2021-06-02-100.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Stenner Pia/Reuter Markus, Bussgeldverfahren: Telegram soll sich an das NetzDG halten, in: netzpolitik.org vom 9. Juli 2022, <https://netzpolitik.org/2021/bussgeldverfahren-telegram-soll-sich-an-das-netzdg-halten/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1273] Telegram, FAQ, Bearbeitet ihr Löschanfragen?, <https://telegram.org/faq/de#f-moment-mal-0-o-ihr-loscht-etwas-auf-anfrage-von-dritten> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1274] Stenner Pia/Reuter Markus, Telegram soll sich an das NetzDG halten, in: netzpolitik.org vom 9. Juli 2022, <https://netzpolitik.org/2021/bussgeldverfahren-telegram-soll-sich-an-das-netzdg-halten/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1275] Borger Joachim, NetzDG und TMG vor dem Aus, in: Lieb.Rechtsanwälte vom 21. August 2023, <https://www.lieb-online.com/aktuelles/netzdg-und-tmg-vor-dem-aus/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Bundesamt für Justiz, Themen, Hasskriminalität im Internet, Meldung von Hasskriminalität auf Online-Plattformen, <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/HasskriminalitaetInternet/HasskriminalitaetInternet_node.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024], vgl. Kap. 4 IV.

B. § 140 D-StGB – Belohnung und Billigung von Straftaten

Der Artikel stellt die Belohnung und die Billigung von Katalogstraftaten unter Strafe. Bei diesen handelt es sich um «§ 138 Absatz 1 Nummer 2 bis 4 und 5 letzte Alternative oder in § 126 Absatz 1 genannten rechtswidrigen Taten oder eine rechtswidrige Tat nach § 176 Absatz 1 oder nach den §§ 176c und 176d».[1276] Damit sind bei beiden Handlungsalternativen bereits begangene rechtswidrige Taten der Bezugspunkt, wobei auch schuldlose Taten sowie der untaugliche strafbare Versuch miterfasst werden.[1277] Solche Taten müssen entweder belohnt, das heisst, es muss nachträglich ein vorher nicht versprochener Vorteil für eine der oben erwähnten Vortaten gewährt[1278] oder gebilligt werden, das heisst, eine konkrete Vortat muss öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts gutheissen werden,[1279] wobei die Billigung zum Zeitpunkt der Äusserung vorliegen muss.[1280] Die Billigung muss, anders als bei der Belohnung, geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören.[1281] Eine solche strafbare Billigung wurde bspw. in der Verwendung des «Z»-Symbols gesehen, das angeblich den Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine gutheisst. Weil der russische Angriffskrieg eine Straftat ist, fällt dessen öffentliche Gutheissung unter den Tatbestand von § 140 Abs. 2 D-StGB.[1282]

Hinsichtlich der Öffentlichkeit ist die Unbestimmtheit des Personenkreises (nach Zahl und Zusammensetzung) entscheidend und nicht etwa der Ort. Die Wahrnehmungsmöglichkeit durch zwei unbeteiligte Personen reicht dabei nicht aus.[1283] Eine Versammlung kann sowohl öffentlich als auch geschlossen sein, wobei eine geschlossene Versammlung mit nur wenigen Teilnehmenden nicht erfasst werden soll.[1284] Bei der Variante des Verbreitens von Inhalten kommt es nicht auf das

---

[1276] § 140 Abs. 1 D-StGB.

[1277] BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N 4–7.

[1278] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 14.

[1279] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 16–17.

[1280] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 25.

[1281] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 16.

[1282] OLG Hamburg, 5 Ws 5-6/23 vom 31. Mai 2023. Die Eignung der Störung des öffentlichen Friedens wurde ebenfalls bejaht. Als ausreichend wurde hierfür befunden, dass «die kriminogene Wirkung im Ausland eintritt oder die Billigung der Tat in der Bevölkerung die Besorgnis begründen kann, dass in Zukunft vermehrt mit der Begehung entsprechender Auslandstaten zu rechnen ist»; vgl. Leitsatz Ziffer 2.

[1283] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 26.

[1284] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 27.

Trägermedium, sondern auf den Erklärungsinhalt an. Erfasst sind nicht nur gespeicherte, sondern auch unmittelbar durch technische Mittel übertragene Inhalte.[1285]

Subjektiv reicht bedingter Vorsatz aus. Dieser muss sich auf die konkrete Vortat bzw. deren Eigenschaften und Rechtswidrigkeit sowie auf die Tathandlungen (Belohnen oder Billigen) beziehen. Bei der Billigung muss auch das Billigungsmittel vom Vorsatz umfasst sein.[1286]

Ob eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens vorliegt, entscheidet sich nicht nur anhand des Inhalts der Äusserung, sondern auch an den konkreten Umständen. Das heisst, es gilt zu berücksichtigen, «in welchem Umfang diese Äusserung Verbreitung fand, welche Personen dem angesprochenen Adressatenkreis angehören sowie unter welchen gesellschaftlichen und massenpsychologischen Bedingungen sie erfolgte».[1287] Umstritten ist, ob lange zurückliegende Ereignisse ebenfalls erfasst sind.[1288] Mit dem «Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität» vom 18. Juni 2020 wurde der Wortlaut von § 140 dahingehend geändert, dass nun auch die Gutheissung künftiger Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafbar sein soll.[1289] Dem Täter müssen dabei nicht alle Umstände der Tat bekannt sein, sondern er muss nur «die Katalogtat in ihren wesentlichen Merkmalen» umreissen.[1290] Konkret bedeutet das, dass dem Täter, der die Katalogtat billigt, «weder Tatzeit, Tatort, Täter noch besondere Umstände der gebilligten Straftat bekannt» sein müssen.[1291] Ob damit das Erfordernis entfällt, dass die Tat hinreichend konkret umschrieben sein muss, ist umstritten.[1292]

[1285] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 28.

[1286] BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N 15–16.

[1287] MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 29.

[1288] Die herrschende Meinung schliesst diese aus: mit Verweisen BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N 8; a.A. MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 30.

[1289] Deutscher Bundestag, Gesetz gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität beschlossen, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-rechtsextremismus-701104> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1290] Deutscher Bundestag, Drucksache 19/17741, S. 34.

[1291] Vassilaki, N 13. Gemäss h.M. muss für Billigung eine konkrete Tat gutgeheissen werden.

[1292] Vassilaki, N 13.

C. § 86a D-StGB – Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen

§ 86a D-StGB – als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet – zielt auf ein strafbares Verbot, nationalsozialistische Kennzeichen und Kennzeichen anderer verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen zu verwenden und zu verbreiten.[1293] Kennzeichen sind «namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grussformen».[1294] Die verbotenen Parteien oder Vereinigungen werden nach § 86 D-StGB definiert. Die Norm hat über die Zeit einige Anpassungen und Ausdehnungen erfahren.[1295] So wurde sie 1985 auf Vorbereitungshandlungen ausgedehnt, wobei auch die Herstellung, das Vorrätighalten und das Einführen verbotener Kennzeichen unter Strafe gestellt wurde.[1296] 1994 wurde die Ähnlichkeitsklausel[1297] eingefügt[1298] und 2020 die Strafbarkeit für Auslandtaten. Das heisst, dass selbst wenn der Täter sich im Ausland befindet, es ausreicht, wenn im Inland ein Kennzeichen wahrgenommen wird, sofern die Täterschaft deutscher Nationalität ist oder die Lebensgrundlage in Deutschland hat.[1299] 2021 erfolgte die Ausweitung auf Kennzeichen terroristischer Organisationen sowie ein Hinweis auf § 86 in Abs. 1.[1300]

Die Norm soll einerseits die verfassungsmässige Ordnung schützen, und zwar vor «einer Wiederbelebung verfassungswidriger Organisationen und vor ihrer ‹Verharmlosung› durch Gewöhnung an bestimmte Kennzeichen»[1301] und andererseits den politischen Frieden.[1302] Dadurch soll auf der einen Seite der Eindruck vermieden werden, dass verfassungsfeindliche Umtriebe geduldet werden, und auf der anderen Seite soll verhindert werden, dass «unter dem Eindruck der Allgegenwärtigkeit verbotener Symbole schliesslich auch deren Gebrauch durch eine verfas-

---

1293 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

1294 § 86a Abs. 2 D-StGB.

1295 Trips-Hebert, S. 7–8.

1296 BGBl. 29/1985, S. 965.

1297 Den genannten Kennzeichen stehen solchen gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind (§ 86a Abs. 2 zweiter Satz D-StGB).

1298 BGBl. 76/1994, S. 3187.

1299 BGBl. 57/2020, S. 2600.

1300 BGBl. 66/2021, S. 4250

1301 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

1302 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

sungswidrige Organisation wieder gefahrlos möglich wird».[1303] Weitere genannte Schutzzwecke sind das Ansehen der Bundesrepublik im Ausland und das Unterbinden der gruppeninternen Wirkung, die von der Verwendung solcher Kennzeichen ausgeht.[1304] Die genannten Schutzgüter sind umstritten und werden teilweise abgelehnt.[1305]

Gleichfalls umstritten ist, wie dieser Schutz durchzusetzen sei. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die verbotenen Kennzeichen grundsätzlich aus der Öffentlichkeit zu verbannen seien und es folglich nicht auf die subjektive Absicht der Verwendung ankomme. Ein anderer Teil der Lehre will nur die bekenntnishafte Verwendung bestraft wissen und betrachtet neutrale oder ablehnende Verwendungen nicht als tatbestandsmässig. Es müsse eine Identifizierung mit der Aussage der Kennzeichen erfolgen.[1306] In der Rechtsprechung wird neuerdings eine Strafbarkeit verneint, wenn der fragliche Inhalt in «offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft»[1307] zur Organisation und deren Ideologie zum Ausdruck gebracht wird.[1308] Fehlt es aber an dieser Deutlichkeit, kann eine Strafbarkeit auch bei einer kritischen Absicht erfolgen.[1309]

Verbreiten meint, eine Sache für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wobei es nicht auf den Verbreitungserfolg ankommt. Verwenden heisst, dass ein Kennzeichen akustisch oder optisch wahrnehmbar ist. Das Gesetz nennt drei alternative Verwendungsarten. So muss die Verwendung öffentlich, in einer Versammlung oder in einer von der Täterschaft verfassten Schrift erfolgen.[1310] Öffentlichkeit bedeutet hier «Wahrnehmbarkeit für einen grösseren, durch persönliche, nähere Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis»,[1311] wobei wegen der Grösse des Personenkreises dieser für die Täterschaft nicht mehr kontrollierbar sein darf.[1312]

1303 MüKo StGB-Anstötz, § 86a, N 1.

1304 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 2.

1305 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

1306 Die jeweilige Lehrmeinung zusammenfassend Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

1307 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 33.

1308 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 33.

1309 BVerfG, NJW 42/2006, S. 3052.

1310 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 24–27.

1311 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 28.

1312 BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 28.

Abs. 3 enthält eine Sozialadäquanzformel, die eine Strafbarkeit ausschliesst, wenn Kennzeichen zur staatsbürgerlichen Aufklärung in der Kunst oder in der Forschung und Lehre verwendet werden, allerdings nur dann, wenn der Schutzzweck der Norm nicht verletzt wird.[1313]

Subjektiv genügt bedingter Vorsatz, wobei es keine verfassungsgefährdende Absicht braucht. Die Täterschaft muss allerdings wissen, dass es sich um ein Kennzeichen einer verbotenen Organisation handelt sowie bei zum Verwechseln ähnlichen Kennzeichen, dass eine unbefangene Drittperson das Kennzeichen möglicherweise für eines einer verfassungswidrigen oder terroristischen Organisation hält.[1314]

Die Norm wird sehr häufig angewandt und entsprechend findet sich eine Vielzahl von Urteilen dazu. So sind z.B. verboten: das Hakenkreuz, die zweifache Siegesrune der SS, das Braunhemd, die braune NSDAP-Parteiuniform, ein gelber fünfzackiger Stern auf rotem Grund im gelben Kreis mit gelber Flamme in der Mitte (Symbol der PKK) sowie ein roter fünfzackiger Stern auf gelbem Grund im grünen Kreis (Nationale Befreiungsfront Kurdistans), das Kopfbild von Adolf Hitler sowie das Brustbild von Heinrich Himmler in der Uniform des Reichsführers SS. Erlaubt sind dagegen Bilder von Rudolf Heß oder Joseph Goebbels sowie ein Kopfbild des PKK-Führers Abdullah Öcalan. Verboten sind das Horst-Wessel-Lied oder das Lied «Ein junges Volk steht auf», der Hitler-Gruss/Deutsche Gruss, Ausrufe wie «Sieg Heil», «Heil Hitler», der «Kühnengruss», Formulierungen wie «Deutschland erwache», «Alles für Deutschland», «Meine/Unsere Ehre heisst Treue», «Blut und Ehre».

Straffrei sind Fantasieparolen wie «Blood & Honour», «Ruhm und Ehre der Waffen-SS» oder wenn Personen nicht mit dem Hitler-Gruss, sondern mit senkrecht erhobenem Arm grüssen, sowie Zahlenkürzel wie 18 für Adolf Hitler (1. und 8. Buchstabe des Alphabets), 88 für Heil Hitler (dasselbe Prinzip) oder «14 Words» (für den Satz «We must secure the existence of our people and a future for White children»).

Uneinheitlich wurden die Verwendung des Gaudreiecks/Armdreiecks, Modeartikel der Marke Consdaple (das die Buchstabenfolge NSDAP enthält) und das blaue FDJ-Hemd (FDJ steht für Freie Deutsche Jugend) beurteilt.[1315]

[1313] BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 37–38.

[1314] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 11.

[1315] Trips-Hebert, S. 13–18.

D. § 46 Abs. 2 D-StGB – Beweggründe und Ziele einer Tat

Bei einem Delikt, das nicht direkt unter die Hass(rede)delikte fällt, kann ein rassistisches, fremdenfeindliches, antisemitisches, geschlechtsspezifisches, gegen die sexuelle Orientierung gerichtetes oder sonstiges menschenverachtendes Motiv oder Ziel Grund für eine Strafschärfung sein. Das deutsche Strafrecht selbst ist zwar nicht als Täterstrafrecht ausgestaltet, sondern als Tatstrafrecht, insofern als die Täterschaft nicht für etwas bestraft wird, was sie ist (z.B. ein Rassist), sondern nur für das, was sie getan hat (eine rassistische Handlung). Dies muss auch beim Beweggrund, der für die Strafschärfung herangezogen wird, berücksichtigt werden.[1316] Nicht die Gesinnung als solche darf bestraft werden, sondern die Tat wird bestraft und die Gesinnung, die sich aus der Tat ergeben muss, wird strafschärfend herangezogen. Aber das hindert nicht daran, für die Feststellung eines solchen – sich aus der Tat ergebenen – Beweggrundes auch auf die Täterpersönlichkeit zurückzugreifen.[1317] Wie sehr aber ein Motiv für eine Strafschärfung herangezogen werden muss, steht im Ermessen der Gerichte.[1318]

Aufgrund der Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages zu den Vorgaben von Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI wurden die Wörter «insbesondere rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende» in § 46 Abs. 2 eingeführt[1319] und die nicht abschliessende Liste gilt seit dem 1. August 2015.[1320] Die Ergänzung «antisemitisch» gilt erst seit dem 3. April 2021,[1321] wurde aber bis zur eigenständigen Aufzählung regelmässig unter den Auffangbegriff «menschenverachtend» subsumiert.[1322] Der Begriff wurde eingeführt, weil der antisemitische Beweggrund für die Begehung einer Straftat nur unzureichend abgebildet war.[1323] Am 1. Oktober 2023 wurden zudem «geschlechtsspezifische» und «gegen die sexuelle Orientierung gerichtete» Beweggründe aufgenommen.[1324] Insgesamt aber bedeutet die Hervorhebung die-

---

1316 MüKo StGB-Maier, § 46, N 203.

1317 Schäfer/Sander/van Gemmeren, N 615.

1318 Matt/Renzikowski StGB-Bussmann, § 46, N 6–9.

1319 MüKo StGB-Maier, § 46, N 210.

1320 Schäfer/Sander/van Gemmeren, N 22a.

1321 Eingeführt durch: Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. 13/2021, S. 441.

1322 MüKo StGB-Maier, § 46, N 210.

1323 A.A. Gerson, S. 22, 26.

1324 BGBl. 203/2023, S. 1, 4.

ser Motive keine Änderung der Rechtslage, weil diese Gründe bereits vorher strafschärfend zu berücksichtigen waren.[1325]

Unter dem Begriff «rassistisch» werden Beweggründe oder Ziele verstanden, «wenn sie auf einer Kategorisierung und Hierarchisierung von Menschen anhand von Kriterien wie Abstammung oder körperlichen Merkmalen beruhen».[1326] Das Merkmal muss körperlich erkennbar sein.[1327] Bei «Fremdenfeindlichkeit» ist ein Verhalten gemeint, das Menschen «aufgrund bestimmter Kriterien wie Aussehen, Herkunft, Sprache oder sonstiger sozialer Verhaltensweisen als ‹fremd› stigmatisiert».[1328] Der Begriff ist weiter als «Rassismus» und kann diese körperlichen (Rassen-)Merkmale miteinschliessen, sich aber ohne Weiteres auch auf Sprache, Staatszugehörigkeit etc. erstrecken.[1329] Unter den Sammelbegriff «menschenverachtend» fallen alle übrigen Beweggründe oder Ziele, welche die Menschenwürde der Betroffenen verletzen. Dazu gehören auch gegen religiöse oder sexuelle Orientierungen, gegen Behinderung oder den sozialen Status (und vor der eigenständigen Aufzählung auch antisemitisch) gerichtete Beweggründe.[1330] Wie die beiden neu eingeführten Begriffe genau auszulegen sind, muss sich erst noch zeigen. Die explizite Aufzählung der genannten Beweggründe soll indessen nicht zu einer speziellen Gewichtung dieser im Vergleich zu den übrigen straferhöhenden Gründen führen.[1331] Auch eine derartige Gesinnung darf, wie bereits erwähnt, nicht straferhöhend berücksichtigt werden, sofern sie sich nicht aus der Tat selbst ergibt. Zudem dürfen diese Motive dann nicht straferhöhend wirken, wenn der Tatbestand selbst sie bereits berücksichtigt, wie dies bei der Volksverhetzung oder beim Mord (wo niedrige Beweggründe die Tötung als Mord qualifizieren) der Fall ist (Doppelverwertungsverbot).[1332] Insofern brachten die Hervorhebungen keine neuen Ergänzungen, weil sie ohnehin unter die bereits vorher existierenden niedrigen Beweggründe fielen.[1333]

1325 Matt/Renzikowski StGB-Bussmann, § 46, N 12.

1326 Matt/Renzikowski StGB-Bussmann, § 46, N 12.

1327 Gerson, S. 25.

1328 MüKo StGB-Maier, § 46, N 210.

1329 Gerson, S. 25.

1330 MüKo StGB-Maier, § 46, N 210.

1331 MüKo StGB-Maier, § 46, N 210.

1332 MüKo StGB-Maier, § 46, N 211.

1333 Schäfer/Sander/van Gemmeren, N 608.

V. Allgemeine Kritik am bestehenden System

In Deutschland ist die Norm der Volksverhetzung umstritten. Die Norm sei unübersichtlich und überschneide sich in Teilen. Angezweifelt wird teilweise auch ihre Notwendigkeit und Geeignetheit sowie ihre Verfassungsmässigkeit im Hinblick auf die Meinungsäusserungsfreiheit und das Bestimmtheitsgebot. Dass es der Norm wegen ihrer Weite an tatbestandlicher Bestimmtheit mangle, wurde auch vom deutschen Bundesrat kritisiert.[1334] Kritisiert wird weiter die Vagheit des Tatbestands[1335] sowie die fehlende Klarheit des Rechtsguts.[1336] Insbesondere das Rechtsgut des öffentlichen Friedens wird von Stimmen aus der Lehre immer wieder kritisiert.[1337] Es gibt auch Stimmen, die den Artikel mindestens teilweise abschaffen wollen, weil andere Strafbestimmungen bereits vor etlichen Rechtsgutsverletzungen schützen und den Artikel so partiell entbehrlich machen.[1338]

Der neue Abs. 5 wird ebenfalls von links bis rechts kritisiert,[1339] u.a. weil der Gesetzgeber den neuen Absatz im Alleingang entworfen und weder die Öffentlichkeit noch die Fachwelt einbezogen habe.[1340] Das Gesetz sei ausserdem im «Hauruck-Verfahren» entstanden[1341] und dies ohne Not, da die Vorgaben der EU schon seit über zehn Jahren bekannt seien und auch auf das Vertragsverletzungsverfahren bereits früher hätte reagiert werden können bzw. sollen.[1342] Die Kritik

---

1334 LK StGB-Krauss, § 130, N 20–21.

1335 Aydin, S. 308; Mitsch, S. 198.

1336 Mitsch, S. 201.

1337 Vgl. dazu ausführlich Teil 4, Kap. 1 II.

1338 Mitsch, S. 198.

1339 Suliak Hasso, § 130 StGB: Ampel verschärft Volksverhetzungsparagrafen, in: LTO vom 21. Oktober 2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/volksverhetzung-voelkermord-kriegsverbechen-groeblich-verharmlosen-billigen-leugnen-130-stgb-holocaust/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1340 Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1341 Leugnung von Kriegsverbrechen nun strafbar, in: Focus Online vom 26. Oktober 2022, <https://www.focus.de/panorama/welt/volkverhetzung-leugnung-von-kriegsverbrechen-nun-strafbar_id_170663915.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1342 Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

rührt daher, dass die Gesetzesänderung ohne erste Lesung und am Tag vor der Beschlussfassung an einen sachfremden Entwurf der Bundesregierung für ein Achtes Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes angehängt worden war.[1343] Der Gesetzgeber sah in Abs. 5 allerdings keine Verschärfung, sondern lediglich eine Klarstellung, weil «[i]n aller Regel […] solche Handlungen vom Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nummer 1 StGB erfasst werden [dürften]».[1344] Dem wird widersprochen, weil davon bisher niemand ausgegangen sei und auch keine entsprechenden Gerichtsurteile vorlägen, und so handle es sich faktisch eben doch um eine Verschärfung.[1345] Zudem wird kritisiert, dass nicht von der Einschränkung im Rahmenbeschluss Gebrauch gemacht worden ist, wonach für eine Strafbarkeit nationale oder internationale Gerichte die geleugneten etc. Verbrechen bereits endgültig festgestellt haben müssen.[1346]

Auch der jüngst erlassene Straftatbestand der verhetzenden Beleidigung gemäss § 192a wird kritisiert. Die Formulierung sei unverständlich und vermöge auch inhaltlich nicht wirklich zu überzeugen. Die Norm beziehe sich auf eine sehr enge Tatkonstellation und stelle keineswegs eine umfassende und durchdachte Lösung für derartige Hassdelikte dar. Es entstehe insgesamt der Eindruck einer «gehetzten Gesetzgebung», die zum Flickenteppich aus diversen Gesetzgebungen in Bezug auf Hassdelikte weiter beitrüge.[1347] Weiter kritisiert wird die Vorverlagerung der Strafbarkeit, die Ausklammerung des Geschlechts bei den schützenswerten Gruppen sowie die Wahl der Angriffseignung statt der Verletzung der Menschenwürde.[1348] Es wird zudem teilweise bezweifelt, dass die Norm überhaupt notwendig

---

[1343] Deutscher Bundestag, Volksverhetzungs-Paragraf und Bundeszentralregistergesetz geändert, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw42-de-bundeszentralregister-915600> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1344] Deutscher Bundestag, Drucksache 20/4085, S. 13.

[1345] Verharmlosung von Kriegsverbrechen: Gesetzesverschärfung im Eiltempo, in: taz vom 23. Oktober 2022, <https://taz.de/Verharmlosung-von-Kriegsverbrechen/!5889964/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1346] Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1347] M.w.H. BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 1, 2.1.

[1348] Nussbaum, S. 342.

gewesen sei, dies, weil die bestehenden Normen die angebliche Lücke im Strafrecht bereits abgedeckt hätten.[1349]

Bezüglich des NetzDG wurden immer wieder Befürchtungen des sogenannten «Overblocking» geäussert. Im Gegensatz zu Frankreich, wo der Verfassungsrat im Juni 2020 entschieden hatte, dass das vergleichbare Loi Avia tatsächlich gegen die Meinungsäusserungsfreiheit verstiesse, verabschiedete der Bundestag (am gleichen Tag) das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität. Im Unterschied zum NetzDG hätte in Frankreich aber ein einzelner Verstoss gegen eine Löschpflicht bereits zu Sanktionen führen können (nicht aber im umgekehrten Fall des Overblockings). In Deutschland hingegen führten nur systemische Verstösse zu Bussgeldern. Das konnte also nicht nur beim Nicht-Blocking, sondern auch beim Overblocking der Fall sein. Wer rechtswidrige Inhalte systematisch nicht löschte oder sperrte, aber auch wer nicht rechtswidrige Inhalte systematisch entfernte, lief Gefahr, Bussgelder bezahlen zu müssen. Gleich wie in Frankreich sind in Deutschland aber die übrigen kritisierten Punkte. Es bestand eine kurze Frist von 24 Stunden für offensichtlich rechtswidrige Inhalte, wobei im Gesetz nicht klar definiert war, welche Inhalte offensichtlich rechtswidrig waren.[1350] Diese kurze Frist wird nun mit dem DSA abgeschafft und die Löschung muss «zeitnah» erfolgen.[1351] Gleich wie in Frankreich wurde auch in Deutschland die Pflicht zur Überprüfung lediglich durch eine einfache Meldung ausgelöst und die Einschätzung, was rechtswidrig war und somit gelöscht werden musste, weitgehend den Plattformen überlassen.[1352] Allerdings hat der BGH am 29. Juli 2021 entschieden,[1353] dass Facebook nicht mehr einfach so Beiträge löschen oder Konten sperren darf. Es muss die Nutzer bei Kontensperrungen vorab und bei Beitragslöschungen nachträglich über das Vorgehen informieren, die Entscheidung begründen und die Möglichkeit zur Gegenäusserung einräumen.

[1349] Hoven/Witting, S. 592.
Hörnle, 121–123.

[1350] Wienfort Nora, Blocking Overblocking, Frankreichs Verfassungsrat kippt das Gesetz gegen Hasskriminalität im Netz, in: Verfassungsblog vom 20. Juni 2020, <https://verfassungsblog.de/blocking-overblocking/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1351] Borger Joachim, NetzDG und TMG vor dem Aus, in: Lieb.Rechtsanwälte vom 21. August 2023, <https://www.lieb-online.com/aktuelles/netzdg-und-tmg-vor-dem-aus/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1352] Wienfort Nora, Blocking Overblocking, Frankreichs Verfassungsrat kippt das Gesetz gegen Hasskriminalität im Netz, in: Verfassungsblog vom 20. Juni 2020, <https://verfassungsblog.de/blocking-overblocking/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1353] BGH, NJW 43/2021, S. 3179–3191.

Anschliessend muss die Lage neu beurteilt werden. Das schränkt die bis anhin sehr weite Entscheidungsbefugnis der Plattform ein und schliesst automatisierte Verfahren praktisch aus. Dies entbindet Facebook allerdings nicht von der Pflicht zur Löschung oder Sperrung von rechtswidrigen Inhalten. Es ist zu erwarten, dass sich das Urteil auch auf die anderen Social-Media-Plattformen erstrecken wird.[1354] Wie bereits erwähnt, löste das DSA das NetzDG per 17. Februar 2024 ab.[1355]

§ 86a D-StGB, teilweise auch als Propagandadelikt bezeichnet, erfährt nicht nur hohes Interesse seitens der Medien, sondern führt auch zu kontroversen Diskussionen über gefällte Urteile und die Anwendung der Norm.[1356] Die Rechtsprechung scheint immer wieder Mühe zu bekunden mit der «Kreativität» der rechtsextremen Szene und ist geprägt von «Rechtsunsicherheit und Haarspalterei».[1357] Das straffreie Verwenden von Parolen wie «Blood & Honour» wiederum scheint jedoch der Gesellschaft Mühe zu bereiten.[1358]

Kritisiert wird an der Norm u.a. die Unklarheit des Rechtsgutes sowie, dass der Zweck der Norm durch die Tabuisierung der Kennzeichen nicht eigentlich zielführend sei. Eine umfassende Verbannung der Kennzeichen sei ohnehin nicht möglich, da es immer wieder zu Ausnahmen komme wie z.B. bei den «Indiana Jones»- oder «Inglourious Basterds»[1359]-Filmen. Durch das Verbot könne sich zudem das Kennzeichen nicht abnutzen, weil es dämonisiert worden und damit auch eine inhaltliche Auseinandersetzung nicht möglich sei und so Symbole (gerade das Hakenkreuz) überbewertet würden.[1360] Dass gerade in den Bundesländern der ehemaligen DDR Neonazis wesentlich zahlreicher seien als in den Bundesländern der BRD, obwohl in ersteren die Kennzeichen des Dritten Reichs konsequenter als im Westen aus dem öffentlichen Leben verschwunden waren, sich die DDR aber nicht mit der Vergangenheit auseinandersetzen wollte, zeige, dass eine gefährliche

---

1354 Maksan Oliver, Nach BGH-Urteil zu «Hassrede» kommt auf Facebook viel Aufwand zu, in: NZZ vom 3. August 2021, <https://www.nzz.ch/international/nach-bgh-urteil-zu-hassrede-kommt-auf-facebook-viel-aufwand-zu-ld.1638677> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1355 Wienfort Nora, Blocking Overblocking, Frankreichs Verfassungsrat kippt das Gesetz gegen Hasskriminalität im Netz, in: Verfassungsblog vom 20. Juni 2020, <https://verfassungsblog.de/blocking-overblocking/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1356 Trips-Hebert, S. 4.

1357 Kett-Straub, S. 601.

1358 Kett-Straub, S. 601–602.

1359 Die Falschschreibung entspricht dem Filmtitel.

1360 Kett-Straub, S. 602–603.

Idee nicht mit der Verbannung von Symbolen unterbunden werden könne. Zudem könne man eine Gesinnung auch ohne Symbole an die Öffentlichkeit tragen, während sich eine gruppeninterne Wirkung leicht mit abgewandelten Parolen oder sonstigen Kennzeichen bewerkstelligen liesse. Die Norm würde auf jeden Fall kein Wiederaufleben von verfassungswidrigen Organisationen verhindern und auch die verschiedenen Begründungen des Bundesgerichtshofes zur Normlegitimierung oder ein «Gefühlsschutz» für die NS-Zeit Überlebenden vermöchten nicht zu überzeugen.[1361]

Als Lösung wird nicht die Abschaffung der Norm vorgeschlagen, sondern das Setzen eines neuen Schwerpunktes des Rechtsgutes (Gründungsmythos des heutigen Deutschlands) und ein Bruch mit dem Dritten Reich. Deshalb sollte künftig nur die Verwendung zentraler nationalsozialistischer Kennzeichen unter Strafe gestellt werden (Hakenkreuz, SS-Runen, Kopfbild Hitlers).[1362]

Auch die dahingehende Umformulierung und Neuausrichtung von § 140 D-StGB, die Billigung künftiger Straftaten zu ahnden, wird kritisiert. Es werde eine Straftat eingeführt, die das deutsche Recht bereits 1976 eingeführt (§ 88a D-StGB) und anschliessend 1981 wegen fehlenden Nutzens bzw. angerichteten Schadens wieder aufgehoben habe. Es habe in diesem Zeitraum nur eine einzige Verurteilung gegeben und zudem sei die beabsichtigte Wirkung der Strafnorm ins Gegenteil verkehrt worden.[1363] Die neue Norm könne in dieser Form nur als Einwirkung auf die Gesinnung der Bürger und Bürgerinnen verstanden werden, wofür sich das Strafrecht aber als nachweislich ungeeignet erwiesen habe.[1364] Die Norm sei unbedacht und schnell entworfen worden und sei «nichts anderes als eine legislative parlamentarische Meinungsäusserung ohne praktische juristische Bedeutung». [1365] Sie trage höchstens dazu bei, «in der Bevölkerung den Eindruck zu erwecken, der Staat stünde neuen Kriminalitätsformen mit seinen legislativen und administrativen Möglichkeiten hilflos gegenüber».[1366]

[1361] Kett-Straub, S. 603–605.

[1362] Kett-Straub, S. 605.

[1363] Lorenz Pia, «Befürwortung von Straftaten» bald wieder strafbar?, in: LTO vom 3. Dezember 2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/labrecht-pruefung-wiedereinfuehrung-tatbestand-befuerwortung-straftaten-stgb-hetze-internet/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1364] Vassilaki, N 10.

[1365] Vassilaki, N 22.

[1366] Vassilaki, N 22.

Kritik erfährt auch § 46 D-StGB. So sei der direkte Nutzen der Aufzählung nicht ersichtlich, weil niedrige Beweggründe ohnehin bereits straferhöhend berücksichtigt worden seien und das Gesetz insofern nur der gängigen Praxis nachkomme. Der Mehrwert der Neuregelung wird daher bezweifelt und als rein symbolisch betrachtet.[1367] Zudem berge der Artikel auch die Gefahr «moralisierender Erwägungen» und könne in ein verbotenes Gesinnungsstrafrecht abdriften. Es wird für ein Gericht nicht immer leicht sein, eine klare Trennlinie zwischen niedrigen Beweggründen, die straferhöhend wirken, und der grundsätzlich nicht «hehren Gesinnung» bei Ausübung einer Straftat zu ziehen.[1368] Die Norm wird zudem als systemwidrig kritisiert, weil sie einerseits «den neutralen Charakter der Bemessungsparameter ignoriert» und andererseits «kriminologische Bewertungsraster über Hassverbrechen unreflektiert in das StGB übernimmt».[1369] So würden alle namentlich aufgezählten Umstände im Katalog nur gegen, aber nie für die Täterschaft sprechen, obwohl der Katalog unmittelbar auf den Satz «die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen»[1370] folgt, was in sich auch bereits widersprüchlich sei. Auch die Aufnahme der beiden neuen Begriffe wird kritisch bedacht, weil die Gesetzesbegründung suggeriert, «dass die (kriminologisch zweifelhafte) statistische Häufigkeit bestimmter Delikte oder Deliktsmotive einen unmittelbaren Einfluss auf die Strafhöhe haben solle»,[1371] was einigermassen absurd anmute. Dies insbesondere deshalb, weil grundsätzlich mit «geschlechtsspezifisch» eigentlich gegen Frauen gerichtete Delikte gemeint seien, aber z.B. Gewalttaten meist von Männern gegen Männer begangen würden – und dies gerade auch deshalb, weil sie Männer seien (also geschlechtsspezifisch). Zudem erweise sich die Einführung immer neuer Beweggründe als nicht zielführend und auch nicht besonders sinn-

---

1367 Schäfer/Sander/van Gemmeren, N 22a; MüKo StGB-Maier, § 46, N 210; Gerson, S. 23.

1368 Schäfer/Sander/van Gemmeren, N 614.

1369 Gerson, S. 31.

1370 § 46 Abs. 2 D-StGB.

1371 Fischer Thomas, Reform der Strafzumessung: Eine Klientel- und Schaufenster-Gesetzgebung, in: Der Spiegel vom 8. Juli 2022, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/reform-der-strafzumesssungsgruende-eine-klientel-und-schaufenster-gesetzgebung-kolumne-a-6fd31765-52a9-47ef-8101-ff91ee444a25?sara_ecid=nl_upd_1jtzCCtmxpVo9GAZr2b4X8GquyeAc9&nlid=pilkytlj> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

voll, zumal in allen Fällen die entsprechenden Motive bereits in einem anderen Beweggrund enthalten waren und der schlichte Satz «[d]ie Strafe ist innerhalb des jeweiligen Strafrahmens nach den Umständen zu bemessen» ausreichen würde.[1372]

VI. Diskussion und Fazit

Wie auch in den übrigen diskutierten Gesetzesbestimmungen ist die Volksverhetzung (auch durch die schiere Länge der Norm) eine einigermassen unübersichtlich gefasste Bestimmung und die Interpretation unbestimmter Begriffe wie «Menschenwürde» und wann ein Angriff auf diese vorliegt, bereiten wiederkehrend Mühe. Es wird auf die wertenden Begriffe wie z.B. «Feindseligkeit», «besonders gehässig», «Rohheit» zurückgegriffen, die allerdings nicht viel mehr Klarheit zu schaffen vermögen. Immerhin wird klar, dass nicht jede simple Beleidigung ausreicht, damit der Tatbestand erfüllt ist, sondern dass diese ein besonderes Mass, eine gewisse Schwere erreichen muss. Wann diese aber erreicht ist, wird auch hier teilweise nur schwer ersichtlich. Die Begriffe klären sich ein weiteres Mal primär über die Rechtsprechung, die aber auch nicht ausnahmslos einfach nachvollziehbar ist.

Weiter ist sich die Lehre uneins darüber, was der Tatbestand nun eigentlich schützen sollte, wobei einzig die beiden unscharfen Konzepte «öffentlicher Friede» und «Menschenwürde» zur Auswahl stehen.[1373] Die Verletzung des Rechtsguts besteht zudem nicht darin (mit Ausnahme von § 130 Abs. 4), dass der öffentliche Friede tatsächlich gestört worden ist, sondern in einer möglichen Gefährdung dessen. Wann eine Tathandlung geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, beurteilt sich anhand der Klausel der «begründeten Besorgnis», was wiederum aus der Sicht einer objektiven Beobachterin entschieden wird. Auf welche Sichtweise aber ein objektiver Betrachter abstellen soll, bleibt unklar und wirft weitere Fragen auf: Wie entscheidet sich, ob jemand objektiver Beobachter ist? Eignet sich die Meinung des Gerichts grundsätzlich dafür? Müssen (Über-)Empfindlichkeiten bei manchen Teilen der Bevölkerung miteinbezogen werden?[1374] Noch mehr ins

---

[1372] Fischer Thomas, Reform der Strafzumessung: Eine Klientel- und Schaufenster-Gesetzgebung, in: Der Spiegel vom 8. Juli 2022, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/reform-der-strafzumesssungsgruende-eine-klientel-und-schaufenster-gesetzgebung-kolumne-a-6fd31765-52a9-47ef-8101-ff91ee444a25?sara_ecid=nl_upd_1jtzCCtmxpVo9GAZr2b4X8GquyeAc9&nlid=pilkytlj> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1373] Mitsch, S. 201.

[1374] Aydin, S. 232–234; Mitsch, S. 202.

Uferlose gerät der Artikel dort, wo es weder eine Eignung zur Störung des Friedens noch ein Angriff auf die Menschenwürde braucht. Dadurch wird er so unbestimmt und vage, dass strafbares Verhalten kaum von nicht strafbarem Verhalten abzugrenzen ist.[1375] Dass bereits der schon länger existierende § 130 D-StGB immer noch etliche Probleme bereitet, verheisst für den neuen § 192a D-StGB nichts Gutes. Dieser verlagert die Strafbarkeit noch einmal weiter vor, verlangt er doch weder einen individuellen Bezug noch eine Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens noch einen Angriff auf die Menschenwürde und vermindert somit das Abgrenzungspotenzial, über das § 130 und § 185 verfügt haben. Einen Tatbestand derart zu verwässern, muss zuerst einmal geschafft werden. Die deutsche Gründlichkeit zur Lückenschliessung hat in diesem Fall über das Ziel hinausgeschossen: Man hätte vielleicht besser die bestehenden Paragrafen angepasst, anstatt einen neuen problematischen Paragrafen zu schaffen.

Problematisch scheint auch die Umformulierung von § 140 D-StGB, der seit Kurzem nun auch die Billigung künftiger Straftaten bestraft haben will. Aus dem Wortlaut selbst ist diese Interpretation jedenfalls nicht ersichtlich. Der Einbezug der Billigung (möglicher) künftiger Straftaten geht sehr weit, insbesondere auch, weil naturgemäss bei künftigen Taten keine konkrete Beschreibung erfolgen kann (und anscheinend auch nicht muss). Ob dadurch nicht das Bestimmtheitsgebot verletzt wird, ist zumindest fraglich.[1376]

Ähnliche Unbestimmtheiten wie in den genannten Bestimmungen fanden sich auch im NetzDG. Neben der gerichtlichen Instanz wurde mit dem NetzDG noch einmal eine neue Instanz (die Plattformbetreibenden) eingesetzt, die als Erste bestimmte, ob Inhalte rechtswidrig seien und entfernt werden müssten. Obwohl bereits diverse negative Entwicklungen und Erfahrungen in Bezug auf die Anwendung der (immerhin!) hauseigenen Regeln ersichtlich geworden sind (so z.B. treffen Sperrungen und Löschungen von Nachrichten unverhältnismässig oft gerade die Menschen, die eigentlich vor Diskriminierung geschützt werden sollen), scheint es für den Gesetzgeber bequemer, die Plattformbetreibenden gesetzlich zu ihren eigenen Wächtern zu machen, als selbst klare gesetzliche Vorgaben zu schaffen. Dass nun die Plattformen zu solchen Entscheidungen gesetzlich gezwungen werden, fördert diese neue Form der Diskriminierung noch weiter. Das Urteil des BGH entschärft die Monopolstellung der Plattformen zwar, aber entbindet diese nicht vom Zwang der Erstbeurteilung und verhindert auch die Möglichkeit zur Löschung von nicht rechtswidrigen Inhalten nicht. Es ist also nach wie vor

[1375] Aydin, S. 308.

[1376] Vassilaki, N 13.

möglich, Aussagen zu löschen, die von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sind.[1377] Auch die Meldepflicht an die Strafbehörde ändert an dieser Erstbeurteilung nichts, weil es die Plattformbetreibenden sind, die entscheiden, was gemeldet wird und was nicht. Auch das Problem der Strafverfolgung im Netz der oftmals anonymen Täterschaft kann durch die Herausgabe der Daten nicht befriedigend gelöst werden, ohne dass (mutmasslich) verfassungsmässige Grundsätze verletzt werden.[1378] Viele dieser Problematiken werden auch unter dem neuen DSA bestehen bleiben.

Weiter wird auch in Deutschland die Tendenz von Einschränkungen (der Meinungsäusserungsfreiheit) durch nicht-strafrechtliche Massnahmen beobachtet, dies wiederum mehrheitlich im Kontext von Hochschulen und Universitäten.[1379]

[1377] Maksan Oliver, Nach BGH-Urteil zu «Hassrede» kommt auf Facebook viel Aufwand zu, in: NZZ vom 3. August 2021, <https://www.nzz.ch/international/nach-bgh-urteil-zu-hassrede-kommt-auf-facebook-viel-aufwand-zu-ld.1638677> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1378] Patz et al., S. 26–27.

[1379] Haupt Friederike, Attacken gegen Professoren Münkler und Baberowski, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16. Mai 2015, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/attacken-gegen-professoren-muenkler-und-baberowski-13596126.html?printPagedArticle=true&service=printPreview> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Gujer Eric, Cancel Culture an der Universität: eine neue Form von Extremismus, in: NZZ vom 12. August 2022, <https://www.nzz.ch/meinung/cancel-culture-an-der-universitaet-eine-neue-form-von-extremismus-ld.1697478?ga=1&kid=nl165_2022-8-11&mktcid=nled&mktcval=165_2022-08-12> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Barthels Inga/Bachner Frank, Der Fall Baberowski und die politische Korrektheit: Wie weit die Meinungsfreiheit an deutschen Universitäten geht, in: Der Tagesspiegel vom 6. November 2019, <https://www.tagesspiegel.de/themen/reportage/der-fall-baberowski-und-die-politische-korrektheit-wie-weit-die-meinungsfreiheit-an-deutschen-universitaeten-geht/25188426.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Kapitel 4: Die Europäische Union

Die Europäische Union (EU) kann ihren Mitgliedstaaten verbindliche Regeln auferlegen, die diese anschliessend im nationalen Recht umsetzen müssen. Die Schweiz ist nicht Teil der EU, aber durch ihre örtliche Nähe zu den sie umgebenden Mitgliedstaaten wie auch durch diverse wirtschaftliche und rechtliche Abkommen eng mit der Union verflochten. Beschlüsse der EU betreffen deshalb regelmässig indirekt auch die Schweiz.

I. Der EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit

Am 6. Dezember 2008 trat der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (2008/913/JI) in Kraft. Der Beschluss verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten dazu, die öffentliche Aufstachelung zu Gewalt oder Hass aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationaler oder ethnischer Herkunft sowie die Verbreitung oder Verteilung von schriftlichem/bildlichem Material strafrechtlich zu sanktionieren.[1380] Bei anderen rassistisch oder fremdenfeindlich motivierten Straftaten muss sich der Beweggrund straferhöhend auswirken.[1381] Hass wird im Beschluss nicht definiert, es wird lediglich festgehalten, worauf sich der Hass beziehen muss.[1382] Auch das «öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen» ist rechtlich zu ahnden. Allerdings kann ein Mitgliedstaat diesen Straftatbestand insofern einschränken, als dass er die Leugnung oder Verharmlosung nur dann für strafbar erklärt, wenn die im Gesetz genannten Verbrechen durch ein bestimmtes Gericht anerkannt worden sind.[1383] Anstiftung und Beihilfe sind ebenfalls strafbar.[1384] Die Bestimmungen gelten auch für den Online-Bereich. Bei den Ermittlungen und/oder strafrechtlichen Verfolgungen gegen Hassrede muss zumindest in den schwerwiegendsten Fällen der

[1380] Art. 1 Abs. 1 Buchstaben a + b Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

[1381] Art. 4 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

[1382] Rahmenbeschluss 2008/913/JI, N 9.

[1383] Art. 1 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

[1384] Art. 2 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

Mitgliedstaat von sich aus tätig werden, eine Anzeige ist dann nicht nötig.[1385] Das vorgeschriebene Strafmass beträgt im Höchstmass zwischen mindestens einem bis drei Jahren Freiheitsstrafe; das heisst, in schweren Fällen muss eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ausgesprochen werden.[1386] Die Mitgliedstaaten hatten bis November 2010[1387] Zeit, ihre Bestimmungen anzupassen. Seit dem 1. Dezember 2014 ist die Kommission ausserdem befugt, die Anwendung des Rahmenbeschlusses zu überwachen und Schliessungen der Lücken in Umsetzung und Anwendung des Beschlusses sicherzustellen.[1388] In ihrem Bericht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses stellte die Kommission fest, dass «die meisten Mitgliedstaaten zwar die Aufstachelung zu rassistisch oder fremdenfeindlich motivierter Gewalt bzw. zu Rassen- oder Fremdenhass unter Strafe stellen, die im Rahmenbeschluss genannten Straftatbestände jedoch nicht immer vollständig im nationalen Recht umgesetzt werden».[1389] Vier Mitgliedstaaten[1390] passten daraufhin ihre Gesetzesbestimmungen an.[1391] Mit dem Rahmenbeschluss wurden also alle Mitglieder der EU dazu verpflichtet, die Aufstachelung zu Hass und Gewalt unter Strafe zu stellen und die vorgeschriebenen Bestimmungen in ihren nationalen Gesetzen zu verankern.

II. Der neue EU-Straftatbestand «Hass und Hetze»

In Art. 83 Abs. 1 AEUV wird eine abschliessende Liste von Straftaten in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festgelegt. Bei diesen können das Europäische Parlament und der Rat Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen festsetzen, die in allen EU-Mitgliedstaaten gelten. Zudem kann der Rat aufgrund der Kriminalitätsentwicklung einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, «die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende

---

1385 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27. Januar 2014, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_14_75> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1386 Art. 3 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

1387 Art. 10 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

1388 Europäische Kommission, Bericht 2015, S. 105.

1389 FRA, Jahresbericht 2014, S. 53.

1390 U.a. Deutschland.

1391 Europäische Kommission, Bericht 2015, S. 19.

Dimension haben».[1392] Eine solche Aufnahme in die Liste muss durch den Rat einstimmig erfolgen, nachdem das Europäische Parlament zugestimmt hat.[1393] Momentan umfassen diese Bereiche Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.[1394] Am 9. Dezember 2021 hat der Rat eine Initiative eingereicht, welche die Liste der EU-Verbrechen auf Hetze und Hasskriminalität[1395] ausweiten soll.[1396] In einem ersten Schritt müsste der Rat (nach Zustimmung des Europäischen Parlaments) einstimmig einen Beschluss erlassen, in dem er Hetze und Hasskriminalität als weiteren Kriminalitätsbereich bestimmt. Dadurch würden Hassdelikte als EU-Straftatbestand gelten. Damit wird der Rechtsrahmen geschaffen, dass verbindliche Richtlinien für Mindestvorschriften erlassen werden können. Der Erlass dieser Richtlinien, die Mindestvorschriften für die Straftaten und Strafen (Definition und Sanktion) festlegen, erfolgte in einem weiteren Schritt. Die erwähnte Initiative betrifft nur den ersten Schritt, der zweite Schritt würde erst nach dem Beschluss des Rates erfolgen.[1397]

Der erste Schritt hätte zur Folge, dass Hass und Hetze auf die gleiche Stufe wie die neun oben genannten Straftatbestände gestellt würden, und der zweite Schritt, dass die EU dafür Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen erlassen kann und alle EU-Mitglieder entsprechend keine eigenen Regeln mehr erlassen könnten, die unterhalb des festgesetzten Mindeststandards liegen würden.[1398]

Beim informellen Treffen der Justizminister im Februar 2022 hat sich die Mehrheit der Justizminister dafür ausgesprochen, Hassrede und Hassverbrechen in die Liste der EU-Verbrechen aufzunehmen.[1399] Einige Staaten haben allerdings noch Vorbe-

---

[1392] Art. 83 Abs. 1 1. Abschnitt AEUV.

[1393] Art. 83 Abs. 1 3. Abschnitt AEUV.

[1394] Art. 83 Abs. 1 2. Abschnitt AEUV.

[1395] Je nach Formulierung auch: Hassrede und Hassverbrechen.

[1396] EU, Mitteilung, S. 3.

[1397] EU, Mitteilung, S. 3–4.

[1398] Krempl Stefan, EU-Justizminister: Hass und Hetze sollen EU-weit strafbar werden, in: heise online vom 5. Februar 2022, <https://www.heise.de/news/EU-Justizminister-Hass-und-Hetze-sollen-EU-weit-strafbar-werden-6350896.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1399] Ministère de La Justice, Pressemitteilung Informelles Treffen der europäischen Justizminister vom 4. Februar 2022, <https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/presse/art_pix/PM%20-%20PFUE%20-%20Informelles%20Treffen%20der%20europ%C3%A4ischen%20Justizminister.pdf> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

halte geäussert.[1400] Seither erfolgten keine weiteren Umsetzungen.[1401] Das Parlament hat den Rat im Januar 2024 jedoch aufgefordert, den Prozess zur Einstufung von Hetze und Hassverbrechen als EU-Straftatbestände voranzutreiben.[1402]

III. Der Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet

Im Mai 2016 hat die Europäische Kommission gemeinsam mit vier IT-Unternehmen (Facebook, Microsoft, Twitter [neu: X] und YouTube) einen Verhaltenskodex eingeführt, um gegen Hassrede im Internet vorzugehen. Der Kodex ist eine freiwillige Verpflichtung zur raschen Überprüfung und Entfernung von gemeldeten Hassreden. Die Umsetzung des Kodexes wird von einem Netzwerk zivilrechtlicher Organisationen in diversen EU-Mitgliedstaaten überprüft. Die IT-Unternehmen haben es sich zum Ziel gemacht, die gestellten Anträge innerhalb von 24 Stunden zu überprüfen.[1403] Inzwischen sind auch Instagram, Snapchat und Dailymotion, Jeuxvideo.com, TikTok, Linked, Rakuten Viber und Twitch dem Kodex beigetreten.[1404] Während zwischen 2016 und 2020 eine Steigerung sowohl bei der Überprüfung von Meldungen (2020 wurden durchschnittlich 90,4 % Meldungen innerhalb von 24 Stunden überprüft) als auch der Entfernung von Hass-

---

1400 Reiche Matthias, Justizministertreffen: Hassrede im Netz bald EU-Verbrechen?, in: ARD Tagesschau vom 4. Februar 2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eu-justizminister-netz-101.html> [nicht mehr verfügbar, zuletzt besucht am 22.02.2023]; Die Grünen/EFA, EU-Parlament fordert Aufnahme in Liste der EU-Verbrechen, Pressemitteilung vom 18. Januar 2024, <https://www.greens-efa.eu/de/artikel/press/meps-calls-for-hate-speech-and-hate-crimes-to-be-criminalised-across-the-eu> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1401 Stand: Oktober 2024.

1402 Europäisches Parlament, Aktuelles, Hetze und Hasskriminalität in Liste der EU-Straftatbestände aufnehmen vom 11. Januar 2024, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/agenda/briefing/2024-01-15/11/hetze-und-hasskriminalitat-in-liste-der-eu-straftatbestande-aufnehmen> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1403 Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet vom 22. Juni 2020, Wozu dient der Verhaltenskodex?, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/QANDA_20_1135> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1404 Europäische Kommission, The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online, <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_de> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

reden (2019 und 2020 wurden durchschnittlich 71 % der gemeldeten Äusserungen entfernt; im Jahr 2016 waren es nur 28 %) stattfand, brach beides 2021 bei vielen Unternehmen wieder ein (innerhalb von 24 Stunden überprüfte Meldungen: 81 %, entfernte Meldungen: 62,5 %).[1405] Weiter wurden Fälle ausgewertet, in denen die IT-Unternehmen befanden, dass der gepostete Inhalt nicht gegen die Richtlinien oder nationale Gesetze verstiessen, dies aber von den Organisationen anders beurteilt wurde. Die Abweichungen bewegten sich zwischen 10 und 12 %.[1406] Die siebte Bewertung des Verhaltenskodexes zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet zeigt, dass die Zahl der innerhalb von 24 Stunden überprüften Meldungen (64,4 %) im Vergleich zu 2021 (81 %) und 2020 (90,4 %) weiter gesunken ist. Nur TikTok hat seine Leistung gesteigert (von 82,5 % auf 91,7 %). Die meisten Plattformen (mit Ausnahme von YouTube) haben zudem weniger Hassreden entfernt als im Jahr 2021, wobei der durchschnittliche Wert ähnlich blieb wie im Jahr 2021 (63,6 %). Die Qualität des Feedbacks auf die Meldungen von Nutzenden hat sich aber im Vergleich zu früheren Überprüfungen verbessert.[1407]

Die Einführung des DSA soll nun die bestehenden Schwachstellen beseitigen, mangelnde Transparenz beheben und starke Regulierungen im Bereich der Hassrede im Internet durchsetzen, und dies nicht mehr auf freiwilliger, sondern auf gesetzlicher Basis.[1408] Der Verhaltenskodex wird deshalb derzeit überarbeitet, um ihn anschliessend «in das Gesetz über digitale Dienste eingliedern zu können».[1409]

1405 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. Oktober 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_5082> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; EU, Information note, S. 2–3.

1406 EU, Factsheet 6th evaluation of the Code of Conduct, S. 2.

1407 EU, Factsheet 7th evaluation of the Code of Conduct, S. 1.

1408 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. Oktober 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_5082> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1409 Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zur Gemeinsamen Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Kein Platz für Hass: ein Europa, das geeint gegen Hass steht vom 15. Juli 2024, S. 4, <https://dserver.bundestag.de/brd/2024/0041-24B(zu).pdf> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

IV. Digital Services Act (DSA)

Der DSA bildet gemeinsam mit dem Digital Markets Act (DMA) ein einheitliches EU-Regelwerk für einen «sichereren und offeneren digitalen Raum».[1410] Am 23. April 2022 erzielten das Europäische Parlament und der Rat eine politische Einigung bezüglich des DSA.[1411] Am 5. Juli 2022 hat das Parlament beiden Gesetzen zugestimmt.[1412] Der DSA wurde am 27. Oktober 2022 im Amtsblatt veröffentlicht, womit er am 16. November 2022 in Kraft trat. Seit dem 17. Februar 2024 gilt er in allen EU-Staaten.[1413] Der DSA soll Internetnutzende besser vor illegalen Inhalten und Hassrede schützen und nimmt dafür die Onlineplattformen in die Pflicht.[1414] Das Grundprinzip lautet: «[W]as offline illegal ist, [soll] auch online illegal sein.»[1415]

Unter die in die Pflicht genommenen digitalen Dienste fallen Online-Vermittler, wie Internetdienstanbieter, Betreibende von Cloud- und Messaging-Diensten, Marktplätze oder soziale Netzwerke. Auch sehr grosse Suchmaschinen sind davon betroffen. Sehr grosse Online-Plattformen sind deutlich mehr vom DSA betroffen

---

1410 Europäische Kommission, Shaping Europe's digital future, The Digital Services Act package, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1411 Europäische Kommission, Shaping Europe's digital future, The Digital Services Act package, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1412 Jaun René/Haeny Lesley, Update: EU-Gesetze zur Regulierung grosser Tech-Konzerne treten in Kraft, in: IT-MARKT vom 18. November 2022, <https://www.it-markt.ch/cybersecurity/2022-07-06/eu-parlament-legt-apple-facebook-google-und-co-zuegel-an> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1413 Die Bundesregierung, Gesetz über digitale Dienste und Märkte vom 28. November 2022, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/schwerpunkte/europa/eu-regeln-online-plattformen-1829232#:~:text=November%202022%20(20%20Tage%20nach,Parlament%20und%20vom%20Rat%20angenommen> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1414 Jaun René/Haeny Lesley, Update: EU-Gesetze zur Regulierung grosser Tech-Konzerne treten in Kraft, in: IT-MARKT vom 18. November 2022, <https://www.it-markt.ch/cybersecurity/2022-07-06/eu-parlament-legt-apple-facebook-google-und-co-zuegel-an> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1415 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 23. April, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2545> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

als kleinere. Kleinste Plattformen hingegen werden von den Bestimmungen ausgenommen.[1416]

Jeder Mitgliedstaat ist verpflichtet, eine unabhängige Behörde einzurichten, die für die Beaufsichtigung der digitalen Dienste verantwortlich ist. Die Behörde muss auch Sanktionen verhängen können. Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen selbst fest, müssen aber den Anforderungen der Verordnung gerecht werden. Die Sanktionen gehen von verpflichtenden Zusagen der Unternehmen und Sofortmassnahmen zur Behebung von schweren Schäden über hohe Geldbussen (bis zu 6 % des gesamten Jahresumsatzes eines Unternehmens) bis hin zu der zeitweiligen Aussetzung eines Dienstes.[1417]

Unter die zu erfüllenden Pflichten fallen u.a. Massnahmen zur Bekämpfung von illegalen Online-Inhalten, inklusive Waren und Dienstleistungen, oder die Verpflichtung für sehr grosse Online-Plattformen und Suchmaschinen, die missbräuchliche Verwendung ihrer Systeme zu verhindern. Das heisst, sie müssen konkret Risiken wie Cybergewalt gegen Frauen oder jugendgefährdende Inhalte, Desinformation oder Wahlmanipulation im Internet reduzieren.[1418] Im Gesetz selbst wird nicht definiert, was unter illegale Inhalte fällt. Das wird in anderen Rechtsvorschriften festgehalten, entweder auf EU-Ebene oder auf nationaler Ebene. Auf EU-Ebene werden als illegale Inhalte definiert: terroristische Inhalte, Darstellungen sexuellen Missbrauchs von Kindern oder illegale Hassrede.[1419] Was als illegale Hassrede gilt, wird im Rahmenbeschluss 2008/913/JI festgehalten.[1420]

[1416] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Dienste vom 14. November 2022, Auswirkungen auf die Unternehmen, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2348> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1417] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Dienste vom 14. November 2022, Auswirkungen auf die Unternehmen, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2348> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1418] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Dienste vom 14. November 2022, Allgemeine Informationen zum Gesetz über digitale Dienste, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2348> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1419] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Dienste vom 14. November 2022, Allgemeine Informationen zum Gesetz über digitale Dienste, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2348> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1420] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet vom 22. Juni 2020, Wie wird illegale Hassrede im Netz definiert?, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/QANDA_20_1135> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Als illegale Hassrede gilt gemäss Art. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI jede «Aufstachelung zu Gewalt oder Hass» gegen bestimmte Gruppen. Wie bereits erwähnt, wird Hass aber auch dort nicht definiert. Sind gewisse Inhalte nur in einem Mitgliedstaat illegal, so sollen diese Inhalte grundsätzlich auch nur dort entfernt werden.[1421] Konkret bedeutet dies, dass die betroffenen Plattformen die beschriebenen illegalen Inhalte «ohne unangemessene Verzögerung sperren oder blockieren und bei schweren Straftaten zudem an die Polizei melden».[1422] Kommen sie diesen Pflichten nicht nach, drohen die oben genannten Sanktionen.

Ein Problem besteht auch bei der Bewertung, was genau unter Hassrede oder sonstige illegale Inhalte fällt. Die Entscheidung obliegt zwar letztlich den Gerichten, weil aber die Plattformen zu einer raschen Löschung von illegalen Inhalten angehalten sind und Gerichtsprozesse bekanntlich dauern, müssen in einem ersten Schritt die Plattformen selbst entscheiden, ob sie einen fraglichen Inhalt löschen oder nicht. Da ihnen bei Nichtbefolgung der auferlegten Pflichten hohe Strafen drohen, besteht die Gefahr, fragliche Inhalte lieber einmal zu viel als einmal zu wenig zu entfernen (Overblocking). Plattformen müssen aber immerhin neu ihre Kriterien, wie sie Inhalte sortieren, transparenter machen.[1423]

V. Unterschiede und Auswirkungen auf die Schweiz

Im Folgenden werden die wichtigsten Unterschiede zwischen den Regelungen im EU-Raum und den schweizerischen Bestimmungen erläutert. Da die EU-Regelungen aber häufig allgemein gehalten sind und die Umsetzung je nach Mitgliedstaat variiert, wird dieser Teil kurz gehalten. Zentraler sind die Auswirkungen der EU-Regelungen auf die Schweiz, weshalb sich dieses Kapitel auf diesen Aspekt fokussiert.

[1421] Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Dienste vom 14. November 2022, Allgemeine Informationen zum Gesetz über digitale Dienste, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2348> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1422] Krempl Stefan, Digital Services Act: EU-Parlament stimmt für «Plattform-Grundgesetz», in: heise online vom 20. Januar 2022, <https://www.heise.de/news/Digital-Services-Act-EU-Parlament-stimmt-fuer-Plattform-Grundgesetz-6333752.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1423] Von Lindern Jakob, Digital Services Act: So will die EU das Internet reparieren, in: ZEIT ONLINE vom 23. April 2022, <https://www.zeit.de/digital/internet/2022-04/digital-services-act-eu-digitalgesetz-faq> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

A. Der Rahmenbeschluss und EU-Tatbestand

Was den Rahmenbeschluss und den neuen EU-Straftatbestand betrifft, sind keine nennenswerten Unterschiede in Bezug auf Art. 261bis StGB ersichtlich. Einzig bei der Erfassung der Gruppen werden neben den Merkmalen der Rasse, Religion und Ethnie auch die Hautfarbe, Abstammung und Weltanschauung sowie nationale Gruppen geschützt, nicht aber die sexuelle Orientierung. In vielen Mitgliedstaaten wird dies aber ohnehin bereits durch die bestehenden Hassredegesetze erfasst. Wie und ob sich der EU-Straftatbestand auf die Schweiz auswirkt, wird sich noch zeigen müssen. Es ist aber eher unwahrscheinlich, dass dadurch grössere Veränderungen entstehen, zumindest was das materielle Recht betrifft.

B. Der DSA

Der grösste Unterschied besteht in der Schaffung des DSA. In der Schweiz existiert (noch) kein vergleichbares Gesetz für den Online-Bereich. Art. 261bis StGB (sowie die übrigen Tatbestände wie bspw. die Ehrverletzungsdelikte) schliessen den Online-Bereich grundsätzlich mit ein. In der Regel sind primär die Verfasser und Verfasserinnen von Beiträgen für ihre Inhalte verantwortlich und nicht die Plattformbetreibenden. In Bezug auf die Social-Media-Plattformen gibt es inzwischen ein bundesgerichtliches Urteil, das festhält, dass diese nicht gemeinhin, aber im Einzelfall unter «Medien» im strafrechtlichen Sinn fallen und deshalb vom Medienprivileg gemäss Art. 28 StGB profitieren könnten.[1424] Allerdings greift Art. 28 StGB bei Art. 261bis StGB gerade nicht.[1425] Es konnte kein strafrechtliches Urteil gegen Plattformbetreibende wegen eines solchen Inhalts gefunden werden. Es ist deshalb vorerst festzuhalten, dass Social-Media-Plattformenbetreibende wohl nicht verantwortlich für die hochgeladenen Inhalte sind und deshalb strafrechtlich eher nicht belangt werden können. Weiter erweist sich eine effektive Strafverfolgung oft als schwierig, weil die Plattformen, die über die Nutzerdaten verfügen, ihren Sitz nicht in der Schweiz haben und deshalb via Rechtshilfe agiert werden muss. Der Bundesrat sah bisher keinen weitergehenden Regelungsbedarf

---

[1424] Urteil des BGer 6B_440/2019 vom 18. November 2020 E. 5.4.2; vgl. auch Liken und Teilen strafbar?: «Das Urteil ist auch auf andere soziale Medien übertragbar», in: SRF vom 20. Februar 2020, <https://www.srf.ch/news/schweiz/liken-und-teilen-strafbar-das-urteil-ist-auch-auf-andere-soziale-medien-uebertragbar> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1425] BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 87.

in Bezug auf Social-Media-Plattformen,[1426] was sich nun aber scheinbar mit der Einführung des DSA geändert hat.

Es ist zu erwarten, dass der DSA neue Verpflichtungen oder Änderungen mit sich bringen wird, obwohl er in der Schweiz nicht direkt anwendbar ist. Klar ist, dass Schweizer Unternehmen, die im digitalen EU-Raum tätig sind oder wenn nicht auszuschliessen ist, dass EU-Bürgerinnen und -Bürger ihre Dienste nutzen, sich an die DSA-Regeln halten müssen, unabhängig davon, wo sich der Sitz des Unternehmens befindet. Zudem ist zu erwarten, dass Social-Media-Plattformen die gleichen Regeln im EU-Raum und in der Schweiz anwenden werden.[1427] Der DSA hat also voraussichtlich einen grösseren Wirkungskreis als nur die EU und kann auch Schweizer Unternehmen und Nutzende von Plattformen betreffen. Wie schon ausgeführt, soll das UVEK zudem ein dem DSA ähnliches Gesetz entwerfen, was die direkten Auswirkungen weiter verdeutlicht.

VI. Kritik und Fazit

Die Wirksamkeit des DSA gegen Hassrede im Internet wird teilweise bezweifelt. Die bisherigen gesetzlichen Regulierungen in Deutschland oder Österreich haben sich im Kampf gegen Hassrede nur bedingt als effektiv erwiesen.[1428] Problematisch ist auch, dass ein weiteres Mal keine konkreten Vorgaben oder Definitionen bestehen, was Hassrede genau sei.[1429] Zwar wollen sowohl Staaten als auch Unternehmen diese bekämpfen, aber eine einheitliche Definition dazu fehlt. Es ist

---

[1426] Bericht Bundesrat 2017, S. 2.

[1427] Ammann Janos, Die Neuordnung der digitalen Welt, in: Hauptstadt-Bericht vom 16. Dezember 2020, <https://hauptstadt-bericht.eu/die-neuordnung-der-digitalen-welt/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1428] Von Lindern Jakob, Digital Services Act: So will die EU das Internet reparieren, in: ZEIT ONLINE vom 23. April 2022, <https://www.zeit.de/digital/internet/2022-04/digital-services-act-eu-digitalgesetz-faq> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Manakas Mickey, Hass im Netz: Brüssel soll es richten, in: derStandard.at. vom 28. August 2022, <https://www.derstandard.at/story/2000138581869/hass-im-netz-bruessel-soll-es-richten> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1429] Kritisch scheint auch, dass bereits «voraussichtlich kritische Auswirkungen» zu einer rechtmässigen Löschung führen kann, vgl. Art. 34 DSA; siehe auch Graf Daniel, Jurist schlägt Alarm: «Wir opfern die Meinungsfreiheit der Zensur», in: 20Minuten vom 27. Oktober 2024, <https://www.20min.ch/story/plattform-regulierung-jurist-schlaegt-alarm-wir-opfern-die-meinungsfreiheit-der-zensur-103208779> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

sicher begrüssenswert, dass dem Internet gewisse Regeln aufgezwungen werden, da die grossen IT-Konzerne relativ viel Einfluss darauf haben, was und wie etwas im Internet geschieht, aber gerade im Bereich der Hassrede ist dieses Zusammenspiel zwischen Staat und IT-Unternehmen auch heikel. Dass die IT-Unternehmen immer häufiger Äusserungen löschen oder sperren (und teilweise anschliessend auch Konten sperren), die keine Hassrede darstellen, sondern sich gegen Diskriminierung wehren oder sich darüber beschweren wollten, wurde bereits ausgeführt.[1430]

Nicht nur die fehlenden Definitionen stellen ein Problem dar, sondern auch die teilweise sehr drastischen Sanktionen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Unternehmen deshalb zu Overblocking tendieren, wird als real bewertet, was wiederum dazu führen kann, dass Nutzende sich aus Angst vor Kontensperrungen übermässig in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit einschränken. Staatlich angedrohte Sperrungen von ganzen Diensten bei Nichteinhaltung der Vorschriften durch den Dienstanbieter (wie z.B. Telegram) wären ein weitgehender Eingriff nicht nur für den Dienstanbieter, sondern auch für die Nutzenden des Dienstes, und dürften wohl als unverhältnismässig bezeichnet werden. Ausserdem kann es zu missbräuchlicher Anwendung führen. Wozu Staaten bei Missbrauch solcher Regulierungen fähig sind, zeigen diverse Beispiele aus anderen Teilen der Welt: So fanden bspw. im Tschad, in der Republik Kongo, im Iran, in Niger, Uganda und Sambia wahlbezogene staatliche Internetsperren statt. In anderen Ländern wie Äthiopien, Myanmar und Indien werden Internetsperren auch dazu benutzt, um Menschenrechtsverletzungen zu vertuschen, teilweise unter der Begründung der Wahrung der nationalen Sicherheit. Die Sperrungen dauern teilweise sehr lange (bis zu mehreren Monaten) und verhindern sowohl Meinungsäusserungen als auch den Erhalt von Informationen über das Internet.[1431] Auch westliche Demokratien sind vor solch missbräuchlichen Eingriffen nicht gefeit, insbesondere wenn staatlich aufgezwungene Regulierungen anstelle der freiwilligen Verhaltenskodizes eingeführt werden. Es müssten daher sichere Mechanismen eingeführt werden, die einen möglichen Missbrauch effektiv verhindern.

[1430] Vgl. Teil 3, Kap. 1 III.

[1431] United Nations, Activists: Internet shutdowns violate human rights vom 19. August 2022, <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/08/activists-internet-shutdowns-violate-human-rights> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; für einen Gesamtüberblick über alle Sperrungen: <https://www.accessnow.org/keepiton/#coalition> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Kapitel 5: Zusammenfassung

Die verschiedenen Staaten zeigen einen sehr unterschiedlichen Umgang mit Hassrede. Die USA verfolgen einen absolutistischen Ansatz und schränken die freie Rede bzw. Hassrede nur dann ein, wenn die Einschränkung entweder neutral gehalten ist und sich somit nicht auf den Inhalt bezieht oder aber, wenn es sich um Kategorien von Reden handelt, die eine unmittelbar bevorstehende Gefahr darstellen. Hassredebestimmungen im eigentlichen Sinn finden sich in den USA deshalb nicht. Im VK finden sich unterschiedliche Bestimmungen: Während die Aufstachelungsdelikte (stirring up offences), die bestimmte Gruppen schützen, eine hohe Strafbarkeitsschwelle aufweisen und deswegen nur wenig Verurteilungen erfolgen, werden zahlreiche andere Strafbestimmungen auf Hassrede angewandt. Diese Bestimmungen haben sich häufig als weitgehend erwiesen und beziehen stark oder fast ausschliesslich die subjektive Komponente (Empfindung des Opfers) ein. Einen Spezialfall stellen die «non-crime hate incidents» dar, die fast gänzlich auf diese subjektive Komponente abstellen. Obwohl sie keine Straftat darstellen, werden sie in eine Art Strafregister eingetragen.

Deutschland verfügt über zahlreiche und weitreichende Hassredebestimmungen, wobei einige erst kürzlich eingeführt oder ausgeweitet worden sind. So werden nicht nur die Volksverhetzung, sondern auch nationalsozialistische Kennzeichen und verhetzende Beleidigungen erfasst, was zur Folge hat, dass nun auch nichtöffentliche bzw. nicht-öffentlichkeitswirksame herabsetzende Äusserungen gegen gewisse Gruppierungen erfasst sind.

Auch die EU hat weitere Instrumente gegen Hassrede entweder bereits eingeführt (DSA) oder beabsichtigt, dies zu tun (EU-Tatbestand Hass und Hetze).

Die verschiedenen Bestimmungen haben sowohl im VK wie auch in Deutschland zu heftiger Kritik geführt. Gleiches kann aber auch über die USA gesagt werden, die im Gegenzug für die fehlende Regulierung kritisiert wird.

Überall kann zudem die Tendenz festgestellt werden, dass insbesondere im akademischen Bereich ausserstrafrechtliche Massnahmen gegen (Hass-)Rede ergriffen werden, mit teilweise sehr weitreichenden Konsequenzen für den betroffenen Redner bzw. die betroffene Rednerin.

Im folgenden vierten Teil werden die verschiedenen nationalen Gesetzgebungen miteinander verglichen. Anhand der Vergleiche sollen mögliche Lösungsansätze zu den in Teil 2 ausgeführten Schwierigkeiten der schweizerischen Normen entwickelt werden.

Teil 4:

Systematischer Vergleich der ausgewählten Strafgesetzgebungen

Die angestellten Vergleiche sollen mögliche Lösungsansätze prüfen, die für die leitende Fragestellung nach etwaigen Defiziten des schweizerischen Strafschutzes im Bereich der Hassrede fruchtbar erscheinen. Da bspw. die USA keine Hassrededelikte kennen, werden nur dort weiterführende Ausführungen angebracht, wo dies zielführend und sinnvoll im Hinblick auf die angestellte Untersuchung erscheint. Direkte Vergleiche mit der Europäischen Union erfolgen ebenfalls nur dort, wo sich nennenswerte Unterschiede ausmachen lassen und allenfalls eine Angleichung an die europäischen Vorgaben sinnvoll erscheint. Es handelt sich bei den EU-Richtlinien ohnehin lediglich um allgemeine Vorgaben, die durch die Mitgliedstaaten der EU ins nationale Recht umgesetzt werden müssen. Für die Schweiz sind sie nicht verpflichtend. Punktuell wird auch die Rechtsprechung des EGMR einbezogen. Die Struktur des vorliegenden Teils 4 entspricht derjenigen von Teil 2, in dem die schweizerischen Grundprobleme bereits ausgeführt worden sind. Diese werden nun erneut vertieft untersucht. Nach den gezogenen Vergleichen folgt jeweils eine Diskussion, die allfällige Lösungsansätze für das Schweizer Recht inkludiert. In dieser Diskussion werden die Vor- und Nachteile der verschiedenen verglichenen Ansätze erörtert und deren Anwendbarkeit auf die Schweizer Rechtslage bewertet, um mögliche Reformvorschläge zu entwickeln.

Kapitel 1: Geschütztes Rechtsgut

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Im anglo-amerikanischen Rechtssystem gibt es keinen Rechtsgutsbegriff, der dem deutschen oder schweizerischen Recht entspricht. Stattdessen unterliegt die Beurteilung von Strafgesetzen dem – ausgehend von John Stuart Mill 1859 in «Über die Freiheit» entwickelten – «harm principle», das zu tiefgehenden Debatten und umfangreichen Analysen des Zusammenhangs von Recht und Moral führte.[1432] Mill führte in seiner Abhandlung aus, dass Strafe durch den Staat nur dann gerechtfertigt sei, wenn «jemand einem anderen Schaden zufügt» [1433] oder um «Schaden für andere zu verhüten».[1434]

Mill spricht sich dafür aus, dass Menschen nicht nur ihre Meinung frei bilden, sondern auch «rückhaltlos aussprechen» können. Allerdings scheint er die freie Aussprache der Meinung nur dann zu erlauben, wenn sie «gemässigt vorgetragen» werde.[1435] Es ist umstritten, was Mill unter Schaden genau verstanden haben wollte.[1436] In Bezug auf schädigende Reden hielt er allerdings fest, dass diese nur dann als schädigend angesehen werden können, wenn sie «wie eine direkte Aufforderung zu einer Übeltat wirken».[1437] So dürfe z.B. die Meinung, dass ein Kornhändler Arme ausbeute, zwar in der Presse verbreitet, nicht aber unmittelbar vor einem Mob vorgetragen werden, der sich vor dem Haus des Händlers aufhält.[1438] Mill unterscheidet damit nicht nur zwischen Schaden und Nicht-Schaden, sondern auch zwischen legitimen und illegitimen Schäden. Obwohl erstere Handlung (Verbreiten der Anschuldigungen durch die Presse) dem Händler auch Schaden zufügen kann (z.B. finanzieller Art), ist diese nach Mill erlaubt, weil der zugefügte Schaden legitimer Art sei.[1439] Die Rede ist also nur dann einzuschränken, wenn sie ohne «berechtigten Grund» [1440] direkte und offensichtliche Verletzungen der

[1432] Vgl. Hörnle, S. 19.

[1433] Mill, S. 18.

[1434] Mill, S. 16.

[1435] Mill, S. 75–78.

[1436] van Mill, Kap. 2.1.

[1437] Mill, S. 79.

[1438] Mill, S. 79.

[1439] van Mill, Kap. 2.1.

[1440] Mill, S. 79.

Rechte anderer bewirkt. Auf Hassreden übertragen müsste nach dem Schadensprinzip primär ein Recht eines anderen direkt verletzt worden sein, wobei verletzte Gefühle nicht als Schaden zählen. In allen Fällen, in denen keine – zumindest implizite – Aufforderung zu Gewalt erfolgt, dürfte Hassrede nach dem Schadensprinzip gemäss Mill wohl nicht verboten oder bestraft werden.[1441]

In den *USA* dürfte der Ansatz von Mill am konsequentesten umgesetzt worden sein,[1442] weshalb sie sich in dieser Hinsicht von anderen liberalen Demokratien unterscheiden.[1443] Es gab und gibt aber auch in den USA verschiedene Bestrebungen, das Schadensprinzip weniger strikt anzuwenden.

Joel Feinberg hat in seinem mehrbändigen Werk «The Moral Limits of the Criminal Law» ein komplexes Bewertungsschema erstellt, wann ein Verhalten als strafwürdig erscheint. Er unterscheidet zwischen dem Schadensprinzip (harm to others principle), der Erregung öffentlichen Anstosses oder Belästigung (offense to others), der Selbstschädigung (harm to self) und harmlosem moralischem Fehlverhalten (harmless wrongdoing). Feinberg lehnt den radikalen Liberalismus, der nur das Schädigungsprinzip als strafbegründend anerkennt, sowie die nichtliberalen Positionen des Paternalismus und Moralismus ab. Er spricht sich für eine liberale Position aus, in der nur das Schädigungsprinzip und die Erregung öffentlichen Anstosses strafbegründend seien.[1444]

Das Schädigungsprinzip ist gemäss Feinberg immer dann strafbegründend, wenn es wahrscheinlich wirksam sei, um Schaden gegenüber anderen Personen (als derjenigen, der die Handlung verboten ist) zu verhindern, zu beseitigen oder zu verringern und es wahrscheinlich kein anderes Mittel gäbe, das ebenso wirksam sei und ohne, dass andere Werte darunter litten. Das strafrechtliche Verbot der Belästigung sei dann begründet, wenn es wahrscheinlich notwendig sei, um schwerwiegende Beeinträchtigungen von anderen Personen zu verhindern und es wahrscheinlich ein wirksames Mittel zu diesem Zweck wäre, wenn es erlassen würde.[1445] Unter diesem Aspekt sieht er auch den 1977 geplanten Marsch der US-

---

[1441] van Mill, Kap. 2.3; Ethics Explainer: The Harm Principle vom 27. Oktober 2016, <https://ethics.org.au/ethics-explainer-the-harm-principle/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1442] Wobei es auch hier Ausnahmen zu geben scheint, wie das Verbot von Obszönitäten, Vgl. FIRE, Unprotected Speech Synopsis, <https://www.thefire.org/research-learn/unprotected-speech-synopsis> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1443] van Mill, Kap. 2.3.

[1444] Feinberg, S. ix–x.

[1445] Feinberg, S. xiii.

amerikanischen Neonazis durch den von vielen Holocaust-Überlebenden bewohnten Chicagoer Vorort Skokie. Er plädiert dafür, dass ein Verbot des Tragens oder Zeigens der Swastika (auf Uniformen oder Fahnen) nicht unter dem Aspekt der Verhinderung einer möglichen gewalttätigen Schadensverursachung oder eines Aufstandes durch die erzürnte Bevölkerung hätte erlassen werden sollen, sondern dass die massive Erregung öffentlichen Anstosses in der Präsentation des Symbols der Swastika selbst liege. Es handle sich dabei nicht um symbolisch politische Reden, sondern rein um einen spezifisch herabsetzenden Affront. Das Ziel des Marsches sei gewesen, die Gefühle der in Skokie ansässigen Juden bewusst zu verletzen. Der Schaden liege deshalb in der Herabsetzung und indirekten Bedrohung der dort wohnenden Juden.[1446]

Unter Belästigung versteht Feinberg ein weites Feld von negativen Gefühlen.[1447] Diese negativen Gefühle müssten aber durch eine unrechtmässige Handlung (be a wrong) einer anderen Person hervorgerufen werden; dass sich das Opfer durch die Handlung unrechtmässig behandelt fühle (feel wronged), sei dagegen nicht nötig.[1448] Die ausschlaggebende Komponente des Belästigungsprinzips ist somit, ob die Belästigung vermieden werden kann. Hassrede kann gemäss dem Belästigungsprinzip eingeschränkt werden. Feinberg scheint aber ebenfalls zu vertreten, dass nicht die Hassrede in oder aus sich selbst direkten Schaden verursacht.[1449] Obwohl Feinberg selbst betont, dass es keine Rolle spiele, ob die Person sich unrechtmässig behandelt *fühle*, stiess sein Konzept u.a. deshalb auf Kritik, weil ein wesentliches Kriterium Feinbergs sei, dass auch starke negative Gefühle grundsätzlich Grundlage für Strafverbote sein können und er damit Zusammenhänge auch psychologisch (empirisch) betrachte.[1450]

Andere Vertreter der US-amerikanischen Lehre lehnten deshalb diesen psychologisch orientierten Ansatz ab und fragten nach normativen Gründen, zum Beispiel: Gibt es gute und vernünftige Gründe, eine Person durch das Verhalten einer anderen Person als verletzt anzusehen? Dieser Ansatz fokussiert somit darauf, dass alle Menschen mit Respekt und Rücksichtnahme zu behandeln seien.[1451] Würde man diesem Ansatz folgen, müssten Hassreden in den USA ebenfalls sanktioniert werden.

1446 Feinberg, S. 86–92.

1447 Vgl. Hörnle, S. 80.

1448 Feinberg, S. 2.

1449 van Mill, Kap. 3.3.

1450 Hörnle, S. 81–84.

1451 Hörnle, S. 81–84.

Waldron nimmt in seinem Werk «The Harm in Hate Speech» spezifisch den Schaden von Hassrede ins Visier. Diesen sieht er im Angriff auf die Würde eines Menschen, wobei er Würde (dignity) in Gegensatz zu Ehre (honor) oder Ansehen (esteem) setzt. Hassreden sollten ihm zufolge deshalb auch nur Angriffe auf die Würde einer Person sanktionieren. Er bezieht sich dabei auf den Status von Personen als Gleichberechtigte in der Gemeinschaft, in der sie leben. Die im gleichberechtigten Status verankerte Würde begründet den Anspruch auf grundlegende Gerechtigkeit und auf ihren wesentlichen Ruf. [1452]

> «Dignity in that sense may need protection against attack, particularly against group-directed at-tacks which proclaim that all or most of the members of a given group are, by virtue of their race or some other ascriptive characteristic, not worthy of being treated as members of society in good standing.»[1453]

Würde in diesem Sinne ist nach Waldron ein Status, der durch das Gesetz in der Gesellschaft in Form eines öffentlichen Gutes aufrechterhalten wird. Die Aufrechterhaltung bestimmter öffentlicher Güter sei aber für den Erhalt der öffentlichen Ordnung und des sozialen Friedens unverzichtbar.[1454] Belästigung (offense) dagegen sei rechtlich kein schutzwürdiges Objekt und der Schutz von Personen vor gekränkten Gefühlen sei (straf-)rechtlich nicht angemessen. Waldron definiert Belästigung als die Kränkung oder Verletzung von Gefühlen. Menschen vor Belästigung zu schützen, sei deshalb gleichbedeutend wie sie vor bestimmten Auswirkungen auf ihre Gefühle zu schützen. Er lehnt diese Auffassung als nicht schutzwürdig ab, weil verletzte Gefühle eine rein subjektive Reaktion seien. Das Unrecht einer Verletzung der Menschenwürde hingegen sei nicht primär subjektiver, sondern objektiver Art.[1455] Waldron anerkennt aber auch die Schwierigkeit des Begriffs Menschenwürde, den er nicht als rechtliches Prinzip, sondern mehr als Werteprinzip verstanden haben will. Der Begriff an sich spiele keine Rolle.[1456] Es gehe um «reputation, status, standing in a society, and the damage that hate speech may do to it»[1457] – und somit darum, die gleichen Rechte für alle Bürger und Bürgerinnen einer Gesellschaft zu garantieren und zu verhindern, dass einer ganzen Gruppe einer Gesellschaft diese Rechte verwehrt werden.[1458] Waldron

[1452] Waldron, S. 105–106.

[1453] Waldron, S. 106.

[1454] Waldron, Dignity, S. 1599–1600; Waldron, S. 4–6.

[1455] Waldron, S. 106–107.

[1456] Waldron, S. 138–139.

[1457] Waldron, S. 139.

[1458] Waldron, S. 60–61.

argumentiert damit zwar mit dem Schadensprinzip, legt aber den Begriff des Schadens weiter aus als Mill.[1459]

Sein Konzept der Gruppendiffamierung lehnt sich an den Fall *Beauharnais v. Illinois* an.[1460] Die Gruppe «the White Circle League of America» hatte Flugblätter verteilt, in denen sie den Bürgermeister und Stadtrat dazu aufforderte, «to halt the further encroachment, harassment and invasion of white people, their property, neighborhoods and persons, by the Negro» und Afroamerikaner mit Aggressionen, Vergewaltigungen, Raubüberfällen, Messern, Schusswaffen und Marihuana in Verbindung brachten. Weiter wurde die weisse Bevölkerung der Stadt dazu aufgefordert, sich zu vereinen.[1461] Das Stadtgericht von Chicago verurteilte Joseph Beauharnais, den Präsidenten der White Circle League of America, wegen Gruppenverleumdung auf Grundlage des gliedstaatlichen Gesetzes zur Verhinderung von Landfriedensbruch. Der Supreme Court stützte die Verurteilung, wobei die Entscheidung knapp ausfiel (mit fünf zu vier Stimmen) und es zu mehreren abweichenden Sondervoten kam.[1462] Die abweichenden Sondervoten hielten fest, dass die Flugblätter keine Gewalt angedroht hätten und dass es auch nicht sehr wahrscheinlich sei, dass durch die Flugblätter öffentliche Unruhen hätten entstehen können. Die Mehrheit des Supreme Court befand jedoch, dass die Flugblätter hasserfüllt und verleumderisch gewesen seien und verleumderische Äusserungen ausserhalb des Bereichs verfassungsmässig geschützter Reden fielen. Justice Black widersprach in diesem Punkt, da es bei der Verleumdung gerade nicht um grosse Gruppen gehe, sondern um Individuen.[1463] Obwohl die Begründung im Fall Beauharnais v. Illinois nie von einem späteren Urteil explizit aufgehoben worden ist, gehen US-bundesstaatliche Richter und etliche Expertinnen davon aus, dass der Entscheid zumindest einer Vielzahl nachfolgender Urteile widerspricht und der Fall heute anders entschieden worden wäre.[1464]

Zusammengefasst plädiert Waldron für die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit von Hassredegesetzen, weil Hassrede einen Angriff auf die Würde eines Menschen darstelle, die wiederum ein öffentliches Gut sei. Der Schutz öffentlicher

---

1459 van Mill, Kap. 2.3.

1460 Waldron, S. 52–56.

1461 Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 252 (1952).

1462 Vile John R., Beauharnais v. Illinois (1952), in: The First Amendement Encyclopedia, 2009 (überarbeitet im Juli 2017), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/545/beauharnais-v-illinois> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1463 Waldron, S. 47–52; Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 272 (1952).

1464 Zusammenfassend Strossen, S. 45; Waldron, S. 29.

Güter gehe aber mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung (public order) einher, gegen die Hassrede verstosse.

> «And […] *that* is what I think laws regarding group defamation are concerned with. To vindicate public order, not just by preempting violence, but by upholding against attack a shared sense of the basic elements of each person's status, dignity, and reputation as a citizen or member of society in good standing – particularly against attack predicated upon the characteristics of some particular social group.»[1465]

Damit sollen Hassredegesetze nicht nur die Würde, sondern auch die öffentliche Ordnung schützen.

Waldrons Vorschlag einer die Menschenwürde verletzenden Gruppendiffamierung ist dem US-amerikanischen System eher fremd. Das Konzept der Menschenwürde fehlt im Recht der USA sowohl als individuelles Grundrecht wie als allgemeines Institut gänzlich. Während also die meisten europäischen Verfassungen die Menschenwürde als oberstes Gut betrachten und gewährleisten, wird sie in den USA in den ersten zehn Zusatzartikeln zur Verfassung (Bill of Rights) nicht erwähnt; überdies wird die Redefreiheit vorbehaltslos garantiert.[1466] Diese daraus resultierende unterschiedliche rechtliche Behandlung von Hassreden lässt sich mit «strukturellen Unterschieden» im Beleidigungsschutz erklären.[1467] Während die Art. 173 ff. StGB die Ehre vor Werturteilen und unwahren Tatsachenbehauptungen, die entweder gegenüber der betroffenen Person selbst oder Dritten gemacht werden, strafrechtlich schützen,[1468] ist in den USA der Begriff der Ehre (honor) kein geläufiges Konzept. Etwas näher steht den US-Amerikanern der Begriff der Reputation als guter Ruf einer Person in der Gesellschaft bzw. als vermarktbare Leistung oder Teil des individuellen Vermögens.[1469] Schutz vor der Verletzung der Reputation gibt es indessen nur, wenn weitere Beeinträchtigungen an Eigentums- oder Freiheitsinteressen vorliegen.[1470] Die Reputation wird deshalb primär «in ihrer wirtschaftlichen Seite, allein mit den Mitteln des Zivilrechts und nur vor unwahren Tatsachenbehauptungen geschützt».[1471] Werturteile wie Beschimpfun-

---

[1465] Waldron, S. 47 [Hervorhebung im Original].

[1466] Christou, S. 130–133.

[1467] Christou, S. 160.

[1468] BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173, N 43–47.

[1469] Dies scheint dem (schweizerischen) faktischen Ehrbegriff zu entsprechen, nicht aber dem normativen, bei dem es um den Achtungsanspruch auf Geltung eines jeden Menschen geht.

[1470] Christou, S. 115, 125, 128–129.

[1471] Christou, S. 160.

gen oder Herabwürdigungen werden entsprechend nicht erfasst, auch dann nicht, wenn sie rassistisch sind oder die Menschenwürde betreffen.

Hassreden sind deshalb in den USA nur dann zu sanktionieren, wenn sie individuelle Interessen tangieren, oder bei einer unmittelbar bevorstehenden und ernsten Gefahr. Ehrverletzungen werden indessen nicht als das Individualinteresse tangierend wahrgenommen, es sei denn, die «defamation» beeinträchtige das persönliche Kapital der betroffenen Person.[1472]

Waldron versucht deshalb in seinem Vorschlag einer Hassredegesetzgebung einen Individualbezug herzustellen. Obwohl er von Gruppendiffamierung spricht, sei «the issue concerned defamation of individual members via group characteristics, not defamation of the group itself».[1473] Der Begriff der Gruppendiffamierung erinnert insoweit an die Kollektivbeleidigung, unterscheidet sich aber von dieser dadurch, dass irrelevant ist, ob der Einzelne erkennbar gemeint oder die Gruppengrösse überschaubar ist. Waldron tritt der Aussage, dass sich der Schaden in der Masse verliert, mit dem Argument entgegen, dass wenn eine Gruppe als Ganzes ein negatives Attribut erhält, sich das negative Bild auf alle erstrecke und so Schaden anrichte. Der Schaden verliere sich nur dann in der Masse, wenn die Aussage lautet: «Einige dieser Gruppe entsprechen dem negativen Stereotyp X.»[1474] Die Grösse der Gruppe ist für ihn daher nicht nach oben limitiert. Damit geht es nicht so sehr um die Gruppe, sondern um das Individuum, wobei nicht der Ruf des Einzelnen ausschlaggebend ist. Vielmehr geht es um die grundlegende soziale Stellung und die (negative) Bewertung derselben in Verbindung mit einem Merkmal, das mit den Mitgliedern der Gruppe in Verbindung gebracht wird.[1475] Insofern entspricht Waldrons Vorschlag eben gerade nicht der Kollektivbeleidigung (wenn auch der Name irreführend sein mag), sondern vielmehr einem (volksverhetzenden) Angriff auf die Menschenwürde. Der Vorschlag entspricht damit mehr oder weniger Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte StGB, sofern der Schutz der Menschenwürde des Einzelnen als Ausgangspunkt genommen wird.

In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft werden somit unterschiedliche Positionen in Bezug auf Hassrede vertreten: Die einen wollen Hassreden nur verbieten, wenn diese Schaden anrichten, wobei aber Schaden unterschiedlich weit verstanden wird. Die anderen wollen auch Verhalten bestrafen, das ledig-

1472 Christou, S. 130.

1473 Waldron, S. 122.

1474 Waldron, S. 55–56.

1475 Waldron. S. 56–57.

lich belästigend ist, da das Schadensprinzip zu hoch angesetzt sei.[1476] Die aktuelle Gesetzgebung scheint Hassrede nur dann zu verbieten, wenn sie direkt einen spezifischen, unmittelbaren und schweren Schaden anrichtet,[1477] nicht aber wenn sie lediglich belästigend ist. Ein rein psychischer oder emotionaler Schaden erreicht diese Hürde nicht.[1478] Der bereits erwähnte geplante Marsch von Neonazis durch das mehrheitlich von Holocaustüberlebenden bewohnte Skokie fiel offenbar unter belästigende, nicht aber schädigende Rede.[1479]

Auch wenn Mill ein englischer Philosoph war und der Liberalismus in England seine Geburtsstunde hatte,[1480] scheint das *VK* dem Schadensprinzip nicht in gleichem Mass verpflichtet wie die USA. Im Gegenteil – die oben[1481] durchgeführte Analyse zeigt, dass deutlich mehr strafrechtlich erfasst wird, als sowohl Mill, Waldron und auch Feinberg vertreten würden.[1482] Eindrücklich zeigt sich das etwa am 2003 eingeführten Anti-Social Behaviour Act, der antisoziales Verhalten kriminalisiert,[1483] wobei antisoziales Verhalten als «broad term used to describe the day-to-day incidents of crime, nuisance and disorder that make many people's lives a misery – from litter and vandalism, to public drunkenness or aggressive dogs, to noisy or abusive neighbours»[1484] beschrieben wird. In jüngerer Zeit fand damit eine Kehrtwende statt, weg vom Liberalismus und hin zum Kommunitarismus.[1485] «Angestrebt wird nicht mehr Wertevielfalt, sondern Werteeinheit. Die Gesellschaft soll dadurch wieder mehr zur Gemeinschaft werden, welche über die Durchsetzung gemeinsamer Wertvorstellungen integriert wird.»[1486] Damit wird nicht nur der Grundgedanke der liberalen Toleranz aufgegeben, sondern die-

---

1476 van Mill, Kap. 2.4–3.1.

1477 Strossen, S. 7.

1478 Strossen, S. 47–48.

1479 Strossen, S. 109–110.

1480 Thommen, S. 119.

1481 Vgl. Teil 3, Kap. 2.

1482 van Mill, Kap. 2.3, 3.3.

1483 Das Gesetz wurde 2014 teilweise vom Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014 abgelöst, der die Möglichkeiten der Polizei, Vorfälle von unsozialem Verhalten, Straftaten und Störungen und Unruhen zu verhindern, noch bevor sie sich ereignen, erweitert hatte.

1484 Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014 Guidance, S. 1.

1485 Thommen, S. 119.

1486 Thommen, S. 119.

ser Ansatz widerspricht auch den Grundsätzen des Human Rights Act 1998,[1487] einem Gesetz zur besseren Verwirklichung der in der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Rechte und Freiheiten.[1488] Damit wird durch das englische Rechtssystem weit mehr Verhalten kriminalisiert, als sowohl vom Schadensprinzip als auch vom Belästigungsprinzip erfasst werden würden.[1489] Auch die Meinungsäusserungsfreiheit bildet keine Ausnahme. So werden z.B. in Section 5 des POA 1986 Äusserungen unter Strafe gestellt, die «threatening or abusive […] within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress» sind. Es muss also gerade kein direkter Schaden nachgewiesen werden. Während die Aufstachelungsdelikte zwar enger gefasst sind als der schweizerische Aufruf zu Hass, kriminalisieren eine Reihe von anderen Tatbeständen[1490] Äusserungen, die z.B. grob beleidigend (grossly offensive), unanständig (indecent) oder obszön (obscene) sind, obwohl sie gerade keinen Schaden anrichten.[1491] Darunter fallen regelmässig auch Äusserungen, die offensichtlich nicht ernst gemeint oder schlicht nicht strafwürdig waren,[1492] also gerade nicht belästigend, wie Feinberg es verstehen würde.[1493]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Wie auch in der Schweiz herrscht in Deutschland kein Konsens über das geschützte Rechtsgut der Volksverhetzung (§ 130). Wie bereits ausgeführt, nimmt die herrschende Meinung an, dass sowohl der öffentliche Friede als auch die Menschenwürde geschützt werde.[1494] Die deutsche Diskussion ähnelt daher der schweizerischen. Hörnle beleuchtet in ihrer Habilitation den Begriff des Rechtsguts kritisch und stellt fest, dass sich praktisch für jede Norm irgendein Rechtsgut finden lasse.

1487 Thommen, S. 119.

1488 Human Rights Act 1998, Chapter 42, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1489 Thommen, S. 120.

1490 Z.B. Section 127 CA 2003 oder Section 1 MCA 1988.

1491 Modernising Communications Offences, N 1.4–1.6.

1492 Eine Auflistung von diversen Urteilen findet sich hier: <https://wiki.openrightsgroup.org/wiki/Communications_Act_2003/Section_127#Cases> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1493 van Mill, Kap. 3.3.

1494 Zusammenfassend aber a.A. Hörnle, S. 286. Bei Fällen nach § 130 Abs. 2 Nr. 1 und 2 tritt als weiteres Schutzgut der Jugendschutz hinzu.

Insbesondere der Verweis auf das Rechtsgut «öffentlicher Friede» verschleiere aber die relevanten Probleme. Das Schutzgut des öffentlichen Friedens lehnt Hörnle mit der Begründung ab, es handle sich dabei um ein undefinierbares Scheinrechtsgut. Die meisten (notabene uneinheitlichen) gängigen Definitionen für den «öffentlichen Frieden» seien widersprüchlich, inhaltsleer, untauglich oder schützten ohnehin individuelle Interessen.[1495] Auch den vom Bundesverfassungsgericht gewählten Ansatz,[1496] dass der Gesetzgeber beliebig Verbote erlassen könne, sofern nur der Verhältnismässigkeitsgrundsatz beachtet werde, lehnt Hörnle ab. Die Norm müsse einen Schutzzweck erkennen lassen, der das «scharfe Instrument der Kriminalstrafe» rechtfertige. Sie plädiert deshalb dafür, dass umstrittene Tatbestände darauf untersucht würden, ob das darin beschriebene Verhalten «mit den *Rechten anderer* oder mit dem *Sittengesetz*» kollidiere.[1497] Diese Formulierung entspricht dem Wortlaut in Art. 2 Abs. 1 GG. Die Rechtfertigung von Tatbeständen sei also an der Grundrechtsschranke zu messen. Unter «Rechte anderer» versteht Hörnle typisierte «Sicherheitsinteressen». Diese seien abzugrenzen vom Schutz der Gefühle anderer. Die Grenze zieht sie zwischen dem Schutz menschlicher Sicherheitsinteressen (worunter nicht nur individuelle, sondern auch kollektive Rechtsgüter fallen können) und dem Schutz von moralischen Normen und Gefühlen. Unter Sittengesetz versteht Hörnle nicht, wie üblich, «konventionelle moralische Verhaltensgebote und -verbote», sondern den Schutz der Achtung der Menschenwürde, selbst wenn kein Grundrecht eines bestimmten Individuums verletzt werde. Allerdings warnt sie davor, die Menschenwürde als «Trumpfkarte» einzusetzen.[1498] Es seien daher für die Feststellung, ob ein Verhalten mit der Menschenwürde kollidiere, strenge Kriterien anzulegen. Dies sei bei Äusserungsdelikten nur unter engen Voraussetzungen zu bejahen. Zweifelhafte Fälle seien deshalb dem Schutz der Ehre zuzuweisen. Für eine Verletzung der Menschenwürde müsse neben einer massiv herabsetzenden Äusserung zudem der «Kernbereich der Persönlichkeit» angriffen sein. Weitere Kriterien seien die Einordnung als minderwertiges Wesen und das Absprechen des Lebensrechts als gleichwertige Persönlichkeit. Anhand dieser Kriterien lasse sich eine Verletzung der Menschenwürde von allgemeinen Persönlichkeitsrechten unterscheiden.[1499]

1495 Hörnle, S. 90–91, 107–108.

1496 Anstelle vieler BVerfGE 90, 145.

1497 Hörnle, S. 22–25, 467–468.

1498 Hörnle, 468–470.

1499 Hörnle, 119–125.

Basierend auf diesen Kriterien analysiert Hörnle eine Reihe von Tatbeständen, die sie unter dem Titel «grob anstössiges Verhalten» zusammenfasst, und sie plädiert für eine konsequente Streichung aller Tatbestände, die nicht die Rechte anderer oder die Menschenwürde schützen.[1500]

Auch Fischer kritisiert den öffentlichen Frieden als Rechtsgut von einzelnen Tatbeständen bzw. als Tatbestandmerkmal, weil es sich beim öffentlichen Frieden, wenn nicht um eine Leerformel,[1501] so doch um einen sehr vagen, inhaltlich schwer eingrenzbaren Begriff handle.[1502] Die übliche Aufteilung in einen objektiven (Lebenszustand) und einen subjektiven (Vertrauen der Bevölkerung) Begriff des öffentlichen Friedens würde ebenfalls Fragen aufwerfen:

> «Wie jenseits der ‹öffentlichen Sicherheit› ein kollektives Rechtsgut der ‹Sicherheit der Rechtsgüter› bestimmbar sein sollte, wie sich ein Zustand des ‹Sicherheitsgefühls der Bevölkerung› feststellen lassen könnte; wie sich Erkenntnisse zum Verhältnis der beiden ‹Seiten› des Rechtsguts zueinander auf die Feststellung von Verletzungen oder Störungen des Rechtsguts auswirken sollen[?]»[1503]

Er spricht sich für eine *normative Ausprägung der Friedenschutzklausel* – anstelle einer Beschreibung eines empirischen Zustandes – aus, «die eine am *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* orientierte, letztlich auf das Rechtsgut öffentliche Sicherheit bezogene *Strafwürdigkeits-Erwägung* enthält».[1504] Er setzt dabei einerseits den objektiven öffentlichen Frieden der öffentlichen Sicherheit gleich und andererseits den subjektiven öffentlichen Frieden einer – vor den durch die Friedenschutztatbestände potenziell tangierten Grundrechten auszulegenden – Wertungsklausel.[1505] Es gehe «bei der Feststellung einer Störung (oder Eignung hierzu) nicht darum, was alle *fühlen* (oder *wollen*), sondern was alle fühlen (oder wollen) *sollen*.»[1506]

Auch die anderen in dieser Arbeit untersuchten Straftatbestände (§ 86a und § 140) schützen nach h.M. u.a. (in teilweise unterschiedlichsten Formulierungen) den

---

[1500] Hörnle, S. 483.

[1501] Fischer, S. 631, 635.

[1502] Fischer, FS Puppe, S. 1133.

[1503] Fischer, FS Puppe, S. 1127.

[1504] Fischer, FS Puppe, S. 1135 [Hervorhebung im Original].

[1505] Fischer, FS Puppe, S. 1135–1136.

[1506] Fischer, FS Puppe, S. 1136 [Hervorhebung im Original].

öffentlichen Frieden.[1507] Die oben ausgeführte Kritik von Hörnle und Fischer gilt insofern auch für diese Delikte, mit dem Unterschied, dass bei ihnen kaum noch ein anderes legitimes Schutzgut (wie die Rechte anderer oder die Menschenwürde) erkennbar scheint. Hörnle befürwortet deshalb deren Abschaffung.[1508] Letztlich sollten gemäss Fischer die Friedensschutzklauseln gestrichen und die betreffenden bzw. übrig bleibenden Tatbestände als (normale) abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet werden.[1509]

Ein Spezialfall zu den anderen untersuchten Delikten stellt der neue § 192a D-StGB dar, der dem Ehrschutz dienen soll.[1510] Systematisch fügt er sich deshalb auch bei den Ehrverletzungsdelikten ein. Da der Paragraf Bezug auf die Menschenwürde nimmt, wird teilweise angenommen, dass auch die Menschenwürde als Schutzgut angesehen werden kann.[1511] Obwohl der Straftatbestand zu den Ehrverletzungsdelikten gehören soll, fordert er gerade *keine* individualisierte Beleidigung.[1512] Er verzichtet damit auf die Einschränkung der Kollektivbeleidigung (§ 185 D-StGB), wonach sich der «objektive […] Sinn der Äusserung» stets auf ein oder mehrere klar erkennbare Individuen beziehen muss («Individuumsbezogenheit»), damit sich die Beleidigung bei einer grossen Gruppe nicht in der Masse verliert.[1513] Die Konstellationen, die neu § 192a D-StGB erfassen soll, könnten – je nach Auffassung – aber bereits heute durch § 185 D-StGB erfasst werden, weil auch allgemein gefasste Herabwürdigungen, die auf die Zugehörigkeit einer bestimmten Gruppe abzielen, bewusst der betroffenen Person in personalisierter Weise zugeordnet werde.[1514] Insofern erwiese sich § 192a D-StGB als überflüssig. Der deutsche Gesetzgeber vertritt diese Ansicht offenkundig nicht, da er bei gewissen Konstellationen von Herabwürdigungen bestimmter vulnerabler Gruppen eine Strafbarkeitslücke festgestellt hatte. Dies aus dem Grund, weil weder § 130 (wegen der fehlenden Öffentlichkeitswirksamkeit) noch § 185 (wegen des fehlenden Individualbezugs) anwendbar seien. Die Ausgestaltung dieser neuen Strafbestimmung

---

1507 BeckOk StGB-Ellbogen, § 86a, N 1; MüKo StGB-Anstötz, § 86a, N 1; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1; BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N 1; a.A. MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 1–2.

1508 Hörnle, S. 479, 482.

1509 Fischer, FS Puppe, S. 1141.

1510 Deutscher Bundestag, Drucksache 19/31115, S. 14.

1511 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 2.

1512 Deutscher Bundestag, Drucksache 19/31115, S. 14.

1513 Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, Vor §§ 185, N 7, 7b.

1514 Hoven/Witting, S. 592.

greift damit den Kritikpunkt von Hörnle auf, dass es bei einem Angriff auf die Menschenwürde auf die Grösse der Gruppe gerade nicht ankommen könne, weil sich eine solche – den Kern der Persönlichkeit treffende – Äusserung stets auf das Individuum auswirke:[1515]

> «Äusserungen, die auf den Persönlichkeitskern sämtlicher Gruppenmitglieder zielen, treffen diese als Einzelpersonen und nicht nur die Personenmehrheit in ihrer sozialen Funktion.»[1516]

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Beim neuen § 192a muss aber die Menschenwürde gerade nicht verletzt oder angegriffen werden, sondern die herabwürdigende Äusserung muss sich nur dazu *eignen*, die Menschenwürde anzugreifen. Weshalb hier auf das Kriterium des Angriffs auf die Menschenwürde verzichtet worden ist, kann nicht nachvollzogen werden.[1517] Allerdings beschränkt sich § 192a auf schriftliche und (fern-)mündliche Äusserungen gemäss § 11 Abs. 3 D-StGB.[1518] Mündliche Äusserungen, die ohne technische Hilfe übertragen werden, sind entsprechend nicht erfasst. Der Gesetzgeber hat bei den rein mündlichen Äusserungen offenbar § 185 D-StGB als ausreichend empfunden. Diese Unterscheidung zwischen einer telefonisch übermittelten und einer rein mündlichen volksverhetzenden Äusserung überzeugt indes ebenfalls nicht. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Äusserung mündlich oder schriftlich erfolgt, wenn die Norm die Ehre der Person schützen soll.[1519] Eine bessere Lösung wäre daher gewesen, § 185 umzugestalten und neu in «Angriffe gegen die Ehre» und «Angriffe gegen die Menschenwürde» zu unterteilen und entsprechend bei einem «Angriff auf die Menschenwürde» die Gruppengrösse nicht zum entscheidenden Kriterium zu machen, unabhängig von der Form der Äusserung.[1520]

Abschliessend kann festgehalten werden, dass sowohl Fischer als auch Hörnle das Rechtsgut des öffentlichen Friedens in seiner bestehenden Form ablehnen, Hörnle aber eine Verletzung der Menschenwürde als eigenständiges Rechtsgut zulässt, die Verletzung aber nur unter sehr strengen Kriterien bejaht wissen

---

[1515] Hörnle, S. 128–129.

[1516] Hörnle, S. 129.

[1517] Ähnlich auch Nussbaum, S. 338–339.

[1518] Deutscher Bundestag, Drucksache 19/31115, S. 15.

[1519] Hoven/Witting, S. 593.

[1520] Hörnle, S. 128–129; Hoven/Witting verneinen gar eine Strafbarkeitslücke grundsätzlich, weil in den von § 192a erfassten Konstellationen bei korrekter Anwendung stets § 185 greifen würde (S. 592).

will.[1521] Fischer hingegen lehnt die Menschenwürde als Rechtsgut ab, insofern es sich dabei um den Schutz der Wertordnung selbst handelt.[1522]

III. Diskussion und Fazit

Die verschiedenen Ansatzpunkte verdeutlichen die unterschiedlichen Herangehensweisen an die Frage, wie sich eine Strafnorm legitimieren lässt. Gemeinsam ist aber allen, dass eine Strafnorm eine Legitimation für ihren Bestand braucht. Diese Legitimation wird primär in der Reaktion auf eine entstandene Verletzung eines Gutes gesehen.[1523] Es muss – nach anglo-amerikanischer Terminologie – ein Schaden entstanden sein, der einen strafrechtlichen Eingriff rechtfertigt. Wie sich bereits gezeigt hat, kann unter den Schadensbegriff Unterschiedliches subsumiert werden. Es gilt daher zu klären, was in der Schweiz darunter verstanden wird bzw. verstanden werden sollte.

Die Mehrheit der schweizerischen wie auch der deutschen Lehre vertritt die Ansicht, dass sich die Legitimation der Strafnorm aus dem geschützten Rechtsgut ergibt. Mit anderen Worten: Wo kein Rechtsgut, da keine Strafnorm.[1524] In einem ersten Schritt werden daher die klassischen Rechtsgüter zur Strafrechtslegitimation herangezogen, um zu untersuchen, ob sich der Schutz dieser Güter rechtfertigt.

A. Kann der öffentliche Friede als Rechtsgut fungieren?

Wird ein Blick auf die unterschiedlichen Definitionen des Begriffs «öffentlicher Frieden» geworfen, wird ersichtlich, dass nicht klar ist, was darunter zu verstehen ist bzw. welcher Zustand dadurch geschützt wird.[1525] Öffentlicher Frieden wird bspw. beschrieben als das «Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit», als «Zustand der Rechtssicherheit und das Gefühl der Bevölkerung, im Schutz der Rechtsordnung zu leben», oder als das «frei von Furcht voreinander verlaufende Zusammenleben der Staatsbürger».[1526] Der öffentliche Friede lässt

[1521] Hörnle, 121–123.

[1522] Fischer, S. 626–628, 634.

[1523] Niggli/Maeder, S. 443.

[1524] M.w.H. Stratenwerth, AT I, § 3, N 6.

[1525] M.w.H. Bernhard, S. 111.

[1526] Fischer, FS Puppe, S. 1125.

sich folglich in einen objektiven und einen subjektiven Teil unterscheiden, wobei der Friedenszustand objektiv und das Sicherheitsgefühl subjektiv zu verstehen sind.[1527] Dieser objektive Friedenszustand, der häufig auch als «Klima der Toleranz» bezeichnet wird, stösst auf erhebliche Schwierigkeiten, wenn der Zustand empirisch verstanden wird. Dann käme es vornehmlich auf den Blickwickel an, ob das gesellschaftliche Klima gut oder schlecht für eine Bevölkerungsgruppe ist. Das subjektive Sicherheitsgefühl der Bevölkerung ist nicht weniger problematisch. Es existiert kein Instrument, um die öffentliche Gefühlslage hinreichend gesichert zu bestimmen, und selbst wenn dies gelänge, handelte es sich dabei lediglich um eine Momentaufnahme.[1528]

Dem Rechtsgut des öffentlichen Friedens kann deshalb entgegengehalten werden, dass eine Störung «als blosse Folge des eigentlichen Unrechts» erscheint.[1529] Zudem kann «[d]as Gewicht, das die Meinungsfreiheit in die Waagschale wirft, […] durch ein vages kollektives Rechtsgut kaum aufgewogen werden».[1530] Gemäss Hörnle, [1531] Niggli,[1532] Fiolka,[1533] Schleiminger Mettler,[1534] Bernhard,[1535] (kritisch) Fischer,[1536] (vermittelnd) Stratenwerth/Bommer[1537] etc. erscheint das Rechtsgut öffentlichen Friedens daher als Fiktion[1538] bzw. als ein Scheinrechtsgut.[1539] Öffentlicher Frieden sei daher kein Rechtsgut, sondern «der Massstab, an dem sich die Rechtsgutsqualität von Gegenständen prüfen»[1540] lasse. Dem halten

---

1527 Fischer, FS Puppe, S. 1125–1126; Bernhard, S. 108.

1528 Fischer, FS Puppe, S. 1128–1130.

1529 Stratenwerth/Bommer, § 39, N 22.

1530 Hörnle, S. 284.

1531 Hörnle, S. 107.

1532 Niggli, Rassendiskriminierung, N 288–291.

1533 BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258, N 2.

1534 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 8.

1535 Bernhard, S. 1114; m.w.H. zu kritischen Stimmen, S. 111–1114.

1536 Fischer, FS Puppe, S. 1130.

1537 Stratenwerth/Bommer, § 38, N 1.

1538 Fischer, FS Puppe, S. 1130, zumindest was die Feststellung der Störung des öffentlichen Friedens betrifft.

1539 Hörnle, S. 107.

1540 Fischer, S. 602.

u.a. Hänni,[1541] Riklin,[1542] Rom,[1543] Müller[1544] und insbesondere Kunz[1545] entgegen, dass der öffentliche Friede durchaus als Rechtsgut tauge und nicht als Fixpunkt des Strafrechts dienen könne, diese Position komme der Menschenwürde zu.[1546]

Die vermittelnden Positionen von Lehmkuhl/Wenk und Greco können allenfalls als Wegweiser aus dem Dickicht dienen:

Greco anerkennt, dass das Problematische an kollektiven Rechtsgütern sei, dass sie grundsätzlich alle Probleme lösen würden. Er sieht aber davon ab, pauschal alle Kollektivrechtsgüter unter Verdacht zu stellen. Folglich richtet er den Blick auf die Rechtsgüter, die von vornherein verdächtig wirken, darunter fällt auch das Gut des öffentlichen Friedens.[1547] Er entwickelt in der Folge einen Test, der aus drei Regeln besteht:

> «Zirkularitäts-Regel: Die Tatsache, dass eine Strafvorschrift ohne Postulierung eines kollektiven Rechtsguts nicht legitimierbar wäre, ist noch kein Grund, ein solches Rechtsgut zu postulieren.»[1548]
>
> «Distributivitäts-Regel: Die Tatsache, dass eine Vielzahl von Individuen ein Interesse an einem Gut hat, ist noch kein Grund, ein kollektives Rechtsgut zu postulieren.»[1549]
>
> «Nicht-Spezifizitäts-Regel: Es ist nicht gestattet, ein kollektives Rechtsgut als Schutzgut einer bestimmten Vorschrift zu postulieren, wenn die Beeinträchtigung dieses Rechtsguts immer gleichzeitig die Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts voraussetzt.»[1550]

In vielen Fällen findet sich hinter dem Kollektivrechtsgut ein Individualrechtsgut (und umgekehrt). Die Unterscheidung zwischen den (sehr wohl existierenden) Kollektivrechtsgütern und Individualrechtsgütern kann nicht immer trennscharf erfolgen. Wird aber ein Individualrechtsgut geschützt, sollte nicht auf ein kollekti-

---

1541 Hänni, S. 137–140.

1542 Riklin, Medialex, S. 38.

1543 Rom, S. 107.

1544 Müller, S. 664

1545 Kunz, ZStrR 1998, S. 229–232.

1546 Kunz, ZStrR 1998, S. 232; Hänni, S. 145.

1547 Greco, S. 206–207.

1548 Greco, S. 208.

1549 Greco, S. 210.

1550 Greco, S. 213.

ves Rechtsgut ausgewichen werden.[1551] Es ist also nach Greco durchaus möglich, ein Kollektivrechtsgut zu schützen, insofern es die drei genannten Tests besteht. Das Rechtsgut des öffentlichen Friedens besteht aber gemäss Greco insbesondere die letzten beiden Testregeln nicht.[1552]

Der Begriff des öffentlichen Friedens ist zudem gemäss Lehmkuhl/Wenk zu unspezifisch gewählt. Setzt man öffentlichen Frieden mit Rechtsfrieden oder Gemeinwohl gleich, so ist richtig, dass Strafrecht in seiner Gesamtheit dem Erhalt dieses Friedens dient. Dieses Rechtsgut kann folglich nicht als selbstständiges Rechtsgut fungieren.[1553] Ist aber mit öffentlichem Frieden nicht Rechtsfrieden in seiner Gesamtheit und auch nicht blosses Sicherheitsgefühl gemeint, sondern objektive Sicherheit gemeint, liesse sich gemäss Lehmkuhl/Wenk daraus ein spezifisches Kollektivrechtsgut (öffentliche Sicherheit) gewinnen.[1554] Dieses muss sich auf «Menschen als Mitglieder einer Gemeinschaft»[1555] beziehen. Damit wird ein Teilaspekt der objektiven Komponente des öffentlichen Friedens als legitimes Gut angesehen, insofern es sich auf den Menschen als «gruppenbezogenes Wesen»[1556] bezieht.

Böckenförde nennt diesen Zustand «formellen Frieden» und gewinnt ihn aus der «Gegenüberstellung zum Bürgerkrieg».[1557] Dieser formelle Frieden, «das heisst dem Schweigen der Waffen, der äusseren Ruhe und Sicherheit des Lebens», wird als «ein selbständiges, in sich gerechtfertigtes Gut»[1558] angesehen.

Auch Fischer spricht sich nicht gegen einen Schutz des öffentlichen Friedens «in seinem objektivsicherheitsrechtlichen und seinem normativen Gehalt» aus, solange der öffentliche Friede «in seiner jeweiligen Gestalt nur in Form von objektivierbaren, bestimmbaren, dem Menschen zuzuordnenden Gegenständen» geschützt werde.[1559] Dass dürfte dem Ansatz von Lehmkuhl/Wenk entsprechen, zumal sie ausführen, dass die objektive Sicherheit gerade nicht als Rechtssicher-

---

1551 Lehmkuhl/Wenk, S. 8–10; Greco, S. 212–213.

1552 Greco, S. 214, Fn. 63.

1553 Lehmkuhl/Wenk, S. 4–5, 11.

1554 Lehmkuhl/Wenk, S. 4–5, 11.

1555 Lehmkuhl/Wenk, S. 5.

1556 Niggli, Rassendiskriminierung, N 309.

1557 Böckenförde, S. 51.

1558 Böckenförde, S. 51.

1559 Fischer, S. 635 [Hervorhebung im Original].

heit verstanden werden dürfe,[1560] wie dies gemeinhin dem objektiven Teil des öffentlichen Friedens zugeschrieben wird.[1561] Es bleibt aber kritisch anzumerken, dass letztlich im Dunkeln bleibt, wie sich der Begriff der objektiven Sicherheit vom objektiven Gehalt des öffentlichen Friedens signifikant abgrenzt.

Festgehalten werden kann, dass der öffentliche Frieden – in seiner uferlosen Form – nicht als eigenständiges Rechtsgut dienen kann. Möglicherweise kann aber der Aspekt der «objektiven Sicherheit» in Bezug auf den Menschen als Teil einer Gemeinschaft herangezogen werden.

B. Kann die Menschenwürde als Rechtsgut fungieren?

Im Grunde kann dem Rechtsgut der Menschenwürde Ähnliches entgegengehalten werden wie dem öffentlichen Frieden. Das Rechtsgut der Menschenwürde ist ein «unspezifischer Gesichtspunkt», der für viele andere Straftatbestände auch gilt.[1562] Deshalb wird die Menschenwürde teilweise auch als eigenständiges Grundrecht abgelehnt.[1563] Eine Verletzung der Menschenwürde, die nicht zugleich auch ein Menschenrecht verletzt, ist begrifflich eine ähnliche Leerformel[1564] wie der Begriff «Schutz des öffentlichen Friedens». Hinter dem Begriff der Menschenwürde verstecken sich folglich i.d.R. andere Rechtsgüter, die es zu finden gilt.[1565] Eine abschliessend positive Festlegung des Begriffs der Menschenwürde existiert nicht. Der Begriff wird primär negativ definiert (z.B. im Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung [Art. 3 EMRK]).[1566]

Ein weiterer Schwachpunkt ist, dass im kontinentaleuropäischen, insbesondere im deutschen Verständnis das Schutzgut der Menschenwürde kein gleichwertiges Grundrecht ist, sondern den übrigen Grundrechten vorsteht bzw. deren Existenz überhaupt garantiert.[1567] Bezogen auf das Rechtsgut einer Norm liesse sich mit

---

1560 Lehmkuhl/Wenk, S. 5.

1561 Fischer, FS Puppe, S. 1125.

1562 Stratenwerth/Bommer, § 39, N 22.

1563 BGE 143 IV 77 E. 4.1 S. 83.

1564 Die Würde des Menschen ist antastbar, in: Spiegel vom 17. April 2010, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/ethik-debatte-die-wuerde-des-menschen-ist-antastbar-a-685376.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1565 Bernhard, S. 124.

1566 Zusammenfassend Bernhard, S. 115–116.

1567 EKR, Menschenwürde vs. Meinungsäusserungsfreiheit vom 4. April 2023, <https://www.ekr.admin.ch/rechtsgrundlagen/d561.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

diesem Argument der Grundrechtskonflikt mit der Meinungsäusserungsfreiheit oder anderen Freiheitsrechten relativ einfach umgehen. Sobald eine Äusserung als die Menschenwürde verletzend betrachtet würde, erübrigte sich jegliche weitere Prüfung. Das ist insofern problematisch, als dass damit Hassreden per se ausserhalb des Schutzbereichs eines jeglichen Grundrechts liegen. Damit verkommt die Menschenwürde zum «Totschlägerargument», dem es nichts entgegenzuhalten gibt. Unter dem Aspekt der begrifflichen Leerformel und Unschärfe ist ein solches Vorgehen doppelt problematisch. Zudem muss die Frage gestellt werden, ob Äusserungsdelikte die Menschenwürde überhaupt verletzen können (vgl. dazu gleich C.).

Wie der öffentliche Friede bildet die Menschenwürde «eher ein *abstraktes Grundprinzip* bzw. -recht denn ein konkretes Rechtsgut».[1568] Ähnlich wie beim öffentlichen Frieden lassen sich aber gewisse Teilaspekte der Menschenwürde ausmachen, die ein fassbares und schärfer umgrenztes Rechtsgut ergeben. So ist es denkbar, durch Äusserungen den «Achtungsanspruch als menschliches Wesen» zu verletzen. Dieses Rechtsgut könnte statt als menschenwürdeverletzend als Erweiterung im Bereich der Ehrverletzungen dienen. Damit würde die Problematik des Grundrechtskonflikts zwischen der Menschenwürde und anderen Grundrechten entschärft. Ist es möglich, die Ehre eines Menschen dadurch zu verletzen, dass er nicht als achtbare Person wahrgenommen wird, so muss diese erst recht dadurch verletzt werden, wenn der Mensch gar nicht als solcher wahrgenommen wird.

Ein weiteres Rechtsgut könnte sich aus der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ergeben.[1569] Das Grundrecht statuiert ein Diskriminierungsverbot, das «die herabwürdigende Behandlung eines Menschen verbietet, die sich aus der Anknüpfung an bestimmte personenbezogene Merkmale oder deren Nichtberücksichtigung ergeben kann». [1570] Unter Diskriminierung wird die «Verletzung der Wertschätzung eines Menschen als gleichwertige Person, die aus einer Ungleichbehandlung oder Nicht-Differenzierung resultiert»,[1571] verstanden. Es ist allerdings fraglich, ob die Rechtsgleichheit allein durch das Absprechen gleicher Rechte verletzt wird. Denn lediglich die Propagierung, dass gewissen Menschen

---

[1568] SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 12 [Hervorhebung im Original]. Gleiches gilt auch für Art. 7 BV. Es gibt kaum Fälle, die sich eigenständig auf Art. 7 BV abstützen, und falls doch, hätte ebenso gut auf ein anderes, spezifischeres Grundrecht zurückgegriffen werden können, vgl. BSK BV-Belser/Molinari, Art. 7, N 40.

[1569] Vgl. auch SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 17.

[1570] BSK BV-Waldmann, Art. 8, N 51.

[1571] BSK BV-Waldmann, Art. 8, N 61.

nicht die gleichen Rechte zustehen, sollte in einem demokratischen Staat schlicht keine Auswirkungen auf die effektive Garantie der Rechtsgleichheit haben. Die Rechtsgleichheit steht allen Bürgern und Bürgerinnen des Staates zu, unabhängig davon, ob jemand sich dagegen ausspricht oder nicht.[1572] Die Rechtsgleichheit dürfte erst dann verletzt sein, wenn Leistungen tatsächlich verweigert und diese nicht eingefordert werden können. Da aber die Möglichkeit besteht, dass durch die Aufreizung zur Leistungsverweigerung tatsächlich solche erfolgen, scheint es vertretbar, dass in solchen Fällen das Rechtsgut der Rechtsgleichheit herangezogen werden kann, jedenfalls dann, wenn ein Zusammenhang zwischen der Äusserung, welche die Gefährdung bewirkt, sowie der effektiven Verletzung besteht.

C. Können Äusserungsdelikte die Menschenwürde verletzen?

Angenommen, die Menschenwürde wäre ein valables Rechtsgut bzw. die Verletzung des Achtungsanspruchs als Mensch würde als menschenwürdeverletzend angesehen werden, so stellt sich die Frage, ob durch Äusserungsdelikte überhaupt die Menschenwürde verletzt werden kann.

Bei Äusserungsdelikten wird gemeinhin die Eingriffsintensität als geringer eingestuft als bei Tätlichkeitsdelikten. Unstrittig verletzt ein Völkermord oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Menschenwürde. Die Aufforderung dazu oder die Leugnung eines solchen weist dagegen nicht dieselbe Intensität auf. Eine qualitativ unterschiedliche Behandlung ist deshalb angebracht.[1573] Bernhard vertritt die Ansicht, dass es einem Wertungswiderspruch gleichkomme, wenn den Äusserungsdelikten gleichermassen eine Verletzung der Menschenwürde zugestanden werde. Die Menschenwürde werde dadurch bagatellisiert.[1574]

Hörnle wiederum findet, dass diese Begründung zu kurz greife. Nicht erst durch die mit der Äusserung bewirkte Gefahrensituation werde die Menschenverletzung herbeigeführt, sondern auch verbale Attacken könnten Sicherheitsinteressen und somit die Menschenwürde beeinträchtigen. Dem stehe nicht entgegen, dass es zu einem späteren Zeitpunkt zu *zusätzlichen* Menschenrechtsverletzungen kommen könne. Allerdings schränkt Hörnle den Anwendungsbereich von Menschenwürde verletzenden Äusserungsdelikten ein, sodass nur massiv herabsetzende Äusserungen, die den *Kernbereich menschlicher Existenz* betreffen, eine Strafnorm recht-

[1572] Heinze, S. 9, 157–159, 210.

[1573] Bernhard, S. 119.

[1574] Bernhard, S. 119.

fertigten. Zweifelhafte Fälle weist sie dem Schutz der Personenwürde bzw. der Ehre zu. Auch Hörnle anerkennt, dass es dem Begriff der Menschenwürde an scharfen Konturen fehlt, und verlangt deshalb eine Präzisierung und Schärfung, um eine Strafnorm legitimieren zu können.[1575]

Delikte, die durch Gedankenäusserungen begangen werden, bedürfen bereits bei der Sachverhaltsfeststellung einer deutenden Auslegung. Sie sind daher «relativer Natur» und hängen mitunter von der Wahrnehmung der betroffenen Person ab.[1576] Die unterschiedliche Behandlung von Äusserungs- und Tätlichkeitsdelikten zeigt sich auch daran, dass es sich, strafrechtlich betrachtet, bei ersteren um Gefährdungsdelikte und nicht um Erfolgs- oder Verletzungsdelikte handelt. Worte können daher eigentlich streng genommen gar nicht verletzen, «ihre Äusserung steigert nur in einer einzelnen Situation die Möglichkeit der Verletzung».[1577] Ausser Frage steht, dass verbale «Angriffe» nicht die gleiche Intensität oder Verletzungsqualität wie Tätlichkeitsdelikte aufweisen und aus diesem Grund – selbst, wenn eine Menschenwürdeverletzung infrage käme – anders behandelt werden müssten. Das würde nahelegen, dass auch ein anderes Rechtsgut geschützt werden müsste. Andererseits ist es im Strafrecht auch bei anderen Delikten möglich, das gleiche Rechtsgut für unterschiedlich schwere Begehungsformen (wie bspw. die körperliche Integrität bei einer schweren Körperverletzung sowie einer Tätlichkeit) zu gebrauchen. Hierbei handelt es sich i.d.R. allerdings um eine Abstufung unter *Tätlichkeitsdelikten*. Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Äusserungsdelikten und Tätlichkeitsdelikten ist anzumerken, dass eine Bagatellisierung durchaus stattfinden kann, wenn das gleiche Rechtsgut verletzt würde. Das zeigt sich z.B. auch beim Rechtsgut der sexuellen Integrität. Wird angenommen, dass das Rechtsgut der sexuellen Integrität bereits bei einer anzüglichen Bemerkung verletzt wird, wirkt das bagatellisierend in Bezug auf eine Vergewaltigung. Es scheint daher folgerichtiger, anzunehmen, dass Äusserungsdelikte und Tätlichkeitsdelikte *nicht* das gleiche Rechtsgut schützen sollten; konkret, dass die Menschenwürde als Rechtsgut für Äusserungsdelikte nicht herangezogen werden sollte.

[1575] Hörnle, S. 120–122 [Hervorhebung im Original].

[1576] Kern, S. 1; Seibert, S. 11.

[1577] Seibert, S. 36–37. Er ist allerdings anderer Meinung und ordnet Äusserungsdelikte eher den Verletzungs- oder Erfolgsdelikten zu.

D. Welche anderen Rechtsgüter könnten durch Äusserungsdelikte betroffen sein?

Da die klassischen Rechtsgüter des öffentlichen Friedens und der Menschenwürde als Rechtsgüter ausgeschlossen bzw. umgedeutet worden sind, fragt sich, ob es andere Rechtsgüter gibt, die durch die fraglichen Äusserungsdelikte verletzt werden können.

Das Rechtsgut der *Ehre* schützt den «Ruf und die Wertschätzung einer Person als ehrbarer Mensch». Es geht um den guten Ruf bzw. die Geltung als achtbarer Mensch gegenüber Dritten. Eine Ausnahme stellt die Beschimpfung dar, bei der das «subjektive persönliche Ehrgefühl» geschützt wird. In der neueren Lehre wird oftmals von einem normativen Ehrbegriff ausgegangen – im Unterschied zum oben erwähnten faktischen Ehrbegriff. Darunter wird der «Achtungsanspruch auf Geltung verstanden, den jeder Mensch gegenüber seinen Mitmenschen hat». Begrifflich liegt dieser Ehrbegriff der Menschenwürde näher und der Achtungsanspruch wird auf diese zurückgeführt.[1578] Es handelt sich um ein Individualrechtsgut, wobei das Konzept einzig bei der Kollektivbeleidigung zumindest teilweise durchbrochen wird. Dennoch muss ein Einzelner auch bei der Kollektivbeleidigung erkennbar sein. Unüberschaubare Gruppen können folglich nicht als Kollektiv beleidigt werden. Solange die Ehre als Individualrechtsgut ausgestaltet ist, scheidet sie für die untersuchten Normen als Rechtsgut aus.[1579] Dies, weil insbesondere Art. 261bis und 261 StGB u.a. gerade das Kollektiv schützen wollen. Das BGer bejaht zudem eine Ehrverletzung nur, wenn der Ruf einer Person, das heisst, wie sich ein «charakterlich anständiger Mensch […] zu verhalten pflegt»,[1580] verletzt wird.[1581] Damit scheidet die Ehre – wie sie aktuell von der Lehre und Rechtsprechung verstanden wird – als Rechtsgut grundsätzlich aus. Eine Erweiterung des Ehrbegriffs, der auch das «soziale Sein eines Menschen» schützt, könnte deshalb angezeigt sein. Wie bereits erwähnt, ist es denkbar, den Achtungsanspruch als Mensch als Teil des normativen Ehrbegriffs miteinzubeziehen. Möglicherweise lässt sich das Rechtsgut der Ehre deshalb für einzelne Tatbestandsvarianten wieder heranziehen.

1578 BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173, N 6–10.

1579 So auch Bernhard, S. 125–127.

1580 Urteil des BGer 6B_230/2018 vom 24. Oktober 2018 E. 1.1.2.

1581 Urteil des BGer 6B_1270/2017, 6B_1291/2017 vom 24. April 2018 E. 2.4.1.

Bernhard plädiert für ein Rechtsgut *«Schutz der Identität bestimmter Personen und Personengruppen»*.[1582] Es handelt sich dabei um eine Untergruppe des *Gefühlsschutzes*.[1583] Hörnle lehnt einen solchen strafrechtlichen Gefühlsschutz zwar ab,[1584] versucht aber über die «Rechte anderer» die fraglichen Strafnormen zu legitimieren.[1585] Auch sie prüft den Schutz der Identität als solches Recht. Es geht ihr um die «Anerkennung *identitätsstiftender Merkmale*»[1586] durch die soziale Umgebung. Damit dieser Schutz strafrechtlich greife, müsse es sich aber gleichzeitig um ein Sicherheitsinteresse handeln, was z.B. bei der Anerkennung des authentischen Lebenslaufs nicht der Fall sei.[1587]

Es zeigt sich, dass der Schutz von Gefühlen allein als solcher keine eigenständige Begründung für strafrechtliche Verbote bietet,[1588] insofern an der klassischen Rechtsgutslehre festgehalten wird.

Fraglich ist deshalb, ob sich der Schutz der *psychischen Integrität* als Rechtsgut anbietet. Damit ist nicht gemeint, dass das Rechtsgut jegliche Art von psychischer Betroffenheit schützen soll. Eine solche Definition wäre zu unspezifisch, weil jegliche Art von Handlungen, auch strafunwürdige, eine solche Betroffenheit auslösen können. Eine mögliche Eingrenzung könnte das Konzept der *Orientierungsgewissheit* von Seelmann bieten. Damit meint er, dass sich ein Opfer «aufgrund bestimmter Taten anderer in der Welt nicht mehr zurechtfinden kann und damit die Sicherheit seiner Orientierung verliert».[1589] Eine kontextunabhängige Definition eines solchen Gefühlsschutzes bzw. der Orientierungsgewissheit scheint kaum möglich.[1590] Zwar soll einem möglichen Gefühlsschutz Ausnahmecharakter zukommen,[1591] aber es muss auf ein Durchschnittsempfinden abgestellt werden, was sich nicht immer als unproblematisch erweist, wie auch bei Art. 261 StGB

1582 Zumindest was Art. 261bis Abs. 4 zweiter Halbsatz anbelangt. Das Rechtsgut lässt sich problemlos auf Art. 261bis Abs. 4 erster Halbsatz sowie die Äusserungsdelikte von Art. 261 übertragen.

1583 Bernhard, S. 137–143.

1584 Hörnle, S. 84.

1585 Hörnle, S. 116, 141.

1586 Hörnle, S. 142 [Hervorhebung im Original].

1587 Hörnle, S. 142.

1588 So auch Hörnle, S. 84.

1589 Seelmann, S. 196.

1590 Dieselbe Problematik findet sich auch bei der Drohung, vgl. Muschalik, S. 125.

1591 Bernhard, S. 136.

schon ausgeführt. Als Beurteilungsmassstab dient jeweils das Durchschnittsempfinden eines Menschen bzw. die Vorstellung, die sich die Strafverfolgungsbehörden von einem solchen Durchschnittsmenschen gemacht haben.[1592] Es fragt sich grundsätzlich, wie sich ein Durchschnittsempfinden überhaupt definieren lässt, da sich auch das gesellschaftliche Empfinden zu strafwürdigem Verhalten stetig verändert. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass heute deutlich mehr zu dieser «Orientierungsgewissheit» gezählt wird als früher. Verbale Attacken erleben Betroffene daher eher als Orientierungsverlust.[1593] So kann das Abstreiten eines dritten Geschlechts oder die kategorische Zuordnung in binäre Geschlechter für non-binäre Personen bereits als Absprechen ihrer Existenz erlebt werden und damit die Orientierungsgewissheit beeinträchtigen. Damit würden (und werden) aber auch wissenschaftliche oder gesellschaftliche Diskussionen um z.B. Geschlechterfragen deutlich schwieriger,[1594] was die Meinungsäusserungsfreiheit unverhältnismässig einschränkt.

Das Rechtsgut könnte sich weiter an Straftatbeständen orientieren, bei denen bereits von einer Verletzung der psychischen Integrität ausgegangen wird. So schützt z.B. das Rechtsgut der Drohung das Bedürfnis einer Person, in (innerem) Frieden leben zu dürfen, und vor der massiven Erschütterung des Sicherheitsgefühl durch eine andere Person.[1595] Wird dieses Sicherheitsgefühl massiv erschüttert, kann die psychische Integrität verletzt sein.[1596] Fraglich ist nun, ob Äusserungen, die sich nicht als Drohung nach Art. 180 StGB qualifizieren, trotzdem eine strafwürdige Rechtsgutsverletzung der psychischen Integrität darstellen können. Ein solches Szenario liesse sich denken, wenn z.B. bei einem Shitstorm die einzelnen Aussagen das Sicherheitsgefühl nicht beeinträchtigen, wohl aber die Gesamtsumme der – durch verschiedene Personen getätigten – Äusserungen.

[1592] Krauss, GS Noll, S. 229.

[1593] M.w.H. Rauch, S. 280–290.

[1594] Wagner Robert/Stäbener Jana, «Nur zwei biologische Geschlechter»: Warum Marie-Luise Vollbrechts Vortrag Hass in unserer Gesellschaft befeuert, in: BuzzFeed News DE vom 22. September 2022, <https://www.buzzfeed.de/news/genderismus-hassrede-marie-luise-vollbrecht-nur-zwei-geschlechter-transhass-biologie-biologismus-91763694.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; «Gewalt schürender» SRF-«Club»: Non-binäre Trans-Person klagt, in ihrer «ganzen Existenz angegriffen» worden zu sein, in: Weltwoche vom 2. Juni 2023, <https://weltwoche.ch/daily/gewaltschuerender-srf-club-non-binaere-trans-person-klagt-in-ihrer-ganzen-existenz-angegriffen-worden-zu-sein/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1595] BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 180, N 5.

[1596] BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 180, N 37.

Fraglich ist in einem solchen Fall allerdings, wer dann bestraft wird: derjenige, der «das Fass zum Überlaufen» oder «den Stein überhaupt ins Rollen» gebracht hat? Das widerspräche dem Grundsatz, dass jeder nach der Massgabe seiner Schuld bestraft wird (und nicht noch für die der anderen). Denkbar wäre es, alle Beteiligten zu bestrafen und in diesem Kontext die Schwere der Aussage für die Strafzumessung zu berücksichtigen. Hierbei kann es je nach Anzahl der Beteiligten aber zu praktischen Problemen (wie Überlastung) bei der Strafverfolgung führen, insbesondere weil Shitstorm u.ä. keine Rarität darstellen.[1597] Grundsätzlich problematisch scheint auch hier, dass erneut subjektive Gefühle objektiviert werden müssen und eine kontextunabhängige Beurteilung der Rechtsgutsverletzung kaum möglich ist.[1598] Dass die psychische Integrität einer ganzen Gruppe verletzt werden kann, ist hingegen eher unwahrscheinlich, da sich das Sicherheits*gefühl* einer ganzen Gruppe – wie bereits beschrieben – kaum feststellen lässt. Insofern kann das Rechtsgut bei Einzelpersonen in Betracht gezogen werden, nicht aber bei Gruppen, und scheidet daher bei gruppenspezifischen Delikten aus, insofern nicht eine Einzelperson als gruppenspezifisches Wesen angesprochen wird.

Die Rechtfertigung der Strafnorm anhand der klassischen ebenso wie erweiterten Rechtsgüter scheint gescheitert. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Rechtsgutslehre insgesamt zu verwerfen ist und welche Alternativen sich anstelle dieser anbieten würden.

E. Ist die Rechtsgutslehre bzw. der Rechtsgutsbegriff obsolet?

Die Ansicht, dass eine Strafnorm ein Rechtsgut braucht, wurde und wird immer wieder hinterfragt. Das erstaunt insofern nicht, als dass, obwohl die Mehrheit der Lehre anderer Ansicht ist, es immer noch an Klarheit fehlt, worin das Rechtsgut besteht. Es gibt kaum einen Grundbegriff des Strafrechts, der eine ähnliche Vielfalt an nicht näher begründeten Definitionen bietet und es ihm dennoch letztlich an dieser fehlt.[1599] Stratenwerth fasst einige kategoriale Kategorien[1600] zusammen und versucht, dem Begriff konkretere Konturen zu verleihen. Er kommt zum Schluss, dass das Problem des Begriffs des Rechtsguts zwar nicht lösbar sei, ver-

---

1597 Riedo/Beglinger, N 52.

1598 Vgl. auch Muschalik, S. 125.

1599 Roxin, S. 14; Hilgendorf, NK, S. 128. Das zeigt sich auch an der Unmenge an Publikationen dazu, vgl. auch Roxin, S. 47–53.

1600 Lebensinteressen, Gegenstand der Interessen, Objekte, Zustände, Gegebenheiten, Funktionseinheiten, Rechtswerte, vgl. Stratenwerth, FS Lenckner, S. 379–383.

wirft aber die Rechtsgutslehre nicht grundsätzlich. Dieser komme trotz allem eine kritische Funktion zu. Eine Strafnorm müsse nach wie vor so rational wie möglich begründet werden, dennoch könne dieser Nachweis in manchen Fällen lediglich darin bestehen, «dass bestimmte elementare Verhaltensweisen zum Minimalkonsens unserer Gesellschaft»[1601] gehören würden. Er plädiert damit für einen Rechtsgutsbegriff, der auch «konsentierte Wertüberzeugungen»[1602] miteinbezieht.[1603]

Anderer Ansicht ist Hörnle, welche die Basis eines Strafverbots nur darin verankert sieht, «dass das umschriebene Verhalten Sicherheitsinteressen […] verletzt, also dauerhaft, vernünftige, verallgemeinerbare und vor allem gewichtige Abwehrinteressen anderer Personen».[1604]

Es ist der Kritik von Hörnle zuzustimmen, dass sich praktisch für jede Norm ein Rechtsgut konstruieren lässt, womit über deren Legitimation noch nichts gesagt werde.[1605] Eine vollständige Aufgabe des Rechtsgutgedankens – zumindest beim Schutz von Individualinteressen – sollte dennoch nicht ernsthaft gefordert werden.[1606] Auch mit Blick auf das gesamte Strafrecht sollte die Rechtsgutlehre nicht leichtfertig aufgegeben werden – leistet sie doch, zusammen mit dem Gesichtspunkt der *ratio*, wichtige Beiträge zur Überprüfung der Eignung und Erforderlichkeit von (neuen) Normen im Besonderen und bei der Auslegung und Anwendung des Rechts und gewährleistet so eine gewisse Konsistenz der Gesetzesauslegung im Allgemeinen.[1607] Die Rechtsgutlehre darf aber gleichzeitig nicht überschätzt werden:

> «[Sie] kann alleine keine Antwort auf die Frage liefern, ob ein bestimmtes Verhalten strafwürdig ist oder nicht, und zwar deshalb, weil sie aus sich heraus gar nicht sagen kann, was nun als Rechtsgut gelten soll und was nicht. Sie lenkt aber zumindest den Blick auf den wichtigen Aspekt, dass eine Strafnorm grundsätzlich die Aufgabe hat, Rechtsgüter zu schützen. Mehr kann von der ‹nackten› Rechtsgutlehre nicht verlangt werden.» [1608]

[1601] Stratenwerth, FS Lenckner, S. 390.

[1602] Stratenwerth, FS Lenckner, S. 390.

[1603] Stratenwerth, FS Lenckner, S. 388–391.

[1604] Hörnle, S. 84.

[1605] Hörnle, S. 16–17, 20. So auch Hilgendorf, NK, S. 128.

[1606] Ausführlich dazu Stratenwerth, FS Lenckner, S. 377–391.

[1607] Hilgendorf, NK, S. 129.

[1608] Mona, S. 108–109.

Es muss folglich nach einem *kritischen Rechtfertigungsmassstab strafwürdigen Verhaltens* gefragt werden.[1609] Kurz: Worin liegt das Unrecht des fraglichen Verhaltens und sollte es strafrechtlich sanktioniert werden? Die Antwort kann nicht in der Erfindung irgendwelcher Rechtsgüter liegen. Die Legitimation einer Strafnorm, insbesondere bei nicht schädigendem Verhalten, kann also nicht mit einem schlichten Verweis auf das Rechtsgut erfolgen, sondern muss differenzierter ausfallen.

Stimmt man Stratenwerth zu, so muss akzeptiert werden, dass es letztlich um «die Ausgestaltung einer Ordnung geht, die wir als sinnvoll empfinden und mit der wir uns identifizieren können»[1610] und «anerkennen, dass zur Kultur unseres Zusammenlebens auch soziale Normen gehören, die sich nicht auf den [Rechtsgutgedanken] zurückführen lassen».[1611] Es müsste dann aber auch akzeptiert werden, dass wir in einer pluralen Gesellschaft leben, die «letztlich keine Antwort auf die Frage nach einer normativen Letztbegründung kennt».[1612]

Böckenförde macht zusätzlich auf ein Grundproblem des säkularen Staates aufmerksam. Der säkulare Staat, der seine Legitimation in der «Bezogenheit auf die freie selbstbestimmte Einzelpersönlichkeit» hat,[1613] lebt gerade dadurch von «Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann».[1614] Durch die Säkularisierung fand gleichzeitig ein Emanzipationsprozess der religiösen Autoritäten und Bindungen statt. Die Vollendung des Prozesses mündete in der Menschenrechtserklärung und den Grundrechten. Diese betonten die Freiheit des Einzelnen, stellten sie aber vor das Problem der «neuen Integration».[1615]

> «Die emanzipierten einzelnen mussten zu einer neuen Gemeinsamkeit und Homogenität zusammenfinden, sollte der Staat nicht der inneren Auflösung anheimfallen, die dann eine totale sog. Aussenlenkung heraufführt.»[1616]

1609 Bernhard, S. 210 [Hervorhebung im Original].

1610 Stratenwerth, FS Lenckner, S. 390–391.

1611 Stratenwerth, FS Lenckner, S. 391.

1612 Bernhard, S. 212.

1613 Böckenförde, S. 56.

1614 Böckenförde, S. 60.

1615 Böckenförde, S. 59.

1616 Böckenförde, S. 59.

Der freiheitliche Staat kann nur bestehen, «wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert.»[1617] Diese Regulierungen kann er aber nur ohne Zwang zu garantieren suchen, ansonsten würde er seine Freiheitlichkeit aufgeben.[1618] Die postmigrantische Gesellschaft wird als Aushandlungsgesellschaft angesehen, in der Werte und Leitkulturen stets neu verhandelt werden müssen.[1619] Es kann deshalb auch nicht mehr von einem «objektiven Wertesystem» ausgegangen werden, ohne den Staat als «Ordnung der Freiheit» zu zerstören. Auch deshalb kann eine «Werteordnung» grundsätzlich nicht als Rechtsgut dienen,[1620] weil diese anscheinend nicht von dauerhafter Natur ist. Das heisst, dass – anders als früher – deutlich weniger von einer homogenen Gesellschaft auszugehen ist bzw. diese nicht angestrebt wird. Maas beobachtet allerdings, dass der Pluralismus zwar in der Summe gewachsen sei, nicht aber in seiner Qualität. Es gebe deshalb keine «Ambiguitätstoleranz»[1621] mehr, das heisst, bei vielen Themen würden lediglich «Befürworter» und «Ablehner» existieren, aber kaum noch Menschen, die mit beiden Ansichten leben könnten.[1622]

F. Schlussfolgerung

Im Ergebnis kann festgehalten werden: Wer auf die klassischen Rechtsgüter zurückzugreifen sucht, wird bei einer Vielzahl von Delikten Mühe bekunden, eines auszumachen, es sei denn, es wird «zurechtgebogen». Das gilt insbesondere für die sogenannten Kollektivrechtsgüter, die nicht direkt ein Individualrecht schützen. Damit kommt dem Rechtsgut aber die ihm zugeschriebene Begrenzungsfunktion gerade nicht mehr zu. Andererseits ist der offene Ansatz, dass um Strafrechtsnormen zu legitimieren nicht zwingend ein Rechtsgut auszumachen sei, noch uferloserer. Dies unter anderem, weil der pluralistische und freiheitliche Staat keine homogenen Wertevorstellungen aufzwängen kann, an denen sich Strafnormen überhaupt orientieren könnten.[1623] Die genannten Probleme lassen sich mit Blick

---

[1617] Böckenförde, S. 60.

[1618] Böckenförde, S. 60.

[1619] Foroutan Naika, Die postmigrantische Gesellschaft, in: Bundeszentrale für politische Bildung vom 20. April 2015, <https://www.bpb.de/themen/migration-integration/kurzdossiers/205190/die-postmigrantische-gesellschaft/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1620] Fischer, S. 634–635.

[1621] Es geht um die Fähigkeit, Widersprüchliches/Mehrdeutiges auch mal zu ertragen, also mit Spannungen leben zu können.

[1622] Maas, S. 140–141.

[1623] Böckenförde, S. 57–61; Hörnle, S. 15.

auf die anglo-amerikanische Diskussion zwar nicht vollständig lösen, bieten aber einen reflektierten Umgang mit den Strafgesetzen, weil für die Beurteilung einer Strafnorm danach gefragt wird, wer bzw. vor welchen Verhaltensfolgen geschützt werden soll.[1624] Der herrschende US-amerikanische Ansatz des Schadensprinzips wäre hierzulande wohl nur schwer vertretbar, weil eine Formulierung wie «ohne dass unmittelbar bevorstehende Gefahr droht, dürfen (Hass-)Reden nicht eingeschränkt werden» zu eng erscheint.[1625] Trotzdem sollte das durch die bestehenden Normen kriminalisierte Verhalten vermehrt einer Gefahrenanalyse unterzogen und entsprechend hinterfragt werden, ob es überhaupt zur befürchtenden Gefahr führt bzw. führen kann.[1626] Der Verweis auf den Schutz des öffentlichen Friedens gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten hat hier tatsächlich teilweise verschleiert, dass es sich um eine Scheinbegründung handelt[1627] und gar nicht nach dem tatsächlich befürchteten Schaden und dessen Eintrittswahrscheinlichkeit gefragt wird. Insofern kann das Schadensprinzip, wie es das US-amerikanische Rechtssystem kennt, eine Hilfestellung sein, wenn auch der Schaden eines Verhaltens im kontinentaleuropäischen Strafrecht früher bejaht werden dürfte, als dies in den USA der Fall ist. Weder der faktisch-psychologische Ansatz Feinbergs noch der normative Ansatz der guten Gründe für verletzte Gefühle bieten aber, wie gesehen, einen gangbaren Weg.[1628]

Dienen Rechtsgüter nicht grundsätzlich als Legitimation und kann auch das Schadensprinzip nur begrenzt zu Rate gezogen werden, bliebe daher zur Legitimation von Strafnormen nur der uferlose Begriff des minimalen Wertekonsenses, der – wie gezeigt – immer neu verhandelt werden muss. Obwohl eine stark plurale Gesellschaft grundsätzlich befürwortet wird, scheint die Lösung einer ständigen Neuverhandlung der Werteordnung zumindest juristisch schlecht tragbar, da eine gewisse Normstabilität erwartet werden darf und für einen funktionierenden Rechtsstaat unverzichtbare Bedingung ist. Dem wird auch mit Blick auf die Entwicklungen

---

1624 Vgl. Hörnle, S. 20.

1625 Vgl. Vejdeland and others v. Sweden, no. 1813/07, § 6 of the concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, 9. Februar 2012.

1626 Eine ausführlichere Analyse erfolgt in Teil 5.

1627 Hörnle, S. 90–91.

1628 Die Frage, ob sich Strafrecht überhaupt eignet, um vor Hassrede zu schützen, bzw. ob die objektive Sicherheit etc. durch Hassrede gefährdet werden kann, wird in einem separaten Kapitel kurz angesprochen, kann aber nicht ausführlich behandelt werden (vgl. Teil 5, Kap. 3 II).

in den umliegenden Nachbarländern zuzustimmen sein.[1629] Das «böckenfördische» Dilemma des freiheitlichen Staates kann nicht wirklich aufgelöst werden. Einzige Lösung scheint das Aushalten einer gewissen Spannung, in welcher der Staat einen Teil dieser Freiheitlichkeit opfert und Grenzen zieht, was wiederum heisst, dass nicht alle inkludiert werden können. Gesellschaften brauchen ein Mindestmass an Homogenität, um bestehen zu können. Dieses Mindestmass kann in den Grund- und Menschenrechten gesehen werden. Innerhalb dieses homogenen Mindestmasses müssen dem Einzelnen jedoch grösstmögliche Freiheiten gewährt und diese nicht übermässig durch staatliche Interventionen eingeschränkt werden. Nur so kann eine plural ausgerichtete Gesellschaft überhaupt bestehen.

Im Ergebnis wird daher Hörnle zuzustimmen sein, die eine Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte hervorhebt und die Legitimation der Strafgesetze aus diesen ableitet. Damit käme den Grundrechten sowohl eine Legitimations- wie auch Begrenzungsfunktion zu. Die Menschenwürde wird dabei als Leitgedanke aller Rechte beachtet, aber anders als bei Hörnle als *eigenständiges* Rechtsgut verworfen. Es wird indessen die Möglichkeit zugelassen, aus der Menschenwürde ein spezifischeres Rechtsgut abzuleiten, das schützenswert erscheint.

Es wird daher weiterhin grundsätzlich an der Rechtsgutslehre festgehalten, sie braucht aber ergänzende Prinzipien (wie z.B. das Schädigungsprinzip, Urteile und Grundtheorien), die in einem «prozeduralen Zusammenspiel die eigentliche Begründungsarbeit leisten».[1630] Die Rechtsgutslehre kann deshalb als Gerüst, aber nicht als Massstab für strafwürdiges Verhalten dienen. Steht die *Legitimation einer Strafnorm* fest, so kann als *Bezeichnung für das Ergebnis* wieder der Rechtsgutsbegriff verwendet werden.[1631]

Ziel des vorliegenden Kapitels war es nicht, einen neuen Rechtsgutsbegriff zu entwerfen, sondern zu zeigen, dass – insbesondere bei den untersuchten Artikeln – grosse Schwierigkeiten bestehen, diese via klassische Rechtsgutslehre zu begründen, sollen nicht einfach schutzwürdige Interessen passend zurechtgebogen werden. Keines der geprüften klassischen Rechtsgüter lässt sich plausibel begründen. Ähnliches galt für nicht klassische Rechtsgüter wie etwa den Gefühlsschutz. Die erarbeiteten schützenswerten Güter ergaben sich aus konkreten Teilaspekten der

---

[1629] Gujer Eric, Erst versagt die Migrationspolitik, dann brennen die Städte: Frankreich ist eine Warnung für Europa, in: NZZ vom 7. Juli 2023, <https://www.nzz.ch/meinung/migration-in-frankreich-die-unruhen-sind-eine-warnung-fuer-europa-ld.1745797> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1630] Mona, S. 109.

[1631] Hörnle, S. 20.

bereits bestehenden Rechtsgüter des öffentlichen Friedens sowie der Menschenwürde. Die untersuchten Artikel werden daher in einem ersten Schritt gemäss den erarbeiteten Kriterien überprüft.

1. Art. 259 StGB

Die Berechtigung von Art. 259 StGB liegt nicht im Schutz vor diffuser Verunsicherung der allgemeinen Bevölkerung. Eine solche Verunsicherung ist kaum messbar und als Folge einer Aufforderung nur schwer zu belegen. Die Legitimation der Norm besteht in der zurechenbaren Gefahr und das heisst, der Nähe der Gefahr sowie der «Grad der persönlichen Verantwortung des Handelnden für die Verwirklichung eines Risikos».[1632] Es gilt, eine objektiv bestehende Gefahr zu verhindern. Insofern taugt das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit als Rechtsgut. Die besondere Gefahr von Art. 259 StGB kann darin gesehen werden, dass es nicht darum geht, eine andere Person zu überzeugen, eine Straftat zu begehen (den Tatentschluss zu wecken, wie bei der Anstiftung), sondern darum, einen grösseren, unzusammenhängenden Personenkreis zu gewaltbereitem Verhalten zu beeinflussen oder aufzureizen.[1633] Damit wird eine Gefahr für die «Rechtsgüter anderer Personen oder für klassische kollektive Rechtsgüter»[1634] geschaffen. Der Tatbestand wirkt insofern ergänzend zur Anstiftung.

Entscheidendes Kriterium ist, dass die Wahrscheinlichkeit einer Straftat nach einer Aufforderung gemäss Art. 259 StGB mindestens gleich gross oder grösser ist als bei der Anstiftung. Die gegenwärtige Fassung bereitet hierbei Schwierigkeiten. Die Wirkung einer Aufforderung sowie die potenzielle Gefahr hängen stark vom Einzelfall und dessen Umständen ab. Äusserungen an ein sehr empfängliches Publikum und im Kontext einer bereits aufgeheizten Stimmung sind deutlich gefährlicher als gegenüber einem neutralen oder passiven Empfängerkreis. Diese Kontextabhängigkeit wird in der bestehenden Norm nicht berücksichtigt, womit diese auch unspezifische Aufforderungen erfasst, bei denen kaum ein Gefahrenpotenzial auszumachen ist. Es ist auch nur beschränkt möglich, solche ungefährlichen Fälle rein durch richterliche Auslegung auszuklammern.[1635]

Um offensichtlich untaugliche Aufforderungen auszuscheiden, schlägt Hörnle deshalb u.a. vor, dass der deutsche Tatbestand (§ 111 D-StGB) ergänzt werde

[1632] Hörnle, S. 210.

[1633] Hörnle, S. 211.

[1634] Hörnle, S. 217.

[1635] Hörnle S. 211–213.

und nur solche Handlungen sanktioniert würden, «durch die ex ante die Gefahr geschaffen wurde, dass andere der Aufforderung nachkommen».[1636] Diese Überlegungen lassen sich auch auf Art. 259 StGB anstellen. Ungefährliche Aufforderungen müssten durch eine Klarstellung in der Gesetzgebung ausgeschieden werden. Das kann mittels einer Ausschlussklausel geschehen.[1637] Damit könnten auch solche Fälle ausgeschieden werden, bei denen die Aufforderung schlicht von niemandem wahrgenommen werden konnte (weil sie z.B. sogleich entfernt worden ist).[1638] Eine weitere Klarstellung kann mittels der Umformulierung des Wortes «Auffordern» in «Aufreizen» oder «Aufhetzen» geschehen.

Selbst wenn weiterhin am Rechtsgut des öffentlichen Friedens festgehalten würde, so müsste sichergestellt werden, dass die Norm ausschliesslich objektiv friedensgefährdende Verhaltensweisen erfassen würde. Die aktuelle Formulierung leistet diese Sicherstellung kaum, was sich – wie gezeigt – ebenfalls in der Rechtsprechung niederschlug. Der Begriff der Aufforderung sollte daher auch in diesem Fall durch «Aufreizung» oder «Aufhetzung» ersetzt werden.

2. Art. 261 StGB

Ähnliche und weitere Probleme ergeben sich bei Art. 261 StGB. Werden der öffentliche Friede sowie der Schutz von Gefühlen als taugliche Rechtsgüter abgelehnt, so gibt es wenig gute Gründe für den Erhalt von Art. 261 StGB in der Begehungsform des Äusserungsdelikts (Beschimpfung und Verspottung). Die Gefahr eines Bürgerkriegs aufgrund von Religionskonflikten ist derzeit nicht auszumachen, weshalb auch die objektive Sicherheit oder der formelle Friede kaum durch eine Begehung des Tatbestands gefährdet sein dürften. Wird der oder die Gläubige selbst angegriffen, sollten die Ehrverletzungsdelikte oder Art. 261bis StGB als Schutz ausreichen. Durch die Beschimpfung oder Verspottung von Glaubensüberzeugungen werden weder Rechte anderer noch das Grundrecht der Religionsfreiheit verletzt. Anders liegt der Fall bei der Störung von verfassungsmässig gewährleisteten Kultushandlungen und der Verunehrung religiös verehrter Gegenstände. In beiden Fällen kann die Religionsausübung beeinträchtigt werden. Fraglich ist, ob diese Fälle aber nicht auch durch die Sachbeschädigung und den Hausfrie-

[1636] Hörnle, S. 215.

[1637] Hörnle, S. 215.

[1638] Vgl. BGE 111 IV 151.

densbruch abgedeckt werden können.[1639] HÄUSERMANN schlägt deshalb statt der Strafnorm ein sogenanntes Palaver als Behelf vor.[1640] Der Vorschlag könnte u.U. auch auf weitere Tatbestände angewendet werden, die primär dem Gefühlsschutz dienen.

3. Art. 261bis StGB

Bei Art. 261bis StGB sind die einzelnen Absätze gesondert zu betrachten.

Aufruf zu Hass oder Diskriminierung (Abs. 1):
Art. 261bis ähnelt in seiner Ausrichtung Art. 259 StGB. Ausschlaggebend müsste somit auch hier sein, dass eine reale Gefahr besteht, dass Dritte zu Gewalttätigkeiten veranlasst werden. Es muss folglich die objektive Sicherheit gefährdet sein, damit der Tatbestand greift. Das ist – gleich wie bei Art. 259 StGB – kontextabhängig, weshalb u.a. auf die «Anwesenheit eines aufnahmebereiten Publikums [und] die Intensität der Einwirkung»[1641] abzustellen ist. Werden strenge Anforderungen an die Gefährlichkeit der Tathandlung gestellt, besteht diese auch eine verfassungsrechtliche Überprüfung. Aufforderungen, die zu möglichen Gewaltakten führen, können Grundrechte anderer verletzen und die Meinungsäusserungsfreiheit darf deshalb eingeschränkt werden. Reine Provokationen oder Gefühlsverletzungen hingegen dürften selten zu solchen Gewalttaten führen, weshalb eine strafrechtliche Ahndung in diesen Fällen nicht legitim erscheint. Werden hingegen Parolen vor einem aufnahmebereiten oder ausgesuchten Publikum geäussert und über eine aufgeheizte Stimmung vermittelt, könnten diese ein Gefahrenpotenzial aufweisen.[1642] Es liesse sich daher argumentieren, dass Äusserungen, die Hass oder diskriminierende Handlungen zu erzeugen suchen, in Tätlichkeitsdelikte umschlagen und deshalb aufgrund ihrer Gefährlichkeit verboten werden dürfen. Weiter kann das Rechtsgut der Rechtsgleichheit herangezogen werden. Ein Aufruf zu diskriminierenden Massnahmen kann möglicherweise zur Verletzung dieser führen.[1643] Auch hier sind die oben genannten kontextbedingten Faktoren miteinzubeziehen. Der Achtungsanspruch als Mensch kann zwar ebenfalls verletzt sein,

---

[1639] Ähnlich auch HÖRNLE, S. 361–364, die den (verbleibenden) Tatbestand aber als Ordnungswidrigkeit einstuft.

[1640] Vgl. Teil 5, Kap. 3 II B 4.

[1641] HÖRNLE, S. 298.

[1642] HÖRNLE, S. 296–301.

[1643] SHK StGB-VEST, Art. 261bis, N 17–18.

es ist aber kaum ein Fall denkbar, bei dem der Achtungsanspruch als Menschen verletzt und nicht bereits von Abs. 4 erfasst würde.

Verbreitung von Ideologien (Abs. 2) und Propagandaaktionen (Abs. 3):
Die Abs. 2 und 3 werden aufgrund der aufweisenden Überlappungen gemeinsam untersucht. Die Ausgestaltung der Normen deutet auf eine inhaltliche Bewertung der Meinungsäusserung. Der Grundrechtsschutz der Meinungsäusserungsfreiheit umfasst aber auch Meinungen, die eine verfassungsfeindliche Tendenz aufweisen.[1644] Die Argumentation, dass die Ideologie nicht an sich verboten werde, sondern lediglich deren öffentliche Äusserung, greift dabei zu kurz. Denn die Meinungsäusserungsfreiheit schützt nicht nur die (für sich behaltene) Meinung, sondern auch die öffentliche Kundgabe dieser. Unter Umständen liesse sich aus dem Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit ein schützenswertes Gut ableiten, dann nämlich, wenn – wie bei Abs. 1 – der Kontext der Verbreitung der Ideologie miteinbezogen wird. Berücksichtigt werden müssten dabei Faktoren wie der Status des Sprechers sowie eine wiederkehrende Ausführung der Tathandlung. Die Verbreitung einer Ideologie, die gleichzeitig die objektive Sicherheit eines Teils der Bevölkerung gefährdet, muss i.d.R. wiederkehrend erfolgen, um sich als wirksam zu erweisen. Der Status der Sprecherin sollte deshalb mitberücksichtigt werden, weil sich in der Vergangenheit insbesondere staatliche Propaganda als besonders wirksames Mittel erwiesen hat, um die Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten zu bewegen. Der Bevölkerung fällt es schwer, sich wiederkehrenden Äusserungen aus autoritativen Quellen dauerhaft entziehen zu können.[1645] Es scheint deshalb einen Zusammenhang zwischen der sich äussernden Person bzw. deren Status und der Wirksamkeit der Propaganda zu geben.

Ein weiteres mögliches Rechtsgut, das geprüft werden muss, ist die Rechtsgleichheit. Werden Ideologien oder Propaganda verbreitet, die darin resultieren, dass dieses Grundrecht anderen Menschen verwehrt wird, legitimiert sich ein Verbot aus diesem Grund ebenfalls.[1646] Es dürfte aber allenfalls schwierig zu beurteilen sein, welche Ideologien in einer solchen Verletzung münden können und welche nicht. Ausserdem ergeben sich Abgrenzungsprobleme zu Abs. 1, der die Aufreizung zu Diskriminierung und damit zur Verletzung der Rechtsgleichheit ebenfalls erfasst. Die Unterscheidung zwischen den Tatbeständen könnte in der Art

---

1644 Hörnle, S. 279–280.

1645 Vgl. Scheffler, S. 59; umso wichtiger scheint deshalb, dass der Staat sich möglichst neutral gegenüber Meinungen verhält und nur dann lenkend eingreift, wenn es sich um besonders krasse Verstösse gegen Grundrechte handelt.

1646 Vgl. SHK StGB-Vest, Art. 261bis, N 17–18.

und Weise der Begehung liegen. Während für die Erfüllung von Abs. 1 eine aufgeheizte Stimmung benötigt würde, bräuchte es eine solche bei Abs. 2 nicht. Hingegen bräuchte es eine wiederkehrende Verbreitung der Ideologie, die bei Abs. 1 nicht nötig erscheint.

Wird durch eine Ideologie bzw. Propaganda zudem vermittelt, die Betroffenen seien keine Menschen, so ist auch der Achtungsanspruch als Mensch verletzt. Hierbei müssten aber strenge Kriterien angelegt werden, lediglich abwertende Aussagen reichen nicht aus. Den Betroffenen müsste daher entweder das Lebensrecht abgesprochen oder ihr Menschsein infrage gestellt werden (wie z.B. mittels der Bezeichnung als Affen oder Kakerlaken etc.). Anderweitige Abwertungen würden dann unter die bestehenden Ehrverletzungsdelikte fallen. Auch in diesem Fall müsste die Ideologie oder Propaganda wiederholt verbreitet werden, damit sie unter den Tatbestand fiele.

Ein Verbot lediglich der aktiven Teilnahme an entsprechenden Propagandaaktionen wird hingegen nicht als gerechtfertigt angesehen. Dadurch werden weder die Rechtsgleichheit noch der Achtungsanspruch als Mensch verletzt. Auch für eine Verletzung der objektiven Sicherheit reicht eine alleinige Teilnahme nicht aus (blosses Zuschauen ist bereits heute straflos). Es ist kaum wahrscheinlich, dass durch eine Teilnahme diese Sicherheit verletzt oder gefährdet wird. Der Umfang einer aktiven Teilnahme bzw. anderweitige Tatbeiträge an Propagandaaktionen sollten anhand der Regeln von Täterschaft und Teilnahme (Gehilfenschaft, Mittäterschaft etc.) bewertet und geahndet werden und nicht als selbstständige Teilnahmeformen kriminalisiert werden.

Herabsetzung oder Diskriminierung (Abs. 4, erste Satzhälfte):
Hörnle lässt eine Verletzung der Menschenwürde unter strengen Voraussetzungen zu. Deshalb legitimiert sie eine solche bei besonders krassen Äusserungen, die den Kern der Persönlichkeit betreffen bzw. der betroffenen Gruppe das Lebensrecht absprechen.[1647] Da von der Autorin die Menschenwürde als Rechtsgut nicht akzeptiert wird, werden die objektive Sicherheit, die Rechtsgleichheit und der Achtungsanspruch als Mensch als mögliche Rechtsgüter geprüft. Es werden nur herabsetzende oder diskriminierende Äusserungen untersucht. Die folgenden Ausführungen beziehen sich deshalb nicht auf Herabsetzungen oder Diskriminierungen, die ein Tätlichkeitsdelikt darstellen. Dieses muss anders beurteilt und behan-

[1647] Hörnle, S. 295.

delt werden als ein Äusserungsdelikt.[1648] In der Praxis wird regelmässig nicht zwischen herabsetzenden und diskriminierenden Äusserungen unterschieden, sondern eine Verletzung pauschal bejaht.[1649] Die beiden Begriffe werden deshalb auch hier zusammengenommen und gemeinsam überprüft.

Ein Zusammenhang zwischen fraglichen Äusserungen und der Gefährdung der objektiven Sicherheit dürfte nur schwer herzustellen sein.[1650] Äusserungen, welche die objektive Sicherheit einer Gruppe gefährden, dürften zudem regelmässig von den Abs. 1 und 2 bereits erfasst sein.

Hingegen werden Aussagen erfasst, die den Achtungsanspruch als Mensch oder die Rechtsgleichheit absprechen, aber weder Hass schüren noch eine Ideologie verbreiten. Fraglich ist allerdings, ob diese Aussagen nicht eher unter den Ehrverletzungsdelikten abgehandelt werden sollten.[1651] Durch derartige Äusserungen werden zweifellos Menschen herabgesetzt, aber ob es sich dabei um eine «Volksverhetzung» handelt, ist zweifelhaft. Einmalige Äusserungen dürften kaum Wirkung auf die Bevölkerung zeigen. Wiederkehrende systematische Herabsetzungen werden aber bereits von Abs. 2 erfasst. Diese weisen denn auch eine ungleich höhere Gefährlichkeit auf. Als Strafgrund erweist sich daher primär die Beschimpfung des betroffenen Individuums und nicht die Aufhetzung der Bevölkerung gegen eine bestimmte Gruppe. Fraglich bleibt, ob eine gegen das Kollektiv gerichtete Beschimpfung in gewissen Fällen auf das Individuum durchschlagen kann, oder ob das – gemäss aktueller Gesetzgebung –nur bei überschaubaren Gruppen möglich ist, bei denen der Einzelne noch erkennbar bleibt.

Hörnle begründet ein solches Durchschlagsrecht, insofern der Kern der Persönlichkeit betroffen ist.[1652] Es ist aber nicht eindeutig, was alles zu diesem Persönlichkeitskern dazugezählt werden soll und anhand welcher Kriterien sich das zu entscheiden hat. Beschränkte sich der Anwendungsbereich lediglich auf die in

---

[1648] Herabsetzungen, die sich in Tätlichkeiten ausdrücken (wie sie Art. 261bis Abs. 4 oder Art. 176 StGB erwähnen), tangieren neben den bereits diskutierten Rechtsgütern nach Auffassung der Autorin auch das Rechtsgut der körperlichen Integrität und sind deshalb nicht mit reinen Äusserungsdelikten vergleichbar.

[1649] BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 49.

[1650] Weitere Ausführungen in Teil 5.

[1651] So zählt das BGer gemäss einem obiter dictum rassendiskriminierende Beschimpfungen wie «Sauausländer» zu den Ehrverletzungsdelikten, BGE 140 IV 67 E. 2.5.2 S. 73; vgl. aber BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 56–57; a.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1275.

[1652] Hörnle, S. 126–129.

der schweizerischen Gesetzgebung bestimmten Gruppen gemäss Art. 261bis, wäre zwar eindeutig bestimmt, welche Gruppen betroffen sind, es würde aber von einer gewissen willkürlichen Auswahl zeugen.[1653] Möglich wäre es, eine Äusserung dann als strafwürdig anzusehen, wenn der Einzelne zwar nicht individualisiert wurde, aber klar (mit-)gemeint oder primäres Ziel der Herabsetzung war und nur deshalb auf die Kollektivbeleidigung zurückgegriffen wurde, um einer Strafe zu entgehen. So würde demgemäss eine nichtöffentliche Äusserung gegenüber einer schwarzen Person, «dass alle Schwarzen Affen seien», bestraft, weil die Absicht auf die Herabsetzung der angesprochenen Person zielte. Damit könnte die aktuelle Unsicherheit, ob solche Aussagen von der Kollektivbeleidigung erfasst werden, geklärt werden.

Leugnung, Verharmlosung und Rechtfertigung von Genoziden (Abs. 4, zweite Satzhälfte):
Die Legitimation der Strafnorm, die eine Leugnung, Verharmlosung und Rechtfertigung von Genoziden (kurz: Genozidleugnung) erfasst, gestaltet sich ohne Rückgriff auf den öffentlichen Frieden und die Menschenwürde schwierig. Selbst bei revisionistischen Äusserungen, die vor einem antisemitisch gestimmten Publikum geäussert werden, dürfte eine zurechenbare Gefährdung der jüdischen Bevölkerung eher unwahrscheinlich sein. Noch schwieriger scheint der Nachweis einer solchen Gefahrenlage ausserhalb rechtsextremistischer Zusammenhänge.[1654] Eine Beeinträchtigung der objektiven Sicherheit dürfte deshalb nicht vorliegen. Selbst beim Rückgriff auf das Rechtsgut der Menschenwürde wird durch das schlichte Ableugnen oder Verharmlosen eines Massenmordes noch keine Minderwertigkeit impliziert. Hörnle stellt insofern auch richtig, dass die Äusserung selbst die Menschenwürde verletzen muss, nicht die Gesinnung dahinter.[1655] Gleichfalls nicht verletzt sind deshalb die Rechtsgleichheit oder der Achtungsanspruch als Menschen.

Zu prüfen ist daher, ob allenfalls die Ehre der Opfer als Rechtsgut taugt. Das dürfte in jenen Fällen zutreffen, bei denen die Opfer oder Zeugen als Lügner dargestellt werden. Bei einfacheren Varianten von Genozidleugnungen erfolgt meist keine Aussage zu Zeitzeugen. Diese werden schlicht ignoriert. In diesen Fällen kann eine Ehrverletzung kaum anzunehmen sein. Hörnle legitimiert aber im Ergebnis

---

[1653] Vgl. Teil 2, Kap. 1 IV.

[1654] Hörnle, S. 317–322.

[1655] Hörnle, S. 322–323; eine Verletzung der Menschenwürde sieht Hörnle hingegen bei der Rechtfertigung (bzw. Billigung). Die Rechtfertigung ist in der Tat anders zu behandeln als die Leugnung oder Verharmlosung. Siehe auch Kap. 9.

eine Bestrafung aufgrund des Beleidigungstatbestandes dennoch, da sie in engen Grenzen ein Recht auf Identität als begründetes Rechtsgut ansieht.[1656]

> «Es ist mit dem alltagssprachlichen Gebrauch vereinbar zu sagen, dass Opfer von Unrechtstaten beleidigt werden, wenn ihr Verfolgungsschicksal bestritten wird.»[1657]

Damit würde sich die Norm auf Opfer und deren Angehörige begrenzen. Es muss demgemäss eine persönliche Betroffenheit vorliegen und die Norm wäre folglich zeitlich beschränkt. Grenzte man den Anwendungsbereich weiter auf nur bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen ein, also solche, die wider besseres Wissen erfolgen (inklusive jener Fälle, in denen die sprechende Person es ernsthaft für möglich hält, dass sie sich irrt), würde auch die Meinungsäusserungsfreiheit nicht unverhältnismässig eingeschränkt.[1658] In dieser geänderten Form würde die Norm auch vor der Grundrechtsüberprüfung standhalten.[1659]

In den nachfolgenden Kapiteln wird nun gleichsam nach Lösungsansätzen für die weiteren – in Teil 2 ausgeführten – Schwierigkeiten der schweizerischen Gesetzgebung anhand der untersuchten anderen nationalen Gesetzgebungen gesucht. Notgedrungen muss dabei teilweise auf die bereits verworfenen Rechtsgüter des öffentlichen Friedens oder der Menschenwürde zurückgegriffen werden, weil diese aktuell nach den Ansichten sowohl der schweizerischen wie auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vorherrschend geschützt werden.

1656 Hörnle, S. 324–327.

1657 Hörnle, S. 327.

1658 Hörnle, S. 328–333.

1659 Weitere Ausführungen zur Genozidleugnung erfolgen im separaten Kap. 9.

Kapitel 2: Geschädigte Person/Opfereigenschaft

I. Anglo-amerikanische Diskussion

In den *USA* gilt allgemein als (US-bundesstaatliches) Opfer eine Person, die infolge der Begehung einer (US-bundesstaatlichen) Straftat einen unmittelbaren körperlichen, seelischen oder finanziellen Schaden erlitten hat. Ebenfalls als Opfer infrage kommen «institutional entities»[1660] wie Unternehmen, Körperschaften und gemeinnützige Organisationen.[1661] Bei «hate crimes», die eine Person oder eine Körperschaft direkt betreffen, ist somit die Opfereigenschaft stets vorhanden. Da auch bei «hate crimes», die keine natürliche Person anvisieren, wie z.B. bei der Zerstörung von kirchlichem Eigentum, höchstwahrscheinlich die betroffene Körperschaft Opfereigenschaften aufweisen dürfte, lässt sich auf US-bundesstaatlicher Ebene kaum noch ein Fall konstruieren, bei dem kein Opfer erkennbar ist. Zu den Opfereigenschaften bei Hassreden hingegen erübrigen sich weitere Ausführungen, weil die USA keine Hassredenormen kennen.

Eine ausführliche Erklärung zum Strafverfahren im *VK* kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Für die mit der vorliegenden Untersuchung verfolgten Ziele genügen punktuelle Überlegungen zu Unterschieden und Ähnlichkeiten des englischen Systems in Bezug auf die Opfereigenschaften von Hassrededelikten. Als Opfer wird im VK u.a. die Person definiert, die einen Schaden erlitten hat. Das inkludiert körperliche, geistige oder seelische Schäden sowie wirtschaftliche Verluste, die unmittelbar durch eine Straftat verursacht wurden. Einige Opferrechte gelten für alle anerkannten Opfer (das Recht, alles zu verstehen und verstanden zu werden, das Recht, an einen Opferhilfedienst verwiesen zu werden, das Recht, bei unzureichender Einhaltung der Opferrechte Beschwerde einzureichen), andere gelten nur, wenn eine Straftat der Polizei gemeldet worden ist.[1662] Diese weiteren Rechte (enhanced rights) gelten allerdings nicht für alle Opfer gleichermassen, sie werden den Umständen entsprechend zugemessen. Grundsätzlich Anspruch auf erweitere Opferrechte haben Opfer schwerster Straftaten, schutzbedürftige

---

[1660] Legal Information Institute, victim, <https://www.law.cornell.edu/definitions/uscode.php?width=840&height=800&iframe=true&def_id=34-USC-816693624-978664124&term_occur=999&term_src=title:34:subtitle:II:chapter:201:subchapter:III:section:20141> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1661] The United States Department of Justice, Rights of Victim, <https://www.justice.gov/enrd/rights-victims> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1662] MoJ, Victims' Code, S. 3.

oder eingeschüchterte Personen oder Personen, die über einen längeren Zeitraum hinweg wiederholt Opfer einer Straftat geworden sind (wie z.B. beim Stalking). Unter solche schwerste Straftaten fallen auch «hate crimes», also Delikte, [1663] die nach dem Sentencing Act 2020 und dem Crime and Disorder Act 1998 als solche qualifiziert werden.

Bei den Hassrededelikten ist zu differenzieren: Die Aufstachelungsdelikte verlangen gerade keinen gegen eine Einzelperson gerichteten Hass. Der (bei anderen) erzeugte Hass muss sich vielmehr gegen eine Gruppe richten.[1664] Das Wort «victim» taucht im Zusammenhang mit den Aufstachelungsdelikten folglich kaum auf. Weil keine bestimmte Person betroffen ist, bleibt fraglich, ob ein Individuum Opferrechte in diesem Zusammenhang geltend machen kann. Problematisch wäre wohl zudem, dass andernfalls alle Personen, die der betroffenen Gruppe angehören, als Opfer zu gelten hätten. Anderes gilt für den Football (Offences) Act 1991: Obwohl Betroffene einer Gruppe nicht anwesend sein müssen, damit das Delikt verfolgt werden kann,[1665] hält die Bestimmung ausdrücklich fest, dass auch Einzelpersonen betroffen sein können. Die Gewährung von Opferrechten für (am Fussballmatch) anwesende Betroffene muss deshalb wohl möglich sein.

Auch Section 5 des Public Order Act 1986 verlangt kein spezifisches Opfer. Dass kein Opfer verlangt wird, heisst aber nicht zwingend, dass niemand Opfer sein kann. Es wird deshalb auch hier davon ausgegangen, dass Betroffenen Opferrechte gewährt werden können. Die Sections 4 und 4A verlangen ein bestimmbares Opfer, entsprechend müssen diesem auch Opferrechte gewährt werden.[1666]

Bei den Kommunikationsdelikten (Communications Act 2003 und Malicious Communications Act 1988) ist es ebenfalls möglich, Opferrechte in Anspruch zu nehmen. Dies unter der Bedingung, dass sich die Äusserung direkt an die betroffene Person richtet.[1667]

Problematisch wirkt, dass sich die Opferqualität bei manchen Delikten nicht auf objektive Kriterien stützt, sondern primär die rein subjektive Sicht des (sich selbst bezeichneten) Opfers ausschlaggebend scheint. Dies gilt insbesondere bei der Strafverfolgung von Delikten nach CA 1988 und SA 2020 sowie bei den nicht-

[1663] MoJ, Victims' Code, S. 10–11.

[1664] Hate Crime Laws, N 2.134.

[1665] Hate Crime Laws, N 11.11.

[1666] Hate Crime Laws, N 10.82–10.84.

[1667] Modernising Communications Offences, N 2.98.

kriminellen Hassvorfällen.[1668] Diese Praxis hat ihren Ursprung in einer Empfehlung des Macpherson-Berichts, der die polizeiliche Behandlung von rassistisch motivierten Straftaten und Vorfällen untersucht hat. Der Bericht resultierte aus der Untersuchung des rassistisch motivierten Todes von Stephen Lawrence, einem schwarzen Teenager, der von fünf weissen Jugendlichen ohne näheren Anlass niedergestochen worden war.[1669] Der Bericht stellte fest, dass Rassismus ein institutionelles Problem darstellt,[1670] und schloss mit einer Reihe von Empfehlungen, die u.a. Änderungen in Bezug auf Untersuchung und Strafverfolgung von rassistisch motivierten Delikten vorschlugen. In der Empfehlung Nr. 12 wird vorgeschlagen, dass jeder Vorfall, der vom Opfer oder einer anderen Person als rassistisch empfunden wird, als rassistischer Vorfall anerkannt wird und nicht (mehr) ausschlaggebend sein soll, ob die Polizei den Vorfall als solchen (an-)erkennt.[1671] Auch die polizeiliche Erfassung und Untersuchung von rassistischen Vorfällen, die nicht-kriminell sind, wurde im Bericht empfohlen.[1672] Es ist zwar an sich begrüssenswert, dass das Empfinden der betroffenen Person miteinbezogen wird, aber als einzig taugliches Kriterium sollte es dennoch nicht dienen. Das gilt gerade auch für die Erfassung der nicht-kriminellen Hassvorfälle, umso mehr, als diese keine Straftat darstellen.

Ein weiterer bemerkenswerter Unterschied in Bezug auf die Strafverfolgung ist, dass im VK die Möglichkeit zur «private prosecution», der Strafverfolgung durch Private, besteht.[1673] Einige Delikte sind jedoch dafür nicht zugelassen oder benötigen die Zustimmung des Attorney General.[1674] So kann die Strafverfolgung der Aufstachelungsdelikte nur mit der Zustimmung des Attorney General[1675] erfolgen, wobei diese Zustimmung nicht delegierbar ist. Ursprünglich war dieses Zustim-

---

1668 Hate Crime Laws, N 1.7–1.8.

1669 Hate Crime Laws, Fn. 4.

1670 Macpherson, Report, N 46.1, 46.27.

1671 Macpherson, Report, N 45.16–45.17, 46.36, Chapter 47, Recommendation 12.

1672 Macpherson, Report, N 45.12, Chapter 47, Recommendation 13.

1673 Zu den Vorteilen einer solchen privaten Strafverfolgung: Kuhn Charles/Devenish Sabrina/Bork Kevin, Private Strafverfolgung im Vereinigten Königreich – eine echte Alternative?, in: Lexology vom 22. Januar 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=be1883c6-dd8b-44f0-bb92-54e82c24109d> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1674 Research and analysis, Private Prosecutions vom 22. Februar 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/private-prosecutions/private-prosecutions> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1675 Gegenwärtig Richard Hermer. (Stand: Oktober 2024).

mungserfordernis als zusätzliche Schranke zur Beachtung der Menschenrechte gedacht. Weil dieses Amt auch politischer Art ist, könnten sich daraus aber aufgrund des politischen Drucks (insbesondere zur Zustimmung) gewisse Interessenskonflikte ergeben.[1676]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Das *deutsche* Strafprozessrecht kennt keine explizite Opfer- oder Verletztendefinition. Es besteht eine strafprozessuale Opfervermutung. Das mögliche Opfer wird damit zum Adressaten des Opferschutzes, d.h. Opfer ist zunächst einmal, wer behauptet, Opfer zu sein; die Opfereigenschaft stellt sich erst beim Urteilsspruch definitiv heraus.[1677] In der *Schweiz* ist die Opferperspektive nur bei der Integritätsbeeinträchtigung ausschlaggebend. Gemäss Art. 116 StPO kann nur Opfer sein, wer auch geschädigte Person und durch die Straftat unmittelbar in der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität beeinträchtigt ist. Wer nicht Rechtsgutsträger ist, kann demgemäss nicht Opfer sein. Bei der Integritätsbeeinträchtigung ist die Wirkung der Straftat ausschlaggebend. Dies beurteilt sich allein aus der Sicht des Opfers. Hierbei geht es aber um die Inanspruchnahme der speziellen Opferrechte und nicht um die Stellung im Prozess.[1678] Das deutsche Rechtssystem unterscheidet sich in dieser Hinsicht also nicht vom schweizerischen.

Das strittige Rechtsgut hat aber auch hier zur Folge, dass nicht klar ist, wer verletzte Person sein kann. Die Gerichtspraxis in Deutschland dazu ist uneinheitlich. Teilweise wird eine angehörige Person eines «Teils der Bevölkerung» (gemäss § 130 D-StGB) als verletzte Person (i.S. des § 172 D-StPO) anerkannt,[1679] teilweise wird diese Auffassung auch abgelehnt,[1680] je nachdem, ob die Menschenwürde als mitgeschütztes Schutzgut anerkannt wird oder nicht. Einigkeit besteht darüber, dass nicht-natürliche Personen keine Klage erzwingen können, was sie wohl als Trägerinnen des Rechtsguts grundsätzlich ausschliesst. Das betrifft Vereine, Dachverbände, Organisationen oder Religionsgemeinschaften. Diese seien allenfalls mittelbar betroffen und somit keine verletzte Person.[1681]

1676 Hate Crime Laws, N 2.145, 10.654, 10.664–10.669.

1677 Schiemann/Kilchling, S. 55, 57.

1678 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 116 StPO, N 2, 6.

1679 OLG Karlsruhe, NJW 19/1986, S. 1276–1277.

1680 OLG München, NJW 40/1985, S. 2430–2431.

1681 BeckOK StGB-Rackow, § 130, N 73; OLG Karlsruhe, NJW 19/1986, S. 1276–1277.

Auf die Strafverfolgung hat dies zwar ebenso wenig Einfluss wie in der Schweiz, weil es sich beiderorts um Offizialdelikte handelt und der Staat damit von sich aus tätig werden muss.[1682] Trotzdem entstehen prozedurale Nachteile, wenn jemand in einem Verfahren nicht als geschädigte bzw. verletzte Person anerkannt wird. In der Schweiz können sowohl natürliche als auch juristische Personen Geschädigte sein. Anders sieht es bei Interessensverbänden aus. Diese gelten i.d.R. nicht als geschädigte Person.[1683] Opfer hingegen können nur natürliche, nicht aber juristische Personen sein.[1684] In diesem Fall unterscheidet sich das deutsch-schweizerische System vom US-amerikanischen, das die Opferqualität nicht derart eingrenzt.

III. Diskussion und Fazit

Die verschiedenen Rechtssysteme scheinen in Bezug auf Opferrechte bzw. Opferqualitäten voneinander abzuweichen. Die jeweiligen Ausführungen lassen sich deshalb nur bedingt auf mögliche Lösungen für das Problem der fehlenden Qualifizierung als Opfer oder geschädigte Person in Bezug auf Art. 259 und 261bis schweizerisches StGB übertragen.

Der Ansatz, der die Sicht der betroffenen Person für die Bestimmung ihres Status' bis zur Klärung durch das Urteil miteinbezieht, findet sich in allen Systemen. Damit wird nicht Gefahr gelaufen, Opferrechte zu Unrecht zu verweigern. Andererseits zeigt gerade das englische System, dass mit einer rein opferorientierten Wahrnehmung übermässige Strafverfolgung betrieben wird, da kein objektiver Filter besteht, der unbegründete Fälle ausscheidet. Nach dem Fall *Miller* scheint sich das teilweise geändert zu haben,[1685] aber die Grundproblematik bleibt bestehen. Ob jemand Opfer oder geschädigte Person ist, kann sich nicht nur daran entscheiden, ob sich jemand als solche betrachtet oder von anderen als solche betrachtet wird. Eine objektive Definition, wie sie die Schweiz in Art. 115 f. StPO kennt, ist deshalb vorzuziehen. Die Schweiz berücksichtigt die subjektive Wahrnehmung des potenziellen Opfers nicht als alleiniges und ausschlaggebendes Kriterium, sondern einzig bei der Beurteilung der Beeinträchtigung der Integrität. Das scheint auch richtig so.

[1682] BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 49; BeckOK StGB-Rackow, § 130, N 67.

[1683] BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 StPO, N 31, 35.

[1684] BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 116 StPO, N 4.

[1685] Vgl. Teil 3, Kap. 2 III.

Problematisch am schweizerischen System ist, dass, obwohl beim Schutz von kollektiven Gütern eine Geschädigtenstellung möglich ist, wenn «das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den verletzten Straftatbestand auch nur nachrangig oder als Nebenzweck geschützt wird»,[1686] dies in der Praxis bei Art. 259 und 261bis StGB oftmals verneint wird. Wird der öffentliche Friede geschützt, ist das konsequent. Bei der Menschenwürde wiederum wirkt es in jenen Fällen unverständlich, in denen Menschen trotz der Verallgemeinerung der Aussage individuell betroffen sind. So dürften bei Aussagen «alle Juden sind geldgierige Raffzähne» oder bei der Leugnung des Holocaust regelmässig auch Einzelne betroffen sein, insbesondere dann, wenn diese Aussage direkt gegenüber einer jüdischen Person gemacht wurde. Gleiches gilt bei den vorliegend favorisierten Rechtsgütern der objektiven Sicherheit und des Achtungsanspruchs des Menschen. Es liesse sich überlegen, ob in diesen Fällen eine direkte Betroffenheit doch zugelassen sein sollte. Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, stellvertretend für die betroffenen Personen einer Institution die Stellung der geschädigten Person bzw. der Privatklägerin einzuräumen. Das wäre insbesondere dann eine praktikable Lösung, wenn potenziell zahlenmässig viele Personen betroffen sind. Diese könnte die Interessen der Gruppe im Strafverfahren ersatzweise vertreten. Einzelpersonen könnten sich z.B. innerhalb eines Monats nach dem Vorfall bei der zuständigen Institution melden und sich auf diesem Weg der Privatklage anschliessen und zusätzlich Entschädigungen geltend machen. Die Institution müsste dann diese Personen über den Stand der Ermittlungen informieren und deren Interessen repräsentieren.

[1686] BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 StPO, N 21.

Kapitel 3: Deliktstypus

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Die *USA* kennen den schweizerischen Gefährdungsdelikten ähnlich ausgestaltete Deliktsformen: «nonconsumate» (unvollendete, nicht vollzogen), «inchoate» (unvollständig, vorbereitend), «anticipatory» (vorgelagert) und vor allem «endangerment» (Gefährdung), wobei die Termini je nach Autorenschaft variieren.[1687] Es handelt sich dabei um Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt, die generell auch in den USA als Absichtsdelikte oder Gefährdungsdelikte angesehen werden,[1688] wenn auch begrifflich nicht so klar definiert.

Es wird also ein Verhalten bestraft, das dem eigentlich schädlichen Verhalten vorausgeht und noch keinen direkten Schaden anrichtet. Solche «inchoate»-Delikte setzen (1) die Absicht (specific intent), eine Straftat zu begehen, und (2) eine Handlung in – begonnener – Ausführung (action, overt act) dieses Vorhabens voraus. Sie beschränken sich aber primär auf Strafbestimmungen wie «conspiracy» (Verschwörung/Verabredung), «solicitation» (Anwerbung), «attempt» (Versuch) oder «possession» (Besitz).[1689]

Mit Ausnahme der «conspiracy» gehen diese unvollständigen Straftaten in der verübten Zielstraftat auf. Das bedeutet, dass die angeklagte Person, die der Zielstraftat schuldig gesprochen wird, nicht zusätzlich wegen des Versuchs oder der Anwerbung zur Tat verurteilt werden kann.[1690] Es wäre deshalb falsch, die «inchoate»-Delikte direkt als Gefährdungsdelikte zu übersetzen. Zu diesen Delikten fehlen umfangreiche Theorien weitgehend, weil der Schwerpunkt der Strafrechtsdogmatik in den USA auf den vollendeten Delikten liegt.[1691] Das bedeutet

---

[1687] Vgl. dazu AYDIN, S. 239; DUBBER, S. 114–116.

[1688] AYDIN nennt als dritte Kategorie das Unternehmensdelikt, die Bezeichnung eines Straftatbestandes im deutschen Recht, der nicht zwischen Versuch und Vollendung unterscheidet (S. 239). Im schweizerischen Sinn dürften «inchoate-Delikte» Gefährdungsdelikte, Absichtsdelikte und schlichte Tätigkeitsdelikte darstellen (vgl. auch AYDIN, S. 241).

[1689] AYDIN, S. 239–241.

[1690] Legal Information Institute, inchoate, <https://www.law.cornell.edu/wex/inchoate> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1691] AYDIN, S. 242–243.

aber nicht, dass nur Verletzungsdelikte (in hiesiger Terminologie) bestraft werden würden.[1692]

Man interessiert sich in der US-amerikanischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft jedoch schlicht weniger für primär begriffliche Differenzierungen wie Verletzung, konkrete oder abstrakte Gefährdung usw., die alle unter die Grundkategorie des *actus reus* fallen. Das Schwergewicht der Analyse liegt vielmehr im Bereich des – im Vergleich mit dem kontinentaleuropäischen Strafrecht – weit komplexeren subjektiven Tatbestands.[1693]

In Bezug auf Hassrede fallen vor allem das «incitement to violence» (strafbares Aufreizen zu Gewalt) oder die «fighting words» als eine Art Vorverlagerung auf. Die Auflagen an das US-amerikanische Modell des Aufrufs zu Gewalt sind streng und der Anwendungsbereich ist sehr eng. Der (direkt vorsätzliche) Aufruf zu Gewalt muss mit grosser Wahrscheinlichkeit unmittelbar zu gewalttätigem oder anderweitig rechtswidrigem Verhalten führen. Diese Formulierung kommt dem schweizerischen Art. 259 StGB nicht wirklich nahe, da der Schweizer Tatbestand viel weiter geht als der Tatbestand des US-amerikanischen Aufreizens zu Gewalt. Die Täterschaft muss bei Art. 259 StGB lediglich öffentlich auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen auf eine Weise einwirken, die geeignet ist, den Vorsatz zur Begehung von Verbrechen oder zu Gewalttätigkeiten zu wecken, wobei die Aufforderung «eine gewisse Eindringlichkeit aufweisen» muss.[1694] Der Kontrast zum «incitement to violence» könnte kaum grösser sein, weil dort eine abstrakte Beeinflussung der Masse nicht ausreicht. Vielmehr ist die hohe Schwelle des wahrscheinlichen Risikos vorausgesetzt, das eine bestimmte Person unmittelbarer und bevorstehender Gewalt aussetzt. Das macht die Vorschrift zu einem konkreten Gefährdungsdelikt. In subjektiver Hinsicht handelt es sich beim «incitement (to violence)» um ein sogenanntes «specific-intent»[1695]-Delikt. Erforderlich ist somit direkter Vorsatz ersten Grades, d.h. Absicht. Insofern ist die Vorschrift noch strenger als die schweizerische Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB, die vorsatztechnisch Wissentlichkeit (direkter Vorsatz zweiten Grades)[1696] voraussetzt. Der Anwendungsbereich des US-amerikanischen Aufrufs zu Gewalt ist deshalb deutlich enger als der schweizerische. Er kommt einer absichtlichen

---

1692 Aydin, S. 242–243.

1693 Vgl. auch Dubber, S. 61–76, 114–116.

1694 BGE 111 IV 151 E. 1 S. 152; BGE 99 IV 92 E. 1b S. 95; Trechsel, Kurz-Ko, Art. 259, N 1; kritisch: BSK StGB-Fiolka, Art. 259, N 10–14.

1695 Nach Model Penal Code auch «purpose» genannt, vgl. Dubber, S. 61.

1696 Das Wissen um eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts.

Anstiftung gemäss Art. 24 StGB näher, die den Tatentschluss einer bestimmten Person zu einer bestimmten Straftat hervorrufen will. Die Tat selbst muss nicht ausgeführt worden sein, aber mindestens versucht, damit die Anstiftung vollendet ist.[1697] Beide Regelungen sind auf die individuelle Zurechnung und den kausalen Zusammenhang zwischen der Einwirkung und dem Schaden ausgerichtet.[1698] «Incitement to violence» will aber im Unterschied zu Art. 259 StGB nicht zwingend zu einer bestimmbaren Straftat bestimmen, sondern eher zu Gewalt im Allgemeinen oder anderweitig rechtswidrigem Verhalten.

«Fighting words» verursachen entweder selbst eine Verletzung (injury) oder sie reizen zu einem unmittelbaren Friedensbruch (breach of peace) auf, da solche Worte eine unmittelbare, gewalttätige Reaktion provozieren (sollen). Aber auch hier ist die Schwelle sehr hoch angesetzt und die konkrete Gefahr muss unmittelbar bevorstehen.[1699] Es gibt noch weitere Bestimmungen, die den Friedensbruch (breach of peace) ahnden, allerdings muss es sich auch bei diesen Handlungen um nicht geschützte Formen der Rede handeln.[1700]

Für die Tatbestände Art. 261 und 261bis StGB haben sich keine vergleichbaren Tatbestände im US-amerikanischen System finden lassen.[1701]

Die oben ausgeführten «inchoate»-Delikte finden sich auch im *VK*. Auch hier werden primär Straftaten darunter subsumiert, die als Vorbereitung für andere Straftaten dienen; insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.[1702] Bei den englischen Aufstachelungsdelikten (incitement to hatred) muss zwischen dem Rassenhass und dem Hass aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Religion oder wegen der sexuellen Orientierung unterschieden werden. In beiden Fällen werden Verhaltensweisen erfasst, die darauf angelegt sind (intent), andere zum Hass gegen ganze Gruppen zu veranlassen, wobei Hass nicht tatsächlich geschürt werden muss. Bei der Aufstachelung zu Rassenhass genügt, dass das Schüren des Hasses entweder beabsichtigt oder unter den gegebenen Umständen wahr-

---

1697 Ausnahme ist hier Art. 24 Abs. 2 StGB, wo bereits (wegen Versuchs) bestraft wird, «Wer jemanden zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht».

1698 Christou, S. 325.

1699 Legal Information Institute, fighting words, <https://www.law.cornell.edu/wex/fighting_words> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1700 Aydin, S. 55. Vgl. auch Teil 3, Kap. 1 I.

1701 Vgl. aber Kap. 14.

1702 CPS, Legal Guidance, Inchoate offences, Kap. Introduction.

scheinlich war, dass er geschürt wird.[1703] Daraus lässt sich schliessen, dass (neben Absicht) auch Wissentlichkeit (direkter Vorsatz zweiten Grades) ausreicht. Was unter dem Begriff «likely to» zu verstehen ist, ist nicht ganz eindeutig. Es fragt sich deshalb, ob allenfalls bereits Rücksichtslosigkeit ausreichen würde.[1704] Damit der Tatbestand erfüllt ist, müssen die Äusserungen oder das Verhalten zudem bedrohlich sein, wobei beim Rassenhass auch ein beleidigendes oder ausfälliges (abusive or insulting) Verhalten ausreicht. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu Art. 261bis schweizerisches StGB, der bereits den (öffentlichen) Aufruf zu Hass als solchen bestraft.[1705] In beiden Fällen muss kein Hass erzeugt worden sein. Bei den englischen Tatbeständen muss dieser beabsichtigt oder wahrscheinlich gewesen sein. In der Schweiz wird das beabsichtigende Element zumindest teilweise vom subjektiven Tatbestand berücksichtigt.[1706] Ob die Erzeugung von Hass wahrscheinlich war, ist hingegen für die schweizerische Norm irrelevant, da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, bei dem ein Erfolg gerade keine Rolle spielt. Eine unmittelbare Gefahr – wie in den USA – muss aber auch beim englischen «incitement to hatred» nicht bestehen. Allerdings muss sich der Hass derart manifestieren, «that public order might be affected»[1707] und «the likelihood of hatred being stirred up must be real, not fanciful or speculative, and substantial».[1708] Weil nur bestimmte Verhaltensweisen erfasst werden und eine konkrete Gefahr nicht eintreten muss, handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Weil aber berechtigte konkrete Gründe für die Befürchtung vorliegen müssen, handelt es sich um eine abstrakte Gefährdung in Form eines Eignungsdelikts. Die englischen Aufstachelungsdelikte weisen in dieser Form deutlichere Konturen auf als der schweizerische Tatbestand.

Anders sieht es bei den übrigen Strafbestimmungen aus. Während Section 4 des POA 1986[1709] am ehesten mit der schweizerischen Drohung gemäss Art. 180 StGB vergleichbar ist, erfassen Section 4A und insbesondere Section 5 deutlich mehr. Diese beiden Sections verlangen nur «harassment, alarm, distress». Während aber

---

1703 Hate Crime Laws, N 2.125–2.126, 2.129.

1704 Hate Crime Laws, N 10.115–10.124.

1705 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 33.

1706 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1667–1668, wobei die werbende Beeinflussung des Publikums als objektives Tatbestandselement des Aufrufens angesehen wird.

1707 CPS, Victim, S. 7.

1708 Hate Crime Laws, N 10.123.

1709 Ein Verhalten, das beim Gegenüber die Empfindung auslösen soll, eine Gewaltanwendung stünde unmittelbar bevor.

Section 4 und 4A «intent» erfordern, gilt das für Section 5 nicht. Section 4A verlangt zudem einen Erfolgseintritt, dieser muss bei Section 5 nur «likely» sein.[1710] Die Einordnung der Delikte in die hiesige Terminologie ist nicht ganz einfach. Section 4 und 4A erfordern einen Erfolg, weshalb sie als Erfolgsdelikte qualifiziert werden. Section 5 des POA 1986 hingegen stellt am ehesten ein Eignungsdelikt dar, weil neben den umschriebenen Verhaltensweisen gefordert wird, dass eine wahrscheinliche Gefährdung der geschützten Interessen eintritt. Das Delikt scheint aber weit vorgelagert, weil es weder eine Absicht noch ein spezifisches Opfer verlangt.[1711] Eine Person beunruhigen zu wollen oder diese beunruhigt zu haben, reicht in der Schweiz für eine Strafbarkeit nicht aus und eine wahrscheinliche Beunruhigung, die ohne Absicht erfolgt, schon gar nicht.

Auch die Kommunikationsdelikte in CA 2003 und MCA 1988 verlagern die Strafbarkeit weiter vor als die Aufstachelungsdelikte. Ein sehr weit gehendes abstraktes Gefährdungsdelikt stellt z.B. Section 127 (1) des CA 2003 dar, wonach keine Absicht verlangt wird, dass der gesendete Inhalt grob beleidigend, unanständig, obszön oder bedrohlich ist oder ein bestimmter Zweck damit erreicht wird.[1712] Beim MCA 1988 wird immerhin noch verlangt, dass die Absicht bestehen muss, mit den schriftlich versendeten Nachrichten Angst und Schrecken verbreiten zu wollen, was schon eher den schweizerischen abstrakten Gefährdungsdelikten näher kommt. Es konnten nichtsdestotrotz keine vergleichbaren schweizerischen Straftatbestände gefunden werden, auch weil die englischen Bestimmungen sich ausschliesslich auf schriftliche oder elektronische Mitteilungen beziehen. Im Gegenzug kennt das englische Recht keine expliziten (rein) mündlichen Beleidigungen oder Beschimpfungen, wie sie in Art. 177 StGB geregelt sind.

Auch in Bezug auf den FOA 1991, der Gesänge rassistischer Art in Fussballstadien unter Strafe stellt, kennt die Schweiz keine explizite Strafbestimmung, (falls solche Gesänge nicht ohnehin unter Art. 261bis StGB fallen). Als einzige Spezialregelung findet sich das polizeirechtliche Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen. Obwohl auch in der Schweiz Probleme mit Fangemeinden bei Sportveranstaltungen vorhanden sind, hat sich die Situation erheblich verbessert und zumindest offener Rassismus wird in Fankurven derzeit nur noch selten angetroffen.[1713] Der FOA 1991 gleicht daher in seiner Ausgestal-

---

[1710] Hate Crime Laws, N 10.83.

[1711] Hate Crime Laws, N 10.82–10.84.

[1712] Modernising Communications Offences, N 1.36.

[1713] Streule Ralf, «Das Stadion ist keine unbeschmutzte Insel» – Wie viel Rassismus gibt es in Schweizer Fankurven? Nur wenig, sagen Szenekenner, in: Aargauer Zeitung

tung wohl am ehesten Art. 261bis StGB und kann entsprechend unter die abstrakten Gefährdungsdelikte subsumiert werden.

Das VK kennt somit ebenfalls eine Reihe von Straftaten, welche die Strafbarkeit vorverlagern und unter die abstrakten Gefährdungsdelikte fallen. Zusätzlich hat das VK ein System von zivilrechtlichen Verfügungen (orders) entwickelt. Diese Verfügungen richten sich üblicherweise gegen verdächtigte und verurteilte Personen, stellen aber aufgrund ihres zivilrechtlichen Charakters keine Strafe im strafrechtlichen Sinne dar. Sie beinhalten zwar eine Reihe von Verhaltenseinschränkungen und verbieten konkrete Verhaltensweisen, sind aber noch keine Strafnormen. Erst ein Verstoss gegen sie wird grundsätzlich gesetzlich als Straftat bestimmt. Damit soll eine Lebenskontrolle der Person erreicht und (neue) Straftaten verhindert werden.[1714] Die nicht-kriminellen Hassvorfälle stellen keine Straftat dar und ziehen entsprechend keine Strafe nach sich, sie fallen aber auch nicht unter diese Verfügungen, weil kein Verhalten auferlegt oder verboten wird. Allerdings wird der fragliche Vorfall trotzdem polizeilich erfasst und vermerkt. An sich könnte die reine Erfassung als eine Art Strafe betrachtet werden, da sie durchaus auch nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen kann. Damit wird bei den nicht-kriminellen Hassvorfällen an sich legales Verhalten ohne gerichtliche Überprüfung, basierend auf der rein subjektiven Empfindung einer anderen Person, quasi noch weiter vorverlagert als die abstrakten Gefährdungsdelikte.

Zusammengefasst stellt sich die englische Rechtslage hinsichtlich Hassrede so dar: Einerseits werden bei Aufstachelungsdelikten deutlich konturierte abstrakte Gefährdungsdelikte angewendet, andererseits finden sich bei den übrigen Delikten sehr weit gefasste abstrakte Gefährdungsdelikte sowie Erfolgs- oder Eignungsdelikte, die teilweise keinen direkten Bezug zu einem möglichen Schaden nehmen.

---

vom 23. August 2021, <https://www.aargauerzeitung.ch/sport/rassismusvorwuerfe-das-stadion-ist-keine-unbeschmutzte-insel-wie-viel-rassismus-gibt-es-in-schweizer-fankurven-nur-wenig-sagen-szenekenner-ld.2177384?reduced=true> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1714] Chalkiadaki, S. 438.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Das deutsche Strafrecht unterteilt Straftaten u.a. in (abstrakte/konkrete) Gefährdungsdelikte, Tätigkeitsdelikte und Erfolgsdelikte. Das schweizerische und das deutsche Rechtssystem sind somit in dieser Hinsicht miteinander vergleichbar. Die deutsche Diskussion gestaltet sich aber insgesamt komplexer. Das deutsche Recht kennt neben abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten noch abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte. Diese werden i.d.R. als Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte betrachtet. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten wird ein Verhalten aufgrund seiner generellen Gefährlichkeit kriminalisiert. Keine Rolle spielt dabei, ob sich die Gefahr überhaupt realisiert (hat) oder deren Eintreten wahrscheinlich war. Bei einem konkreten Gefährdungsdelikt steht ein bestimmtes Gut bereits in Gefahr. Im Unterschied zu den abstrakten Gefährdungsdelikten wird bei den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten – auch Eignungsdelikte oder potenzielle Gefährdungsdelikte genannt – das gefährliche Verhalten näher konkretisiert, ohne dass das Rechtsgut unmittelbar – wie bei den konkreten Gefährdungsdelikten – gefährdet ist. Das Gericht muss daher gemäss den im Gesetz genannten Faktoren (z.B. Geeignetheit) entscheiden, ob die Tathandlung unter den gegebenen Umständen typischerweise geeignet war, das Rechtsgut zu beeinträchtigen. Das wiederum wird nicht konkret (also gemessen an den effektiven Auswirkungen), sondern anhand eines generalisierenden Massstabs entschieden.[1715]

> «Es sind also zwei Typen abstrakter Gefährdungsdelikte zu unterscheiden: Tatbestände, bei denen der Gesetzgeber davon ausging, alle gefährlichkeitsrelevanten Umstände abschliessend im Gesetz aufgeführt zu haben […] und solche, in denen dem Richter auf der Grundlage bestimmter ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale […] ein Beurteilungsspielraum belassen wird, die Gefahrengeeignetheit nach generellen Grundsätzen zu beurteilen.»[1716]

Während Abs. 2 des Volksverhetzungstatbestandes § 130 D-StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist, handelt es sich bei Abs. 1 und Abs. 3 (Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens) um Eignungsdelikte.[1717] Ebenso findet sich in Abs. 5 das Eignungskriterium. Er gehört damit wie Abs. 1 und 3 zu den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten.[1718] Es braucht demnach keine konkrete Gefahr, sondern nur eine «generelle Gefährlichkeit der konkreten Tat» und nicht bloss eine

---

[1715] Schönke/Schröder-Heine/Bosch, Vor §§ 306 ff., N 4.

[1716] Schönke/Schröder-Heine/Bosch, Vor §§ 306 ff., N 4.

[1717] LK StGB-Krauss, § 130, N 16.

[1718] Jakobs, S. 767, Fn. 20.

rein abstrakte Gefahr, weil eine konkrete Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens vorliegen muss.[1719] Bei Abs. 4 handelt es sich (zumindest theoretisch) um ein Erfolgsdelikt.[1720] Die Ausgestaltung von Abs. 4 ist bereits in Teil 3 beleuchtet und kritisiert worden. Zur Erinnerung sei festgehalten, dass es sich trotz der Formulierung als Erfolgsdelikt nicht im eigentlichen Sinn um ein solches handelt, sondern dass es primär um eine «Verhinderung von Gefährdungslagen durch verwaltungsrechtliche Eingriffe» geht.[1721] Eine Störung des öffentlichen Friedens ist aufgrund des ungenauen Terminus und der Schwierigkeit einer empirischen Feststellung eines solchen Zustands (Wann fühlt sich die Bevölkerung in ihrem Vertrauen erschüttert oder wann ist ein Klima für gewisse Teile der Bevölkerung gut, schlecht oder bedrohlich?) nur schwer auszumachen.[1722] Aus dogmatischer Sicht kann die Störung des öffentlichen Friedens deshalb nur schwerlich ein «strafbegründetes Tatbestandsmerkmal» sein. Praxisgemäss bedarf es deshalb keiner positiven Feststellung der Störung des öffentlichen Friedens. Die Gerichtspraxis deutet deshalb regelmässig die gleichen Sachverhalte einmal als Störung und einmal als Eignung zur Störung und behauptet bei beiden, diese stehe «ausser Frage». Insofern unterscheiden sich die Abs. 1, 3, 4 und 5 jedenfalls in der Anwendung kaum voneinander.[1723] Fischer plädiert deshalb für Streichung bzw. Umgestaltung der Friedensschutzdelikte in normale abstrakte Gefährdungsdelikte.[1724]

Noch weiter vorgelagert wird das Strafrecht mit der verhetzenden Beleidigung des § 192a D-StGB,[1725] weil sie weder eine Eignung zur Friedensstörung noch eine individuelle Ehrverletzung noch einen Angriff auf die Menschenwürde voraussetzt. Der Gesetzgeber wollte jedoch ein konkretes Gefährdungsdelikt schaffen und gestaltete deshalb kurzerhand den Erhalt (nicht aber die Kenntnisnahme) der Botschaft als Erfolgselement aus.[1726] Das ist unüblich, weil es auf eine Ehr- oder Menschenwürdeverletzung eben gerade nicht ankommt und Eignungsdelikte nor-

---

[1719] LK StGB-Krauss, § 130, N 16.

[1720] LK StGB-Krauss, § 130, N 174.

[1721] Fischer, FS Puppe, S. 1134–1135; jedenfalls wird die Feststellung eines konkreten Erfolgs und dessen «Abgrenzung zu einer blossen Eignung der Handlung zur Friedensstörung die Praxis vor erhebliche Probleme stellen», Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 22c; vgl. Teil 3, Kap. 3 I C.

[1722] Fischer, FS Puppe, S. 1127–1130, 1133.

[1723] Fischer, FS Puppe, S. 1138–1140.

[1724] Fischer, FS Puppe, S. 1141.

[1725] Nussbaum, S. 342.

[1726] Hoven/Witting, S. 594.

malerweise als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind.[1727] Besser wäre es gewesen, aus § 192a ein Erfolgsdelikt in Verbindung mit einer Versuchsstrafbarkeit zu machen. Damit hätten sich auch «Abgrenzungsschwierigkeiten des Gewahrsamsbegriffs» auflösen lassen.[1728]

Auch als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86a D-StGB)[1729] und die Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 D-StGB).[1730] Bei § 86a handelt es sich um ein «kommunikatives Tabu»,[1731] bei § 140 um ein «schlichtes Äusserungsdelikt».[1732]

Das deutsche Recht kennt somit im Unterschied zum schweizerischen[1733] eine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte, die eine konkrete Eignung der gefährlichen Handlung verlangen. Um im konkreten Fall ungefährliche Handlungen auszuschliessen, könnte sich auch für die Schweizer Tatbestände als fruchtbar erweisen, eine solche Eignungsklausel in die Tatbestände zu integrieren. Damit könnte überprüft werden, «ob die konkrete Tat wirklich geeignet war, die *öffentliche Sicherheit* zu gefährden».[1734]

III. Diskussion und Fazit

Gefährdungsdelikte finden sich in allen untersuchten Rechtsordnungen wieder, allerdings in unterschiedlichen Formen und Formulierungen. Die untersuchten Äusserungsdelikte des Schweizer StGB sind allesamt als abstrakte Gefährlichkeitsdelikte ausgestaltet.[1735] Eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut muss demnach nicht bestehen. Die Handlungen sind wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit verboten. Diese besondere Gefährlichkeit muss aber erwiesen sein. Das heisst konkret, dass der Konnex zwischen Hassrededelikten und davon ausgelösten

---

1727 BeckOK StGB-Valerius, § 192a, N 4.1.

1728 Hoven/Witting, S. 594.

1729 Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 86a, N 1.

1730 BeckOK StGB-Heuchemer, § 140, N 1.

1731 BVerfG, NJW 38/2009, S. 2806; BeckOK StGB-Ellbogen, § 86a, N 2.

1732 BGH, NJW 44/1990, S. 2828; MüKo StGB-Hohmann, § 140, N 3.

1733 Im StGB liess sich einzig Art. 305bis Ziff. 1 als Eignungsdelikt ausgestaltete Norm finden.

1734 Hörnle, S. 305 [Hervorhebung im Original].

1735 A.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 451–453, 455–456.

befürchteten Gewalttaten (= eine Gefahr der objektiven Sicherheit der Betroffenen) erstellt sein muss. Dieser Beleg lässt sich aber – entgegen der vielfach verbreiteten Gegenmeinung[1736] – nicht so leicht erbringen.[1737]

Aus diesem Grund und aufgrund der Vorverlagerung der Strafbarkeit sollten die abstrakten Gefährdungsdelikte auf das unentbehrliche Minimum beschränkt und mit der notwendigen Sorgfalt formuliert werden. Abzulehnen ist grundsätzlich eine zu weit vorgelagerte Strafbarkeit oder gar die Erfassung nicht-krimineller Hassvorfälle oder kontextlose, auf den potenziellen Schaden nicht Bezug nehmende Delikte – wie dies im VK z.B. in Section 5 POA oder Section 127 (1) CA 2003 vorkommt. Die englischen Aufstachelungsdelikte hingegen verlangen mit dem Erfordernis, dass Hass beabsichtigt oder wahrscheinlich war, eine konkrete Eignung. Gleiches gilt für § 130 D-StGB, der – mit Ausnahme von Abs. 4 – ebenfalls als Eignungsdelikt ausgestaltet ist. Die Integration einer ähnlichen Eignungsklausel könnte entsprechend auch in der Schweiz angezeigt sein. Damit könnten im konkreten Fall ungefährliche Handlungen besser ausgeschieden werden.

[1736] Mündges/Weitzel, S. 3.

[1737] Vgl. dazu Teil 5, Kap. 1.

Kapitel 4: Geschützte Gruppen

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Mangels spezifischer Hassredebestimmungen werden in den *USA* keine speziellen Gruppen vor bestimmten Äusserungen geschützt. Im Zusammenhang mit dem Verbot, ein feindliches Arbeitsklima zu schaffen, werden allerdings spezifische Gruppenmerkmale unter Schutz gestellt, so z.B. Rasse, Geschlecht, Schwangerschaft, Religion, nationale Herkunft, Alter, Behinderung oder genetische Merkmale.[1738] Weiter werden bestimmte Gruppen vor Hassdelikten geschützt.

Im *VK* hingegen existiert eine abschliessende Liste von Gruppenmerkmalen, welche die aufgelisteten Gruppen vor gewissen Äusserungen schützt. Es gibt keine Formel, die neue Gruppen aufgrund bestimmter Kriterien automatisch inkludieren würde. Insofern gleichen sich die englischen und schweizerischen Strafbestimmungen in ihrer rechtstechnischen Grundlegung. Im VK allerdings sind bei einigen Tatbeständen mehr Gruppen geschützt. So gehört beim Sentencing Act 2020, Section 66 neben Rasse, Religion und sexueller Orientierung auch Transgender-Identität und Behinderung zu den aufgezählten Merkmalen, Gleiches gilt für die nicht-kriminellen Hassvorfälle. Das Geschlecht ist demnach nicht erfasst. Bei anderen Tatbeständen wie den Aufstachelungsdelikten wiederum sind nur Rasse, Religion und sexuelle Orientierung geschützt, beim CDA 1998 nur Rasse und Religion und beim FOA 1991 gar nur die Rasse. «Rasse» ist stets weit zu verstehen und inkludiert die Begriffe Nationalität (inkl. Staatsbürgerschaft), Hautfarbe, nationale und ethnische Herkunft.[1739] Bei den Kommunikationsdelikten (CA 2003 und MCA 1988) und den Sections 4, 4A und 5 des POA 1986 hingegen werden überhaupt keine spezifischen Gruppen erwähnt, diese Bestimmungen beziehen sich somit auf alle Personen. Eine Strafverfolgung erfolgt aber häufig im Zusammenhang mit einer (angefeindeten) Gruppenzugehörigkeit.[1740]

Während in der Schweiz für die Hassrededelikte gemäss Art. 261bis StGB immer die gleichen Gruppen geschützt werden, bestehen im VK, wie eben gezeigt, *diverse Unterschiede*. Diese unterschiedliche Behandlung wird von der Law Commission

---

[1738] Bika Nikoletta, Horrible workplaces: The signs of a hostile work environment and what to do about it, in: Resources for Employers vom April 2024, <https://resources.workable.com/stories-and-insights/hostile-work-environment-signs-fixes> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1739] Hate Crime Laws, N 4.9–4.14.

[1740] Hate Crime Laws, N 1.10.

bemängelt und es wird gefordert, dass zumindest bei den Aufstachelungsdelikten und beim CDA 1998 alle fünf Merkmale (Rasse, Religion, sexuelle Orientierung, Transgender-Identität und Behinderung) aufgenommen werden sollten.[1741] Bei den Delikten gemäss FOA 1991 hingegen scheint es sich hauptsächlich um ein Problem in Bezug auf das Merkmal der Rasse zu handeln, weshalb dort keine Änderung vorgeschlagen wurde.[1742] Pauschal kann deshalb festgehalten werden, dass die Schweiz in manchen Bereichen weniger Gruppenmerkmale schützt, in anderen wiederum mehr, und der Schutz sich gleichmässig und konstant auf alle geschützten Gruppen erstreckt, wogegen im VK die unterschiedliche Behandlung teilweise auf Unverständnis stösst und für Verwirrung sorgt.[1743]

Die Law Commission hat, wie schon ausgeführt, drei kumulative Kriterien entwickelt, die bei der Bestimmung bzw. Einführung von neu zu schützenden Gruppenmerkmalen herangezogen werden könnten: nachweisliche Notwendigkeit (1), zusätzlicher Schaden (2) und Eignung (3). Bei der nachweislichen Notwendigkeit geht es um den Nachweis, dass die zu schützende Gruppe häufig basierend auf Vorurteilen oder Feinseligkeit (gerade wegen der Gruppenzugehörigkeit) Ziel krimineller Handlungen ist. Es geht also um die Feststellung des Bedarfs. Dabei werden die absolute Häufigkeit (Gesamtzahl der gegen die Gruppe gerichteten kriminellen Handlungen), die relative Häufigkeit (die Anzahl der oben beschriebenen Handlungen im Vergleich zur Gruppengrösse) und der Schweregrad (Art und Ausmass der oben beschriebenen Handlungen) berücksichtigt. Beim Kriterium des zusätzlichen Schadens geht es darum, herauszufinden, ob durch die kriminellen Handlungen, basierend auf Vorurteilen oder Feindseligkeit gegen das charakteristische Merkmal der Gruppe, zusätzlicher Schaden beim Opfer, bei Mitgliedern der Zielgruppe und in der Gesellschaft generell entsteht. Mit dem dritten Kriterium, der Eignung der Norm, ist gemeint, dass sich der strafrechtliche Schutz der Gruppe systematisch in den breiteren Rahmen der übrigen Straftaten und der Strafzumessung einfügt, sich in der Praxis als praktikabel erweist, eine effiziente Nutzung der Ressourcen der Strafjustiz darstellt und mit den Rechten anderer vereinbar ist.[1744] Diese Kriterien sind nicht allesamt unproblematisch. Während sich die Häufigkeit der kriminellen Verhaltensweisen noch am ehesten feststellen lässt, wird es bei der Beurteilung eines zusätzlichen Schadens schon schwieriger. Wie liesse sich ein solcher feststellen und was fiele überhaupt unter einen zusätzlichen Schaden, der sich sowohl auf das Opfer als auch auf die Gruppenmitglie-

[1741] Hate Crime Laws, N 10.79, 10.169.

[1742] Hate Crime Laws, N 11.68–11.69, 11.78.

[1743] Hate Crime Laws, N 8.59.

[1744] Hate Crime Laws, N 3.93.

der und die Gesellschaft als Ganzes bezöge? Die Frage nach dem Schaden von Hassrede wird oft und kontrovers diskutiert.[1745] Das Potenzial von Hassrede, zu psychischem oder emotionalem Schaden beizutragen, wurde bislang kaum empirisch erforscht[1746] und es gibt nur wenige aussagekräftige Forschungsergebnisse über solche Schäden.[1747] Zudem bestehen grosse individuelle Unterschiede darüber, was als verletzende «Botschaft» empfunden wird, und dies hängt massgeblich von situativ bedingten Variablen ab.[1748] Es ist deshalb fraglich, ob dieses zweite Kriterium überhaupt deskriptiv – und nicht eher normativ – zu verstehen ist. Das letzte Kriterium, das so verstanden werden kann, ob sich Strafrecht überhaupt als Antwort auf das Problem eignet, dürfte wiederum etwas einfacher beantwortbar sein (Gibt es bereits bestehende Normen, stehen andere ebenso effiziente Mittel zur Verfügung etc.).

Anlass zu einer weiteren Bemerkung gibt, dass in allen Rechtsordnungen nach wie vor Begriffe wie «Rasse», «rassisch», «race», «racial» etc. auftauchen. Kritik erfährt der Begriff primär deshalb, weil er gerade im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen auftaucht, die verneinen, dass es so etwas wie verschiedene Rassen überhaupt gibt und die vor derartigen Kategorisierungen schützen wollen. Die schweizerischen Gerichte tun sich deshalb teilweise auch etwas schwer mit dem Begriff der Rasse und geraten deswegen in Verlegenheit.[1749] Auch im VK wurde das Problem teilweise erkannt. Der Macpherson-Bericht führt dazu aus:

> «We believe that the use of the words ‹racial› or ‹racially motivated› are in themselves inaccurate and confusing, because we all belong to one human race, regardless of our colour, culture or ethnic origin. When referring to crime or incidents involving racism we believe ‹racist› to be the appropriate adjective.»[1750]

[1745] Delgado, S. 91–92, 94; ECRI, Nr. 15, N 30; Feldman Barett Lisa, When Is Speech Violence?, in: The New York Times vom 14. Juli 2017, <https://www.nytimes.com/2017/07/14/opinion/sunday/when-is-speech-violence.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Paresky Pamela B., When Is Speech Violence and What's the Real Harm?, in: Psychology Today vom 4. August 2017, <https://www.psychologytoday.com/intl/blog/happiness-and-the-pursuit-leadership/201708/when-is-speech-violence-and-what-s-the-real-harm> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Lukianoff Greg/Haidt Jonathan, The Coddling of the American Mind, in: The Atlantic, September 2015, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/09/the-coddling-of-the-american-mind/399356/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Strossen, S. 157, 173–174; Doyle, S. 35–39, 74.

[1746] Leets, S. 341.

[1747] Jay, S. 81, 96.

[1748] Jay, S. 89.

[1749] Dumitrescu, S. 834–835; Leimgruber, S. 25–26.

[1750] Macpherson, Report, N 45.17.

Die englischen Tatbestände haben den Begriff «racist» allerdings nicht übernommen, sondern sind bei den Begriffen «race» und «racial» geblieben.

Weil die Begriffe «Rasse» und «Ethnie» nicht vollständig deckungsgleich sind,[1751] kann auf den Begriff nicht verzichtet, er sollte aber sprachlich ersetzt werden. Es wird deshalb empfohlen, dass der problematische Begriff «Rasse» durch den Begriff «unter Zuschreibung rassischer Merkmale» ersetzt wird. Diese Bezeichnung trifft den eigentlichen Kern der Sache, nämlich die «herabsetzende Zuschreibung tatsächlich nicht existenter Rassenmerkmale» durch andere Personen.[1752]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

In Art. 261bis *schweizerisches* StGB sind die Merkmale der geschützten Personen bzw. Gruppen abschliessend festgelegt und können nur per Gesetzesänderung erweitert werden. Anders verhält es sich im *deutschen* Strafrecht. Während in § 130 Abs. 1 Nr. 1 D-StGB «nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte» Gruppen explizit erwähnt werden, folgt anschliessend im gleichen Absatz der Zusatz «gegen Teile der Bevölkerung», womit grundsätzlich jede äusserlich unterscheidbare und zahlenmässig nicht von Vornherein unbedeutende Gruppe potenziell schützenswert wird. Das hebt zwar die willkürliche Auswahl von Gruppen, wie sie das Schweizer Recht kennt, auf, schafft aber die neue Unsicherheit, wann die Schwelle für eine «Gruppe» oder «Teil der Bevölkerung» überschritten ist. Diese Unsicherheit haftet bereits dem schweizerischen Tatbestand an, obwohl nur vier geschützte Gruppen definiert werden, umso mehr als auch für die Gerichte bspw. nicht immer eindeutig ist, ob eine Person aufgrund der ihr inhärenten Merkmale zu einer bestimmten Ethnie oder Rasse gehört oder ob eine Personenmehrheit unter den Begriff der Rasse oder Ethnie fällt.[1753] Sind die Gruppen nicht einmal per Gesetz festgelegt, könnte sich die Existenz von Gruppen

---

[1751] Dumitrescu, S. 835; Niggli, Rassendiskriminierung, N 649; a.A. Jositsch, S. 5; Kunz, ZStrR 1992, S. 159–160. Unter Ethnie wird gemeinhin eine Gruppe verstanden, die eine gemeinsame Abstammung, Herkunft, Geschichte, Sprache, Lebensweise, Glaubenseinstellung, Sittenordnung, Tradition teilt. Gemäss Vest ist aber nicht ausschlaggebend, ob eine (ethnisch) gemeinsame Abstammung und Herkunft tatsächlich besteht, weil die Vorstellung einer solchen (inner- und ausserhalb der Gruppe) ausreicht. Die Kriterien liessen sich zwar (mit Ausnahme der gemeinsamen Geschichte) alle objektivieren, problematisch erscheine aber, wie eng oder weit diese ausgelegt würden, vgl. Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 95–98.

[1752] Dumitrescu, S. 835.

[1753] Vgl. Leimgruber S. 27–28, 30.

und die Zuordnung Einzelner zu ihnen erheblich schwieriger gestalten,[1754] zumal die Gruppe eine gewisse Grösse erreichen muss, die zahlenmässig nicht festgelegt ist.[1755] Zudem dürfte die Menschenwürde bei herabsetzenden Äusserungen gegen gewisse Gruppen gerade nicht verletzt werden (Beamte, Richterinnen, Kapitalisten etc.), weil es sich nicht um den Kern der Persönlichkeit handelt.[1756] In solchen Fällen sollten die Ehrverletzungsdelikte angewendet werden oder eine solche Äusserung straflos bleiben. Eine Ausdehnung des schweizerischen Strafrechts auf unbestimmte Teile der Bevölkerung ist deshalb eher abzulehnen.

In § 192a D-StGB fehlt der Zusatz «gegen Teile der Bevölkerung». Erfasst werden strafrechtlich relevante Inhalte, die sich gegen Gruppen oder Einzelpersonen wegen ihrer (Zugehörigkeit zu einer) nationalen, rassischen, religiösen oder ethnischen Herkunft, ihrer Weltanschauung, ihrer Behinderung oder ihrer sexuellen Orientierung richten. Es ist genauso wenig wie in der Schweiz geklärt, auf welchen Kriterien basierend die Auswahl der Gruppen getroffen worden ist. Erklärende Ansätze wie der, dass primär identitätsstiftende Merkmale oder gesellschaftlich marginalisierte Minderheiten geschützt seien, vermögen – wie bereits ausgeführt – nicht zu überzeugen.[1757] Die Auswahl dieser Gruppen wirkt deshalb ähnlich willkürlich wie die in Art. 261bis StGB.

Der Rahmenbeschluss 2008/913/JI der *EU* erfasst neben den Merkmalen der Rasse, Religion und ethnischen Herkunft auch die Hautfarbe und Abstammung sowie die nationale Herkunft, nicht aber die sexuelle Orientierung. In vielen Mitgliedstaaten wird diese aber ohnehin bereits durch die bestehenden Hassredegesetze erfasst. Während sowohl Hautfarbe als auch Abstammung wohl unter die schweizerischen Definitionen der Begriffe Rasse oder Ethnie fallen dürften, fehlt dem schweizerischen Tatbestand Art. 261bis StGB der Begriff der nationalen Herkunft. Die Botschaft setzte nationale Zugehörigkeit und nationalen Ursprung (= Herkunft) offenbar gleich[1758] und hat diese aufgrund möglicher Missverständnisse «im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Erwerb der schwei-

---

1754 Mitsch, S. 199–200.

1755 Hörnle, S. 301. So wurde im Jahr 1976 wegen der geringen Grösse der Gruppe bezweifelt, ob die in Deutschland lebenden Schwarzafrikaner ein «Teil der Bevölkerung» seien.

1756 Hörnle, S. 124–127, 300.

1757 Hoven/Witting, S. 593–594.

1758 Niggli, Rassendiskriminierung, N 722–731.

zerischen Nationalität» absichtlich weggelassen.[1759] Eine ähnliche Diskussion fand auch in Bezug auf die geschützten Gruppen bei der Strafbestimmung zum Völkermord (Art. 264 StGB) statt. Der Begriff «national» kann sich entweder auf ethnische Merkmale beziehen, das heisst auf die *«ethnographisch-soziologische Herkunft»*[1760] oder auf «den rechtlichen Status als Angehöriger eines bestimmten Staates»[1761], womit in *«rechtlich-politischem Sinn die Staatsbürgerschaft»*[1762] gemeint ist. Im geltenden Recht sind Bezeichnungen wie «Schweizer» etc. nur dann geschützt, wenn sie im ersteren Sinn verwendet werden. Eine präzise Unterscheidung der beiden Kategorien dürfte sich in der Praxis als schwierig erweisen.[1763] Da sich die Begriffe Nation, Ethnie und Rasse in vielen Fällen aber überschneiden und oft nur schwer voneinander zu trennen sind, dürften in vielen Fällen Äusserungen, die sich gegen eine Nation oder Nationalität richten, über die betroffene Ethnie oder Rasse erfasst werden.[1764] So entschied das BGer 2017, dass «[a]uch eine Mehrheit von Ethnien, die unter einem Sammelbegriff zusammengefasst werden, […] vom Begriff der ‹Ethnie› im Sinne von Art. 261bis StG B erfasst [wird]».[1765] Herabsetzende Äusserungen dürften zudem i.d.R. auf den «nationalen Ursprung» abzielen und kaum jemals (nur) auf den rechtlichen Status einer Person.[1766] Eine Aufnahme des Begriffs «nationaler Ursprung», «nationale Herkunft»[1767] oder «nationale Gruppe»[1768] würde den tatsächlichen Schutzbereich von Art. 261bis StGB deshalb kaum relevant erweitern.[1769] Ein späterer Vorstoss, der das Merkmal der Nationalität hatte einführen wollen, wurde demgemäss auch abgelehnt.[1770] Allerdings scheint für die Gerichte der Begriff der Ethnie nicht

---

1759 Botschaft 1992, S. 311; Niggli (Niggli, Rassendiskriminierung, N 724) verneint im Gegensatz zu Jositsch (Jositsch, S. 263–264), dass es überhaupt zu einem solchen Missverständnis kommen könnte.

1760 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 90.

1761 Dumitrescu, S. 837.

1762 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 89.

1763 Dumitrescu, S. 837.

1764 Niggli, Rassendiskriminierung, N 722.

1765 BGE 143 IV 193 E. 2.3 S. 201.

1766 Siehe auch Dumitrescu, S. 837.

1767 Dumitrescu, S. 837.

1768 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 87–88.

1769 Siehe auch Dumitrescu, S. 837.

1770 Postulat Reimann Lukas vom 19. Juni 2015 (Geschäft Nr. 15.3757).

immer eindeutig.[1771] Eine Aufnahme des Merkmals «nationale Herkunft» könnte sich deshalb anbieten. So könnte sprachlich klarer gemacht werden, dass auch Ausdrücke wie «Lölischweizer», «verdammter Dreckschweizer» und «Dubelschweizer» erfasst sein müssten.[1772] Zudem würde die (theoretische) Strafbarkeitslücke der nicht erfassten herabsetzenden Äusserungen, die sich nur gegen die Staatsbürgerschaft richten, geschlossen werden.[1773]

III. Diskussion und Fazit

In der Schweiz fehlen klare Kriterien, wann eine Gruppe als schützenswert zu gelten hat. Sowohl die «Unentrinnbarkeit eines Merkmals»[1774] als auch die historische Unterdrückung[1775] sind als hinlängliche Kriterien untauglich.[1776] Die von der Law Commission entwickelten Kriterien (nachweisliche Notwendigkeit, zusätzlicher Schaden, Eignung) könnten Ansatzpunkte sein, wie solche Kriterien festgestellt werden könnten.

Weil in der Schweiz gross angelegte Studien zu Erfahrungen mit Hassreden von Erwachsenen (Bedarfsfeststellung) kaum vorhanden sind,[1777] sollte dies in einem ersten Schritt nachgeholt werden.[1778] Anschliessend müssen weitere Kriterien festgelegt werden, anhand derer (restriktiv) entschieden wird, ob eine Gruppe straf-

---

1771 Leimgruber, S. 28–30.

1772 Niggli, Rassendiskriminierung, N 731. Derzeit eben nicht erfasst, vgl. Fall 1998-031N in der EKR-Datenbank, <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d524/1998-031N.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; anders aber Fall 2000-014N der EKR-Datenbank, wo die Bezeichnung einer anderen Person als «Scheiss-Schweizer» zu einer Verurteilung wegen Rassendiskriminierung geführt hat, <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d524/2000-014N.html?db=N&formversand=1&searchindex=2000-14&p=1> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1773 Vest, Bestimmungen, Art. 264, N 94.

1774 Botschaft 1992, S. 314.

1775 Matsuda, S. 34, 38.

1776 Ähnlich auch Hate Crime Laws, N 3.43.

1777 Stahel et al. bieten in ihrer Studie bislang die erste und einzige Untersuchung, Stahel et al., S. 5. Hingegen gibt es Untersuchungen zum Diskriminierungsschutz, so z.B. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, Recht auf Schutz vor Diskriminierung vom 25. Mai 2016.

1778 Die aus der Studie von Stahel et al. gewonnenen Erkenntnisse legen nahe, dass die aktuell geschützten Gruppenmerkmale nicht repräsentativ sind für die im Alltag erlebten Anfeindungen; vgl. Teil 5, Kap. 1 II.

rechtlichen Schutz erfahren soll. Die Schwierigkeiten des zweiten Kriteriums (zusätzlicher Schaden) wurden bereits oben diskutiert. Im schweizerischen Kontext könnte das Kriterium so definiert werden, dass sich Äusserungen gegen die zu bestimmende Gruppe eignen müssen, um diese oder deren Angehörige in eine erhöhte Gefahrensituation zu bringen. Die erhöhte Gefahr müsste allerdings empirisch belegt und der Konnex zu den fraglichen Äusserungen eindeutig hergestellt werden. Weiter könnte unter diesem Kriterium die Störung des öffentlichen Friedens einbezogen werden (als Schaden für die Gesellschaft als Ganzes), insofern an diesem Rechtsgut festgehalten werden soll.

Konkret müsste also zuerst entschieden werden:

1. wie oft Gruppe X oder deren Mitglieder aufgrund der Gruppenzugehörigkeit Ziel sprachlicher Feindseligkeiten werden. Die Beurteilung muss sowohl absolut wie auch relativ erfolgen (d.h. im Verhältnis zur Gruppengrösse) und wie schwerwiegend die Feindseligkeiten ausgestaltet sind.
2. wie wahrscheinlich es ist, dass sich aufgrund der geäusserten Feindseligkeiten Gruppe X oder deren Mitglieder in einer erhöhten Gefahr befinden (kommt es z.B. vermehrt zu Tätlichkeiten etc. gegen diese Gruppe). Wird dadurch der öffentliche Frieden gefährdet bzw. die öffentliche Sicherheit der Gruppe?
3. ob sich Strafrecht überhaupt eignet, um diese Gefahr abzuwenden. Fügt sich der strafrechtliche Schutz der Gruppe X systematisch in die Norm ein? Ist dieser vereinbar mit den Rechten anderer bzw. werden diese unverhältnismässig tangiert? Diese letzte Frage könnte sich z.B. in Bezug auf den Schutz der Gruppe «Transidentität- und Intergeschlechtlichkeit» stellen. Der strafrechtliche Schutz der Gruppe dürfte nicht dazu führen, dass Aussagen, die eine binäre Einteilung der Geschlechter propagieren, als Hassrede gelten.

Als weiteres mögliches Kriterium kann «der Kern der Persönlichkeit» herangezogen werden, wie ihn Hörnle bzw. der BGH bei der Verletzung der Menschenwürde benutzt,[1779] wobei auch diesem Begriff gewisse Auslegungsschwierigkeiten anhaften (Wie wird z.B. entschieden, was zum Kern der Persönlichkeit gehört?). Das Kriterium dürfte deshalb primär als Ausschlusskriterium dienen, insofern, als dass alles, was nicht zum Wesenskern gehört, nicht als geschütztes Gruppenmerkmal aufgenommen wird. Damit kann ausgeschlossen werden, dass z.B. bestimmte Berufsgruppen, die sich ebenfalls vermehrten Feindseligkeiten ausgesetzt sehen, via Art. 261bis StGB besonders geschützt würden. Falls sich ein solcher Schutz aufgrund der empirischen Belege bei bestimmten Berufsgruppen (wie Journalisten,

[1779] Hörnle, S. 124–127, 300.

Politikerinnen oder neuerdings auch Meteorologen[1780]) rechtfertigen liess, sollten die Tatbestände der Ehrverletzung oder der Drohung so ausgestaltet werden, dass diese greifen.

Ein Einbezug von allgemeinen Teilen der Bevölkerung, wie ihn Deutschland kennt, sollte dagegen vermieden werden – dies, weil es zu Rechtsunsicherheiten und zu einem undifferenzierten Einbezug aller möglichen Gruppen führen kann, obwohl sich die Äusserung gerade nicht gegen den Kern der Persönlichkeit gerichtet hat. Solche Äusserungen können über die Ehrverletzungsdelikte abgeurteilt werden.

Empfehlenswert erscheint dagegen die Aufnahme des Merkmals «national», weil damit auch die rechtlich-politische Staatszugehörigkeit erfasst wird.[1781] Weiter sollte der Begriff der «Rasse» mit der Bezeichnung «unter Zuschreibung rassischer Merkmale» ersetzt werden.

[1780] Baumann-Rüdiger Esthy /Schoop Florian, Klimawandel: Skeptiker attackieren TV-Meteorologen. Drei Beispiele, in: NZZ vom 25. August 2023, <https://www.nzz.ch/gesellschaft/klimawandel-skeptiker-attackieren-tv-meteorologen-bucheli-drei-beispiele-ld.1752025> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1781] A.A. Jositsch, S. 264.

Kapitel 5: Öffentlichkeit

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Mangels einer Regulierung von Hassreden in den *USA* soll hier der Vorschlag Waldrons nochmals aufgegriffen werden. Sein Konzept der Gruppendiffamierung will vor allem vor geschriebenen oder publizierten diskriminierenden Äusserungen schützen, die sichtbar Teil der Aussenwelt werden, also als Teil des Umfelds, in dem alle Menschen der Gesellschaft leben, wie bspw. rassistische Graffitis an Hauswänden, Publikationen etc.), wobei er aber keine strenge Grenze zu mündlichen Äusserungen ziehen will.[1782] Er bespricht das Beispiel von rassistischen Beinamen (racial epithets), die zwar meistens gesprochenes Wort und deshalb «flüchtiger Art» seien. Es seien aber Umstände denkbar, in denen das Echo eines solchen Beinamens anhalte und dadurch zu einem Teil des sozialen Umfelds werde. Waldron zieht deshalb in letzter Instanz keine scharfe Linie zwischen schriftlichen und mündlichen Äusserungen.[1783]

Waldron begründet sein Konzept damit, dass bereits heute in den USA selbstverständlich rassistische Äusserungen wegen des Inhalts einer Äusserung am Arbeitsplatz geahndet werden können, wenn sie zu einem sogenannten feindseligen Arbeitsumfeld (hostile work environment) beitragen. Es sei daher inkonsequent, die gleichen Überlegungen, die in diesem Fall eine Einschränkung des ersten Zusatzartikels rechtfertigen würden, nicht auf die Gesellschaft als Ganzes zu übertragen.[1784] Rassistische Verunglimpfungen, Galgenknoten, abfällige Bemerkungen über Muslime, die öffentliche Zurschaustellung des Christentums und Witze über Rassen, Ethnien, Religionen oder die nationale Herkunft wurden in diversen Fällen schon auf der Grundlage dieser Bestimmung eingeschränkt. Das Kreieren eines feindseligen Arbeitsumfelds wird also offenbar als Verhalten (conduct) und nicht als Rede (speech) angesehen.[1785] Waldrons Konzept entspricht damit in seiner Stossrichtung am ehesten dem Vorschlag von Kunz, der Art. 261bis Abs. 1 auf publikumsadressierte Äusserungen einschränken wollte.[1786]

[1782] Waldron, S. 116.

[1783] Waldron, S. 116–117.

[1784] Waldron, S. 117.

[1785] Bleich, S. 109.

[1786] Kunz, ZStrR 1992, S. 161.

Im *VK* sind die Tathandlungen der Aufstachelungsdelikte und der Delikte der Sections 4, 4A und 5 des POA 1986 nicht an ein Öffentlichkeitsmerkmal geknüpft. Der Anwendungsbereich erstreckt sich damit auf den privaten Bereich.[1787] Der Tatbestand ist ausnahmsweise nicht erfüllt, wenn sich die Handlung in einem «dwelling» ereignet und nur in diesem oder einem anderen dwelling wahrgenommen werden. Der Begriff führte immer wieder zu Anwendungsproblemen (z.B. bei Hotelzimmern oder im Inneren eines Autos, aber auch bei öffentlichen Versammlungen an einem privaten Ort).[1788] Zudem bezieht sich diese Ausnahme nur auf den Gebrauch «of words or behaviour or display of written material»,[1789] nicht aber auf die übrigen Varianten der Aufstachelungsdelikte. Es wurde deshalb durch die Law Commission eine Änderung vorgeschlagen, die diese Probleme beheben soll und private Konversationen (statt Orte) von der Strafbarkeit ausschliesst.[1790] Die bestehende «dwelling»-Klausel unterscheidet sich somit klar in der Formulierung und Anwendung von Öffentlichkeit im Sinne des StGB: In der Schweiz wird nur erfasst, was öffentlich ist, wobei dieser Begriff ausdehnend im Sinne von «alles, was nicht privat ist» verstanden wird. Im VK hingegen ist beides erfasst, es sei denn, die Tat finde an einem privaten Ort statt. Jedoch scheint die aktuelle VK-Regelung infolge der überdehnten bundesgerichtlichen Auslegung teilweise restriktiver, da sie z.B. auch grössere Versammlungen nicht erfasst, solange sie in privaten Häusern stattfinden. Die in BGE 130 IV 111 beurteilte Skinheads-Versammlung in einer Waldhütte wäre unter der «dwelling»-Klausel höchstwahrscheinlich nicht erfasst worden. Ob sich das mit der «private conversation»-Klausel ändern würde, ist nicht eindeutig, weil nicht ganz klar ist, was unter grösseren Versammlungen in einem grossen Haus zu verstehen ist. Die Anzahl Personen wird wohl mit ausschlaggebend sein, wobei 40 Teilnehmende (wie im Skinheads-Fall beschrieben) grenzwertig sein dürften.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

In *Deutschland* werden an die unterschiedlichen Tatbestandsvarianten von § 130 D-StGB unterschiedliche Anforderungen in Bezug auf das Öffentlichkeitsmerkmal gestellt. In Abs. 1 reicht die Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens aus. Eine per se öffentliche Handlung ist insoweit nicht vorausgesetzt. Es genügt, wenn damit zu rechnen ist, dass der Angriff einer breiteren Öffentlich-

[1787] Hate Crime Laws, N 2.142–2.144.

[1788] Hate Crime Laws, N 10.249, 10.285–10.286.

[1789] Hate Crime Laws, N 10.249.

[1790] Hate Crime Laws, N 10.288–289.

keit zugänglich gemacht wird.[1791] In der *Schweiz* herrschte in Bezug auf Art. 261bis StGB zunächst keine Einigkeit darüber, ob das Kriterium des Risikos der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis als taugliche Qualifizierung für «öffentlich» dient. In einem älteren Bundesgerichtsentscheid wurde die Öffentlichkeit beim Versand eines Schreibens an ca. 50 Personen bejaht (obwohl das Schreiben möglicherweise nur an bekannte oder interessierte Personen erfolgt ist), weil ein Risiko zur Weiterverbreitung bestanden habe.[1792] Im gleichen Jahr entschied das Bundesgericht wiederum, dass das Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis als ungeeignetes Kriterium abzulehnen sei, da eine Kontrollmöglichkeit im Grunde praktisch nie bestünde.[1793] «Öffentlichkeit sei somit nicht schon gegeben, wenn ein erhebliches Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis bestanden, sondern erst, wenn sich dieses Risiko verwirklicht habe […]. Das Ausmass des Risikos der Weiterverbreitung sei nur in Bezug auf den subjektiven Tatbestand von Bedeutung.»[1794] Der spätere Leitentscheid zur Rassendiskriminierung (BGE 130 IV 119) revidierte diese Ansicht nicht direkt, sondern verwarf das Kriterium der Anzahl Adressaten und definierte «öffentlich» schlicht als «nicht privat». Auf die Weiterverbreitung einer Äusserung bzw. das Risiko kommt es mithin nicht mehr länger an. Der deutsche Tatbestand von § 130 Abs. 1 D-StGB ist somit restriktiver als der schweizerische.

Bei § 130 Abs. 2 Nr. 1 D-StGB muss der Inhalt einem grösseren Personenkreis zugänglich gemacht werden, wobei auch hier die Kontrolle über den Personenkreis mit ausschlaggebend ist. Das Kriterium der Öffentlichkeit (zweite Alternative) wird explizit erwähnt. Damit ist aber nicht gemeint, dass die Tathandlung öffentlich sein, sondern sich das Publikum als solches qualifizieren müsse. Private Orte wie Wohnungen oder Büros sind somit nicht miterfasst. Je nach Art der Versammlung wird auch auf die Anzahl der Personen abgestellt, um zu entscheiden, ob eine Versammlung noch privater Art ist, so z.B. bei geschlossenen Vereinsversammlungen. Werden hingegen neben den Delegierten noch Pressevertreter eingeladen, die Öffentlichkeit aber sonst ausgeschlossen und die Schriften nur an die Pressevertreter weitergegeben, ist das Öffentlichkeitsmerkmal dennoch erfüllt.[1795]

[1791] LK StGB-Krauss, § 130, N 79. Im Extremfall kann dies bereits bei Äusserungen gegenüber einer einzigen Person der Fall sein, was in der Schweiz ausgeschlossen scheint (BGE 130 IV 111 E. 5.2.2 S. 120).

[1792] BGE 126 IV 20 E. 1d S. 25–26.

[1793] BGE 126 IV 176 E. 2e S. 181.

[1794] BGE 126 IV 176 E. 2e S. 180–181, zit. nach BGE 130 IV 111 E.3.2.1 S. 115.

[1795] LK StGB-Krauss, § 130, N 100–101.

Bei den Spezialfällen der Mengen- und Kettenverbreitung geht es dagegen wiederum primär um das Risiko bzw. die Absicht der Weiterverbreitung.[1796]

Bei den Abs. 3 bis 5 von § 130 müssen die Tathandlungen «öffentlich oder in einer Versammlung» erfolgen. Wie bereits ausgeführt, ist die Definition von «öffentlich» enger als die des Schweizerischen Bundesgerichts, weil die Grösse der Gruppe ein ausschlaggebendes Kriterium ist und bei mündlichen Äusserungen ausserdem verlangt wird, dass der Personenkreis vor Ort und in der Lage war, von den Äusserungen Kenntnis zu nehmen. Diese engere Definition von Öffentlichkeit wird aber dadurch ausgeweitet, dass auch Äusserungen strafrechtlich relevant sein können, die in einer Versammlung erfolgen. Damit werden auch begrenztere Personenkreise erfasst.[1797] Der in BGE 130 IV 111 beurteilte Fall des Treffens von 40 Skinheads in einer Waldhütte wäre damit wahrscheinlich unter «Versammlung» und nicht unter «öffentlich» subsumiert worden.

Gänzlich fehlt der Schweiz ein Tatbestand, der Hassnachrichten i.S.v. Art. 261bis StGB auch im privaten Bereich erfasst. Dies im Gegensatz zu Deutschland, das neuerdings den Tatbestand der volksverhetzenden Beleidigung (§ 192a D-StGB) kennt, der sich allerdings auf schriftliche und fernmündlich übertragene Äusserungen beschränkt. Der Tatbestand erfasst Beleidigungen, die geeignet sind, Personen in ihrer Menschenwürde herabzusetzen, aber weder individualisiert noch einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht bzw. öffentlich verbreitet worden sind. Ist in der Schweiz eine Äusserung weder eine Drohung, individualisierte Beschimpfung, Gewaltdarstellung noch eine allgemeine öffentliche Hetze etc., werden hasserfüllte Äusserungen (wie sie z.B. die «Aktion Kinder des Holocaust» Schweiz erhalten)[1798] strafrechtlich nicht sanktioniert. Schickt also jemand einem jüdischen Menschen eine private Facebook-Nachricht, die ein Video zeigt, in dem einem (anderen) erkennbar jüdischen Menschen zuerst die Haarlocken abgeschnitten werden und dieser anschliessend noch angespuckt wird, so würde der beschriebene Sachverhalt mangels «Öffentlichkeit» nicht unter Art. 261bis StGB fallen, sodass nur ein Ehrverletzungsdelikt infrage kommt. Dort aber fehlt der individuelle Bezug, weil die adressierte Person nicht selbst in ihrer Ehre verletzt wurde. Die Ehrverletzung kann nur dann in Betracht gezogen werden, wenn die Äusserung klar darauf abzielt, die adressierte Person herabzusetzen. Ob das der

---

[1796] LK StGB-Krauss, § 130, N 94.

[1797] LK StGB-Krauss, § 130, N 136–137.

[1798] Aktion Kinder des Holocaust, Dokumentation von Drohungen und Beschimpfungen gegen die AKdH, <http://www.akdh.ch/ps/ps_M12.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Fall ist, wenn das Video ohne weitere Kommentare (wie z.B. «so sollte es dir auch ergehen …») zugeschickt wird, ist unklar. Es ist aufgrund der Ausgestaltung der Kollektivbeleidigung eher davon auszugehen, dass die Gerichte einen solchen Sachverhalt nicht zwingend als Ehrverletzung verstehen würden. Das schweizerische Strafrecht erfasst, wie vormals das deutsche Recht, diesen Sachverhalt deshalb nicht eindeutig.

III. Diskussion und Fazit

Die Schweiz gehört, wie bereits ausgeführt, zu den wenigen Staaten, die als Tatbestandsmerkmal bei Art. 261bis StGB verlangt, dass die Tathandlung öffentlich stattfindet (mit Ausnahme von Abs. 5).[1799] Damit sollten Äusserungen, die im privaten Rahmen getätigt worden sind, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Obwohl die Formulierung in Art. 261bis StGB suggeriert, dass der Anwendungsbereich enger ist als z.B. im VK oder in Deutschland, ist das aufgrund der Öffentlichkeits-Definition des BGer fraglich geworden. Die neue Definition ähnelt in ihrer Konzeption dem englischen Vorschlag der «private conversation», insbesondere weil auch in der Schweiz der Ort der Äusserungen nicht ausschlaggebend ist.[1800] Beiderorts wären dann grundsätzlich alle Äusserungen erfasst, es sei denn, sie erfolgten in einer privaten Konversation. Es ist aber zweifelhaft, ob der schweizerische Gesetzgeber dies wirklich so gemeint hat oder ob nicht vielmehr das Kriterium der Öffentlichkeit deshalb aufgenommen worden ist, weil sich gerade daraus überhaupt die Gefährlichkeit der Tathandlung ergibt. Es ist, wie Vest[1801] richtig angemerkt hat, nicht alles, was nicht privat ist, zugleich öffentlich. Öffentlichkeit kann sich immer nur an den konkreten Umständen des Einzelfalls messen. Der Einbezug der Anzahl Adressaten ist deshalb durchaus sinnvoll, wenn er auch nicht als einziges Kriterium tauglich erscheint. Die deutsche Definition von Öffentlichkeit erscheint deshalb plausibler als die aktuelle schweizerische Version. Falls Skinheads-Veranstaltungen in einer Waldhütte erfasst werden sollen, müsste eher darüber nachgedacht werden, ob dem Tatbestand nicht ein dem deutschen Recht ähnlicher Zusatz «oder in einer Versammlung» hinzugefügt werden soll, anstatt das Kriterium der Öffentlichkeit übermässig zu weiten.

1799 Niggli, Rassendiskriminierung, N 940.

1800 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 23. Wobei aber im VK der Ort weiterhin ein massgebliches Kriterium bleibt.

1801 SHK StGB-Vest, Vor Art. 258, N 20–21.

Nicht übernommen werden sollte allerdings das Kriterium der Öffentlichkeitwirksamkeit, wie es in Abs. 1 des § 130 D-StGB enthalten ist. Insbesondere deshalb nicht, weil bereits die Weitergabe an eine Einzelperson ausreicht und es zudem auch keinen Verbreitungserfolg braucht, um die Strafbarkeit zu begründen. Die Kontrolle über eine einmal getätigte Äusserung ist nie wirklich vorhanden. Wann jemand damit rechnen muss, dass seine Äusserungen weiterverbreitet werden oder er begründet darauf vertrauen darf, dass dies nicht geschieht, ist äusserst schwierig abzuschätzen und kann als einziges Kriterium nicht taugen. Es sei denn, es werde vornehmlich auf das subjektive Element abgestellt, nämlich, ob bei der Weitergabe der Schrift die primäre Absicht in deren Weiterverbreitung bestanden hat. Die Folgen wären teilweise unüberwindbare Beweisschwierigkeiten, ausser die Absicht würde mit der Weitergabe allein schlicht unterstellt. In diesem Fall kann das Kriterium aber auch gleich weggelassen werden. Ein vermehrtes (aber nicht primäres) Abstellen auf die subjektive Komponente in Anlehnung an Kunz wäre aber grundsätzlich ein in Betracht zu ziehender Ansatz.

Was die Strafbarkeit privater Nachrichten anbelangt, die nicht unter die Ehrverletzungsdelikte fallen, ist fraglich, ob dafür überhaupt Bedarf besteht und worin der Zweck einer solchen Norm bestünde. Solche Sachverhalte dürften eher selten sein, da in den meisten Fällen entweder ein Öffentlichkeitsbezug oder eine individualisierte Beleidigung vorliegen dürfte. Das Anwendungsfeld eines schweizerischen Tatbestands der verhetzenden Beleidigung erscheint demnach eher gering. Sinnvoller als die Einführung eines neuen Tatbestandes erscheinen Überlegungen dazu, ob Ehrverletzungsdelikte solche Sachverhalte nicht einfach miterfassen sollten. Wird eine herabsetzende Beleidigung gegen ein ganzes Kollektiv primär in der Absicht geäussert, die angesprochene Person zu beleidigen, sollte dies unter bestehendem Recht bestraft werden können, selbst wenn der Einzelne nicht erkennbar individualisiert worden ist. Davon dürfte stets auszugehen sein, wenn die herabsetzende Äusserung sich auf die Gruppenzugehörigkeit der angesprochenen Person bezieht – selbst bei einer pauschalen Herabsetzung oder, wie im oben genannten Beispiel, auf eine andere Person mit dem gleichen Merkmal. Gleiches sollte gelten, wenn die Nachricht sich an nahe Angehörige richtet, die selbst nicht der herabgesetzten Gruppe angehören, analog zur bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 177 StGB.[1802]

[1802] BGE 92 IV 115 E. 1 S. 117.

Kapitel 6: Aufruf zu Hass und Diskriminierung

I. Anglo-amerikanische Diskussion

In den *USA* ist der reine Aufruf zu Hass und Diskriminierung als solcher nicht nur nicht strafbar, sondern vielmehr vom ersten Zusatzartikel als freie Rede geschützt. Nicht vom ersten Zusatzartikel geschützt sind Äusserungen, die vorsätzlich zu gewalttätigem oder anderweitig rechtswidrigem Verhalten aufrufen, das wahrscheinlich unmittelbar eintreten wird,[1803] oder Drohungen, von denen ernsthaft angenommen werden muss, dass sie ausgeführt werden.[1804] Wie bereits in Teil 3 ausgeführt, sind diese Varianten damit deutlich restriktiver als Art. 261bis und auch 259 StGB. Es gibt deshalb in den USA keine dem schweizerische Recht vergleichbare Strafbestimmung.

Im Gegensatz zu Art. 261bis StGB, bei dem (zumindest gewisse) Tathandlungen auch bei einer Einzelperson strafrechtlich relevant sind, erfassen die *englischen* Aufstachelungsdelikte getreu ihrer Grundkonzeption nur Handlungen, die geeignet sind, bei anderen Personen Hass gegen bestimmte Gruppen zu schüren. Im Vordergrund steht damit der Schutz einer ganzen Gruppe und der öffentlichen Ordnung und gerade nicht der Schutz einer einzelnen Person. Obwohl auch Art. 261bis StGB (je nach Lehrmeinung) den Schutz des öffentlichen Friedens bezweckt, reicht es aus, wenn sich die Tathandlung (insbesondere der Abs. 1, 4 und 5) nur gegen eine einzige Person richtet. Die englischen Aufstachelungsdelikte gleichen deshalb in ihrer Art eher dem Tatbestand des Aufrufs zur Gewalt gemäss Art. 259 StGB, wobei dort aber der Begriff des Hasses fehlt und die allgemeine Hetze gerade nicht erfasst ist.

Wie in der Schweiz bereitet auch im VK die Definition des Begriffs des Hasses Schwierigkeiten, u.a. weil der Begriff im Gesetz selbst nicht definiert ist und auch in anderen Gesetzen kaum auftaucht, weshalb auch die Rechtsprechung nur begrenzt eine Definition bieten kann.[1805] Im VK reicht es nicht aus, dass der Inhalt einer Äusserung Hass ausdrückt. Vielmehr geht es um die «capacity […] to incite hatred *in others*».[1806] Anders als bei den schweizerischen und deutschen Tatbeständen verlangen die englischen Aufstachelungsdelikte nur das Aufstacheln

[1803] Strossen, S. 62; vgl. auch Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

[1804] Strossen, S. 60.

[1805] Hate Crime Laws, N 2.133.

[1806] Hate Crime Laws, N 10.3 [Hervorhebung im Original].

zu Hass (stirring up hatred) und haben damit auf eine Alternative wie «Aufruf zu Diskriminierung, Gewalt- oder Willkürmassnahmen» verzichtet. Sie schränken das Aufstacheln aber insofern ein, als dass die Äusserungen oder der Inhalt «threatening» – beim Rassenhass alternativ auch bloss abusive or insulting – sein müssen. Gleichzeitig muss zudem die Absicht bestehen, Hass bei anderen zu erzeugen – beim Rassenhass reicht aus, dass die Erzeugung des Hasses «likely» war. Bezüglich des Rassenhasses wurde der Anwendungsbereich somit erstreckt, wobei aber eine Äusserung nur insoweit erfasst ist, wenn sie entweder bedrohlich, missbräuchlich oder beleidigend war und in der Absicht erfolgte, Hass zu schüren, oder dass das Schüren von Hass wahrscheinlich war. Zudem enthält die Vorschrift eine Verteidigungsklausel (defence), welche die Strafbarkeit ausschliesst, wenn einer Person, die Absicht Hass zu erzeugen, nicht nachgewiesen werden kann oder dieser nicht bewusst war, dass die Äusserungen bedrohlich, beleidigend oder missbräuchlich waren.[1807] Damit werden sprachlich klarere Konturen geschaffen als bei Art. 261bis StGB und § 130 D-StGB und es wird weitgehend auf nebulöse Formulierungen verzichtet, wie «zu Hass aufrufen/aufstacheln», bei denen vorerst im Dunkel bleibt, woran sich dies messen soll. Art. 261bis StGB wird allerdings dadurch beschränkt, dass durch das «Aufrufen zu Hass» nur Sachverhalte erfasst werden, wenn damit ein für die betroffene Gruppe feindseliges Klima geschaffen werden soll oder geschaffen wird.[1808] Die Feststellung, dass durch einen Aufruf ein feindseliges Klima geschaffen worden ist, wird u.U. nur schwer zu erbringen sein. Hauptanknüpfungspunkt wird deshalb sein, ob jemand ein solches Klima schaffen wollte oder ob die Wahrscheinlichkeit eines solchen Klimas dadurch erhöht wird. Auch diese beiden Aspekte unterliegen spekulativen Annahmen. Diese Probleme vermag auch die sprachlich klarer gefasste englische Variante nicht gänzlich zu lösen.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Der Tatbestand § 130 Abs. 1 *D-StGB* unterscheidet zwischen Aufstacheln zu Hass und der Aufforderung zu Gewalt- und Willkürmassnahmen. Das Aufstacheln zu Hass weist dabei keine scharfen Konturen auf. Primär geht es um das Hervorrufen von negativen Emotionen, die über blosse Verachtung und Ablehnung hinausgehen muss. Die Täterin oder der Täter kann im Endeffekt kaum beeinflussen, ob

[1807] Hate Crime Laws, N 10.46.

[1808] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1065–1069.

sie bzw. er durch seine Äusserungen Hass oder blosse Verachtung auslöst.[1809] Da der Erfolg des Aufstachelns der erzeugte Hass ist, bräuchte es für eine Verurteilung die Feststellung, dass jemand aufgrund der getätigten Äusserungen gegen eine Gruppierung Hass empfindet. Solche Empfindungen erscheinen per se dem Beweis kaum zugänglich. Die Feststellung eines Erfolgs lässt sich deshalb nur anhand von Indizien wie anschliessende Aktionen oder Äusserungen tätigen. Die Lehre «löste» das Problem, indem sie die Eignung zur Erzeugung von Hass zum erfolgreichen Aufstacheln erhob. Dem Wortlaut des Gesetzes entspricht diese Umdeutung allerdings nicht.[1810] Mitsch schlägt deshalb eine Anpassung der Tatbestandsvariante vor, welche «die Hervorrufung der Bereitschaft zu Angriffen gegen andere [zur] Handlungs- und Erfolgskomponente des Delikts»[1811] macht. «Die Aggressionsbereitschaft müsste sich in eindeutigen Erklärungen […] oder in Vorbereitungshandlungen manifestieren.»[1812] Die blosse Eignung zur Weckung von Aggressionen würde nach Mitsch nur für einen Versuch reichen, dessen Pönalisierung eine vertretbare gesetzgeberische Entscheidung wäre. Dadurch will er auch den «Provokateur […] der es ‹zum Äussersten› – zu tatsächlichen Angriffen – nicht kommen lassen will, aber in unverantwortlicher Weise mit dem Feuer spielt»[1813] strafrechtlich zur Verantwortung ziehen.[1814]

Hörnle kritisiert die konturlose Variante von Abs. 1 Nr. 1, 1. Alternative ebenfalls. Da bereits jede Tat nach Abs. 1 Nr. 2 (beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet) zum Hass aufstachele, sei Abs. 1 Nr. 1, 1. Alternative (zum Hass aufstacheln) überflüssig und zu streichen.[1815]

Besser greifbar erscheint die 2. Variante des § 130 Abs. 1 Nr. 1, das «zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen» Auffordern. Problematisch ist aber auch hier, dass nach vorherrschender Meinung im Einklang mit § 111 D-StGB ein Erfolg im Sinne von ausgeführten «diskriminierenden Handlungen, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen»[1816] vorliegen muss. Das heisst im Umkehrschluss,

[1809] Hörnle, S. 301–302.

[1810] Mitsch, S. 201–202.

[1811] Mitsch, S. 203.

[1812] Mitsch, S. 203.

[1813] Mitsch, S. 203.

[1814] Mitsch, S. 203.

[1815] Hörnle, S. 301–303.

[1816] LK StGB-Krauss, § 130, N 52.

dass erfolglose Aufforderungen[1817] ausdrücklich unter Strafe gestellt werden müssten, was § 130 Abs. 1 Nr. 1, 2. Variante gerade nicht tut. MITSCH interpretiert diese Tatbestandsvariante deshalb dahingehend, dass nur die «Aufforderung zu straftatbestandsmässigem rechtswidrigen [sic] Handeln» strafbar sei. Damit aber würde sich der Tatbestand § 130 nicht mehr von § 111 unterscheiden. Andernfalls müsste eine Strafbarkeitsausdehnung auf «Aufforderung zu Handlungen ausserhalb eines Straftatbestandes» und «erfolglose Aufforderungen» im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden.[1818]

MITSCH schlägt deshalb einen Tatbestand vor, der an § 241 StGB (individuelle *Bedrohung*) ausgerichtet ist: Im Zentrum stünde der Schutz vor der «Schaffung einer kollektiven Bedrohungslage, in der Angehörige bestimmter Bevölkerungsgruppen mit gegen sie gerichteten Aggressionen rechnen müssen». Damit sich der Tatbestand von § 111 StGB unterscheidet, will er auch die «nichtöffentliche mündliche Propaganda ausserhalb einer Versammlung» unter Strafe stellen.[1819] HÖRNLE dagegen schlägt vor, auf die *«Anwesenheit eines aufnahmebereiten Publikums»* und die «*Intensität* der Einwirkung» abzustellen und ausserdem strenge Anforderungen an die Gefährlichkeit der Tathandlungen zu stellen.[1820]

In der Schweiz wird mit Aufrufen zu Hass das

> «nachhaltige und eindringliche Einwirken auf Menschen mit dem Ziel oder der Wirkung, eine feindselige Haltung […] gegenüber einer bestimmten Person oder Personengruppe aufgrund ihrer [Gruppenzugehörigkeit] zu vermitteln oder ein entsprechend feindseliges Klima für die Betroffenen zu schaffen oder zu verstärken [bezeichnet]».[1821]

Diese Ausgestaltung gleicht in ihrer Konzeption dem deutschen Aufstacheln zu Hass und die Schaffung oder Verstärkung des feindseligen Klimas scheint massgebliches Kriterium. Damit ergibt sich das gleiche Problem wie in Deutschland: Wie sich das Klima für eine Gruppe durch solche Hassbotschaften verändert, ist dem Beweis kaum zugänglich. Die Umdeutung zur Eignung zur Hasserzeugung als Anknüpfungspunkt scheint deshalb auch in der Schweiz die gewählte Lösung zu sein – ohne dies im Wortlaut festzuhalten.

[1817] In Deutschland ist der Versuch bei Vergehen nur dann strafbar, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt, vgl. § 23 Abs. 1 D-StGB.

[1818] MITSCH, S. 202.

[1819] MITSCH, S. 203.

[1820] HÖRNLE, S. 298–299 [Hervorhebung im Original].

[1821] NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1069.

Deutschland und die Schweiz bekunden damit ähnliche Schwierigkeiten in Bezug auf den Aufruf zu Hass und Diskriminierung: Die entsprechenden Tatbestände weisen unscharfe Konturen auf und bedürfen der Präzisierung. Das wirft auch die Frage auf, inwiefern überhaupt nachgewiesen werden kann, ob zu Hass aufgerufen bzw. aufgereizt (beabsichtigt) worden ist, wenn der Begriff des Hasses selbst einigermassen unklar ist.

III. Diskussion und Fazit

Die Deliktsvariante «Aufruf zu Hass» bereitet aufgrund der fehlenden Konturen auch in anderen Nationen Schwierigkeiten. Da Hass begrifflich schwer definier- und seine Erzeugung mitunter schwer beweisbar ist, wird teilweise auf fragwürdige Behelfsmassnahmen zurückgegriffen, um diese Schwierigkeiten zu umgehen.

Eine mögliche Lösung für die Schweiz wäre es, diese Tatbestandsvariante von Art. 261bis StGB zu streichen, weil solche Verhaltensweisen bereits von Abs. 4 miterfasst sind.[1822] Wird dem nicht gefolgt, könnte eine Einschränkung des schweizerischen Tatbestandes ähnlich den englischen Aufstachelungsdelikten eine andere mögliche Lösung sein, bei der Verhaltensweisen bedrohlich sein und zudem in der Absicht erfolgen müssen, gegen eine ganze Gruppe Hass zu erzeugen. Dieser Gruppenbezug ist deshalb zu bevorzugen, weil er deutlich macht, dass es um die objektive Sicherheit einer Gruppe bzw. deren Mitglieder gerade wegen deren *Gruppenzugehörigkeit* geht. Der Aufruf zu Hass gegen eine Einzelperson erfasst dagegen diese Komponente nicht in gleichem Masse. Zu Hass gegen eine einzelne Person aufzustacheln, gefährdet nicht die objektive Sicherheit eines ganzen Kollektivs. Dort also, wo ein Individuum einzeln betroffen ist, müssten andere Normen greifen. Wird zu Gewalttätigkeiten oder zu einem Verbrechen gegen ein Individuum aufgerufen, greift ohnehin Art. 259 StGB.

Von der englischen Alternative, dass die Erzeugung von Hass wahrscheinlich war, sollte hingegen abgesehen werden, weil sie die gleiche Problematik aufweist wie der § 130 D-StGB, nämlich die, dass sich der bei Drittpersonen erzeugte Hass kaum nachweisen lässt. Dieser Variante kann immerhin zugutegehalten werden, dass sie «ehrlicher» als die beiden kontinentaleuropäischen Fassungen formuliert, dass der Nachweis des Hasses gerade nicht erbracht werden kann, sondern die Hasserzeugung lediglich wahrscheinlich gewesen ist. Eine Eignungsklausel, die

[1822] Hörnle, S. 301–303; Kunz, ZStrR 1992, S. 163; Guyaz, S. 253–256; a.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1075–1093.

beurteilt, ob eine Äusserung geeignet war, Hass bei anderen zu erzeugen, wäre deshalb immer noch präziser als die aktuellen schweizerischen Normen, die sich als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestalten. Ebenfalls möglich wäre eine Alternative, die auf das Wissenselement abstellt und somit bedrohliches Verhalten erfasst, von dem die Täterin bzw. der Täter wusste oder hätte wissen müssen, dass es bedrohlich war *und* wahrscheinlich zu Hass aufstachelt.[1823]

Diskutiert werden kann auch, ob Varianten wie beleidigendes oder ausfälliges Verhalten miteinbezogen werden. Wird die Herabsetzung von anderen Personen bereits in Abs. 4 erfasst, sollte zumindest die beleidigende Variante bei Abs. 1 nicht auch noch miterfasst werden. Die Strafbarkeit von bedrohlichem und allenfalls ausfälligem Verhalten, das in der Absicht erfolgt, Hass gegen die ganze Gruppe (und nicht nur gegen eine Einzelperson) zu schüren, sollte in diesem Fall genügen.

Ein anderer möglicher Lösungsansatz ist es, den Tatbestand von Art. 261bis StGB dahingehend umzuformulieren, dass gerade nicht der Hass den Schwerpunkt der Tathandlung markiert. Nicht der «Aufruf zu *Hass*» und somit die Erzeugung der Emotion würde als Tathandlung bestimmt, sondern es würden Tathandlungen umschrieben, die konkrete Hassaktionen schüren würden. Der Vorschlag von Kunz, «Aufruf zu feindseligen Handlungen», ist in diesem Sinn praktikabler, wobei «feindselig», wie das VK in seinem Umgang mit dem Begriff «hostility» zeigt, auch diverse Definitionsschwierigkeiten aufweist. Unter Feindseligkeit kann auch schon Abneigung oder Abscheu verstanden werden,[1824] was die Strafbarkeit weit über «Hass» hinaus ins Uferlose erstrecken würde. «Feindseligkeit» müsste daher eng verstanden werden, aber trotzdem mehr erfassen als die Aufreizung zu Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen, da sich der Tatbestand sonst kaum mehr von Art. 259 StGB unterscheiden würde. Trotzdem wäre der Aufruf zu feindseligen *Handlungen* insgesamt schärfer konturiert, da nicht der Aufruf zu einer Emotion, sondern zu einer Handlung bestraft werden würde. Dieser Vorschlag ist auch deshalb präziser, weil das Schüren einer Emotion bei anderen Personen, insofern daraus keine Handlung erwächst, straflos bleiben müsste. Nicht das Aufreizen zur «Emotion Hass», sondern die daraus resultierenden Taten sind strafwürdig. Zudem kann bei Hassreden auch die Erzeugung von anderen Emotionen als Hass wie z.B. Angst oder Wut im Vordergrund stehen, diese könnten dann wörtlich genommen nicht von Art. 261bis StGB erfasst werden. Das Element «Hass» kann deshalb höchstens als Motiv des Redners bzw. der Rednerin

---

[1823] Hate Crime Laws, N 10.89.

[1824] Duden, Feindseligkeit, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Feindseligkeit> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

ausschlaggebend sein. Zudem sollte wie auch bei Art. 259 StGB «Aufruf» durch «Aufhetzung/Aufreizung» ersetzt werden.

Fraglich ist, wie mit dem ebenfalls kritisierten Begriff der Diskriminierung umzugehen ist. Bei einem Diskriminierungsaufruf könnte es – anders als bei der Aufreizung zu Hass – angebracht sein, die Einzelperson wieder einzubeziehen. Eine eigenständige Bedeutung – in Abgrenzung zur Hassaufstachelung – kann vor allem in Boykottaufrufen gesehen werden. Es scheint aber, dass sich nicht viele Fälle konstruieren lassen, in denen ein solcher Aufruf nicht von einer anderen Tatbestandsvariante in irgendeiner Form dennoch erfasst würde. Die Aufreizung zu einem Boykott gegenüber einem reichen Grosshändler *nur* aufgrund seiner jüdischen Abstammung (und nicht bspw. wegen seiner politischen Einstellungen) ist von Art. 259 StGB – anders als der Aufruf zu Gewaltakten – nicht erfasst. Wie oft allerdings ein Boykottaufruf gegen eine Einzelperson wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit in der Realität wirklich vorkommt, ist fraglich. Es ist eher davon auszugehen, dass sich Boykottaufrufe wegen der Gruppenzugehörigkeit i.d.R. unspezifisch gegen alle Mitglieder der Gruppe richten («Kauft nicht bei Juden ein»). Die englischen Aufstachelungsdelikte verzichten gänzlich auf das Kriterium. Es lässt sich daher überlegen, ob auf den Diskriminierungsbegriff verzichtet werden sollte. Die von Niggli genannten Diskriminierungsbeispiele lassen sich fast durchgehend auch unter die Variante «Aufruf zu Hass» subsumieren.[1825] Lässt sich daher aus dem Diskriminierungsbegriff ohnehin keine eigenständige Bedeutung gewinnen bzw. sind solche Tathandlungen durch die übrigen Varianten gedeckt, kann auf den Begriff getrost verzichtet werden.

Will man sichergehen, so bestünde eine Möglichkeit darin, den Begriff ähnlich dem deutschen Recht durch «Willkürmassnahmen» zu ersetzen. Damit würde der bereits abgeschliffene Begriff der Diskriminierung sprachlich geändert. Ob sich daraus allerdings auch eine inhaltliche Klärung ergibt, ist eher zweifelhaft. Es müssten zumindest, dem Vorschlag Hörnles folgend, die Anwesenheit eines aufnahmebereiten Publikums und die Intensität der Einwirkung ausschlaggebend sein sowie strenge Anforderungen an die Gefährlichkeit der Tathandlungen gestellt werden.[1826] Immerhin rückt das Wort «Willkürmassnahmen» ins Zentrum, worum es geht: um Massnahmen, die willkürlich sind. Es wird ohne sachlichen Grund etwas verweigert, was einem rechtmässig zustünde.

[1825] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1034–1039.

[1826] Hörnle, S. 298–299.

Kapitel 7: Verbot der öffentlichen Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Ein Verbot der öffentlichen Kundgabe einer bestimmten Gesinnung ist in den *USA* aufgrund des ersten Zusatzartikels nicht erlaubt. Regulierungen, die Reden betreffen, müssen stets neutral gehalten sein und dürfen keine bestimmte Meinung verbieten.[1827] Eine rein auf dem Inhalt einer Äusserung basierende Verurteilung ist deshalb nicht erlaubt.[1828] Grundsätzliche Verbote von nationalsozialistischen Zeichen, Parolen, Verbrennen von Kreuzen o.ä. sind deshalb in den USA nicht denkbar.[1829]

Bei den *englischen* Aufstachelungsdelikten ist die Verbreitung einer menschenverachtenden Ideologie nur dann strafbar, wenn die Verhaltensweisen «threatening, abusive or insulting» sind und in der Absicht erfolgen, Hass (in anderen) erzeugen zu wollen, oder dass die Erzeugung von Hass wahrscheinlich war. Ein explizites Verbot von bestimmten Ideologien fehlt damit auch im VK.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Dem § 130 *D-StGB* fehlt zwar eine explizite Formulierung eines Verbots der Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien, wie in Art. 261bis StGB formuliert, die Verbreitung solcher Ideologien ist aber trotzdem strafrechtlich erfasst. Falls in einer solchen Kundgabe nicht bereits ein Angriff auf die Menschenwürde gemäss Abs. 1 Nr. 2 gesehen wird,[1830] können bei der Verbreitung der NS-Ideologie zudem Abs. 3 und 4 infrage kommen und bei anderen Ideologien allenfalls Abs. 5. Allerdings muss damit stets eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens einhergehen (bei Abs. 4 muss der öffentliche Friede effektiv gestört worden sein und bei Abs. 5 die Tathandlung zudem geeignet sein, Hass oder Gewalt zu erzeugen). Bei antisemitischen Äusserungen unter Bezugnahme auf die NS-Ideologie in einer öffentlichen Versammlung ist die Eignung zur Friedensstörung stets gege-

[1827] Strossen, S. xxiv, 3–4.

[1828] Alvaré, S. 464.

[1829] Alvaré, S. 466.

[1830] LK StGB-Krauss, § 130, N 65–66, 71.

ben.[1831] Bei Abs. 4 reicht eine «allgemeine Zustimmung zu Geschehnissen dieser Zeit, ein Bekenntnis zur nationalsozialistischen Ideologie oder eine Gutheissung allgemein nationalsozialistischen Gedankenguts» zwar nicht aus, um eine Strafbarkeit zu begründen, solange kein Bezug zu den Menschenrechtsverletzungen erfolgt,[1832] dennoch richtet sich Abs. 4 (und auch Abs. 3)[1833] ausschliesslich gegen ganz bestimmte Ideologien. Fischer kritisiert das Gesetz als «strafrechtliches Sonderrecht», weil sich der Tatbestand «gezielt und ausschliesslich gegen eine bestimmte Meinung zur NS-Herrschaft wendet und daher die genannten Rechtsgüter nicht ‹allgemein›, sondern gerade (nur) gegen Äusserungen dieser Meinung schützt».[1834] Auch Hörnle kritisiert solche Sprechtabus und empfiehlt, dass diese entweder (ohnehin) unter dem Angriff auf die Menschenwürde (Abs. 1 Nr. 2) oder dann unter die Ehrverletzungsdelikte fallen sollten.[1835]

Ebenfalls unter Propagandadelikte können die §§ 86a (Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen) und 140 D-StGB (Belohnung und Billigung von Straftaten) subsumiert werden. In beiden Fällen wurden die Schwierigkeiten und Problematiken der jeweiligen Tatbestände bereits in den dazugehörigen Kapiteln ausgeführt.[1836] Auch hier handle es sich um moderne Tabus und den Schutz von Gefühlen, die beide gemäss Hörnle strafrechtlich nicht zu legitimieren seien und deshalb abgeschafft werden müssten. Anders liege es beim Verbot der Organisationen selbst, die anders als die dazugehörigen Symbole tatsächlich unmittelbar den Rechtsstaat gefährden könnten.[1837]

Bei Art. 261[bis] Abs. 2 und 3 s*chweizerisches* StGB (Verbreitung von Ideologien und Propagandaaktionen) werden Ideologien als geschlossenes Gedankengebäude bzw. -konstrukt definiert. Die Ideologie muss Menschen in Bezug auf deren Menschenwürde einen minderen Wert zuschreiben (herabsetzen) oder diese verleumden, und zwar aufgrund der geschützten Merkmale. Handelt es sich um eine solche Ideologie, wird deren öffentliche Verbreitung (im Sinne von werbend) bestraft;

1831 LK StGB-Krauss, § 130, N 77.

1832 LK StGB-Krauss, § 130, N 141.

1833 Mehr dazu im nachfolgenden Kap. 9 zur Genozidleugnung.

1834 Fischer, FS Puppe, S. 1123.

1835 Hörnle, S. 338–339.

1836 Vgl. Teil 3, Kap. 3 IV–VI.

1837 Hörnle, S. 336–337; Hörnle bezieht sich nur auf § 86a, weil § 140 in seiner aktuellen Form zum Zeitpunkt ihrer Kritik nicht bestanden hat. Es ist aber davon auszugehen, dass dieser gleichermassen abgelehnt worden wäre.

Gleiches gilt für Propagandaaktionen, die dasselbe bezwecken.[1838] Bestraft wird also «die Verbreitung von Ideologien […], welche die (umfassende und grundsätzliche) Minderwertigkeit einer bestimmten Gruppe behaupten».[1839] Damit wird die Abgrenzung zu den Abs. 1 und 4 schwierig und die eigenständige Bedeutung von Abs. 2 einigermassen unklar bzw. fragwürdig.[1840] Die Botschaft unterscheidet entsprechend zwischen den Varianten von Abs. 1 und 2 in der Art und Weise, wie die Masse beeinflusst wird: durch hetzerische (Abs. 1) oder gezielte, wiederholte und systematische (Abs. 2) Beeinflussung.[1841] Es ist aber davon auszugehen, dass auch die Ideologie feindselige Emotionen schüren muss. Andernfalls liesse sich fragen, ob eine menschenverachtende Ideologie, die nicht gleichzeitig feindselige Emotionen schüren soll, überhaupt vorstellbar ist, selbst wenn diese subtil erfolgt.[1842] Und worin bestünde in einem solchen Fall die Gefährlichkeit der Ideologie, wenn diese stets folgenlos bliebe? Die Unterscheidung muss deshalb in der Art und Weise der Begehung, nicht aber der Zielsetzung liegen.

Noch schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung zu Abs. 4. Eine menschenverachtende Ideologie dürfte stets einen Angriff auf die Menschenwürde darstellen, so wird auch der Hitlergruss (wenn er werbend erfolgt, regelmässig unter Abs. 2 bestraft) als Angriff auf die Menschenwürde nach Abs. 4 angesehen.[1843]

Tatsächlich bereitet bei Abs. 2 wohl gerade die Strafbarkeit der Verwendung von derartigen Symbolen oftmals Schwierigkeiten. Durch Art. 261bis StGB wird gerade nicht die Verwendung von Kennzeichen per se erfasst, sondern lediglich eine rassendiskriminierende ideologische Werbung oder Herabsetzung anderer vermittels dieser. Ein Hitlergruss unter Gleichgesinnten ist deshalb, selbst wenn er in der Öffentlichkeit erfolgt, nicht strafbar. Erfolgt er gegenüber einer unbeteiligten Drittperson, muss der Gruss in der Absicht erfolgen, die Person für die nationalsozialistische Ideologie werbend beeinflussen zu wollen.[1844] Mit anderen Worten kann eine Strafbarkeit unter Art. 261bis Abs. 2 StGB erfolgen, wenn mit dem Kennzeichen für eine verbotene Ideologie in der Öffentlichkeit geworben wird (oder alternativ wird das Kennzeichen nach Abs. 4 als einen Angriff auf die Menschenwürde abgeurteilt).

1838 Trechsel, Kurz-Ko, Art. 261bis, N 20–25.

1839 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 41.

1840 Kunz, ZStrR 1992, S. 162.

1841 Botschaft 1992, S. 313.

1842 Vgl. aber Jositsch, S. 273–274.

1843 BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 39, 49.

1844 BGE 140 IV 102 E. 2.2.5 S. 107.

Obwohl es im Schweizer Parlament immer wieder Vorstösse hinsichtlich eines dem deutschen Recht ähnlichen strafrechtlichen Verbots von ostentativen Zeichen gegeben hat, ist eine solche Norm bis heute nicht umgesetzt worden.[1845] Das soll sich nun ändern. Die im Jahr 2021 eingereichte Motion Binder verlangte im Gegensatz zu älteren Bestrebungen ein Verbot einzig von bekannten Kennzeichen des Nationalsozialismus.[1846] Beim angestrebten Verbot mit Bezug zum Holocaust, das «die Verwendung von in der Öffentlichkeit bekannten Symbolen verbietet»,[1847] ist unklar, welche Zeichen genau darunterfallen sollen.[1848] Zusätzlich waren neben der erwähnten noch eine weitere Motion[1849] sowie zwei parlamentarische Initiativen[1850] im Parlament hängig, die allesamt ein Verbot der öffentlichen Verwendung von gewissen Kennzeichen fordern. Die Motion Rüegger sowie eine der beiden parlamentarischen Initiativen wurden inzwischen zurückgezogen. Der Bundesrat und das Parlament hatten bis anhin alle solche Vorstösse mit der Begründung abgelehnt, dass keine Notwendigkeit eines Verbots bestünde und ein solches einen unverhältnismässigen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit darstelle. Zudem bestünden erhebliche Schwierigkeiten, eine genügend bestimmte Norm zu formulieren.[1851] Die Motion Binder hatte erstmals die Zustimmung im Nationalrat gewonnen und auch die Rechtskommission befürwortete ein Verbot. Dies gegen den Willen des Bundesrates, der die Ablehnung der Motion im Februar 2022 beantragt hat.[1852] Der Ständerat beantragte ebenfalls die Ablehnung der Motion. Dies einerseits aus dem Grund, dass das Verbot nicht weit genug gehe, und anderer-

---

1845 Wenger Susanne, Die Forderung, Nazi-Symbole zu verbieten, wird lauter, in: SWI Swissinfo.ch vom 13. Juli 2022, <https://www.swissinfo.ch/ger/nazi-symbole-schweiz-verbot/47734842> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1846 Motion Binder-Keller Marianne vom 30. November 2021 (Geschäft Nr. 21.4354).

1847 Motion Binder-Keller Marianne vom 30. November 2021 (Geschäft Nr. 21.4354).

1848 Walser Charlotte, Parlamentarier wollen Hakenkreuz und Hitlergruss in der Schweiz verbieten, in: Tagesanzeiger, 27. Juli 2023, <https://www.tagesanzeiger.ch/parlamentarier-wollen-hakenkreuz-und-hitlergruss-in-der-schweiz-verbieten-339926367284> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1849 Motion Rüegger Monika vom 21. September 2021 (Geschäft Nr. 21.4046).

1850 Parlamentarische Initiative Suter Gabriela vom 16. Dezember 2021 (Geschäft Nr. 21.525); parlamentarische Initiative Barrile Angelo vom 16. Dezember 2021 (Geschäft Nr. 21.524).

1851 Motion Barrile Angelo vom 21. März 2019 (Geschäft Nr. 19.3270).

1852 Walser Charlotte, Parlamentarier wollen Hakenkreuz und Hitlergruss in der Schweiz verbieten, in: Tagesanzeiger vom 27. Juli 2023, <https://www.tagesanzeiger.ch/parlamentarier-wollen-hakenkreuz-und-hitlergruss-in-der-schweiz-verbieten-339926367284> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

seits, weil die gesetzestechnische Frage, ob das Verbot in einem Spezialgesetz oder im Strafgesetzbuch geregelt werden, nicht vom Parlament vorentschieden werden solle. Die Motion war damit erledigt. Es wurde aber von der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats eine neue Motion eingereicht, die das Verbot auf «weitere extremistische, gewaltverherrlichende und rassendiskriminierende Symbole» ausweiten will. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beantragte die Annahme der Motion im Februar 2024. Diese wurde nun an den Bundesrat weitergleitet.[1853] Dieser muss nun eine gesetzliche Grundlage ausarbeiten, die das «öffentliche Tragen, das öffentliche Zeigen sowie das öffentliche Verbreiten von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden oder extremistischen Symbolen unter Strafe stellt».[1854] Weiter wurde der parlamentarischen Initiative Barrile im April 2024 vom Nationalrat Folge gegeben. Der Ständerat berät derzeit darüber. Das Verbot soll sich gegen in der Allgemeinheit gut bekannte Symbole wie etwa das Hakenkreuz richten.[1855] Eine weitere parlamentarische Initiative will die Kennzeichen nicht mittels Strafrechts, sondern eines spezialgesetzlichen Verbots verbieten; dadurch könnten das Verbot und seine Ausnahmen genauer umschrieben werden und es könne bei Verstoss ein Ordnungsbussenverfahren angewendet werden.[1856] Auch hierüber berät derzeit der Ständerat.[1857]

[1853] Ständerat, Motion Binder. Keine Verherrlichung des Dritten Reiches. Nazisymbolik im öffentlichen Raum ausnahmslos verbieten, Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 12. Oktober 2023, S. 1–3; Motion Kommission für Rechtsfragen SR vom 13. Oktober 2023 (Geschäft Nr. 23.4318).

[1854] Keystone-SDA, Nationalrat drängt auf rasches Hakenkreuz-Verbot, Meldung vom 17. April 2024, <https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2024/20240417101500620194158159026_bsd049.aspx> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1855] Parlamentarische Initiative Barrile Angelo vom 16. Dezember 2021 (Geschäft Nr. 21.524).

[1856] Parlamentarische Initiative Kommission für Rechtsfragen NR vom 12. Januar 2023 (Geschäft Nr. 23.400).

[1857] Eine Übersicht über alle Bundesrätliche Unternehmungen zum Verbot von rassistischen Symbolen findet sich hier: <https://anneepolitique.swiss/dossiers/1415-dossier-verbot-der-offentlichen-verwendung-von-nationalsozialistischen-symbolen> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

III. Diskussion und Fazit

Während in den anglo-amerikanischen Staaten die Verbreitung verpönter Ideologien an sich nicht verboten ist, sind derartige Ideologien sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland verboten. Obwohl lediglich die Kundgabe bestimmter Ideologien verboten ist, wird dadurch eine inhaltliche Bewertung der Meinungsäusserung vorgenommen. Eine solche Bewertung ist dem anglo-amerikanischen System fremd. Der Staat hat gemäss diesem Rechtssystem keine inhaltsbasierten Verbote auszusprechen. In Anlehnung daran kann überlegt werden, auch in der Schweiz verfassungsfeindliche Ideologien zuzulassen und entsprechende Strafnormen zu streichen.

Alternativ muss zumindest darüber nachgedacht werden, in welchen Situationen die Verbreitung verpönter Ideologien gefährlich ist. Damit kann sichergestellt werden, dass – in dieser Arbeit entwickelten Hassrededefinition gemäss[1858] – nicht per se herabsetzende Äusserungen gegen Gruppen verboten werden, sondern nur solche, die letztlich zu ungesetzlichem oder gewalttätigem Verhalten aufreizen können. Um die Tatbestandsvariante von den übrigen Absätzen schärfer abzugrenzen, wird vorgeschlagen, dass die Verbreitung der Ideologie wiederkehrend erfolgen müsste. Das wiederkehrende Element sollte sich auf die Verbreitung an sich und nicht auf die verbreitende Person beziehen. Ansonsten könnten sich innerhalb einer Gruppe die Sprechenden einfach abwechseln. Weiter könnte «Herabsetzung» durch den Zusatz «menschenverachtend» vor Ideologie ersetzt werden. Damit wird sprachlich klarer gemacht, dass nicht jede beleidigende Aussage gemeint ist, sondern das Absprechen der Gleichwertigkeit als Mensch und als gleichwertiges Subjekt in der Gesellschaft.[1859] Es scheint auch nicht verkehrt, nur gezielt gegen eine Gruppe gerichtete menschenverachtende Ideologien zu erfassen, damit nicht jede derartige Äusserung als Teil einer solchen Ideologie zugeordnet wird. Das bestehende Wort «systematisch» kann sich daher auf die Tathandlung, d.h. die Verbreitung der Ideologie, beziehen und zugleich das wiederkehrende Element enthalten. Damit gewänne der Begriff eine eigenständige und einschränkende bzw. klarere Bedeutung und würde damit auch Ideologien erfassen, die gezielt und planmässig verbreitet werden, aber kein systematisches Gedankengebäude darstellen.[1860] Für die Beurteilung der Gefährlichkeit der Handlung müssen die konkreten Umstände

[1858] Vgl. Teil 1, Kap. 1 VI.

[1859] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1283.

[1860] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1186–1187.

mitbeurteilt werden. So müsste insbesondere der Status des Sprechers einbezogen werden, weil ein bedeutendes und einflussreiches Amt stärker ins Gewicht fällt und die Gefährlichkeit einer solchen Ideologieverbreitung erhöht.[1861] Von Abs. 1 grenzte sich der Tatbestand dadurch ab, dass auch nüchterne und angeblich «sachliche» Ausführungen einbezogen würden und gerade kein Aufreizen zu Hass bzw. feindseligen Handlungen stattfinden müsste. Letztlich geht es auch um die Erfassung von Äusserungen, die «von langer Hand» feindselige Handlungen planen, ohne dies direkt zum Ausdruck zu bringen.

Die Teilnahmehandlungen an Propagandaaktionen nach Abs. 3 sollten unter den normalen Formen von Täterschaft und Teilnahme abgehandelt und bestraft werden. Es gibt keine ausreichende Rechtfertigung dafür, hier das Prinzip der limitierten Akzessorietät zu durchbrechen.[1862] Die reine Teilnahme an solchen Veranstaltungen sollte entsprechend straflos sein.

Von der Einführung einer Strafnorm, die gewisse Kennzeichen unter Strafe stellt, wird hingegen abgeraten. Die Anknüpfung lediglich an das Kennzeichen fällt in keinem der anderen Staaten unter eine Strafnorm. In Deutschland sind die Kennzeichenverbote an das Verbot der jeweiligen Organisation geknüpft. Ein solches Vorgehen lässt sich eher rechtfertigen, weil der Ansatz klar definiert ist. Aber selbst dann – so zeigen die Schwierigkeiten in Deutschland hinsichtlich der strafbaren Kennzeichenerfassung – scheint das Verbot nur wenig zielführend zu sein. Alle bisher angestrebten Verbote in der Schweiz hätten, anders als in Deutschland, die Tat nicht davon abhängig gemacht, dass Kennzeichen verbotener Organisationen verwendet worden wären, sondern an die insoweit besonders unpräzise Zielsetzung von Art. 261bis StGB angeknüpft.[1863] Das ist insofern stossend, als dass die Organisationen an sich strafrechtlich gerade nicht verboten sind und aktuell auch keine derlei Bestrebungen bestehen. Das strafrechtliche Verbot der Symbole ist dagegen ein reines Tabu und schützt den demokratischen Staat oder seine Bevölkerung in keinerlei Weise unmittelbar vor Gefährdungen, mit Ausnahme eines nicht zu rechtfertigenden Gefühlsschutzes und der Konfrontation mit unerwünschten Symbolen. Wenn überhaupt an ein Verbot gedacht werden sollte, dann an eines,

---

[1861] Vgl. Scheffler, S. 59.

[1862] Vgl. Teil 4, Kap. 1 III F; BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 43.

[1863] Der Vorschlag, das Verbot in einem Sondergesetz zu verankern, scheint der bis anhin zielführendste zu sein und könnte am ehesten vertreten werden. Alternativ kann überlegt werden, die wichtigsten Kennzeichen bereits verbotener Organisationen zu verbieten (wie z.B. von Gruppierungen der al-Kaida oder des Islamischen Staates).

welches solche Gruppierungen verbietet. Dazu konnte sich der Gesetzgeber aber seit je her nicht durchringen.[1864] Der Hitlergruss an sich erscheint in dieser Hinsicht deutlich ungefährlicher als das Bestehen einer rechtsextremistischen Organisation. Es ist inkonsequent und schlicht nicht zielführend, das Begrüssungszeichen einer Organisation, nicht aber die Organisation selbst zu verbieten. Kann sich der Gesetzgeber zu letzterem nicht durchringen, soll er auch ersteres unterlassen. Der Hitlergruss dient dann zur unbequemen Erinnerung daran, dass sich solche Organisationen immer noch in unserer Gesellschaft befinden und die Gesellschaft sich weiterhin dagegen aussprechend soll und muss.

[1864] Botschaft 1992, S. 305.

Kapitel 8: Herabsetzen und Diskriminieren

I. Anglo-amerikanische Diskussion

In den *USA* ist das Konzept der Menschenwürde oder der Ehre eher fremd. Herabsetzungen müssen daher entweder einen Schaden verursachen bzw. als «defamation» qualifiziert werden oder können dann bestraft werden, wenn sie unter eine der verfassungsmässig nicht geschützten Kategorien des ersten Zusatzartikels fallen.[1865] Menschenverachtende oder anderweitig rassistische Herabsetzungen bilden hierbei keine Ausnahme und werden ebenfalls nur in diesen Fällen erfasst.[1866] Verbote von diskriminierenden Aufforderungen oder Aussagen werden dann akzeptiert, «sobald die diskriminierende Äusserung *die individuellen, gleichen Partizipationsrechte* tangiert und zur *Tätlichkeit* wird».[1867] Die Hassrede muss daher zum Hassakt werden.[1868]

Grenzfälle bilden Zutrittsverbote oder diskriminierende Anzeigen, wie sie auch im schweizerischen Art. 261bis Abs. 4 und 5 StGB geregelt werden. Die USA verfügen über etliche Anti-Diskriminierungsgesetze. Diese verpflichten nicht nur staatliche Einrichtungen, sondern unter gewissen Voraussetzungen (z.B. Anzahl Angestellter) auch private Unternehmen zur Gleichbehandlung aller Angestellten. Zudem gewähren sie Zutritte bzw. verbieten Zutrittsverbote in öffentliche Einrichtungen (public accomodations) wie Restaurants, Motels etc. und auch Verträge dürfen nicht aus diskriminierenden Gründen verweigert werden (Kontrahierungszwang). Davon ausgeschlossen sind Verträge, die nicht mit kommerziellen Aspekten zu tun haben (ähnlich den «personal autonomy rights»). Ebenso hat jedermann gleiches Recht auf Erwerb und Gebrauch von Eigentum. Verboten sind deshalb «racial steering»,[1869] «redlining»[1870] oder «discriminatory advertising»[1871]. Solche Gesetze

---

[1865] Aydin, S. 49–52.

[1866] Christou, S. 160.

[1867] Christou, S. 216 [Hervorhebung im Original].

[1868] Christou, S. 234.

[1869] Eine potenzielle Käuferschaft von Eigenheimen wird vom Immobilienmakler aufgrund von Rassenmerkmalen von oder zu gewissen Stadtteilen weg- oder hingesteuert.

[1870] Einer kreditwürdigen Person wird ein Kredit für den Kauf eines Heimes in einem bestimmten Stadtviertel verweigert, obwohl sie die geforderten Kriterien erfüllen würde.

[1871] Werbung, die für den Kauf oder die Miete eines Heimes nur Personen mit bestimmten Merkmalen anwirbt.

befinden sich ausserhalb des Schutzbereichs des ersten Zusatzartikels, weil sie den Akt und nicht die Rede betreffen.[1872] Massgeblich ist deshalb, ob etwas noch als Rede oder bereits als Akt gewertet wird.

Im *VK* werden Äusserungen verboten, die eine Gruppe – nicht aber eine Einzelperson – aufgrund der Rasse herabsetzen, jedoch nur, wenn sie beabsichtigten, Hass bei anderen zu erzeugen oder die Erzeugung von Hass wahrscheinlich war.[1873] Der FOA 1991 verbietet Gesänge rassistischer Natur, also sich wiederholende Worte oder Geräusche, die eine Person aufgrund ihrer Hautfarbe, Rasse, Nationalität, ethnischen oder nationalen Abstammung herabsetzen,[1874] allerdings nur bei bestimmten Fussballspielen.[1875] Bei den anderen geschützten Gruppen (religiöse und sexuelle Orientierung) reicht herabsetzendes Verhalten dagegen nicht aus, vielmehr muss dieses bedrohlich sein. Die übrigen untersuchten Normen schützen keine spezifischen Gruppen, aber unter verschiedenen Umständen Einzelpersonen vor herabsetzenden Äusserungen.[1876]

Gleich wie in den USA existieren auch im VK verschiedene Bestimmungen, die vor effektiver Diskriminierung schützen.[1877]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

In *Deutschland* ähnelt § 130 Abs. 1, Nr. 2 D-StGB der Ausgestaltung von Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte StGB. Im Unterschied zur Schweiz werden aber nicht nur spezifische Gruppen, sondern auch allgemein «Teile der Bevölkerung» vor Herabsetzungen geschützt.[1878] Die Diskussion um den Tatbestand gestaltet sich insgesamt ähnlich wie in der Schweiz. Zentral ist die Unterscheidung, wann eine Äusserung die «Menschenwürde angreift» und wann nur eine Ehrverletzung vorliegt. Diesen wichtigen Unterschied erörtert Hörnle eingehend. Sie will eine Verletzung der Menschenwürde nur unter sehr strengen Bedingungen zulassen und zeigt

---

1872 Christou, S. 234–238; siehe auch Guerin Lisa, Federal Antidiscrimination Laws, in: Nolo's Legal Encyclopedia, <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-antidiscrimination-laws-29451.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1873 Hate Crime Laws, N 2.111.

1874 FOA 1991, Section 3.

1875 FOA 1991, Section 1.

1876 Vgl. die Ausführungen in Teil 3, Kap. 2.

1877 Bleich, S. 120–122.

1878 Vgl. ausführlich Kap. 4.

anhand der Rechtsprechung auf, dass die Abgrenzung zwischen Menschenwürde und Ehre den Gerichten häufig Schwierigkeiten bereitet und nicht immer einfach vorzunehmen ist. Grobe Kollektivbeleidigungen würden dabei häufig (und das zu Unrecht) dem Angriff der Menschenwürde zugeordnet.[1879] Eine Verletzung der Menschenwürde dürfe nicht leichthin angenommen werden. Bloss herabsetzende Äusserungen beträfen in der Regel eher Gefühle und Befindlichkeiten und über diese indirekt die Persönlichkeit, nicht aber deren Kern, und sollten deshalb nach Hörnle über die Ehrverletzungsdelikte geahndet werden. Das Gleiche gälte für Äusserungen, die ein Verhalten betreffen, nicht aber das Wesen einer Person.[1880] Geschützt würden nur Bereiche, die den Kernbereich – das So-Sein – der Person beträfen. Dabei könne keine Rücksicht genommen werden auf Bereiche, die individuell zentral seien, aber keine universalisierbaren Sicherheitsinteressen tangierten. Deshalb seien Partikularinteressen kein Grund für strafrechtliche Normen.[1881] Der Kernbereich der Persönlichkeit sei deshalb keinesfalls mit dem Kernbereich der selbst gewählten Identität zu verwechseln. Gemäss Hörnle ist ein Angriff auf die Menschenwürde die Versagung

> «der Grundachtung, die *allen Menschen* unabhängig von ihrer sozialen Stellung und ihrer individuellen Lebensführung zusteht. Diese Grundachtung beruht nur darauf, dass eine Mindestausstattung an menschlichen Eigenschaften und sozialen Fähigkeiten anerkannt wird, die für das Leben in einer Gemeinschaft unabdingbar sind.»[1882]

Bei der Abgrenzung zwischen Menschenwürde und einfacher Diskriminierung könne an ähnliche Kriterien angeknüpft werden. Die reine Verweigerung der gleichen Behandlung reiche nicht aus. Es müsse den Betroffenen das Lebensrecht abgesprochen werden. Dabei genüge aber das Absprechen des *sozialen Lebensrechts* und müsse nicht zwingend das Absprechen des *biologischen Lebensrechts* beinhalten. Allerdings dürften nur drastische Äusserungen über die Minderwertigkeit der Gruppe, die umfassend den Ausschluss aus dem sozialen Leben forderten, erfasst werden.[1883] Auf die Grösse der Gruppe komme es beim Angriff auf die Menschenwürde dagegen nicht an. Verbale Angriffe verlören sich auch bei gros-

[1879] Hörnle, S. 121–123; 289–294.

[1880] Hörnle, S. 120–126, 288–291.

[1881] Hörnle, S. 124, 165.

[1882] Hörnle, S. 124 [Hervorhebung im Original].

[1883] Hörnle, S. 289 [Hervorhebung im Original].

sen Gruppen nicht in der Masse, weil beim Angriff auf den Persönlichkeitskern eines ganzen Kollektivs bzw. aller Kollektivmitglieder auch die Einzelpersonen betroffen seien.[1884]

Hörnle merkt zudem richtig an, dass beim Rechtsgut der Menschenwürde erklärt werden müsse, weshalb individualisierte Herabsetzungen, die ebenfalls die Menschenwürde verletzen, aber nicht vom volksverhetzenden Tatbestand erfasst sind, nur unter die Ehrverletzungsdelikte fallen. Sie anerkennt den Einwand, weist aber darauf hin, dass der Unterschied dadurch begründet werden könne, dass bei einzelnen Opfern i.d.R. keine zusätzliche Gefährlichkeit für die gesamte Gruppe zu befürchten sei, sondern sich in der Verletzung der Menschenwürde erschöpfe.[1885] Dieser Einwand kann auch bei Art. 261bis ins Feld geführt werden. Zwar werden von Art. 261bis Abs. 4 StGB auch Einzelpersonen erfasst,[1886] aber nur wenn sie zu einer geschützten Gruppe gehören. Das heisst: Äusserungen, die nicht geschützte Gruppenangehörige betreffen, können noch so sehr die Menschenwürde verletzten, sie werden stets den Ehrverletzungsdelikten zugeordnet. Zudem wird durch den Schutz der Einzelperson in Art. 261bis StGB gerade nicht mehr zwischen besonders gefährlichen Herabsetzungen, die negative Einstellungen gegen eine ganze Gruppe bestärken können, und Herabsetzungen, die sich in der Verletzung der Menschenwürde erschöpfen, unterschieden. Die deutsche Norm weist deshalb ähnliche Probleme auf, wenngleich diese teilweise unter anderen Gesichtspunkten behandelt werden.

III. Diskussion und Fazit

Wird wie vorliegend weder die Menschenwürde noch der öffentliche Friede als Rechtsgut betrachtet, so muss überlegt werden, wie die Norm sinnvoll ausgestaltet werden kann. Gewisse Anmerkungen wurden bereits in Teil 4, Kap. 1 gemacht. Wie dort bereits ausgeführt, wird die Gefährlichkeit von einmalig herabsetzenden Äusserungen infrage gestellt.[1887]

Aktuell werden von Art. 261bis Abs. 4 erste Hälfte nur Äusserungen erfasst, die weder Hass schüren noch eine Ideologie verbreiten. Durch die fraglichen – von

[1884] Hörnle, S. 128–129.

[1885] Hörnle, S. 287–288.

[1886] In Deutschland sind inzwischen ebenfalls Einzelpersonen von § 130 Abs. 1 erfasst und nicht mehr nur Gruppen.

[1887] Weitere Ausführungen folgen in Teil 5.

der Norm erfassten – Äusserungen werden zweifellos Menschen herabgesetzt, aber von einer «Volksverhetzung» kann anders als bei Abs. 1 und 2 nicht gleichermassen auszugehen sein. Wird die objektive Sicherheit einer Gruppe beeinträchtigt, so müssten Abs. 1 oder Abs. 2 greifen. Abs. 4 kommt in solchen (bereits von Abs. 1 oder 2 erfassten) Fällen keine eigenständige Bedeutung zu. Die Abgrenzung zwischen Abs. 1 und Abs. 4 erscheint aber nicht ganz einfach vorzunehmen zu sein. In der Rechtsprechung finden sich eine Vielzahl von Verurteilungen sowohl wegen Abs. 1 als auch wegen Abs. 4.[1888] Nach der hier vertretenen Ansicht kann die objektive Sicherheit aber bei Abs. 4 erste Hälfte nicht als Rechtsgut fungieren. Bestrafungswürdig erscheint daher primär die Herabsetzung des betroffenen Individuums als Teil der Gruppe und nicht die Aufhetzung der Bevölkerung gegen eine bestimmte Gruppe. Die konkreten Rechtsgüter werden deshalb im Achtungsanspruch als Menschen oder in der Rechtsgleichheit gesehen. Systematisch bietet sich eine Eingliederung bei den Ehrverletzungsdelikten an,[1889] wobei der Anwendungsbereich von Art. 177 StGB in gewissen Belangen zu weiten ist. Der strafrechtliche Ehrenschutz müsste demnach im Mindesten das «soziale und das So-Sein eines Menschen» schützen und den Achtungsanspruch als Mensch miterfassen.

Im Unterschied zur aktuellen Rechtsprechung müssten deshalb Gruppenherabsetzungen, die den Kern der Persönlichkeit betreffen, auf Einzelpersonen durchschlagen können. Für die Beurteilung, was dazu gehört, können durchaus Hörnles Kriterien, wann ein Angriff auf die Menschenwürde vorliegt, zu Hilfe genommen werden. Das hätte einerseits zur Folge, dass gruppenbezogene Aussagen, die lediglich das Verhalten kritisieren, nicht unter den Strafbereich fallen. Ebenso wenig werden Äusserungen erfasst, die sich an die Allgemeinheit richten, solange sie nicht unter Abs. 1 oder 2 fallen. Andererseits würden damit neu auch private Herabsetzungen erfasst, zumal die Äusserungen nicht mehr länger öffentlich erfolgen müssten. Zudem wären die fraglichen Äusserungen nicht länger auf die geschützten Gruppen reduziert. Damit könnte schärfer zwischen wirklich verhetzenden und rein herabsetzenden Äusserungen getrennt und dem strafbaren Aufruf zu Hass und Diskriminierung deutlichere Konturen verliehen werden.

1888 Vgl. auch Niggli, Rassendiskriminierung, N 1073–1093.

1889 So zählt das BGer gemäss einem obiter dictum rassendiskriminierende Beschimpfungen wie «Sauausländer» zu den Ehrverletzungsdelikten, BGE 140 IV 67 E. 2.5.2 S. 73; vgl. aber BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 56–57; a.A. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1275.

Kapitel 9: Genozidleugnung

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Das *US-amerikanische* Rechtssystem kennt keine strafbare Genozidleugnung. Vielmehr ist eine solche Leugnung verfassungsrechtlich durch den ersten Zusatzartikel geschützt, solange sie nicht zu Gewalt aufruft. Was den Holocaust betrifft, wurde dessen Existenz 1981 gerichtlich festgestellt.[1890]

Gleichermassen ist im *VK* eine Genozid- und insbesondere die Holocaustleugnung selbst nicht strafbar, es sei denn, sie erfolgt in einer Weise, die gegen ein anderes Gesetz verstösst (z.B. Aufstachelung zu Rassenhass oder religiösem Hass oder ein Kommunikationsdelikt).[1891] Allerdings fand gerade im VK der wohl aufsehenerregendste Fall im Zusammenhang mit der Holocaustleugnung statt. Im Fall *Irving gegen Lipstadt* verklagte der britische Pseudohistoriker David Irving die US-amerikanische Professorin Deborah Lipstadt und deren Verlag zivilrechtlich wegen Verleumdung, weil sie ihn in ihrem Buch «Denying the Holocaust – The Growing Assault on Truth and Memory» als «one of the most dangerous spokesperson for Holocaust denial»[1892] beschreibt. Da im VK bei einer Verleumdungsklage die beklagte Person die volle Beweislast tragen muss, sah sich Lipstadt gezwungen, die Tatsache nachzuweisen, dass Irving ein Holocaustleugner war, und ihre vorgelegten Gutachten belegten zudem historische Fakten zu den Geschehnissen rund um den Holocaust und insbesondere zum Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau und zur Existenz der dortigen Gaskammern.[1893] Der Richter befand, dass er nicht über die historischen Fakten zu entscheiden habe,[1894] stellte aber trotzdem fest, «no objective fair-minded historian would have serious cause

---

[1890] Kahn Robert A., Holocaust Denial, in: The First Amendement Encyclopedia, 2009 (überarbeitet von John R. Vile im Mai 2017), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1116/holocaust-denial> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1891] Hate Crime Laws, N 10.22.

[1892] David Irving v Penguin Books and Deborah Lipstadt [2000] EWHC QB 115, N 2.4; bezieht sich auf S. 181 im Buch von Lipstadt.

[1893] Holocaust Denial in the UK – The David Irving Trial, in: Lawteacher.net, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/human-rights/holocaust-denial-in-uk-8763.php#_ftn22> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1894] David Irving v Penguin Books and Deborah Lipstadt [2000] EWHC QB 115, N 1.3, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7de60d03e7f57eb2902> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

to doubt that there were gas chambers at Auschwitz and that they were operated on a substantial scale to kill hundreds of thousands of Jews».[1895]

Weiter hielt der Richter fest, dass Irving aufgrund seiner eigenen ideologischen Überzeugungen die historischen Beweise absichtlich falsch dargestellt und manipuliert habe. Er sei antisemitisch und rassistisch und stehe in Verbindung mit Rechtsextremisten, die den Neonazismus förderten.[1896]

In einem späteren Fall im Jahr 2018 wurde *Alice Chabloz* wegen Liedern, in denen sie den Holocaust leugnete und die sie online gestellt hatte, unter dem CA 2003 wegen Teilens von «grossly offensive material» verurteilt. Sie legte Berufung ein, das Urteil wurde aber bestätigt und ausserdem die historische Faktizität des Holocaust gerichtlich festgehalten.[1897] Damit könnte ein strafrechtlicher Präzedenzfall für künftige Verurteilungen von Holocaustleugnungen im VK geschaffen worden sein, weil es sich um die erste Verurteilung einer Holocaustleugnung auf Social Media handelt.[1898]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

In *Deutschland* waren bis am 20. Oktober 2022 einzig die Leugnung, Billigung und Verharmlosung des Holocaust und anderer in der NS-Zeit begangener Völkermordtaten i.S.v. § 6 VStGB sowie das Billigen, Verherrlichen und Rechtfertigen der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft (Abs. 4) verboten.[1899] In der *Schweiz* hingegen werden durch Art. 261bis Abs. 4 zweite Hälfte alle Leugnungen von Völkermorden und Verbrechen gegen die Menschlichkeit

---

[1895] David Irving v Penguin Books and Deborah Lipstadt [2000] EWHC QB 115, N 13.91, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7de60d03e7f57eb2902> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1896] David Irving v Penguin Books and Deborah Lipstadt [2000] EWHC QB 115, N 13.167, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7de60d03e7f57eb2902> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1897] R v Alison Chabloz [2019] Southwark Crown Court vom 13. Februar 2019, N 18, 28, <https://crimeline.co.uk/wp-content/uploads/2019/02/R-v-Chabloz-Judgment-Southwark-Crown-Court.pdf> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1898] Mortimer Caroline, London court upholds Holocaust denial conviction against singer, in: Euronews vom 13. Februar 2019, <https://www.euronews.com/2019/02/13/london-court-upholds-holocaust-denial-conviction-against-singer> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1899] LK StGB-Krauss, § 130, N 127.

erfasst. Neu bestraft nun auch das deutsche Recht die Leugnung, Billigung und gröbliche Verharmlosung sämtlicher Völkerrechtsverbrechen, also auch von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression. Damit hat sich der deutsche Tatbestand dem schweizerischen angenähert. Einige Unterschiede bestehen dennoch. Im Unterschied zu Deutschland braucht es in der Schweiz auch in Bezug auf den Holocaust ein «gröbliches Verharmlosen» und nicht nur ein Verharmlosen. Abs. 5 des deutschen § 130 verlangt ebenfalls «gröbliches Verharmlosen» in Bezug auf Völkerrechtsverbrechen, dies im Unterschied zur Holocaustleugnung etc. in Abs. 3, bei dem einfaches «Verharmlosen» genügt. Damit wird eine Verengung des Tatbestands in Abs. 5 angezeigt, wobei aber unklar bleibt, worin diese besteht. Die Konkretisierung dieser Schwelle wird damit der Rechtsprechung überlassen. Es wird sich deshalb zeigen müssen, ob es sich um mehr als lediglich eine theoretische Unterscheidung handelt.[1900] In Bezug auf die Schweiz reicht für ein gröbliches Verharmlosen jedenfalls gleich wie in Deutschland (beim Verharmlosen nach Abs. 3) die deutliche Untertreibung von Opferzahlen oder das Bestreiten der Gaskammern, um die Tathandlung als erfüllt zu betrachten.[1901] Es bestehen indes noch weitere Unterschiede in Bezug auf die verschiedenen Tathandlungen: In Deutschland ist von «billigen» die Rede, während die Schweiz von «rechtfertigen» spricht. Beim Vergleich diverser ähnlich gelagerter Anwendungsbeispiele zeigt sich aber, dass es sich auch hier eher um einen sprachlichen und keinen inhaltlich bedeutsamen Unterschied handelt.[1902]

Relevant ist hingegen, dass in der Schweiz zumindest teilweise ein rassistisches Motiv nachgewiesen werden muss.[1903] In Deutschland reicht die einfache Holocaustleugnung sowie die Billigung, Leugnung oder gröbliche Verharmlosung von anderen – als den nationalsozialistischen – Völkermorden, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen aus, ohne dass es eines speziellen Motivs bedürfte. Im Unterschied zur Schweiz muss aber in Deutschland eine Eignung zur Friedensstörung nachgewiesen werden. Ähnlich sind sich die beiden Artikel in Bezug darauf, wer entscheidet, ob bestimmte Ereignisse als Völkermord zu qualifizieren sind oder nicht. In Deutschland soll dies das Gericht sein, das auch über die

[1900] BeckOK StGB-Rackow, § 130, N 45.

[1901] Insofern diese öffentlich erfolgt. Niggli, Rassendiskriminierung, N 1467, 1471; LK StGB-Krauss, § 130, N 133.

[1902] Vgl. die Ausführungen von Niggli, Rassendiskriminierung, N 1473–1478 und LK StGB-Krauss, § 130, N 131.

[1903] Vgl. Teil 2, Kap. 1 IX.

Strafbarkeit entscheidet,[1904] in der Schweiz ist der Fall nicht völlig eindeutig, im Endeffekt läuft es aber aufgrund mangelnder Regelung auf das Gleiche hinaus.[1905]

Weitere Unklarheit in Bezug auf Genozidleugnungen schuf die EGMR-Rechtsprechung mit dem *Perinçek-Urteil*. Das Gericht verkannte, dass Perinçek nicht nur den Genozid an sich leugnete, sondern auch aus den Opfern Täter machte.[1906] Auf der Grundlage der bestehenden Strafnorm hätte deshalb eine Verurteilung erfolgen müssen. Aufgrund der EGMR-Rechtsprechung zeichnet sich eine gerichtliche Anpassung des Tatbestands in der Schweiz ab.[1907] Es gilt daher zu prüfen, wie sich der schweizerische Tatbestand rechtfertigen lässt bzw. ob Änderungsvorschläge angebracht sind, um diese Diskrepanz zu überwinden.

III. Diskussion und Fazit

Obwohl es bei dieser Tatbestandsvariante nicht – wie teilweise behauptet wird – um den Schutz historischer Wahrheiten geht, sondern um den Schutz einer Wiederholung derartiger Gräuel sowie den Schutz der Opfer und deren Angehörigen,[1908] lässt sich dennoch nicht von der Hand weisen, dass die Legitimation des Tatbestandes nicht ganz einfach ist. Einerseits lässt sich anführen, dass die Leugnung eines Genozids die letzte Stufe eines Völkermords darstellt, weil damit den Opfern und deren Nachkommen das Recht auf das Gedächtnis an die Gräuel abgesprochen wird.[1909] Andererseits ist das zu schützende Rechtsgut nur schwer definierbar. Entgegen der Auffassung von Kunz lässt sich nicht schlüssig begründen, inwiefern eine besondere Gefährdung des öffentlichen Friedens bzw. der öffentlichen Sicherheit mit der Leugnung von Genoziden (jedenfalls im Allgemeinen) einhergeht.[1910] Die Leugnung von Genoziden, zu denen die Schweiz keinen Bezug aufweist, kann kaum den inländischen Frieden oder gar die Sicherheit einer

---

[1904] Maksan Oliver, Leugnung von Kriegsverbrechen: Deutschland verschärft Strafrecht, in: NZZ vom 26. Oktober 2022, <https://www.nzz.ch/international/leugnung-von-kriegsverbrechen-deutschland-verschaerft-das-strafrecht-ld.1709118> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1905] Arbeitspapier BJ, S. 10.

[1906] Vest/Simon, S. 539, die in den Aussagen nicht nur eine Leugnung, sondern eine Rechtfertigung (aufgrund von angeblicher Notwehr) sahen.

[1907] Leimgruber, S. 48.

[1908] Hörnle, S. 316–317.

[1909] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1325.

[1910] Kunz, ZStrR 1992, S. 164.

Gruppe gefährden. Zwar dürfte bei historisch weit zurückliegenden Ereignissen die Leugnung ohnehin straflos sein, nicht aber bei jüngeren Ereignissen, was aufgrund der hohen Anzahl von Völkermorden im 20. Jahrhundert einen weiten Anwendungsbereich für Art. 261bis Abs. 4 eröffnet.[1911] Was die Gefährlichkeit der Holocaustleugnung betrifft, könnte diese aufgrund der historischen und örtlichen Nähe besser begründet werden. Es ist deshalb zu überlegen, ob Abs. 4 allenfalls auf die Leugnung des Holocaust zu beschränken wäre. Weil der Tatbestand gerade wegen der Holocaustleugnung aufgenommen worden ist und der Rechtsprechung bis anhin wenig Problem bereitet hat, zumal die Faktizität des Holocaust gerichtsnotorisch ist und nicht darüber entschieden werden muss, ob die Ereignisse einen Völkermord darstellen, würde diese Einschränkung die Rechtssicherheit erhöhen. Die Einschränkung läge auch auf der Linie des EGMR-Urteils i.S. *Perinçek gegen die Schweiz,* weil das Urteil zur Unklarheit beigetragen hat, ob weitere Völkermorde nicht geleugnet werden dürfen. Zudem kennen einige europäische Staaten ebenfalls eine solche Einschränkung, weshalb diese nicht eine fremdartige Neuheit darstellt, die die Schweiz erklären müsste.[1912] Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber die Norm gerade nicht auf den Holocaust beschränken wollte und auch die Europäische Union ihren Staaten vorschreibt, alle Leugnungen etc. von Genoziden und Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe zu stellen und nicht nur den Holocaust.[1913]

Die Ungleichbehandlung dürfte zudem für Opfer anderer Genozide nur schwer nachvollziehbar sein.[1914] Durch die primäre Behandlung des Holocaust wird eine Hierarchie unter den Opfern von Völkermorden[1915] geschaffen, die allen anderen Nachkommen von Genoziden den Stempel des «nicht ganz so schlimmen»- oder «schon zu lange her»-Genozids aufdrückt. Der EGMR betonte im *Perinçek*-Urteil den Einbezug der konkreten Umstände. Er hielt fest, dass die Holocaustleugnung eine spezielle Gefährlichkeit vor allem in jenen Ländern aufweise, die direkt in die Nazi-Gräuel involviert gewesen seien. Auf dieser Grundlage verneinte er einen ähnlich gelagerten Zusammenhang zwischen dem Genozid an den Armeniern und der Schweiz schon allein aus zeitlichen Gründen.[1916] Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Denn auch der Holocaust lag im Urteilszeitpunkt bereits ca. 70 Jahre

---

1911 Niggli, Rassendiskriminierung, N 1399–1400.

1912 Arbeitspapier BJ, S. 16.

1913 Art. 1 Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

1914 So auch Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 195, 15. Oktober 2015.

1915 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 195, 15. Oktober 2015.

1916 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 243, 15. Oktober 2015.

zurück. Wird seine Leugnung dadurch plötzlich irgendwann (z.B. nach 100 Jahren) strafrechtlich irrelevant, ohne dass die Strafnorm aufgehoben werden müsste?[1917] Vielmehr müssten dieselben Regeln für alle Genozide gelten. Es muss festgelegt werden, wann ein Genozid als wissenschaftlich erwiesen gilt und anschliessend, ob und unter welchen Umständen eine Leugnung dessen strafbar sein soll. Kriterien wie die örtliche Nähe, geschichtlicher Kontext und Zeitfaktor sind durchaus valable Kriterien, müssen aber als Prüfraster konsequent angewandt werden.

Die Schweiz war weder direkt in den Holocaust involviert noch von Nazi-Deutschland besetzt. Eine Bestrafung der Holocaustleugnung in der Schweiz einzig aufgrund der örtlichen Nähe lässt sich juristisch kaum rechtfertigen.[1918] Als verbleibender Grund für eine Andersbehandlung der Holocaustleugnung bleibt damit dessen Singularität. Nicht die Vernichtung oder Vertreibung einer «lokalen Gruppe», sondern die weltweite Ausrottung der jüdischen Bevölkerung war erklärtes Ziel der Nationalsozialisten.[1919] Fraglich bleibt, ob das juristisch ausreicht, um einzig die Holocaustleugnung strafbar zu machen.[1920] Dagegen spricht, dass die Wunschvorstellung der Weltherrschaft nie auch nur annähernd Realität wurde. In erster Linie sollte die jüdische Bevölkerung aus den besetzten Gebieten verschwinden, weshalb sich der Leugnungstatbestand in diesen Gebieten auch rechtfertigt. Aus diesem Grund lässt sich auch aus der Singularität kein Grund konstruieren, der die Holocaustleugnung in der Schweiz rechtlich anders stellen würde als die übrigen Genozidleugnungen.

Es ist deshalb als letzte Variante zu prüfen, ob auf diese Tatbestandsvariante zu verzichten ist. Dafür spricht, dass keine internationale Verpflichtung die Strafbarkeit einer Genozidleugnung verlangt (zumindest nicht ohne die Möglichkeit der Anbringung eines Vorbehaltes).[1921] Weil die Schweiz nicht Teil der EU ist, sind auch deren Vorgaben nicht verpflichtend.[1922] Eine direkte Pflicht auf den Erlass

---

[1917] Vgl. auch Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 8 of the joint dissenting opinion of the Judges Spielmann, Casadevall, Berro, de Gaetano, Sicilianos, Silvis and Kūris, 15. Oktober 2015.

[1918] Vest/Simon, S. 543.

[1919] Deutsche Geschichte in Dokumenten und Bildern, S. 3, <https://ghdi.ghi-dc.org/pdf/deu/German39.pdf> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1920] Vest/Simon, S. 543.

[1921] Das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art, welches in Art. 6 eine solche Strafbarkeit verlangt, wurde von der Schweiz zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert.

[1922] Art. 1 Abs. 1 Buchstaben c + d Rahmenbeschluss 2008/913/JI.

von bestimmten Strafrechtsnormen lässt sich auch nicht aus dem Schutz der Menschenwürde ableiten. Ausser aus politischen Gründen gibt es deshalb keinen zwingenden Grund zur Erhaltung der Norm.[1923] Eine Streichung würde zudem die nicht haltbare faktische Ungleichbehandlung zwischen den Völkermorden aufheben. Es ist in der Praxis offenbar nicht möglich, durch die abstrakte Strafbarkeit aller Genozidleugnungen diese auch faktisch gleich zu behandeln, obwohl es für die Ungleichbehandlung keine stichhaltigen Gründe gibt. Eine Aufhebung der Norm würde zumindest die Opfer der Völkermorde wieder gleichstellen. Es ist auch fraglich, ob es wirklich Aufgabe des Strafrechts ist, ein Mahnmal gegen das Vergessen zu sein.[1924] Gegen die Aufhebung der Norm spricht, dass die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung nur dann strafbar ist, wenn sie öffentlich, vorsätzlich und aus rassendiskriminierenden Gründen erfolgt. Zudem müssen die Fakten unumstritten und notorisch sein. Damit schränkt sich die Norm bereits selbst ein und verwehrt seriöser Forschung nicht ihre Freiheit. Zudem zeigen gerade diese Einschränkungen, dass es nicht um «historische Tatsachen» geht, sondern um die Herabwürdigung von anderen Menschen, indem ihnen die Opferstellung nicht nur abgesprochen wird, sondern sie auch noch als Lügner darstellt. Eine Aufhebung könnte zudem die Botschaft senden, dass eine (Holocaust-)Leugnung neuerdings akzeptabel erscheine und gesellschaftlich toleriert werde.[1925] Ausserdem könnte die Aufhebung – mindestens der Holocaustleugnung – der UNO-Resolution vom 26. Januar 2007 widersprechen, die alle UNO-Mitglieder dazu auffordert, jegliche Leugnung des Holocaust zurückzuweisen.[1926]

Die Ausführungen zeigen, dass jede Variante gewisse Schwächen aufweist. Weil aber die Leugnung etc. von Völkermorden und anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Diffamierung der Opfer und deren Nachkommen darstellt und diese zudem auch noch der Lüge bezichtigt,[1927] sollte es durchaus möglich sein, solche Sachverhalte – entgegen Kunz[1928] – unter die Ehrverletzungsdelikte zu subsumieren. In Fällen, in denen die Leugnung hetzerische Formen annimmt, wird diese ohnehin von Abs. 1 miterfasst.[1929] Wie Hörnle ausführt, könnte der eigenständige Tatbestand der Leugnung deshalb abgeschafft und unter anderen

[1923] Arbeitspapier BJ, S. 13; Niggli, Rassendiskriminierung, N 1328.

[1924] A.A. Thürer, S. 142.

[1925] Arbeitspapier BJ, S. 14; Niggli, Rassendiskriminierung, N 1398–1399, 1486.

[1926] A/RES/61/255, wobei aber dort keine explizite Strafbarkeit gefordert wird.

[1927] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1398–1399.

[1928] Kunz, ZStrR 1992, S. 164.

[1929] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1398.

Varianten abgehandelt werden. Problematisch erweist sich im schweizerischen Kontext allerdings Art. 175 StGB, der bestimmt, dass die üble Nachrede und Verleumdungen, die sich gegen Verstorbene richten, nur bis 30 Jahre nach dem Tod des Verstorbenen strafrechtlich verfolgt werden können. Obwohl also grundsätzlich – übereinstimmend mit HÖRNLE – dafür plädiert wird, Äusserungen, welche die Opfer eines Genozids als Lügnerinnen oder Geschichtsfälscher darstellen, besser unter die Ehrverletzungsdelikte zu subsumieren, erweist sich die zeitliche Einschränkung als grosse Hürde. Art. 175 StGB sollte deshalb dahingehend angepasst werden, dass bei Opfern von Menschlichkeitsverbrechen keine zeitliche Einschränkung für eine Strafverfolgung besteht.

Ohne eine solche Änderung von Art. 175 StGB bleibt als einzig gangbarer Weg die Gleichbehandlung der Genozide über das Motiv. Das liesse sich entweder über eine deutlichere Betonung des diskriminierenden oder menschenverachtenden Motivs oder dessen Streichung erreichen. Es kann überlegt werden, ob auch die Schweiz – gleich wie Deutschland – auf das rassendiskriminierende Motiv verzichten sollte, da es von der Lehre als unnötige Einschränkung betrachtet wird. Die aufgezählten Tathandlungen seien ohnehin immer strafwürdig, weil sie stets aus rassendiskriminierenden Beweggründen erfolgen würden.[1930] Dagegen spricht, dass die Einschränkung durchaus sinnvoll ist, weil Leugnungen etc. eben gerade nur dann strafbar sind (und auch sein sollen), wenn sie aus einem rassendiskriminierenden Motiv heraus begangen werden. Das bewahrt vor unnötigen Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit und stellt sicher, dass die Forschungsfreiheit zu historischen Ereignissen grundsätzlich gewahrt bleibt.[1931] Andererseits wird gerade durch die Betonung des Motivs die Gesinnung selbst stärker in den Vordergrund gerückt und primär bestraft. Die Streichung würde auch das Beweisproblem lösen, weil das Motiv nicht mehr nachgewiesen werden müsste.[1932] Wenn auf eine Streichung verzichtet wird, dann müsste sichergestellt werden, dass ein rassendiskriminierendes Motiv nicht leichtfertig angenommen, sondern – auch bei der Holocaustleugnung – sorgfältig untersucht wird. Mit Ausnahme der Rechtfertigung von Genoziden dürften weder eine Leugnung noch eine Verharmlosung per se einem rassistischen etc. Motiv gleichgesetzt werden. Handelt jemand nicht aus einem rassistischen oder menschenverachtenden Motiv bzw. will die Täterschaft die Opfer nicht bewusst herabsetzen,[1933] müsste eine Straf-

[1930] NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1689–1692.

[1931] Arbeitspapier BJ, S. 20.

[1932] Arbeitspapier BJ, S. 20.

[1933] A.A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1695.

barkeit ausgeschlossen werden. Weil sich dieser innere Vorgang nicht so einfach nachweisen lässt, muss weiterhin auf äussere Umstände abgestellt werden. Diese dürften sich aber nicht nur auf die Handlung an sich beziehen, sondern müssten weitere Gegebenheiten miteinbeziehen (Vorgeschichte, kulturelle Hintergründe und Bildungsstand des Täters, Art und Weise der Tathandlung, Beschaffenheit des Publikums, Ort des Geschehens etc.).

Zusammengefasst erfasst der schweizerische Tatbestand einen Bereich, der in den USA und dem VK gänzlich fehlt. Der deutsche Tatbestand ist seit der Ergänzung um Abs. 5 ähnlich gelagert wie der schweizerische mit dem Unterschied, dass bei Art. 261bis ein diskriminierendes Motiv, bei § 130 Abs. 3 die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens und bei Abs. 5 zusätzlich noch die Eignung der Aufstachelung zu Hass oder Gewalt nachgewiesen werden muss.

Eine Pauschallösung für alle Staaten erscheint indessen nicht angebracht. Es müssen die unterschiedlichen historischen und soziokulturellen Hintergründe berücksichtigt werden. Sinnvoll erscheint deshalb eine unterschiedliche Handhabung auf nationaler Ebene, insofern der Genozid zur historischen Vergangenheit gehört und quasi als Wiedergutmachung für das begangene Unrecht erscheint, wie dies bspw. in Deutschland bei der Holocaustleugnung der Fall ist.[1934] In der Schweiz hingegen müsste eine solch unterschiedliche Behandlung ausführlich begründet werden. Juristisch betrachtet gibt es keinen Grund, weshalb der Holocaust eine Andersbehandlung erfahren oder besonders hervorgehoben werden sollte, es sei denn, es wird auf die oben erwähnte Singularität verwiesen.[1935] Andernfalls scheint eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt, weil dadurch eine «Hierarchie der Genozide»[1936] kreiert und unterschiedliche Opferqualitäten generiert würden.[1937] Eine mögliche Lösung zeigt sich in einer Erweiterung von Art. 175 StGB. Werden Opfer oder deren Angehörige durch die Genozidleugnung herabgesetzt, fallen diese unter Art. 175 StGB. Die zeitliche Schranke von 30 Jahren sollte bei Opfern von Menschenrechtsverbrechen nicht greifen. Nimmt die Leugnung hetzerische Formen an, wird sie von Art. 261bis Abs. 1 gedeckt. Alternativ bietet sich an, das diskriminierende Motiv überall gleich zu behandeln und sorgfältig zu überprüfen – auch bei der Holocaustleugnung. Wird indessen keiner dieser Vorschläge umgesetzt, so sollte die Genozidleugnung gänzlich gestrichen werden.[1938]

1934 Parekh, S. 55.

1935 Für weiterführende Argumente vgl. Vest/Simon, S. 542–543.

1936 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 195, 15. Oktober 2015.

1937 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 181, 15. Oktober 2015.

1938 So auch Matteotti, S. 241–243.

Kapitel 10: Strafschärfungsnormen und Hassdelikte

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Im anglo-amerikanischen Rechtssystem sind «bias crimes» oder «hate crimes» strafrechtlich speziell erfasst. In den *USA* muss die Strafe zwingend verschärft werden, wenn eine Straftat von Hass oder Vorurteilen (bias) motiviert ist. Die geschützten Merkmale umfassen neben der Rasse, Ethnie, Religion und sexuellen Orientierung das Geschlecht und die Geschlechtsidentität sowie Behinderung, Hautfarbe und Abstammung,[1939] wobei die beiden letzten Begriffe unter die Begriffe der Rasse und Ethnie subsumiert werden könnten.

Auch im *VK* muss ein Delikt, das aus rassistischen Motiven heraus begangen wurde, zwingend erhöht werden. Bei den Katalog-«hate crimes» sind die Delikte mit höheren Höchststrafen bedroht als die «normalen» Delikte.

Beide Systeme stehen im Gegensatz zu Art. 47 StGB, der die Strafzumessung regelt und keine explizite Aufzählung von geschützten Merkmalen, sondern nur den allgemeinen Begriff «Beweggründe und Ziele» verwendet. Art. 47 StGB bietet zwar eine Handhabe, um verwerflichen Motiven Rechnung zu tragen und die Strafe zu erhöhen, da aber das richterliche Ermessen sich nur innerhalb des ordentlichen Strafrahmens bewegen kann,[1940] muss selbst bei Anwendung von Art. 47 StGB die Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festgesetzt werden und kann diesen nicht verlassen.[1941] Ein Delikt, das aus rassistischen Motiven begangen wurde, könnte also den für das «einfache» Delikt festgesetzten ordentlichen Strafrahmen nicht verlassen – dies im Unterschied zum VK, in dem die Katalog-«hate crimes» gerade zwingend mit höheren Höchststrafen bedroht sind als die «normalen» Delikte. Innerhalb des ordentlichen Strafrahmens bewegen sich zwar im VK die übrigen Straftaten, die aus Feindseligkeit im Zusammenhang mit den geschützten Charaktermerkmalen begangen werden, diese müssen aber ebenfalls zwingend schwerer bestraft werden.[1942]

[1939] U.S. Sentencing Guidelines Manual, §3A1.1(a).

[1940] BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63.

[1941] BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63.

[1942] Hate Crime Laws, N 2.3.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Das *deutsche* Strafrecht verfügt mit § 46 D-StGB über einen Strafschärfungsartikel, rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische, geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete oder sonstige menschenverachtende Beweggründe und Ziele ausdrücklich als strafschärfend hervorhebt. Allerdings war es in Deutschland bereits vorher möglich, die heute explizit erwähnten Motive strafschärfend zu berücksichtigen. Die frühere Fassung glich also dem schweizerischen Art. 47 StGB, der nach wie vor keine ausdrückliche Erwähnung von einzelnen Beweggründen enthält. Eine Sachbeschädigung aus rassistischen Motiven könnte demnach bereits heute schwerer bestraft werden als eine nicht speziell motivierte Sachbeschädigung. Auch bei einer Tötung aus rassistischen Motiven handelt es sich um eine Tötung aus besonders verwerflichen Beweggründen, weshalb diese i.d.R. ohnehin vom Straftatbestand des Mordes (Art. 112 StGB) erfasst würde.[1943] Insofern besteht – wie schon ausgeführt – auch in der *Schweiz* die Möglichkeit, Straftaten, die nicht unter Art. 261bis StGB fallen, aber vor einem rassistischen Hintergrund stattfanden, schwerer zu bestrafen als solche ohne ein derartiges Motiv.

III. Diskussion und Fazit

Die Schweiz kennt kein deutsches Pendant eines spezifischen Katalogs von besonderen Strafschärfungsklauseln und erst recht kein englisches oder US-amerikanisches Modell der härteren Bestrafung von Hassdelikten.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Schweiz ähnliche Modelle verfolgen sollte. Die Einführung eines Katalogs, wie ihn Deutschland in § 46 D-StGB kennt, ist aus den gleichen Gründen abzulehnen, wie sie auch in Deutschland kritisch vorgebracht werden.[1944] Der Nutzen des Katalogs ist nicht ersichtlich, weil das Gericht ein solches Motiv ohnehin bereits erschwerend berücksichtigen kann. Warum aber ein rassendiskriminierendes Motiv mehr berücksichtigt bzw. speziell erwähnt werden sollte als ein Motiv wie z.B. pure Boshaftigkeit, ist nicht nachvollziehbar.

[1943] Vgl. BSK StGB-Schwarzenegger, Art. 112, N 14.

[1944] Siehe dazu Fischer Thomas, Eine Klientel- und Schaufenster-Gesetzgebung, in: Der Spiegel vom 8. Juli 2022, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/reform-der-strafzumesssungsgruende-eine-klientel-und-schaufenster-gesetzgebung-kolumne-a-6fd31765-52a9-47ef-8101-ff91ee444a25?sara_ecid=nl_upd_1jtzCCtmxpVo9GAZr2b4X8GquyeAc9&nlid=pilkytlj> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Die Aufzählung aller denkbaren verwerflichen Motive hingegen ist unmöglich, weshalb davon abzulassen ist.

Die Einführung einer zwingend härteren Bestrafung von Hassdelikten ist ebenfalls abzulehnen. Insoweit stellen sich die Fragen, welche Merkmale ein Hassdelikt überhaupt ausmachen, wie viel härter die Strafe ausfallen sollte und schliesslich auch, wann ein solches Motiv als erwiesen gelten würde. Gerade England bekundet indes Schwierigkeiten mit der Begriffsdefinition der Feindseligkeit (und somit der Frage nach dem Merkmal eines Hassdelikts) und deren Nachweis. Im VK wird eine relativ niedrige Schwelle angesetzt, um etwas als Hassdelikt zu definieren, und es operiert ausserdem mit einem komplexen, schwer durchschaubaren System.[1945] Zudem erzeugt die Einschränkung nur auf gewisse Motive eine Ungleichbehandlung von Straftaten, die nicht gänzlich einsichtig ist: Weshalb sollten rechtsextreme Taten schwerer bestraft werden als linksextreme Taten? (Ein Angriff auf eine schwarze Person wegen ihrer Hautfarbe müsste dann stets schwerer bestraft werden als ein Angriff auf eine SVP-Politikerin wegen ihrer politischen Gesinnung.)[1946] Ein Zwang zur Verschärfung wie in den USA oder dem VK sollte aufgrund der beschriebenen Schwierigkeiten nicht eingeführt werden.

Eine Änderung von Art. 47 StGB wird deshalb nicht empfohlen. Das (rassistische) Motiv kann mittels Art. 47 StGB straferhöhend berücksichtigt werden. Eine spezifische Aufzählung bringt hierbei keinen zusätzlichen Nutzen – wie der Fall von Deutschland zeigt. Spezielle Qualifikationstatbestände wie in den USA oder im VK sind ebenfalls abzulehnen, weil sie praktische Schwierigkeiten bezüglich rechtsgenüglicher Beweise bereiten und die unterschiedlichen Motive nicht in gleichem Masse berücksichtigen.

[1945] Hate Crime Laws, N 8.23–8.24, 9.5–9.8, 9.24, 9.38–9.39.

[1946] Vgl. auch Bleich, S. 107. Zudem zeigt gerade die Erfassung von Hassdelikten in der Stadt Zürich, dass sich Hassdelikte nicht ausschliesslich in ein Links-rechts-Schema einordnen lassen, vgl. Scherrer Giorgo/Baumgartner Fabio, Hassverbrechen in Zürich: Drei Dragqueens an Europaallee verprügelt, in: NZZ vom 9. Februar 2023, <https://www.nzz.ch/zuerich/hassverbrechen-in-zuerich-dragqueens-an-europaallee-verpruegelt-ld.1725311?ga=1&kid=nl165_2023-2-9&mktcid=nled&mktcval=165_2023-02-10> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Zusammenfassend wird festgehalten: Die Berücksichtigung des Handlungsmotivs oder der Beweggründe werden in Art. 47 StGB genügend erfasst.[1947] Wird eine rassendiskriminierende Herabsetzung mittels einer Körperverletzung ausgeführt, so erfüllt die Tathandlung gemäss BGer sowohl Art. 261bis Abs. 4 sowie Art. 122 StGB in Idealkonkurrenz.[1948] Es lässt sich daher in Bezug auf Hassdelikte keine echte Lücke feststellen, die eine zusätzliche Einführung von Normen rechtfertigen würde. Hingegen sollten die verschiedenen Beweggründe derart aufgeschlüsselt werden, dass sie schweizweit statistisch erfasst werden können, damit überhaupt weitere Untersuchungen vorgenommen werden.

[1947] Niggli, Rassendiskriminierung, N 1713.

[1948] BGE 133 IV 308 E. 8.8 S. 318.

Kapitel 11: Spezielle Online-Normen

Weltweit steigt die Tendenz der Einführung spezieller Online-Gesetze. Im *VK* ist der Online Safety Act kürzlich in Kraft getreten, in *Deutschland* existierte das NetzDG und in der *EU* ist der DSA seit 17. Februar 2024 in allen EU-Staaten gültig und hat das NetzDG abgelöst. Auch in den *USA* wurden Überlegungen zu einem neuen Gesetz angestellt, das die Plattformenbetreibenden in der einen oder anderen Form einschränken sollte, je nach amtierender US-Präsidentschaft.[1949] Aktuell gewährt die USA aber den Plattformen weitreichenden Handlungsspielraum und auferlegt diesen wenig Einschränkungen.[1950]

Die *Schweiz* kennt – anders als Deutschland, die EU und geplant in England und Wales – derzeit keine speziellen Online-Gesetzgebungen. Staatliche Regulierungen und klare Vorgaben zum Umgang mit Hassrede auf Online-Plattformen wurden deshalb vermehrt gefordert. Der Bundesrat hat das UVEK entsprechend beauftragt, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten. Wie bereits erwähnt, muss der Bedarf eines solchen Gesetzes Gegenstand weiterer Untersuchungen sein. Es sollen dennoch einige Anmerkungen zu dieser Thematik notiert werden:

Ein Problem bei der Begehung von Straftaten im Netz liegt in der erschwerten Verfolgung der sich strafbar gemachten Person. Die Behörden verfügen oft nicht über eine effektive Handhabung zur Ermittlung der Täterin oder des Täters.[1951] Durch die Übermittlung der IP-Adressen durch die Plattformbetreibenden könnte zumindest ein Teil des Problems gelöst werden. Ein entsprechender Versuch Deutschlands durch die Änderung des NetzDG stiess allerdings auf massiven Widerstand und scheint vorerst gescheitert.[1952] Der das NetzDG ablösende DSA schreibt eine Meldepflicht an die Strafverfolgungsbehörden nur in Ausnahmefällen vor, in denen eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit von Personen

---

[1949] Tam Jonathan/Tse Vivian, United States: Now is the time to evaluate your online content moderation program, in: Lexology vom 8. Februar 2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=611d66d1-8f10-40dc-a2e8-06bd3aa7dbfe> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1950] Vgl. Teil 3, Kap. 1 II A.

[1951] Bericht BAKOM, S. 4.

[1952] Biselli Anna, Ab Februar gilt die Meldepflicht. Eigentlich., in: netzpolitik.org vom 31. Januar 2022, <https://netzpolitik.org/2022/netzwerkdurchsetzungsgesetz-ab-februar-gilt-die-meldepflicht-eigentlich/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

besteht.[1953] Wie sich der Online Safety Act im VK entwickeln wird, muss abgewartet werden, aber auch dort haben sich Widerstand und grosse Kritik geregt.[1954] Ein Problem bei diesen Gesetzen scheint u.a. zu sein, dass für die Ermittlungsaufnahme bereits eine Fülle von Daten an die Strafbehörden herausgegeben werden (sollten), ohne dass klar ist, ob das Verhalten überhaupt strafrechtlich relevant ist.[1955] Handelt es sich bei den zu ermittelnden IP- und Provideradressen um Randdaten, so muss in der Schweiz das Zwangsmassnahmengericht über die Herausgabe entscheiden.[1956] Müssten nun alle möglicherweise strafrechtlich relevanten Aussagen gemeldet werden und müsste das Zwangsmassnahmengericht in diesen Fällen über eine Herausgabe von Randdaten entscheiden, wäre eine massive Überlastung des Gerichts zu erwarten. Eine Lösung könnte in der Schaffung eines ausserordentlichen richterlichen Gremiums liegen, das (nur) über die Herausgabe von IP-Adressen vorgängig entscheidet. Über die Rechtmässigkeit der Herausgabe könnte nachträglich immer noch in einem ordentlichen Verfahren entschieden bzw. diese angefochten werden. Grundsätzlich scheint aber eine Meldepflicht von Äusserungen durch die Betreibenden, wie es das NetzDG vorsah, nur schwer realisierbar. Vernünftiger scheint die Lösung des DSA, der eine Meldepflicht nur in Ausnahmefällen vorsieht. In diesen Fällen muss aber eine schnelle Ermittlung von IP-Adressen und Server-Standorten garantiert sein. Kann das Zwangsmassnahmengericht dies nicht sicherstellen, so sollte ein ausserordentliches richterliches Gremium zur Beurteilung dieser Frage geschaffen werden.

Eine weitere Schwierigkeit stellt die strafrechtliche Verfolgung von Auslandtaten dar. Art. 261bis StGB kann derzeit im Ausland nicht verfolgt werden, weil die Norm keine Individualinteressen schützt bzw. es ihr als Gefährdungsdelikt an einem Erfolg mangelt. [1957] Dies stellt gerade im Internet ein Problem dar. Es wird deshalb

---

[1953] Art. 18 Abs. 1 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

[1954] Young Tobi, Why I fear this censors' charter, in: The Critic von Juni 2022, <https://thecritic.co.uk/issues/june-2022/why-i-fear-this-censors-charter/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1955] Biselli Anna, Ab Februar gilt die Meldepflicht. Eigentlich., in: netzpolitik.org vom 31. Januar 2022, <https://netzpolitik.org/2022/netzwerkdurchsetzungsgesetz-ab-februar-gilt-die-meldepflicht-eigentlich/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1956] Urteil des BGer 6B_656/2015 vom 16. Dezember 2016.

[1957] BGE 105 IV 326 E. 3c S. 327–328; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB110200-O/U/cwo vom 19. August 2016 E. 8.12.2.

von der Lehre eine weite Auslegung des Erfolgsbegriffs gefordert.[1958] Es scheint wenig sinnvoll, den Erfolgsbegriff über Gebühr zu bemühen und weitere Unklarheiten in Bezug auf eine mögliche Strafverfolgung zu schaffen. Überlegenswert wäre hingegen, in diesem Fall eine Ausnahme gesetzgeberisch festzuhalten. Eine dem deutschen Recht ähnliche Ausgestaltung könnte als möglicher Lösungsansatz dienen: § 130 Abs. 2 Nr. 1, der als abstraktes Gefährdungsdelikt über keinen Erfolgsort verfügt und damit – gleich wie in der Schweiz – grundsätzlich im Ausland nicht strafrechtlich verfolgt werden könnte,[1959] wird durch § 5 Nr. 5a Buchstabe c D-StGB ausdrücklich als Auslandstat mit besonderem Inlandsbezug erklärt. Damit ist deutsches Strafrecht unabhängig vom Recht des Tatorts anwendbar, insofern ein Inhalt «in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, im Inland wahrnehmbar verbreitet oder der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird und der Täter Deutscher ist oder seine Lebensgrundlage im Inland hat».[1960] Damit soll auch verhindert werden, dass sich jemand nur zur Tatbegehung ins Ausland begibt und deshalb straffrei ausgeht. Aus den gleichen Gründen liesse sich eine solche Anpassung auch in der Schweizer Gesetzgebung rechtfertigen.

Ein weiteres Problem im Online-Bereich wird darin gesehen, dass insbesondere die sozialen Medien als neue Kommunikationsplattformen dienen, diese aber weitgehend ungeregelt sind und sich fast ausnahmslos in den Händen Privater befinden. Hassreden bringen, weil sie die Gemüter erhitzen, mehr Klicks, worin das Interesse und Geschäft der sozialen Medien besteht. Eine mögliche Lösung könnte ein «alternatives soziales Netzwerk sein, das nach den Prinzipien eines öffentlich-rechtlichen Verständnisses funktioniert, das Kommunikation ermöglicht, ohne dass es kommerziell ausgebeutet wird».[1961] In der Schweiz gibt es seit März 2023 die Public Discourse Foundation, die den öffentlichen Diskurs im

---

[1958] Riedo/Beglinger, N 51.

[1959] LK StGB-Krauss, § 130, N 172. Eine ähnliche Lösung wird bereits bei Art. 259 Abs. 1bis StGB angewandt.

[1960] § 5 Nr. 5a Buchstabe c D-StGB.

[1961] Glatthard Jonas, Gesetze? Die Schweiz tickt anders auf den sozialen Medien, in: SWI swissinfo.ch vom 12. Mai 2021, <https://www.swissinfo.ch/ger/wie-werden-die-sozialen-medien-wieder-sozial-/46585360> [zuletzt besucht am 15.10.2024]. Eine solche Plattform (PTT) existiert bereits in Taiwan. Die Finanzierung erfolgt durch die Nationale Universität und ist damit unabhängig von Werbegeldern und Shareholdern.

Internet erforschen und stärken will.[1962] Die Wirksamkeit der Stiftung wird sich noch zeigen müssen, es scheint aber ein interessanter Ansatzpunkt zu sein.

In welchem Rahmen ein Online-Gesetz sinnvoll erscheint, ist trotz dieser Anmerkungen hinterfragbar. Die oben genannten Faktoren können auch direkt bei den entsprechenden Strafnormen im Sinne einer Kontextbeurteilung genügend berücksichtigt werden. Zudem muss auch die Missbrauchsgefahr solcher Gesetzgebungen beachtet werden. Es existieren weltweit verschiedene Staaten, die ein dem NetzDG ähnliches Gesetz in ihrem Land umgesetzt haben. Im Oktober 2020 konnten insgesamt 25 Länder festgestellt werden, «die Gesetze diskutiert oder implementiert haben, welche vom NetzDG inspiriert sind». Mit Ausnahme des VK, Frankreichs[1963] und Österreichs handelt es sich um aussereuropäische Länder, die fast durchgehend der Meinungsäusserungsfreiheit keine grosse Bedeutung beimessen. Die Gefahr, dass die umgesetzten Gesetze für Zensur unliebsamer Meinungen missbraucht werden, ist deshalb zumindest in diesen Staaten gross.[1964] Sicherheit im Online-Bereich sollte nicht um jeden Preis erfolgen, es gilt deshalb, die verschiedenen Möglichkeiten sorgfältig abzuwägen.

Es lässt sich festhalten, dass aufgrund der deutlich unkontrollierbaren, schnelleren und weitreichenden Weiterverbreitung von Äusserungen im Internet sowie der Konservierung des geschriebenen Wortes – im Gegensatz zu mündlichen Aussagen, die «flüchtiger Art» sind – sich Regelungen, die diese Faktoren mitberücksichtigen, durchaus als sinnvoll erweisen können. Die mögliche Zensurgefahr muss aber berücksichtigt und auch gesetzgeberisch minimiert werden. Die Forderung von höherer Transparenz und Offenlegung der Algorithmen im Blick auf Posts-Löschungen oder Kontensperrungen wären hierbei essenziell.

[1962] <https://www.swissfoundations.ch/aktuell/public-discourse-foundation/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]

[1963] Glatthard Jonas, Gesetze? Die Schweiz tickt anders auf den sozialen Medien, in: SWI swissinfo.ch vom 12. Mai 2021, <https://www.swissinfo.ch/ger/wie-werden-die-sozialen-medien-wieder-sozial-/46585360> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1964] In Frankreich hat der Conseil Constitutionel das Loi Avia wegen teilweiser Verfassungswidrigkeit gekippt, Heldt Amélie, Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz, in: JuWissBlog Nr. 96/2020 vom 23. Juli 2020, <https://www.juwiss.de/96-2020/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Kapitel 12: Meinungsäusserungsfreiheit

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Wie bereits in Teil 3, Kap. 1 ausgeführt, geniesst die Redefreiheit in den *USA* einen hohen Rang und wird durch den Ersten Zusatzartikel garantiert und stark geschützt. Der starke Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit begründet sich auf drei Grundgedanken: dem Marktplatz der Ideen (market place of ideas), der Selbstverwaltung (self-government) und der Autonomie. Der freie Marktplatz der Ideen wird dabei als unerlässliche Bedingung in der (politischen) Wahrheitsfindung angesehen. Staatliche Regulierungen von Meinungsäusserungen würden den Marktplatz der Ideen gefährden, was zu einer Einschränkung der Autonomie oder der freien Ausdrucksmöglichkeiten führen würde. Letztlich verletze dies die Würde des einzelnen Menschen. Die uneingeschränkte Meinungsäusserungsfreiheit wird folglich als Wahrung der Menschenwürde angesehen. Die US-amerikanische Bevölkerung hegt gegenüber dem Staat ein grundsätzliches Misstrauen, weshalb dieser nicht darüber entscheiden solle, was gesagt werden dürfe und was nicht.[1965]

Eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit kann deshalb nur erfolgen, wenn die Rede direkt und unmittelbar einen ernsthaften Schaden verursacht (Drohungen, Belästigungen, strafbares Aufreizen, Erleichtern von strafbarem Verhalten) und die Regulierung neutral gehalten ist.[1966] Einschränkungen der freien Rede einzig wegen ihres Inhalts sind kaum möglich.

> «A conviction resting solely upon speech could be justified under the First and Fourteenth Amendments only for the *manner* in which the freedom was exercised, but *not* for the content of the message.»[1967]

Grundsätzlich ausserhalb des Schutzbereich liegen Äusserungen «geringen Wertes» wie Verleumdung, kommerzielle Werbung, Obszönitäten und «fighting words».[1968]

Zusammengefasst lässt sich festhalten: Obwohl die Redefreiheit in den USA nicht absolut gilt, erfährt sie wenig bis kaum Einschränkungen. Das alleinige Aufstacheln zu Hass ist daher nicht verboten.

[1965] Wicki, S. 128–131.

[1966] Strossen, S. 59–67.

[1967] Alvaré, S. 464 [Hervorhebung im Original].

[1968] Strossen, S. 42–43, Chaplinsky v. New Hampshire, 515 U.S. 568, 572 (1942).

Im *VK* wird die Meinungsäusserungsfreiheit traditionell ebenfalls hochgehalten und ist gesetzlich in Art. 10 des Human Rights Act 1998 verankert, der Art. 10 EMRK entspricht. Damit unterliegt die Meinungsäusserungsfreiheit diversen Einschränkungen. Wie auch in der Schweiz konkurrieren sich verschiedene Rechte und stehen in einem Spannungsfeld zueinander. Einerseits liegt die Schwelle der verbotenen Aufstachelungsdelikte eher hoch und die Normen werden nur selten angewandt.[1969] Andererseits existieren etliche andere Normen, die auf Äusserungen angewandt werden und diese deutlich früher unterbinden. Die harte Verfolgung von Monarchiekritikern nach dem Tod der Queen[1970] steht hierfür beispielhaft. Auch die nicht-kriminellen Hassvorfälle schränken die Meinungsäusserungsfreiheit durch ihren Einschüchterungseffekt weiter ein.[1971] Der breite Handlungsspielraum der Polizei erweist sich zusätzlich als problematisch. Dieser wird nun noch weiter ausgeweitet durch den «Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022».[1972]

In anderen Bereichen wurden hingegen die Einschränkungen von Meinungsäusserungen als problematisch angesehen.[1973] So erklärte der ehemalige Bildungsminister, Gavin Williamson, dass Universitäten für die Abwertung einer soliden Debatte zur Rechenschaft gezogen werden müssten. Er kritisierte, dass Gastreferierende, Studierende, Akademikerinnen, universitäre Mitarbeiter etc. einzig aufgrund ihrer Ansichten zum Schweigen gebracht worden seien.[1974] Es wurde deshalb die «Higher Education (Freedom of Speech) Bill» entworfen, die am 11. Mai 2023 als

---

[1969] Hate Speech Laws, N 1.12.

[1970] Nuspliger Niklaus, Queen: Staatstrauer entfacht Debatte um Meinungsfreiheit, in: NZZ vom 15. September 2022, <https://www.nzz.ch/international/queen-staatstrauer-entfacht-debatte-um-meinungsfreiheit-ld.1702677> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1971] Coleman Paul, Why are the police handcuffing street preachers?, in: Spiked vom 30. April 2021, <https://www.spiked-online.com/2021/04/30/why-are-the-police-handcuffing-street-preachers/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1972] Francis Lizzie, Queen's Speech 2021: Free speech pendulum swings both ways, in: The Critic vom 11. Mai 2021, <https://thecritic.co.uk/queens-speech-2021-the-free-speech-pendulum-swings-both-ways/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1973] Regierung will Meinungsfreiheit an Unis gesetzlich neu regeln, in: Forschung & Lehre vom 17. Februar 2021, <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/regierung-will-meinungsfreiheit-an-unis-gesetzlich-neu-regeln-3498> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1974] Department of Education, S. 5.

«Higher Education /(Freedom of Speech) Act 2023» in Kraft trat.[1975] Dieses Gesetz setzte unter anderem einen «Verteidiger»[1976] für die freie Meinungsäusserung ein, der Verstösse gegen die Redefreiheit im Hochschulbetrieb untersuchen und Entschädigungen vorschlagen kann. Das Gesetz verpflichtete auch die Hochschulaufsichtsbehörde in England dazu, die Redefreiheit und die akademische Freiheit aktiv zu fördern, verbunden mit der Befugnis, Sanktionen für Verstösse dagegen zu verhängen. Weiter wurde die Möglichkeit eingeführt, bei einer Pflichtverletzung ein Zivilverfahren durchführen zu können, in dem der Schaden, der durch die Verletzung entstanden ist, gerichtlich geltend gemacht werden kann.[1977] Die Einführung des Act ist kontrovers diskutiert worden, zumal befürchtet worden ist, dass der gegenteilige Effekt – nämlich, dass kontroverse Debatten nun gänzlich vermieden würden – eintreten könnte.[1978] Der Act wurde im Juli 2024 vorläufig ausser Kraft gesetzt, weil befürchtet wurde, dass er dem Wohl der Studierenden, insbesondere dem von Minderheitsgruppierungen, schaden beziehungsweise sich negativ auf diese auswirken könnte.[1979] Auch dieser Beschluss wurde stark kritisiert und einige Befürworter und Befürworterinnen des Act planen die Regierung des VK deswegen zu verklagen.[1980]

Als weitere Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit kann die Empfehlung der Law Commission gewertet werden, bei neutralen Berichterstattungen auf eine

---

1975 Higher Education (Freedom of Speech) Bill, <https://bills.parliament.uk/bills/2862> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1976 Der von der Office for Student gewählte «Director for Freedom of Speech and Academic Freedom» war Prof. Arif Ahmed.

1977 Department of Education, S. 8.

1978 Rose Sam/Morrisey Emma, Higher Education (Freedom of Speech) Act 2023: new duties for providers, in: Lexology vom 24. Mai 2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a598d65a-d86a-4704-b685-b7b41bf8a051> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Parr Chris, Labour pause on free speech act labelled «sensible», in: Research Professional News vom 26. Juli 2024, <https://www.researchprofessionalnews.com/rr-news-uk-universities-2024-7-labour-pause-on-free-speech-act-labelled-sensible/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1979 GOV.UK, Free Speech Act, what you need to know, in: Blog, The Education Hub vom 26. Juli 2024, <https://educationhub.blog.gov.uk/2024/07/26/free-speech-act-what-you-need-to-know/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1980 Legal challenge over university free speech law, in: CARE vom 7. August 2024, <https://care.org.uk/news/2024/08/legal-challenge-over-university-free-speech-law> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; 500 academics call for free speech act to be reinstated, in: CARE vom 27. August 2024, <https://care.org.uk/news/2024/08/500-academics-call-for-free-speech-act-to-be-reinstated> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

strafrechtliche Erfassung zu verzichten, selbst dann, wenn diese unkommentiert erfolgen würden. Das VK befindet sich also in einem interessanten Spannungsfeld zwischen einer (bereits wieder abgeschwächten) Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit an Universitäten und der Einführung von weiteren eher vage gehaltenen Bestimmungen, welche die Kompetenzen der Polizei, die freie Meinungsäusserung einzuschränken, stark erweiterten. Es ist also nicht ganz klar, in welche Richtung «das Pendel» schwingt:[1981]

> «It's illogical to have one foot in either camp, encouraging some public bodies to liberate and compensate the silenced; while simultaneously empowering others to criminalise public speech when it's ‹annoying›. What happens when the two paradigms collide — as they inevitably will? Can campuses be protected but not the streets? The pendulum cannot swing both ways.»[1982]

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

In *Deutschland* ist die Meinungsäusserungsfreiheit in Art. 10 EMRK und Art. 5 GG gesetzlich verankert; Zensur ist explizit verboten. In Abs. 2 von Art. 5 GG wird allerdings auch festgehalten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit «ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre» findet. Unter «allgemeinen Gesetzen» werden Gesetze verstanden, die vor Rechtsgutsverletzungen schützen, diese müssen meinungsneutral gehalten sein. Einschränkungen, die von vornherein eine bestimmte Meinung verbieten, sind deshalb grundsätzlich verboten. Ausnahme ist hierbei § 130 Abs. 4, der die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft verbietet und damit gerade nicht neutral formuliert ist, sondern eine bestimmte Ansicht explizit kriminalisiert. Es ist nicht klar, ob dies die einzige Ausnahme ist und bleibt oder dies zur Folge hat, dass weitere sogenannte Sondergesetze gegen Äusserungen mit Bezug zum Nationalsozialismus eingeführt werden können.[1983]

Als grundsätzliche Gewichtung der Meinungsäusserungsfreiheit könnte die Sozialadäquanzklausel in Abs. 8 von § 130 D-StGB angesehen werden. Allerdings gilt

---

[1981] Mit der vorläufigen Ausserkraftsetzung des Higher Education Act 2023 scheint die Richtung aber vielleicht doch etwas klarer.

[1982] Francis Lizzie, Queen's Speech 2021: Free speech pendulum swings both ways, in: The Critic vom 11. Mai 2021, <https://thecritic.co.uk/queens-speech-2021-the-free-speech-pendulum-swings-both-ways/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[1983] BeckOK GG-Schemmer, Art. 5, N 99–99.4.

sie nur eingeschränkt (so nicht für Abs. 1) und verlangt kritische Kommentierungen bei solchen Berichterstattungen. Die zusätzliche Auflage einer Kommentierung ruft den Fall *Jersild* in Erinnerung. Die Law Commission empfahl dem VK die straffreie Ausstrahlung von neutralen Reportagen, unabhängig vom Inhalt und ob sich die Berichterstattenden davon distanzieren. In Deutschland hingegen muss für einen Tatbestandsausschluss eine «kritische oder distanzierte Begleitkommentierung» mitausgestrahlt werden. Dem deutschen Publikum wird offenbar im Unterschied zum englischen nicht zugetraut, dass es zwischen einer neutralen Berichterstattung (auch ohne Kommentierung oder Distanzierung) und rassistischer Propaganda unterscheiden kann.[1984] Die Klausel bleibt daher ohne Bedeutung für die Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit. Deutschland weist daher ähnliche Spannungsfelder wie das VK und die Schweiz[1985] in Bezug auf Hassredenormen und deren Konflikte mit der Meinungsäusserungsfreiheit auf.

III. Die Rechtsprechung des EGMR

Der *EGMR* hat seit seinem Bestehen zahlreiche Urteile zu Art. 10 EMRK gefällt.[1986] Die EGMR-Fälle im Teil 1, Kapitel 1 IV dienen ebenfalls als Veranschaulichung dafür, wie die Meinungsäusserungsfreiheit im grösseren europäischen Kontext jeweils gewichtet wird. Durch die Sanktionierung von Hassrede wird unweigerlich die Meinungsäusserungsfreiheit tangiert.[1987] Es stehen sich dabei zwei Grundwerte[1988] gegenüber, bei denen die Lösung des Konflikts nicht immer einfach ist und oft im Einzelfall entschieden werden muss, welchem Recht der Vorrang gegeben werden sollte.

Der EGMR sieht die Meinungsäusserungsfreiheit als eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft und als eine Grundvoraussetzung für ihren Fortschritt und für die Selbstverwirklichung jedes Einzelnen an. Sie umfasse nicht nur Ideen und Informationen, die wohlwollend aufgenommen oder als unbe-

---

1984 Vgl. LK StGB-Krauss, § 130, N 161.

1985 Die schweizerische Handhabung dieses Spannungsfelds wurde eingehend in Teil 2, Kap. 2 erläutert.

1986 Einen guten Überblick zu Hassredeurteilen des EGMR bietet die Webseite: The Future of Free Speech, <https://futurefreespeech.com/hate-speech-case-database/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

1987 Vgl. auch Teil 2, Kap. 2.

1988 Z.B. Recht auf Nichtdiskriminierung, Religionsfreiheit oder auf Privatsphäre vs. Meinungsäusserungsfreiheit.

denklich oder unbeachtlich angesehen werden, sondern auch solche, die verletzen, schockieren oder stören. Der Gerichtshof erachtet dies als Voraussetzung für einen pluralen, toleranten und aufgeschlossenen Staat. Ohne Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit gebe es auch keine «demokratische Gesellschaft».[1989] Dieser Grundsatz wurde vom EGMR wiederkehrend betont und stark gewichtet.[1990]

Die Meinungsäusserungsfreiheit unterliegt allerdings Schranken und gilt nicht absolut. Diese Ausnahmen seien jedoch – so der Gerichtshof – streng auszulegen und deren Notwendigkeit überzeugend zu begründen. Bei der Beurteilung eines konkreten Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit müssten verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. Bei der Bewertung seien der Zweck der fraglichen Äusserung, die verwendeten Ausdrücke und die Art ihrer Präsentation, das allgemeine Interesse am Thema und dessen Bedeutung, der politische und soziale Kontext, der Gesamtzusammenhang sowie die potenzielle Schädlichkeit der fraglichen Äusserung, der Einfluss der sich äussernden Person und die Grösse des Publikums, an das die Botschaft gerichtet ist, zu berücksichtigen. Nicht der einzelne Faktor bestimme das Ergebnis, sondern deren Zusammenspiel.[1991]

Ob eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK erfolgt ist, entscheidet sich anhand von vier Kriterien:

1. Es muss sich um einen Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit handeln. Dieser ist nur zulässig, wenn er die Erfordernisse von Art. 10 Abs. 2 EMRK erfüllt.
2. Er muss gesetzlich vorgeschrieben sein,
3. ein berechtigtes Anliegen verfolgen (Art. 10 Abs. 2 EMRK nennt eine Reihe legitimer Anliegen)
4. und es muss sich dabei um einen Eingriff handeln, der in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, um dieses legitime Ziel zu erreichen.[1992]

Das Kriterium der «Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft» bedeutet, dass der Gerichtshof prüft, ob der beanstandete Eingriff einem «dringenden sozialen Bedürfnis»[1993] entspricht. Dieses Bedürfnis muss in der Regel überzeu-

---

[1989] Annen v. Germany, no. 3690/10, § 52, 26. November 2015.

[1990] Das zeigt sich daran, dass diese Aussage seit Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, § 49, 7. Dezember 1976 in Bezug auf Art. 10 bis heute stets wiederholt wird.

[1991] M.w.H. Atamanchuk v. Russia, no. 4493/11, § 50, 11. Februar 2020.

[1992] Anstelle vieler vgl. Dmitriyevskiy v. Russia, no. 42168/06, §§ 76–94, 3. Oktober 2017.

[1993] Original: pressing social need.

gend dargelegt werden. Der Gerichtshof räumt den nationalen Gerichten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung dieses Bedürfnisses ein. Er überprüft nicht nur, ob ein nationales Gericht sein Ermessen vernünftig, sorgfältig oder in gutem Glauben ausgeübt hat, sondern beurteilt den Eingriff im Lichte des gesamten Falles, einschliesslich des Inhalts der vorgeworfenen Äusserung sowie des Kontexts, in dem diese gemacht wurde.[1994] Um die Rechtfertigung eines Urteils zu überprüfen, wird zudem vom EGMR zwischen «statements of fact» und «value judgments» unterschieden.[1995]

> «[W]hile the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10.»[1996]

Allerdings müssten sich auch Werturteile auf hinreichende Tatsachengrundlagen stützen, andernfalls seien sie unangemessen. Die Beurteilung, um welche Art der Aussage es sich handle, sei primär den nationalen Gerichten vorbehalten.[1997] Weiter muss die Art und Schwere der verhängten Strafe in die Beurteilung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs miteinbezogen werden. Insbesondere im Bereich der politischen Meinungsäusserung ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe nur unter aussergewöhnlichen Umständen mit Art. 10 EMRK vereinbar. Das kann der Fall sein, wenn andere Grundrechte ernsthaft beeinträchtigt wurden, wie beispielsweise im Fall von Hassreden oder Aufstachelung zur Gewalt.[1998] Es gibt auch Aussagen, die vom Schutzbereich von Art. 10 EMRK ausgeschlossen werden. Das wird mit Art. 17 EMRK begründet, der Äusserungen, die sich gegen die der Konvention zugrunde liegenden Werte richteten und der Schutz der Äusserung ein Missbrauch der Konventionsrechte darstellen würde, von vornherein von einer Überprüfung ausschliesst. Das ist beispielsweise bei «gravierender» Hassrede, bei demokratiefeindlichen Äusserungen sowie per se bei der Holocaustleugnung der Fall.

Bei der Beurteilung von Fällen, die sich auf die Aufstachelung zu Hass und Meinungsäusserungsfreiheit beziehen, werden vom EGMR deshalb zwei Ansätze gewählt:

1994 Anstelle vieler vgl. Dmitriyevskiy v. Russia, no. 42168/06, §§ 92–93, 3. Oktober 2017.

1995 Pedersen and Baardsgaard v. Denkmark, no. 49017/99, § 76, 17. Dezember 2004.

1996 Pedersen and Baardsgaard v. Denkmark, no. 49017/99, § 76, 17. Dezember 2004.

1997 Pedersen and Baardsgaard v. Denkmark, no. 49017/99, § 76, 17. Dezember 2004.

1998 Otegi Mondragon v. Spain, no. 2034/07, §§ 58–59, 15. März 2011.

Die fragliche Aussage kann entweder vom Schutz der Konvention gemäss Art. 17 EMRK ausgeschlossen werden (wenn es sich um schwere Hassrede handelt und die Äusserung die Grundwerte der Konvention untergräbt) oder der Schutz wird gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK eingeschränkt (obwohl es sich um Hassrede handelt, die aber nicht geeignet ist, die Grundwerte der Konvention zu zerstören).[1999]

Der allgemeine Zweck von Art. 17 besteht darin, totalitäre Gruppen daran zu hindern, die in der Konvention niedergelegten Grundsätze für ihre eigenen Interessen auszunutzen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es nicht erforderlich, den Personen, die an Aktivitäten beteiligt sind, die auf die Zerstörung eines dieser Rechte und Freiheiten abzielen, alle in der Konvention gewährten Rechte und Freiheiten zu entziehen. Art. 17 erfasst im Wesentlichen die Rechte, die, wenn sie geltend gemacht werden, den Versuch erleichtern, sich persönlich an Handlungen zu beteiligen, die auf die Zerstörung der in der Konvention verankerten Rechte und Freiheiten abzielen.[2000] Darunter fallen Aussagen, die den Holocaust leugneten, eine Pro-Nazi-Politik rechtfertigten, die alle Moslems mit schweren Terrorakten in Verbindung brachten oder die Juden als Wurzel allen Übels in Russland darstellten.[2001] Die Praxis zu Art. 17 in Bezug auf Hassrede ist allerdings nicht einheitlich. Im zusätzlichen gemeinsamen Sondervotum der Richter Silvis, Casadevall, Kūris und Richterin Berro im Fall Perinçek gegen die Schweiz werden die vier unterschiedlichen Ansätze kurz zusammengefasst.[2002] Für eine vertiefte Analyse zu Art. 17 EMRK und Meinungsäusserungsfreiheit wird zudem auf die Dissertation von Struth verwiesen. Struth führt in ihrer Dissertation aus, dass Hassreden stets unter den Schutzbereich von Art. 10 EMRK zu fallen haben und nicht bereits von Anfang an via Art. 17 ausgeschlossen werden sollten:

> «Dies verleiht einem Äussernden noch keinen Abwehranspruch, wenn der Staat seine ‹Hassrede› beschränkt oder verbietet. Es gewährleistet ihm aber eine kontextsensible Auseinandersetzung mit seinem Einzelfall, in der alle tatsächlichen Umstände berücksichtigt werden; auf diese Weise werden ihm rechtsstaatliche Mindeststandards zuteil, deren Achtung ebenso Anspruch einer Grundrechtsordnung ist wie die Einhaltung demokratischer Mindeststandards. Die geminderte

[1999] EGMR, Factsheet Hate speech, S. 1.

[2000] Lawless v. Ireland (no. 3), no. 332/57, § 6 of The Law, S. 45, 1. Juli 1961; Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, nos. 8348/78 und 8406/78, S. 195, 11. Oktober 1979.

[2001] Buffa, S. 13.

[2002] Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, §§ 2–7 of the additional dissenting opinion of the Judge Silvis joined by Judges Casadevall, Berro, and Kūris, 15. Oktober 2015.

> Schutzwürdigkeit der Äusserungen wird auf Ebene der Abwägung mit gegenläufigen (Grund-)rechtspositionen berücksichtigt. Gleichzeitig hat es Auswirkungen für den einfachen Gesetzgeber. Er agiert nicht im grundrechtsfreien Raum, wenn er Verbote demokratiefeindlicher Äusserungen erlässt oder andere Regulierungen vornimmt, sondern muss die grundrechtliche Garantie der Meinungsfreiheit achten und insbesondere die Vorgaben der Schrankenklauseln wahren.»[2003]

Der EGMR muss den Sachverhalt nach den Massstäben der EMRK beurteilen und gleichzeitig jeweils eine kontextsensible Beurteilung vornehmen, welche die verschiedenen geschichtlichen und kulturellen Hintergründe eines Staates berücksichtigt. Ein Weg dazu führt über die «margin of appreciation», den jeweiligen staatlichen Beurteilungsraum, der der EGMR den Staaten zugesteht. Anhand dessen «variiert der Gerichtshof seine Kontrolldichte in Bezug auf die Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall».[2004] Auf der Ebene der Verhältnismässigkeitsprüfung wird den jeweiligen nationalen Besonderheiten Rechnung getragen. Das ist aber nicht möglich, wenn die Äusserung von Beginn weg vom Schutzbereich der Konvention ausgeschlossen ist. Es scheint deshalb sinnvoll, dass Hassreden vom Schutzbereich der Konvention stets miterfasst sind.[2005]

IV. Diskussion und Fazit

In allen vorliegend untersuchten Staaten geniesst die Meinungsäusserungsfreiheit einen hohen Status. Im Unterschied zu den USA weisen aber das VK, Deutschland und die Schweiz deutlich mehr Spannungsfelder auf. Vermehrt werden Aussagen entweder als nicht gedeckt von der Meinungsäusserungsfreiheit oder überhaupt nicht als vom Schutzbereich erfasst beurteilt. Hassreden scheinen dabei zumindest teilweise der letzteren Kategorie anzugehören und werden nicht mehr unter dem Aspekt der Meinungsfreiheit beurteilt. Diese Tendenz zeigt sich auch in der Rechtsprechung des EGMR. Der grundsätzliche Ausschluss einer Aussage vom Schutzbereich des Grundrechts ist abzulehnen. Die nicht konzise Rechtsprechung des EGMR zu Art. 17 EMRK ist dem Grundrechtsschutz der freien Meinungsäusserung abträglich und unter dem Aspekt von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu kritisieren. Es ist grundsätzlich heikel, gewisse Äusserungen direkt vom Schutzbereich der Konvention auszuschliessen,[2006] weil sie «gegen den Geist der

---

[2003] Struth, S. 437.

[2004] Struth, S. 434–435.

[2005] Struth, S. 434–435.

[2006] Struth, S. 434–435.

Konvention» verstossen: «Mais un ‹esprit› ne propose pas des standards clairs et ouvre la porte aux abus.»[2007] Eine ausführliche Prüfung des Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit sollte in jedem Fall durchgeführt werden. Dabei kann zusätzlich die Art der Äusserung mitberücksichtigt werden, wie dass es sich bspw. um eine demokratiefeindliche und/oder grundrechtsmissbräuchliche Äusserung handelt. Diese Einschätzung sollte aber nicht von vornherein dazu führen, die Äusserung vom Schutzbereich auszuschliessen. So muss bei der Beurteilung der Demokratiefeindlichkeit einer Äusserung stets der Kontext des Staates, in dem sie getätigt wurde und gegen den sie sich richtet, einbezogen werden. Diese nationalen Unterschiede und Besonderheiten können vom Gerichtshof aber nur dann berücksichtigt werden, wenn die Äusserungen im Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit liegen und überhaupt gemäss den für Art. 10 EMRK entwickelten Kriterien überprüft werden können. Das Gleiche gilt auch für Hassreden. Ob etwas als Hassrede gilt, kann nur überprüft werden, wenn die Äusserung anhand der vom EGMR entwickelten Kriterien beurteilt wird. Das ist aber nicht möglich, wenn aufgrund des Ausschlusses gar nie eine solche Überprüfung vorgenommen wird. Zudem kann es aufgrund der fehlenden klaren Definition, was überhaupt unter Hassrede zu subsumieren ist, nicht ausreichen, die Äusserungen als Hassrede zu deklarieren, um einen Ausschluss vom Schutzbereich zu begründen. Die grundsätzliche Überprüfung aller Aussagen würde zudem die unnötige und verwirrliche Kategorisierung in «echte» und «unechte» bzw. «schwere» und «weniger schwere» Hassrede obsolet machen. Es sollten deshalb alle Äusserungen, insbesondere auch Hassreden, innerhalb des Schutzbereichs der Meinungsäusserungsfreiheit liegen.[2008] Zumindest aber sollte eine klare und einheitliche Rechtsprechung zu Art. 17 entwickelt werden.[2009] Das gilt insbesondere auch in Bezug auf die Holocaustleugnung. Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern eine Leugnung des Holocaust nicht nur nie von Art. 10 EMRK geschützt wird, sondern gar nicht erst vom Schutzbereich erfasst und aufgrund von Art. 17 ausgeschlossen wird,[2010] eine Leugnung von anderen Genoziden (wie z.B. an den Armeniern im Fall Perinçek) hingegen durch Art. 10 als freie Meinungsäusserung geschützt wird. Der Gerichtshof begründete die unterschiedliche Behandlung vor allem mit dem historischen Kontext der fraglichen Ereignisse und nicht damit, dass es sich beim Holocaust um eine klar erwiesene historische Tatsache handelt. Die Leug-

[2007] Féret c. Belgie, no. 15615/07, S. 26 of the joint dissenting opinion of the Judges Sajó, Zagrebelsky and Tsotsoria, 16. Juli 2009.

[2008] Struth, S. 434–435.

[2009] Struth, S. 434–435.

[2010] Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 234, 15. Oktober 2015.

nung des Holocaust habe, wenn auch als unparteiische historische Recherche verkleidet, unweigerlich den Beigeschmack einer antidemokratischen und antisemitischen Ideologie.[2011] Die FIDH[2012] kritisierte die Ansichten des EGMR im Fall *Perinçek* und schlug alternativ vor, die fraglichen Äusserungen stets daraufhin zu untersuchen, ob die Absicht bestanden habe, zu Hass oder Diskriminierung aufzurufen. Nur aufgrund dieser Absicht und nicht wegen der Verleugnung von historischen Tatsachen erscheine eine Strafe überhaupt gerechtfertigt. Über diese Absicht müsse das Gericht von Fall zu Fall entscheiden.[2013] Grundsätzlich beurteilte der Gerichtshof, ob völkermordleugnende Aussagen von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sind oder nicht, bereits aufgrund ähnlicher Kriterien.[2014] Einzige Ausnahme blieb die Holocaustleugnung.[2015] Solche Kriterien sind aber nur dann zweckmässig, wenn solche Absichten auch bei der Holocaustleugnung durch die Gerichte nicht einfach unterstellt, sondern nachgewiesen werden.

Ähnliche Kritik wie gegen die Rechtsprechung des EGMR lässt sich auch in der Schweiz anbringen. So wird in Bezug auf die einschlägigen Schweizer Normen ein Grundrechtskonflikt teilweise schlicht verneint, weil durch die Schaffung der einschlägigen Strafnormen bereits eine grundsätzliche Abwägung zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und dem strafrechtlichen Eingriff vorgenommen worden sei und falls sich eine Äusserung als Hassrede bzw. die Menschenwürde verletzend qualifiziere, keine weitere Überprüfung erfolgen müsse, da die Menschenwürde stets unantastbar sei.[2016] Diese Argumentation funktioniert aber nur, wenn die Menschenwürde als Rechtsgut fungiert,[2017] was in der vorliegenden Arbeit bereits problematisiert worden ist. Der Grundrechtskonflikt zwischen Hassredenormen und der Meinungsäusserungsfreiheit kann daher nicht mit Verweis auf die Menschenwürde aufgelöst bzw. umgangen werden. Ein Grundrechtskonflikt wird deshalb grundsätzlich bejaht. Einschränkungen von Äusserungen sind deshalb im Einzelfall anhand von Art. 36 BV durchzuprüfen. Diese Überprüfung erweist sich nicht automatisch einzig durch die Schaffung von Strafnormen als

---

2011 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 243, 15. Oktober 2015.

2012 Dachverband verschiedener Menschenrechtsorganisationen.

2013 Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 195, 15. Oktober 2015.

2014 «[W]hether the statements […] could be seen as a direct or indirect call for violence or as a justification of violence, hatred or intolerance», Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, § 206, 15. Oktober 2015.

2015 Vest/Simon, S. 541–542.

2016 Niggli, Rassendiskriminierung, N 111, 843–852.

2017 Vgl. Niggli, Rassendiskriminierung, N 842, 879.

obsolet. Dies, weil «bei Bestimmungen, die ein Freiheitsrecht einschränken und mit auslegungsbedürftigen Begriffen arbeiten, diejenige Auslegung gewählt wird, die mit der Verfassung im Einklang steht».[2018] Die Einführung einer Strafnorm löst dieses Prinzip nicht einfach auf:

> «Denn die Verwendung wertausfüllender Begriffe in einem Gesetz besagt ja gerade, dass der Gesetzgeber den Wertkonflikt im Einzelfall nicht vorweggenommen und ein für allemal gelöst hat, dass er vielmehr diese konkrete Wertentscheidung dem Richter überlässt.»[2019]

Die Art. 259, 261 und 261[bis] StGB schränken allesamt Freiheitsrechte ein und verwenden jeweils auslegungsbedürftige Begriffe. Eine Grundrechtsüberprüfung im Einzelfall bietet sich daher an. Als solche deklarierte Hassreden sollten sich deshalb nicht grundsätzlich ausserhalb des Schutzbereichs der Meinungsäusserungsfreiheit befinden, sondern immer anhand der konkreten Umstände und im Einzelfall beurteilt und gegen die Meinungsäusserungsfreiheit abgewogen werden.[2020]

Wird hingegen die Ansicht vertreten, dass zwischen dem Rechtsgut der Menschenwürde und dem Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit kein Grundrechtsrechtskonflikt vorliegen könne und Hassreden deshalb per se vom Schutzbereich ausgeschlossen seien, muss die Kategorisierung von Äusserungen äusserst sorgfältig erfolgen. Eine Entschärfung der Problematik könnte über eine eindeutigere und schärfer konturierte Begriffsbestimmung der Hassrede erfolgen. Die aktuelle Unschärfe des Begriffs eröffnet derzeit gerade gegenteilig einen weiten Anwendungsbereich, wodurch auch Äusserungen als Hassrede deklariert werden, die diese Bezeichnung nicht verdienen. Solange der Begriff der Hassrede keine Schärfung erfährt, ist von einem grundsätzlichen Ausschluss der Hassrede vom Grundrechtschutzbereich abzusehen.

Kurzum: Entweder müssen die fraglichen Äusserungen stets eine konkrete Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäusserungsfreiheit erfahren oder aber die Normen müssen konturierter ausgestaltet werden.

[2018] BGE 100 Ib 383 S. 395.

[2019] Krauss, GS Noll, S. 222.

[2020] Struth, S. 435–437.

Kapitel 13: Hassredegesetze und Religionsfreiheit

Hassredenormen befinden sich nicht nur in einem Grundrechtskonflikt mit der Meinungsäusserungsfreiheit, sondern auch mit der Religionsfreiheit. Die oben ausgeführte Diskussion lässt sich daher übertragen. Im Folgenden finden sich drei Beispiele, die ähnlich gelagert sind wie die schweizerischen Fälle in Teil 2, Kap. 2 II. Anschliessend folgt eine vergleichende Diskussion.

I. Beispielfall 1: Michael Overd (VK)

Michael Overd, ein englischer Strassenprediger, hat sich während mehrerer Gelegenheiten auf der Strasse gegen Homosexualität ausgesprochen. Oft benutzte er dafür ein Megafon.[2021] Während seiner Strassenpredigten war es gelegentlich auch zu öffentlichen Unruhen (public disorder) gekommen und Passanten hatten den Prediger bedroht und abfällig behandelt.[2022] Bereits im Februar 2012 musste Overd sich vor Gericht wegen seiner Äusserungen verantworten. Es ging um folgende Aussagen: «Alle Homosexuellen werden in der Hölle brennen» und «Menschen, die uneheliche Kinder haben, kommen in die Hölle». Dabei handelte es sich offenbar um Bibelverse aus dem Korintherbrief. Das Gericht entschied, dass es nicht das Gleiche sei, jemanden über sein Schicksal nach dessen Ableben zu informieren, wie ihn in dieser Welt zu bedrohen, deshalb greife der Staat nicht ein. Es erfolgte deshalb ein Freispruch.[2023]

Am 7. Juni 2014 predigte er wiederum im Stadtzentrum von Taunton.[2024] Unter anderem machte er folgende Aussagen: «God made Adam and Eve and not Adam and Steve.»[2025] Weiter zitierte er den Bibelvers aus Levitikus 20,13[2026] (ohne jedoch die Todesstrafe zu erwähnen) und erläuterte gegenüber zwei Damen das Wort «Gräuel». Einem sich anschliessend darüber beschwerenden homosexuellen Mann sagte er, dass dieser ein Sünder sei und Busse tun müsse. Für seine Antworten benutzte er jeweils auch das Megafon. Der Betroffene empfand die Worte als

2021 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 12–13.

2022 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 32.

2023 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 2.

2024 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 5, 14.

2025 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 15.

2026 «Schläft einer mit einem Mann, wie man mit einer Frau schläft, dann haben sie eine Gräueltat begangen; beide werden mit dem Tod bestraft; ihr Blut soll auf sie kommen.»

ihn herabsetzend und beschämend.[2027] Ein weiterer Passant befand die Aussagen ebenfalls als unangemessen und das Verhalten des Strassenpredigers als «threatening and abusive», konnte aber die exakten Äusserungen nicht wiedergeben.[2028]

Vor Gericht ging es noch um weitere Aussagen, die etwas später stattgefunden haben (Anklagepunkte 2 und 3) und die Ehe zwischen Mohammed und Aicha betrafen. Michael Overd bezichtigte den Propheten – würde dieser im modernen England leben – der Pädophilie.[2029]

Das Vorverfahren wies etliche Mängel auf,[2030] so hat z.B. die Polizei die Aufnahme der Aussagen einer Zeugin in Bezug auf Mohammed verloren. Der Beschuldigte hatte diese aber selbst ebenfalls mit seiner Bodycam aufgenommen.[2031] Nach Anhörung der Aufnahme konnte aber kein strafrechtlich relevantes Verhalten festgestellt werden und die Anklagepunkte 2 und 3 bestanden vor Gericht nicht (fail to be proven to the criminal standard of proof) und eine Beurteilung unter dem Aspekt der Religionsfreiheit fand in diesen Punkten nicht statt.[2032]

Es wurde deshalb nur der erste Anklagepunkt (Zitat der Bibelstelle Levitikus 20,13) beurteilt. Der Beschuldigte hatte aus der Bibelstelle nur den ersten Teil («Schläft einer mit einem Mann, wie man mit einer Frau schläft, dann haben sie eine Gräueltat begangen») zitiert, da er den zweiten («beide werden mit dem Tod bestraft; ihr Blut soll auf sie kommen») als nicht relevant für die moderne Welt erachtet habe. Es sei ihm bewusst, dass dies bedrohlich hätte wirken könne, weshalb er darauf verzichtet habe.[2033]

Der Richter befand allerdings, dass das Zitat auch ohne die Todesstrafe und die Art und Weise, wie sich der Beschuldigte verhalten habe, den objektiven Tatbestand von Section 5 POA 1986 erfülle.[2034] Anschliessend befand er, dass, obwohl der Beschuldigte nicht direkt die Absicht gehabt habe, bedrohliches oder missbräuchliches Verhalten an den Tag zu legen, er sich doch bewusst gewesen sei, dass seine

[2027] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 15.

[2028] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 16.

[2029] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 6.

[2030] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 7–9.

[2031] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 22.

[2032] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 23, 30.

[2033] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 17.

[2034] R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 19.

Worte und sein Verhalten bedrohlich oder missbräuchlich gewesen seien.[2035] Der Beschuldigte hätte statt aus Levitikus 20,13 aus Levitikus 18,22 zitieren können, weil dieser Vers die gleiche Aussage macht, ohne aber den Zusatz der Todesstrafe zu erwähnen.[2036]

> «If Leviticus 20:13 is not to be considered as threating or abusive words, that will be a licence to all and sundry […], to use it as code word without being convicted of homophobic crime. […] Such a decision would not be the upholding of equal human rights and would be seized upon fundamentalists and extremists to be the first step to public disorder.»[2037]

Der Beschuldigte wurde deshalb in diesem Punkt für schuldig befunden und wegen Section 5 POA 1986 verurteilt. [2038]

Michael Overd legte Berufung ein und gewann den Fall vor der höheren Instanz. Der Richter gab der Berufung statt, empfahl Overd aber künftig, auf das Megafon zu verzichten.[2039]

II. Beispielfall 2: Olaf Latzel (Deutschland)

Am 19. Oktober 2019 hielt *Olaf Latzel*, Pfarrer der evangelischen Landeskirche, vor etwa 30 Ehepaaren ein Eheseminar mit dem Titel «Biblische Fahrschule zur Ehe: Teil 1: Die Theorie, Teil 2: die Praxis». Das ganze Seminar dauerte nicht ganz zwei Stunden, wobei der Pfarrer allein referierte und es keine Diskussionsbeiträge gab.[2040] Unter anderem fielen dabei diverse Aussagen über die Themen Gender und Homosexualität.

> «Das [soziale Geschlechter] sind Erfindungen von Menschen, haben mit der Schöpfung nichts zu tun. Gott in der Schöpfung schuf sie als Mann und Frau. Punkt. Da gibt es nicht mehr.» (Minute 07:33). **«Der ganze Genderdreck ist ein Angriff auf Gottes Schöpfungsordnung.** Das ist zutiefst teuflisch und satanisch.» (Minute 08:17).[2041]

2035 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 20.

2036 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 33.

2037 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 34.

2038 R v Overd [2015] vom 23. März 2015, N 5, 37.

2039 R v Overd, Indictment No. A20150013 vom 11. Dezember 2015, N 14.11.

2040 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 1–6.

2041 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 8 [Hervorhebung im Original].

«Ich komme nochmal später drauf, **Homosexualität, dass das alles Degenerationsformen von Gesellschaft sind, die ihre Ursache darin haben, in der Gottlosigkeit.»** (Minute 09:15).[2042]

«Diese Homolobby, dieses Teuflische kommt immer stärker, immer massiver, drängt sich immer mehr hinein. Und das ist so sukzessive, die fressen immer ein Ding, immer weg.» (Minute 48:12).[2043]

«Es gäbe eine Denkschrift zum Thema Homosexualität, die heisse ‹Mit Spannung leben›. Da werde ganz klar herausgearbeitet, dass es biblisch nicht möglich sei, die Homosexualität zu segnen. Das sei ganz klar, weil die Bibelstellen eindeutig seien: ‹Wer beim Mann liegt, wie bei der Frau, das ist ein Gräuel.› All diese Dinge, da gäbe es acht, neun Bibelstellen, die ganz, ganz eindeutig seien. Und obwohl die Bibel das ganz klar herausarbeiten würde, ginge die Kirche in dieser Denkschrift hin und sage, dass sie es trotzdem anders machen würde. Das sei ein ganz klarer Verrat am Wort Gottes, dass man ganz klar Dinge anders lebt.»[2044]

«Ihr werdet sagen, das ist nicht alles unser Problem, wir sind ja nun heterosexuell, wir haben Ehepartner geheiratet. Aber spätestens, wenn ihr Kinder habt, die natürlich auch irgendwann Ehen führen sollen, werdet ihr sehen, wie in Schulen, wie überall, die damit durchlöchert werden, das einfach beigebracht bekommen. Es gibt heute in den Grundschulen, in den Mittelschulen, in den Gymnasien, immer wieder vom Kultusministerium Leute, die kommen. Da werden Lehrer rausgebeten, da wird dann eben propagiert Homosexualität ist normal. Da müssen sich dann die Kinder, die Mädchen, Schnurrbärte anmalen, die Jungs müssen sich dann Röcke anziehen; all diese Dinge und andere sexuelle Rollen ausprobieren halt. […] **Echt, überall laufen diese Verbrecher rum, von diesem Christopher-Street-Day,** feiern ihre Partys, bringen Dinger raus. Auf unserem Rathaus wird die Regenbogenflagge gehisst.» (Minute 50:53).[2045]

«Ich mache euch Mut, egal wo das ist, bei euch am Arbeitsplatz, wo auch immer das ist. Protestieren, die Dinge nicht durchgehenlassen, da nicht mitmachen.» (Minute 51:30).[2046]

2042 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 9 [Hervorhebung im Original].

2043 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 10 [Hervorhebung im Original].

2044 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 11.

2045 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 12 [Hervorhebung im Original].

2046 Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 13.

Der Vortrag wurde als Audiodatei aufgezeichnet und später auf Nachfrage eines Mitarbeiters auf YouTube hochgeladen, sodass sie allgemein zugänglich war. Die Seite wird von ca. 15'000 Followern online verfolgt. Auf der Seite befinden sich die Gottesdienste und etwa 600 Predigten und Reden des Pfarrers. Nach dem Hochladen erfolgten diverse Anzeigen u.a. durch den Kirchenausschuss der Bremischen Evangelischen Kirche und dem Verein Christopher Street Day e.V. Bereits vor dem Einreichen der Anzeigen war die Audiodatei auf YouTube nicht mehr öffentlich verfügbar und der Angeklagte stellte seine Position auf der Webseite noch einmal klar.[2047] Aufgrund diverser Bibelstellen lehne er die Homosexualität ab, er relativierte aber seine Aussagen zur Audiodatei:

> «Wenn dadurch für einige Aussenstehende der Eindruck entstanden ist, dass ich generell alle Homosexuellen für Verbrecher hielte, so will ich mich dafür entschuldigen und klarstellen, dass dieses selbstverständlich nicht meine Meinung ist.»[2048]

Der Angeklagte wurde anschliessend vom Amtsgericht Bremen wegen §§ 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 52 D-StGB zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 90 Euros verurteilt.[2049]

Der Angeklagte begründete seine Aussagen vor Gericht damit, dass er mit den als «Verbrecher» bezeichneten Mitgliedern des Vereins Christopher Street Day nicht alle homosexuellen Menschen, sondern spezifisch jene gemeint habe, welche die Kirchgemeinde in den letzten Jahren immer wieder angegriffen und gotteslästerlich diffamiert hätten. So habe anlässlich einer Predigt ein «kiss in» in der Kirche von 50 gleichgeschlechtlichen Paaren stattgefunden, die Kirche sei mit Slogans wie «god is gay» beschmiert und auch sein PKW sei beschädigt worden. Der anwesenden Zuhörerschaft sei dieser Bezug klar gewesen, weshalb er dies nicht noch einmal speziell erläutert habe.[2050]

Zudem seien seine weiteren Äusserungen nicht so zu verstehen, «dass sie als gegen die Menschen, sondern als gegen die Homosexualität als solche gerichtet gemeint gewesen seien. Homosexualität sei in der Bibel eindeutig als Sünde

---

[2047] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 14–19.

[2048] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 20.

[2049] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 23, 75–76.

[2050] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 25–26.

gekennzeichnet. Dies bedeute ein eindeutiges «Nein» zur Sünde, allerdings ein «Ja» zum Sünder.[2051]

Das Gericht akzeptierte diese Ausführungen nicht und befand sowohl Gender wie auch Homosexualität als «Teile der Bevölkerung» und dass der Angeklagte durch seine Äusserungen zum Hass aufgestachelt habe. [2052]

> «Das Verhalten muss sich so darstellen, dass es objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, eine gesteigerte, über blosse Verachtung und Ablehnung hinausgehende feindselige Haltung gegen den betreffenden Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken. […] Es sind die erfolgten Äusserungen selbst zu bewerten, nicht etwa der ideologische Hintergrund. Die Äusserungen müssen über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sein, etwa in Form von aggressiven Emotionalisierungen oder durch Herabsetzung von Hemmschwellen, und dadurch geeignet sein, rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auszulösen. Die Äusserungen müssen so gefasst sein, dass sie als emotionale Grundlage für Aktionen in Betracht kommen, sie müssen auf Stimmungsmache abzielen, z.B. durch Übertreibungen und Verzerrungen.» [2053]

Weiter wertete das Gericht die Äusserungen als einen Angriff auf die Menschenwürde der betroffenen Gruppe durch Beschimpfen oder Verächtlichmachen.[2054] Die gemachten Äusserungen bedeuteten, dass

> «Menschen, die dafür stehen, […] in dieser Gesellschaft keinen Platz haben [sollen], sie sollen keine gleichwertigen Personen in der Gesellschaft sein. Darin liegt ein unmittelbarer Angriff auf ihre Menschenwürde, denn ihnen wird das Lebensrecht in der Gemeinschaft abgesprochen, zumindest soweit sie ihre Sexualität oder sexuelle Ausrichtung ausleben.»[2055]

Der öffentliche Friede sei durch den Vortrag deshalb gestört worden, da es sich nicht um ein geschlossenes Eheseminar gehandelt habe und der Vortrag zudem mit Zustimmung des Angeklagten auf YouTube online gestellt worden sei. [2056]

[2051] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 29.

[2052] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 24, 31–33.

[2053] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 33, 35.

[2054] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 42.

[2055] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 52.

[2056] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 53, 57.

Den Ausführungen des Angeklagten, dass die Bibel Homosexualität verbiete und es möglich sein müsse, die Botschaft der Bibel straffrei verkünden zu dürfen, sowie dass seine Äusserungen durch das Recht auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 GG gedeckt seien, folgte das Gericht nicht. [2057]

Obwohl es möglich sei, Homosexualität und Gender verbal ablehnen zu dürfen, dürfe die Ausübung der Meinungsfreiheit nicht gegen geltendes Recht verstossen und zu Rechtsgutsverletzungen führen.[2058] Dies sei vorliegend der Fall, «denn der öffentliche Frieden ist als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung durch die Äusserungen des Angeklagten gefährdet und markiert so den Übergang zu Aggression.»[2059] Die Einschränkungen der Meinungsfreiheit gälten auch für die Ausübung der Glaubensfreiheit, an die keine anderen Massstäbe anzulegen seien.[2060]

Zudem führte das Gericht aus, dass es verschiedene Auslegungen der Bibel gebe und daher auch keine Beweisaufnahme notwendig sei darüber, wie die Bibel auszulegen sei. Gemäss Art. 5 GG seien auch unrichtige Auffassungen und Äusserungen geschützt, die Bibel dürfe daher auch falsch ausgelegt werden.[2061]

Der verurteilte Pfarrer legte anschliessend Berufung gegen das Urteil ein. Das Landgericht Bremen hob in seinem Urteil vom 20. Mai 2022 das frühere Urteil auf und sprach den Angeklagten aus rechtlichen Gründen frei.[2062]

Das Gericht begründete den Freispruch damit, dass einerseits die Veröffentlichung der Audiodatei nie beabsichtigt gewesen sei[2063] und andererseits keine Hinweise für eine Aufstachelung zum Hass gefunden worden seien.[2064] Das Gericht hatte ursprünglich zwei theologische Gutachten, ein liberales und ein konservatives, zur Frage in Auftrag gegeben, inwieweit die Positionen des Angeklagten über Homo-

---

[2057] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 58–59.

[2058] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 60, 63.

[2059] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 64.

[2060] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 69.

[2061] Urteil des AG Bremen 96 Ds 225 Js 26577/20 (70/20) vom 25. November 2020, N 61.

[2062] Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 3, http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-20098 [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2063] Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 50 –52.

[2064] Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 116.

sexualität und Geschlechterfragen eine biblische Grundlage hätten. Die liberale Theologin hatte aber bereits im Vorfeld angemerkt, dass sie einen Punkt machen wolle, und hatte im Gerichtsverfahren erheblichen Belastungseifer gezeigt, woraufhin die Verteidigung die Gutachterin als befangen abgelehnt hat. Das Gericht hat dem Antrag stattgegeben.[2065] Das verbleibende Gutachten führte aus, dass

> «Homosexualität als Sünde zu bezeichnen […] jedenfalls […] keine private abwegige Sondermeinung [sei], sondern von Fachwissenschaftlern vertreten [werde]».[2066]
>
> «Zu der Geschlechterfrage könne in exegetischer Hinsicht festgestellt werden, dass die biblische Schöpfungserzählung nur die Zweigeschlechtlichkeit von Mann und Frau kenne. Dies sei eine traditionelle und bis heute vertretene Auffassung, auch wenn Gender-Theorien hier mittlerweile zu anderen Interpretationsmöglichkeiten kommen würden.»[2067]
>
> «Ebenso sei es theologisch fundiert, wenn man zwischen der Sünde und dem Sünder unterscheide. Ein ‹Nein› zur Sünde, zur Lebensform des Sünders, sei aus Sicht des christlichen Glaubens keine Beleidigung oder Diskriminierung, was sich beispielsweise mit dem Katechismus der Katholischen Kirche und den dortigen Ausführungen zu ‹Keuschheit und Homosexualität› verdeutlichen lasse.»[2068]
>
> «Die Bezeichnungen ‹teuflisch und satanisch› würden aus theologischer Sicht auch so verstanden, dass damit die Verdrehung der biblischen Lehre gemeint sei, die Christen verwirren und vom rechten Glauben abbringen könne.»[2069]

Das Gericht folgte den Ausführungen des Sachverständigen und verneinte nach «einer umfassenden Gesamtwürdigung ihres Inhalts und des inhaltlichen sowie situativen Kontextes» die Erfüllung des Straftatbestands der Volksverhetzung gemäss § 130 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB.[2070]

Es begründete diese damit, dass bei der Auslegung der Äusserung dem Gewicht des Grundrechts der Religionsausübungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG Rechnung zu tragen sei, das auch «extreme religiöse Bekenntnisse» schütze.[2071]

2065 Sussek Ralf, Bremen: Tag der Gutachter beim Latzel-Prozess, in: Kreiszeitung vom 15. Mai 2022, <https://www.kreiszeitung.de/lokales/bremen/auslegungssache-91545101.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2066 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 56.

2067 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 60.

2068 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 62.

2069 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 63.

2070 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 67.

2071 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 96.

Die Äusserungen hätten sich nicht auf Personen bezogen und es sei keine «vergiftete Stimmung» im Seminar gemacht oder zu einer feindseligen Haltung aufgereizt worden.[2072] Auch einen Angriff auf die Menschenwürde sah das Gericht nicht als gegeben an.[2073] Durch die Trennung zwischen Sünde (Homosexualität) und Sündern (Homosexuelle) greife der Angeklagte nicht den Kern der Persönlichkeit homosexueller Menschen an und stelle diese nicht als minderwertig dar oder spreche diesen das Lebensrecht ab. Da gemäss dem Bibelverständnis des Angeklagten alle Menschen Sünder seien, komme gegenüber homosexuellen Menschen (im Gegensatz zu deren Lebensweise) damit keine massive Abwertung zum Ausdruck.[2074] Zudem sah das Gericht auch die Tatbestände der Beleidigung oder der Verleumdung bei keiner der relevanten Aussagen als erfüllt an.[2075]

Gegen das Urteil wurde von der Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, weil die Tatsachenfeststellungen, die zum Freispruch geführt hätten, unvollständig seien. Am 23. Februar 2023 hob der Strafsenat des Oberlandgerichts Bremen den Freispruch des Landgerichts auf, weil es befand, dass nicht alle Äusserungen erfasst worden seien und diese zudem im Gesamtkontext des Vortrags betrachtet werden müssten. Das Landgericht musste das Verfahren deshalb neu aufrollen.[2076] Der Prozess fand am 28. August 2024 statt.[2077] In einer persönlichen Erklärung vor Gericht entschuldigte sich Latzel für seine «sprachliche Entgleisung» und das Gericht bewertete diese als authentisch. Das Gericht merkte dazu an, «dass das, was Pastor Latzel gesagt hat, nicht gut war»,[2078] aber ob die Aussagen strafbar seien, sei hingegen juristisch umstritten.[2079] Das Verfahren wurde anschliessend

---

2072 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 98–99, 107, 109.

2073 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 118.

2074 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 122, 124, 127.

2075 Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 131, 141.

2076 OLG Bremen, Pressemitteilung vom 23. Februar 2023, <https://www.oberlandesgericht.bremen.de/informationen/pressemitteilungen-1586> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2077 Michel Ralf, Volksverhetzung? Bremer Pastor zum dritten Mal vor Gericht, in: Weser Kurier vom 2. August 2024, <https://www.weser-kurier.de/bremen/volksverhetzung-bremer-pastor-zum-dritten-mal-vor-gericht-doc7wkb9tgf285btndzgfo> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2078 Sell Dieter, Verfahren gegen Bremer Pastor Olaf Latzel wegen Volksverhetzung eingestellt – vorläufig, in: Sonntagsblatt vom 28. August 2024, <https://www.sonntagsblatt.de/artikel/gesellschaft/verfahren-gegen-bremer-pastor-olaf-latzel-wegen-volksverhetzung-eingestellt> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2079 Strafverfahren gegen Olaf Latzel eingestellt, in: IDEA vom 29. August 2024, <https://www.idea.de/artikel/strafverfahren-gegen-olaf-latzel-eingestellt> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

in einem ersten Schritt gegen Geldauflage[2080] vorläufig eingestellt. Latzel bezahlte den auferlegten Betrag innert der vorgegebenen Frist, womit das Verfahren nun endgültig eingestellt.[2081]

Mit der Einstellung des Verfahrens gibt es also keine Entscheidung in der Sache, ob die Aussagen Latzels die Menschenwürde verletzt haben bzw. volksverhetzend waren oder nicht.[2082]

III. Beispielfall 3: Päivi Räsänen (Finnland)

Das dritte Beispiel stammt nicht aus einem der untersuchten Staaten. Im Sinne einer Ausnahme wird es dennoch verwendet, weil es nicht nur eine exemplarische Illustration der Thematik darstellt, sondern äusserst aktuell und medial prominent in Erscheinung getreten ist.

Päivi Räsänen ist eine Abgeordnete des finnischen Parlaments, frühere Innenministerin und bekennende Christin. Als Mitglied der Evangelisch-lutherischen Kirche Finnlands hatte sie im Juni 2019 mittels eines Tweets, der an die Kirchenleitung adressiert war, die offizielle Unterstützung des LGBT-Events «Pride 2019» kritisiert und infrage gestellt:[2083]

> «The Church [Evangelical Lutheran Church of Finland] has announced its official sponsorship of Seta Pride 2019. How can the Church's doctrinal foundation, the Bible, be compatible with elevating sin and shame as reasons for pride?»[2084]

2080 Olaf Latzel musste 5000 Euro an die Organisation «Rat&Tat-Zentrum für queeres Leben» in Bremen bezahlen, damit die Einstellung rechtskräftig wird.

2081 Verfahren gegen Pastor wegen Volksverhetzung ist eingestellt, in: NDR vom 20. September 2024, <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/oldenburg_ostfriesland/Verfahren-gegen-Pastor-wegen-Volksverhetzung-ist-eingestellt,latzel122.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; das heisst auch, dass Latzel nicht als vorbestraft gilt.

2082 Sell Dieter, Verfahren gegen Bremer Pastor Olaf Latzel wegen Volksverhetzung eingestellt – vorläufig, in: Sonntagsblatt vom 28. August 2024, <https://www.sonntagsblatt.de/artikel/gesellschaft/verfahren-gegen-bremer-pastor-olaf-latzel-wegen-volksverhetzung-eingestellt> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2083 Thonhauser Andreas, Päivi Räsänen: Ins Gefängnis für einen Bibel-Tweet, in: Die Tagespost vom 7. Mai 2021, <https://www.die-tagespost.de/politik/ins-gefaengnis-fuer-einen-bibel-tweet-art-217970> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2084 Helsinki District Court, Ruling 22/113590, Case No. R 21/3567 vom 30. März 2022 (inoffizielle englische Übersetzung).

Zusammen mit dem Tweet postete sie ein Bild, das den biblischen Text aus Römer 1,24–27 zeigte.[2085] Aufgrund des Tweets wurden anschliessend Ermittlungen wegen «ethischer Agitation»[2086] eingeleitet. Diese reichten bis zu einer von Räsänen verfassten Broschüre aus dem Jahr 2004 zurück. Während der polizeilichen Befragungen musste Räsänen wiederholt ihr Bibelverständnis erörtern. Im April 2021 erhob die finnische Generalstaatsanwältin in drei Punkten Anklage gegen Räsänen, obwohl die Polizei in zwei von drei Punkten stark von einer Anklageerhebung abgeraten hatte. Der erste Anklagepunkt betraf Zitate aus dem Booklet (2004): *«Male and female he created them – Homosexual relationships challenge the Christian concept of humanity.»* Der zweite Anklagepunkt betraf den erwähnten Twitterpost und der dritte Aussagen Räsänens, die sie in einem Radioprogramm in der Sendung «What did Jesus think about gay people?» im Dezember 2019 gemacht hatte. Gemeinsam mit ihr wurde auch der Bischof Juhana Pohjola angeklagt, weil er die Broschüre veröffentlicht hatte. Die Staatsanwältin hatte befunden, dass die verschiedenen Aussagen Räsänens homosexuelle Menschen herabgesetzt hätten.[2087] Es sei zwar erlaubt, «Texte wie den Koran, die Bibel oder ‹Mein Kampf› aus historischer Sicht zu zitieren, nicht aber deren Meinung zu vertreten».[2088]

2085 «Darum hat Gott sie in den Begierden ihrer Herzen dahingegeben in die Unreinheit, sodass sie ihre Leiber selbst entehren. Sie haben Gottes Wahrheit in Lüge verkehrt und das Geschöpf verehrt und ihm gedient statt dem Schöpfer, der gelobt ist in Ewigkeit. Amen. Darum hat sie Gott dahingegeben in schändliche Leidenschaften; denn bei ihnen haben Frauen den natürlichen Verkehr vertauscht mit dem widernatürlichen; desgleichen haben auch die Männer den natürlichen Verkehr mit der Frau verlassen und sind in Begierde zueinander entbrannt und haben Männer mit Männern Schande über sich gebracht und den Lohn für ihre Verirrung, wie es ja sein musste, an sich selbst empfangen.» Lutherbibel 2017.

2086 Criminal Code of Finland, Chapter 11, Section 10: «A person who makes available to the public or otherwise spreads among the public or keeps available for the public information, an expression of opinion or another message where a certain group is threatened, defamed or insulted on the basis of its race, skin colour, birth status, national or ethnic origin, religion or belief, sexual orientation or disability or a comparable basis, shall be sentenced for ethnic agitation to a fine or to imprisonment for at most two years.»

2087 Helsinki District Court, Ruling 22/113590, Case No. R 21/3567 vom 30. März 2022 (inoffizielle englische Übersetzung); ADF International, Finnish Member of Parliament marks one-year court victory anniversary while facing new free speech trial vom 28. März 2023, <https://adfinternational.org/news/finnish-mp-marks-court-victory-anniversary> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2088 Thonhauser Andreas, Päivi Räsänen: Ins Gefängnis für einen Bibel-Tweet, in: Die Tagespost vom 7. Mai 2021, <https://www.die-tagespost.de/politik/ins-gefaengnis-fuer-einen-bibel-tweet-art-217970> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Das erstinstanzliche Gericht sprach im März 2022 einstimmig beide Angeklagten in allen Punkten frei. Es begründete den Freispruch damit, dass keine der Aussagen Räsänens homosexuelle Menschen herabgesetzt hätten. Die Aussagen seien jeweils zu Themen erfolgt, die sich in den jeweiligen Diskurs rund um die Thematik eingefügt hätten. Zudem seien die fraglichen Aussagen von der Staatsanwaltschaft teilweise aus dem Kontext gerissen worden und der geistliche Kontext ausgeblendet worden. Obwohl es nicht Aufgabe des Gerichts sei, die Bibel zu interpretieren, sondern danach zu fragen, ob die gemachten Aussagen homosexuelle Menschen herabsetzten, befand das Gericht dennoch, dass es sich in weiten Teilen um «value judgments» handle, von denen die Wahrhaftigkeit der Aussage nicht überprüft werden könne. Es gestand Räsänen ihre biblisch basierte Ansicht zu, dass Homosexualität gegen Gottes Willen sei.[2089]

Die Staatsanwaltschaft legte Berufung gegen das Urteil ein.[2090] Am 30. August und 1. September 2023 fand der Prozess vor dem Berufungsgericht in Helsinki statt. Die Staatsanwältin betonte weiterhin, dass es möglich sei, die Bibel zu zitieren, aber dass Räsänens Interpretation und Meinung bezüglich der Bibelverse kriminell sei und es keine Rolle spiele, ob diese Ansichten wahr, sondern ob sie beleidigend seien. Zudem wurde Räsänen mehrmals gefragt, ob sie ihre Ansichten (insbesondere jene aus dem Booklet betreffend Ehe und Sexualität von 2004) revidiere, was diese verneinte.[2091] Das Urteil des Gerichts erfolgte am 14. November 2023. Das Berufungsgericht folgte im Wesentlichen der Ansicht der ersten Instanz und sprach beide Angeklagten von allen Anklagepunkten frei.[2092] Die Staatsanwältin legte dagegen erneut Berufung ein, allerdings nur bezüglich zwei der Anklagepunkte (Tweet und Booklet). Der finnische Oberste Gerichtshof bestätigte

---

2089 Helsinki District Court, Ruling 22/113590, Case No. R 21/3567 vom 30. März 2022 (inoffizielle englische Übersetzung).

2090 Päivi Räsänen Court of Appeal proceedings to be delayed one year, in: Evangelical Focus vom 23. August 2023, <https://evangelicalfocus.com/europe/18334/paivi-rasanen-court-of-appeal-proceedings-to-be-delayed-one-year> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2091 State prosecutor makes final case to criminalise «insulting» Christian speech as Finnish Bible Trial concludes, in: ADF International vom 1. September 2023, <https://adfinternational.org/news/finnish-bible-trial> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2092 Helsinki Court of Appeal, Ruling 23/144951, Case No. R 22/1094 vom 14. November 2023 (inoffizielle englische Übersetzung); Diouf Anna, Nach Bibel-Tweet: Finnische Politikerin erneut von Vorwurf der «Hassrede» freigesprochen, in: Catholic News Agency vom 14. November 2023, <https://de.catholicnewsagency.com/news/14420/nach-bibel-tweet-finnische-politikerin-erneut-von-vorwurf-der-hassrede-freigesprochen> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

im April 2024, dass er über den Fall entscheiden werde, setzte aber noch kein Prozessdatum fest.[2093]

IV. Diskussion und Fazit

Der Konflikt zwischen Hassredegesetzen und der Religionsfreiheit tritt vor allem zwischen den abrahamitischen Religionen und der durch ihre sexuelle Orientierung geschützten Gruppen auf.[2094] Obwohl grundsätzlich jegliche Inhalte für einen Gewaltaufruf benutzt werden können – und damit auch heilige Schriften – muss insoweit doch besonders sorgfältig abgewogen werden, weil nicht nur die Meinungsäusserungsfreiheit, sondern auch die Religionsfreiheit tangiert wird.[2095] Religiöse Schriften als solche fallen unter den Schutzbereich der Religionsfreiheit. Ihre Auslegung durch die Gerichte hat die theologischen und religionswissenschaftlichen Erkenntnisse zu beachten, weshalb es grundsätzlich nicht Sache der Gerichte ist, diese auszulegen. Sofern kein offensichtlicher Missbrauch, bspw. durch instrumentellen Einbau von Textstellen in ein gesamthaft hasserfülltes Narrativ o.ä., erfolgt, erscheint das Zitieren auch von nicht zeitgemässen Stellen aus heiligen Schriften als zulässig.[2096] Gleichzeitig zulässig muss sein, diese Ansichten nicht nur zu wiederholen, sondern auch vertreten zu können. Ansonsten hätte die Religionsfreiheit jegliche Bedeutung verloren. Die Ansicht der finnischen Generalstaatsanwältin wirkt daher bedenklich, zumal auch der von ihr angestellte Vergleich zwischen heiligen Schriften (Koran und Bibel) und einem Werk wie «Mein Kampf» einigermassen deplatziert anmutet. Die Fragen zur «Widerrufung» von Glaubensansichten erinnert zudem an mittelalterliche Inquisitionsprozesse, wenn auch in umgekehrten Verhältnissen.

Sowohl in der jüdisch-orthodoxen als auch in der christlichen und der islamischen Lehre wird praktizierte Homosexualität (sprich der homosexuelle Geschlechts-

---

2093 EIL: Fall der Finnischen Abgeordneten kommt an den Höchsten Gerichtshof – Räsänen für Bibel-Tweet angeklagt, in: Pressemitteilung ADF vom 19. April 2024, <https://adfinternational.org/de/news/eil-fall-der-finnischen-abgeordneten-kommt-an-den-hochsten-gerichtshof-rasanen-fur-bibel-tweet-angeklagt> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; [Stand Oktober 2024].

2094 Betroffen sind aber auch andere Fragen wie z.B. Abtreibung, Recht auf Leben, Sterbehilfe etc.

2095 Vgl. auch Urteil des LG Bremen 225 Js 26577/20 vom 20. Mai 2022, N 96, 99–100, 122.

2096 Vgl. auch BSK BV- Pahud de Mortanges, Art. 15, N 29, 106.

verkehr) zumindest teilweise als Sünde abgelehnt. Diese Ansichten werden den heiligen Schriften entnommen und haben zudem oft eine lange Tradition. Die Bezeichnung eines Verhaltens als sündig ist in religiöser Terminologie noch keine Herabsetzung einer Person oder deren Würde und noch weniger ein Aufruf zu Hass oder Gewalt. Vor dem religiösen Hintergrund der beschuldigten Person sollte jeweils unterschieden werden, ob Aussagen dem (vorliegend kritisierten homosexuellen) Verhalten oder dem So-Sein als (homosexuelles) Wesen gelten. Es ist natürlich fraglich, ob sich das stets so strikt trennen lässt. Kritik an einer bestimmten Lebensweise ohne das gleichzeitige Absprechen der Gleichwertigkeit als Mensch sollte – selbst in gefühlsverletzender Art – möglich sein, auch wenn die betroffene Person dies aufgrund ihrer eigenen Auffassung als Angriff gegen die Person wertet. Die subjektive Ansicht, wie eng Verhalten und eigene Identität zusammenhängen, darf in diesem Fall nicht ausschlaggebend sein.

Der in Teil 2, Kapitel 2 II beschriebene Beispielfall 3 des Lehrers an der Bahnhofstrasse scheint im Vergleich zu den anderen hier erwähnten Fällen umso stärker im Kontrast zu stehen. Hätte das Zürcher Bezirksgericht die gleichen Überlegungen angestellt wie das Landgericht Bremen oder der finnische District Court bzw. Court of Appeal in den oben diskutierten Fällen, so wäre es wohl zu einem Freispruch gekommen.[2097] Dies, weil er zwar das homosexuelle Verhalten, nicht aber die Personen kritisiert und die Kritik primär mit «göttlichem Recht» begründet hat. Jenseitiges Recht ist aber in dieser Welt irrelevant, wie auch das englische Gericht richtig festgestellt hat. Umso bedauerlicher ist es, dass infolge der vom Verurteilten verpassten Beschwerdefrist keine obere Instanz den Fall zu beurteilen hatte.

Vergleicht man die verschiedenen Urteile, scheinen die unterschiedlichen Instanzen wiederholt Mühe zu bekunden, eine saubere Abwägung zwischen der Religions- und/oder Meinungsfreiheit und Hassredenormen vorzunehmen. Es ist nicht aussergewöhnlich, dass der gleiche Sachverhalt von der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den unterschiedlichen Gerichtsinstanzen gänzlich anders beurteilt wird.[2098] Es ist daher zu überlegen, wie sich diese Schwierigkeit verringern lässt.

Es lässt sich fragen, ob die Schweiz nicht eine entsprechende Interpretationsklausel in den Tatbestand von Art. 261bis StGB einführen sollte. Sowohl in Deutschland als auch im VK werden die relevanten Normen von solchen Klauseln beglei-

---

[2097] Immer ausgehend davon, dass die Aussage, homosexuelle Menschen seien minderwertig, nicht erfolgt ist.

[2098] Vgl. zum Ganzen Coleman, S. 47–83.

tet. Im deutschen Recht handelt es sich um die Sozialadäquanzklausel, die sowohl in § 86, 86a als auch § 130 D-StGB verankert ist. Sie soll sicherstellen, dass Handlungen, die der «staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken» dienen,[2099] nicht tatbestandlich erfasst werden.[2100]

Noch einen Schritt weitergehend finden sich im VK in den Sections 29J und 29JA des POA 1986 Meinungsäusserungsfreiheitsklauseln. Section 29J besagt, dass die der Klausel vorausgegangenen Strafnormen (Sections 29–29H) nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie Diskussionen, Kritik oder ablehnende, missfällige, lächerlich machende, beleidigende oder schmähende Äusserungen gegen Religionen, Glaubensüberzeugungen oder -praktiken und deren Anhängerschaft sowie Äusserungen, die zur Bekehrung oder Aufgabe des Glaubens etc. auffordern, verbieten oder einschränken. Section 29JA enthält eine Auslegungsklausel hinsichtlich der sexuellen Orientierung. Sie hält fest, dass die Diskussion oder Kritik sexueller Verhaltensweisen bzw. Praktiken oder die Aufforderung an Personen, solche Verhaltensweisen oder Praktiken zu unterlassen oder zu ändern, für sich genommen nicht als Bedrohung oder Aufstachelung zum Hass zu verstehen sind. Das gilt auch für Diskussionen zu und Kritik an gleichgeschlechtlichen Ehen.

Die Schweiz kennt in den hier untersuchten Strafbestimmungen keine vergleichbaren gesetzlichen Auslegungshilfen oder Tatbestandsausschlüsse. Grundsätzlich ist das auch richtig, denn bei einer eindeutigen Gesetzgebung sowie einer korrekten gesetzlichen Auslegung durch die Gerichte bedürfte es dieser auch nicht. Es ist zudem zu beachten, dass die Streichung einer solchen Klausel später kaum mehr möglich ist, ohne dass der Eindruck entstünde, dass das dort Festgehaltene nun nicht mehr gälte.[2101] Da aber gerade Regelungen, die Hassrede betreffen, nicht übermässig bestimmt formuliert erscheinen, könnte eine klärende Interpretationshilfe im Gesetz selbst nützlich sein. Wenngleich gerade von den Befürwortenden der Norm nicht selten vorgebracht wird, dass die Gerichte Art. 261bis StGB gekonnt konkretisieren,[2102] erweist sich diese Einschätzung nach Durchsicht der Urteile in der Datenbank der EKR, die auch Strafbefehle und erstinstanzliche Urteile referiert, wenigstens in Bezug auf die Wahrung der Meinungs- und Religionsfreiheit

---

[2099] § 86 Abs. 4 D-StGB. Jeweils mit Verweis darauf § 86a Abs. 3 und § 130 Abs. 8 D-StGB.

[2100] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 25.

[2101] Hate Crime Laws, N 10.460.

[2102] Niggli, Rassendiskriminierung, N 105–106.

als möglicherweise voreilig.[2103] Zumindest die unteren Instanzen bekunden mitunter Mühe mit einer (grundrechtskonformen) Auslegung, selbst wenn eine klärende bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer Problematik besteht.[2104] Gesetzliche Auslegungsklauseln könnten gerade bei der gerichtlichen Beurteilung von Grenzfällen hilfreich sein.[2105]

Solche Klauseln sind dem StGB insgesamt nicht fremd. So enthalten sowohl Art. 135 Abs. 1 (Gewaltdarstellungen) als auch Art. 197 Abs. 9 StGB (Pornografie) Auslegungshilfen bzw. Ausnahmeklauseln. Die beiden Artikel weisen weitgehend ähnliche Schwierigkeiten auf wie die Äusserungsdelikte der Art. 259, 261 und 261bis StGB. Es handelt sich auch hier um Normen, denen ein klares Rechtsgut abgeht,[2106] um abstrakte Gefährdungsdelikte, die mittels Strafnormen vor einer Verrohung der Gesellschaft schützen sollen;[2107] weiter fehlen teilweise präzise Begriffsdefinitionen, um scharfe Konturen zu schaffen.[2108] Zudem geraten sie in einen Konflikt mit der Meinungsäusserungsfreiheit.[2109] Es bietet sich daher an, die darin enthaltenen Ausnahme-/Auslegungsklauseln genauer zu bedenken. Diese sollten als Hilfestellung zur Abgrenzung zwischen Kunst und den verbotenen Objekten dienen, stellen allerdings die Gerichte vor neue Schwierigkeiten.[2110] Art. 135 Abs. 1 StGB bestimmt, dass Tatobjekte und Tathandlungen dann strafrechtlich relevant sind, wenn sie keinen «schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert» haben. Ähnlich formuliert Art. 197 Abs. StGB, dass Gegenstände oder Vorführungen nicht pornografisch sind, «wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben». Die Beurteilung, was von schutzwürdigem kulturellem oder wissenschaftlichem Wert ist bzw. die Abgrenzung zwischen schützenswerter und anderer Kultur stellt sich praktisch als

---

2103 EKR, Sammlung Rechtsfälle, <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d269.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2104 Z.B. die Fälle 2006-056N und 2007-018N in der EKR-Datenbank.

2105 Hate Crime Laws, N 10.453, 10.459.

2106 BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 4–8; BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 5–7.

2107 BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 4, 88; BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 7–9.

2108 BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 16, 22–24, 31, 39–42; BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 12–14, 52m, 63e, aber N 10.

2109 BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 10.

2110 BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 32; BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 64–65.

unmöglich dar.[2111] Was von wissenschaftlichem etc. Wert sein soll, liegt «im Auge des Betrachters»[2112] und beurteilt sich daher letztlich aus der Sicht des jeweiligen Gerichts. Ähnlich wie bei § 130 D-StGB bieten die erwähnten Klauseln kaum praktische Hilfestellung bei der Beurteilung, ob ein Sachverhalt unter die Strafnorm fällt oder nicht. Das heisst, Probleme ergeben sich dann, wenn entweder die Klausel selbst nicht eindeutig ist, sodass nicht sicher ist, was darunterfällt, und sie deshalb keine Hilfe ist, oder aber, dass sie schlicht keine eigenständige Bedeutung hat. In beiden Fällen könnte vorgebracht werden, sie dann doch gleich wegzulassen.[2113]

Die Einführung einer Klausel hängt folglich davon ab, dass sie eindeutig definiert ist und eine Auslegungshilfe für eine korrekte Anwendung darstellt. Eine dem englischen Recht ähnliche Klausel, wie sie in Section 29J bzw. 29JA POA 1986 zu finden ist, böte in diesem Fall eine deutlich klarere Formulierung als ein Ausschluss, wie er in Art. 197 oder 135 StGB formuliert ist.

[2111] BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 33; BSK StGB-Isenring/Kessler, Art. 197, N 66.

[2112] BSK StGB-Hagenstein, Art. 135, N 33.

[2113] Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 130, N 25.

Kapitel 14: Religionskritische Äusserungen

I. Anglo-amerikanische Diskussion

Religionsbeschimpfende Äusserungen sind in den *USA* unter dem ersten Zusatzartikel als freie Rede geschützt. Auf gesamtstaatlicher Ebene kennt die USA daher keine Einschränkung der freien Rede, die im Speziellen die Religion betrifft. Trotz des verfassungsmässigen Verbots (Art. 6) jeglicher «religiöser Prüfung» für die Ausübung öffentlicher Ämter, existieren in einzelnen Staaten teilweise immer noch Gesetze,[2114] die diejenigen, welche die Existenz Gottes oder eines höheren Wesens leugnen, direkt von der Ausübung öffentlicher Ämter ausschliessen. Obwohl diese Gesetze in US-bundesstaatlichen Gerichtsverfahren als verfassungswidrig erklärt wurden, fehlte bis jetzt der politische Wille, sie zu ändern.[2115] Auf gesamtstaatlicher Ebene, unter gewissen Auflagen, verboten ist jedoch die Zerstörung von religiösem Eigentum oder die Behinderung der Religionsausübung.[2116] Solche Handlungen stellen Hassdelikte dar und werden schwerer bestraft. [2117]

Im privaten Bereich hingegen können Äusserungen, die der Anhängerschaft einer Religion missfallen, Konsequenzen nach sich ziehen, wie der Fall von *Erika López Prater* zeigt. Die Dozentin hatte im Rahmen ihres Online-Kurses über Kunst und Weltreligionen an der Hamline Universität historische Mohammed-Bilder gezeigt (die allerdings nicht obszön waren, sondern den Propheten ehrende Gemälde aus dem 14. und dem 16. Jahrhundert). Sie hatte die Kursteilnehmenden vorgängig darauf hingewiesen, dass sie die Bilder zeigen werde und dass diese nicht angeschaut werden müssten. Eine muslimische Studentin hatte sich anschliessend über das Vorgehen beschwert, woraufhin die Dozentin wegen Islamophobie entlassen worden ist.[2118]

2114 Humanists International, The Freedom of Thought Report, United States of America, zuletzt bearbeitet am 30. November 2020, <https://fot.humanists.international/countries/americas-northern-america/united-states-of-america/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2115 Schmidt, S. 275.

2116 Vgl. Teil 3, Kap. 1 I F.

2117 Eisner Gorin LLP, Damage to Religious Property, <https://www.thefederalcriminalattorneys.com/damage-to-religious-property> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2118 Scherrer Lucien, Wegen Mohammed-Bildern: US-Universität entlässt Professorin, in: NZZ vom 10. Januar 2023, <https://www.nzz.ch/feuilleton/amerikanische-professorin-wegen-mohammed-bildern-gefeuert-ld.1720377?mktcid=nled&mktcval=165_2023-01-11&kid=nl165_2023-1-10&ga=1> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

In *England und Wales* wurden 2008 die «blasphemy»- und «blasphemous libel»[2119]-Gesetze unter dem «Criminal Justice and Immigration Act 2008» abgeschafft.[2120] Demgemäss werden religionsbeschimpfende oder blasphemische Äusserungen nicht mehr unter einem speziellen Gesetz geahndet, sondern nur dann, wenn es unter ein anderes Delikt wie «to stir up religious hatred» o.ä. fällt.

Auch im VK wird aber bestraft, wer sich in einer Gottesstätte, auf einem Friedhof oder einer Begräbnisstätte eines randalierenden, gewalttätigen oder unanständigen Verhaltens schuldig macht, sei es während der Feier eines Gottesdienstes oder zu irgendeiner anderen Zeit. Bestraft wird auch, wer einen Geistlichen, der an diesem Ort seine Pflichten ausübt, belästigt, behindert, stört oder auf irgendeine andere rechtswidrige Weise beunruhigt oder instrumentalisiert.[2121] Eine ähnliche Formulierung enthält auch Section 36 des «Offences against the Person Act 1861».

Die USA und das VK verfügen somit nicht (mehr) über eine Strafnorm, die religionsbeschimpfende Äusserungen ahndet.

II. Kontinentaleuropäische Diskussion

Deutschland verfügt mit § 166 D-StGB über einen ähnlichen Straftatbestand wie die Schweiz mit Art. 261 StGB. Der deutsche Straftatbestand schützt den Inhalt von religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnissen anderer sowie Einrichtungen oder Gebräuche von im Inland bestehenden Kirchen, anderen Religionsgemeinschaften oder Weltanschauungsvereinigungen vor Beschimpfungen, die geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören. Die Beschimpfung muss öffentlich erfolgen oder deren Inhalt verbreitet werden.

Insbesondere das Kriterium der Eignung der Störung des öffentlichen Friedens wird von kritischen Stimmen als stossend empfunden, weil damit die Strafbarkeit eines Verhaltens u.a. auch von der Reaktion der Gläubigen abhängen würde:

[2119] Eine Definition, was darunter genau verstanden wird, existierte nicht. Weitere Ausführungen: Offences against Religion and Public Worship, N 2.1.

[2120] End Blasphemy Laws, United Kingdom, <https://end-blasphemy-laws.org/countries/europe/united-kingdom/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; The Freedom of Thought Report, United Kingdom, <https://fot.humanists.international/countries/europe-northern-europe/united-kingdom/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2121] Ecclesiastical Courts Jurisdiction Act 1860, Section 2.

> «Der öffentliche Friede wird nicht durch Künstler gestört, die Religionen satirisch aufs Korn nehmen, sondern durch Fanatiker, die auf Kritik nicht angemessen reagieren können.»[2122]

Sowohl Fischer[2123] als auch Hörnle[2124] wollen den Tatbestand abschaffen, weil andere Straftatbestände genügenden Schutz böten und alles, was von diesen nicht erfasst werde, auch nicht erfasst werden sollte. Der öffentliche Friede werde durch die Aufhebung nicht gefährdet, dies, weil in Deutschland aktuell keine Gefahr von Religionskriegen und religiös geprägter Gewalt bestehe.[2125]

In einem separaten § 167 D-StGB werden weiter Störungen der Religionsausübungen erfasst. Hier komme – so Hörnle – neben dem Gefühlsschutz ein Ortstabu hinzu, aber auch eine Rechtsverletzung. Tathandlungen, wie in § 167 beschrieben, würden das im GG gewährte Recht auf ungestörte Religionsausübung verletzen. Da aber lediglich Partikularinteressen betroffen seien, sollte der Tatbestand als Ordnungswidrigkeit geregelt werden.[2126] Die Abschaffung der Norm wurde auch politisch gefordert. Es erfolgte aber nicht nur keine Umsetzung der Forderung,[2127] sondern einige Politiker verlangten sogar eine Verschärfung des Paragrafen.[2128]

Auch in der *Schweiz* wurde in den letzten Jahren über die Abschaffung des sogenannten «Blasphemieartikels» diskutiert. Eine eingereichte Motion, welche die

---

2122 Schmidt-Salomon Michael, zit. in: Schulte von Drach Markus C./Volkert Lilith, Was Spott über Gott darf, in: Süddeutsche Zeitung vom 13. Januar 2015, <https://www.sueddeutsche.de/politik/blasphemie-gesetze-in-europa-was-spott-ueber-gott-darf-1.2302003> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2123 Fischer Thomas, Ist Gotteslästerung ein notwendiger Straftatbestand?, in: ZEIT ONLINE vom 3. März 2015, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/blasphemie-gotteslaesterung-straftatbestand-religion/komplettansicht> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2124 Hörnle, S. 350, 356, 477–478.

2125 Hörnle S. 344–346, 477.

2126 Hörnle, S. 361–364, 478.

2127 Gesetzentwurf des ifw zur Abschaffung des Blasphemieparagrafen 166 StGB: Wann handeln CDU/CSU und SPD?, in: Institut für Weltanschauung vom 6. November 2020, <https://weltanschauungsrecht.de/meldung/gesetzentwurf-abschaffung-166-stgb> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2128 Schulte von Drach Markus C./Volkert Lilith, Was Spott über Gott darf, in: Süddeutsche Zeitung vom 13. Januar 2015, <https://www.sueddeutsche.de/politik/blasphemie-gesetze-in-europa-was-spott-ueber-gott-darf-1.2302003> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Streichung der Norm verlangt hatte, ist vom Parlament kürzlich abgelehnt worden.[2129] Die Ablehnung wurde damit begründet, dass Art. 261 StGB nicht nur das

> «friedliche ‹vivre ensemble› aller Religionen [schützt], sondern ebenfalls den Anspruch auf Achtung religiöser Überzeugungen; damit werden auch religiöse Minderheiten strafrechtlich vor Verfolgung geschützt […], auch das Aussenden eines negativen Signals [soll] verhindert werden.»[2130]

Damit hält die Schweiz weiter an Art. 261 StGB fest und schützt neben dem religiösen Frieden auch die religiösen Gefühle. Wie schon ausgeführt, lässt sich eine Verletzung dieser Gefühle nicht leicht eruieren, weil auf zweifelhafte Beurteilungskriterien zurückgegriffen werden muss. Die Norm sollte deshalb überarbeitet werden. Angemerkt werden kann, dass in den letzten Jahren nur wenige Verurteilungen erfolgten,[2131] was zeigt, dass die Strafbestimmung zumindest in der juristischen Praxis kaum von Bedeutung ist.

III. Die Rechtsprechung des EGMR

Der *EGMR* schützt derartige Strafnormen weitgehend und misst den Vertragsstaaten bei der Regelung der Meinungsfreiheit in Bezug auf Angelegenheiten, die persönliche Überzeugungen im Bereich der Moral oder Religion verletzen können, einen erweiterten Ermessensspielraum zu. Dies, weil eine einheitliche europäische Auffassung über die Erfordernisse des Schutzes der Rechte anderer in Bezug auf Angriffe auf ihre religiösen Überzeugungen fehlt.[2132]

Der Fall *E.S. gegen Österreich* vor dem *EGMR* zeigt beispielhaft eine Abwägung religionsherabsetzender Äusserungen gegen die Meinungsäusserungsfreiheit. Im Urteil gegeneinander abgewogen wurden auch die Meinungsäusserungsfreiheit und die Religionsfreiheit, weil Staaten gemäss Art. 9 EMRK die Pflicht haben, die friedliche Co-Existenz der Religionen zu gewährleisten und Massnahmen zu treffen, wenn diese gefährdet werde. Es stehe einem Staat daher frei, unter Bezugnahme auf Art. 9 EMRK gewisse Äusserungen zu verbieten, die den religiösen Frieden stören würden.[2133]

[2129] Motion Flach Beat vom 14. Dezember 2018 (Geschäft Nr. 18.4344).

[2130] Motion Flach Beat vom 14. Dezember 2018 (Geschäft Nr. 18.4344).

[2131] Angaben seit 2008. Die höchste Anzahl gab es im Jahr 2018 mit 14 Verurteilungen.

[2132] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 44, 25. Oktober 2018.

[2133] E.S. v. Austria, no. 38450/12, §§ 43–45, 25. Oktober 2018.

Die Politikerin Elisabeth Sabaditsch-Wolff von der FPÖ hatte in einem öffentlichen Seminar «Grundlagen des Islams» folgende Aussagen gemacht:[2134]

> «I./1. Eines der großen Probleme, die wir heute haben, ist, dass Mohammed als der ideale Mann, der perfekte Mensch, der perfekte Muslim gesehen wird. Das heisst, das oberste Gebot für einen männlichen Moslem ist es, Mohammed nachzumachen, sein Leben zu leben. Das läuft nicht nach unseren sozialen Standards und Gesetzen ab. Weil er war ein Kriegsherr, hatte einen relativ großen Frauenverschleiss, um das jetzt einmal so auszudrücken, hatte nun mal gerne mit Kindern ein bisschen was. Und er war nach unseren Begriffen kein perfekter Mensch. Damit haben wir heute riesige Probleme, weil Muslime mit der Demokratie und unserem Wertesystem in Konflikt geraten …
> 2. Die wichtigsten von allen Rechtsschulen anerkannten Hadith-Sammlungen: Die allerwichtigste ist die Sahih Al-Bukhari. Wenn eine Hadith nach Bukhari zitiert wurde, dann können Sie sicher sein, dass es alle Muslime anerkennen. Und in der Al-Bukhari ist auch blöderweise das geschrieben mit der Aisha und dem Kindersex …
> II./ Ich erinnere mich an meine Schwester, das hab ich schon ein paar Mal erzählt, als [S.W.][2135] in Graz ihren berühmten Sager gemacht hat, ruft mich meine Schwester an und sagt: ‹Um Gottes willen. Hast du ihr das gesagt?› Worauf ich gesagt habe: ‹Nein, ich war's nicht, aber es ist nachzulesen, es ist nicht wirklich ein Geheimnis.› Und sie: ‹Das kann man doch so nicht sagen.› Und ich: ‹Ein 56-Jähriger und eine 6-Jährige? Wie nennst du das? Gib mir ein Beispiel? Wie nennen wir das, wenn's nicht Pädophilie ist?› Sie: ‹Na ja, das muss man ein bisschen umschreiben, diplomatischer sagen.› Meine Schwester ist symptomatisch. Das haben wir schon so oft gehört. ‹Das waren doch andere Zeiten› – das war damals nicht o.k., und es ist heute nicht o.k. Punkt. Und es passiert heute auch noch. So was ist nie gutzuheißen. Sie legen sich alle eine Wirklichkeit zurecht, weil die Wahrheit so grausam ist …»[2136]

Die nationalen Gerichte verurteilten sie deshalb zu einer geringfügigen Geldstrafe wegen Herabwürdigung religiöser Lehren[2137] mit der Begründung, dass sie mit ihren Aussagen zwar nicht alle Muslime und Musliminnen verunglimpft oder behauptet hatte, dass alle Muslime pädophil seien, aber die unreflektierte Nachahmung eines Vorbildes kritisierte und die Aussage vermittelt hatte, dass der Prophet Mohammed kein würdiges Subjekt der Verehrung sei.[2138]

2134 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 7, 25. Oktober 2018.

2135 Bezieht sich auf die Aussage von Susanne Winter, dass im «heutigen System» der Prophet «ein Kinderschänder» gewesen wäre.

2136 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 13, 25. Oktober 2018.

2137 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 12, 25. Oktober 2018.

2138 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 14, 25. Oktober 2018.

Das österreichische Landesgericht für Strafsachen Wien vertrat die Auffassung, dass es sich bei den Äusserungen der Beschwerdeführerin nicht um Tatsachenbehauptungen, sondern um abwertende Werturteile handle, welche die zulässigen Grenzen überschreiten würden.[2139] Die Entscheidung wurde folgendermassen begründet:

> «[T]he applicant had intended to wrongfully accuse Muhammad of having paedophilic tendencies. Even though criticising child marriages was justifiable, she had accused a subject of religious worship of having a primary sexual interest in children's bodies, which she had deduced from his marriage with a child, disregarding the notion that the marriage had continued until the Prophet's death, when Aisha had already turned eighteen and had therefore passed the age of puberty.»[2140]

> «[T]he applicant's conviction had not been that the events had purportedly taken place more than a thousand years ago and similar conduct would no longer be tolerable under today's criminal law and contemporary moral and value concepts, but because the applicant had accused Muhammad of paedophilia by using the plural form ‹children›, ‹child sex›, ‹what do we call it, if it is not paedophilia?› without providing evidence that his primary sexual interest in Aisha had been her not yet having reached puberty. […]. Even if the applicant had had the right to criticise others' attempts to imitate Muhammad, her statements showed her intention to unnecessarily disparage and deride Muslims.»[2141]

Die Beschwerdeführerin habe zudem nicht beabsichtigt, sich dem Thema in einer objektiven Weise zu nähern, sondern direkt darauf abgezielt, den Propheten Mohammed zu entwürdigen. Kinderehen seien zudem nicht mit Pädophilie gleichzusetzen und diese seien nicht nur ein Phänomen des Islam, sondern auch unter den europäischen Herrscherhäusern weit verbreitet gewesen.[2142] Das Oberlandesgericht Wien stützte die Ansicht des Landesgerichts und führte weiter an, dass zwar scharfe Kritik an Kirchen oder Religionsgesellschaften sowie an religiösen Traditionen und Praktiken zulässig sei, aber die zulässigen Grenzen dort überschritten würden, wo die Kritik endete und die Beschimpfung oder Verspottung einer Religion oder von ihr verehrten Personen beginne.[2143]

Der EGMR schloss sich der Ansicht der innerstaatlichen Gerichte an, weil diese ausführlich dargelegt hätten, warum sie der Auffassung waren, dass die Äusse-

---

[2139] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 15, 25. Oktober 2018.

[2140] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 14, 25. Oktober 2018.

[2141] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 18, 25. Oktober 2018.

[2142] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 15, 25. Oktober 2018.

[2143] E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 18, 25. Oktober 2018.

rungen der Beschwerdeführerin geeignet waren, berechtigte Empörung hervorzurufen. Diese seien nicht in einer objektiven Art und Weise gemacht worden, die zu einer Debatte von öffentlichem Interesse beitragen würden, sondern könnten nur so verstanden werden, dass sie darauf abzielten, zu zeigen, dass Mohammed kein würdiger Gegenstand der Verehrung sei.[2144] Die Aussagen sollten auch keinen objektiven Beitrag zu einer öffentlichen Debatte über Kinderehen darstellen, sondern seien eine Verallgemeinerung ohne sachliche Grundlage.[2145] Deshalb wurde eine Verletzung von Art. 10 EMRK einstimmig verneint.[2146]

IV. Diskussion und Fazit

Weder in den USA noch im VK bestehen Strafartikel, die vor Beschimpfungen von Glaubensbekenntnissen schützen. Nach wie vor speziell erfasst werden Handlungen, die sich gegen Gotteshäuser oder Geistliche richten oder Gottesdienste etc. stören. In der Schweiz wie auch in Deutschland hingegen wurde zwar über die Abschaffung der jeweiligen Norm diskutiert, die Forderung einer Abschaffung konnte sich aber bis anhin nicht durchsetzen.

Im Beispielfall *E.S. gegen Österreich* bemühte sich der Gerichtshof sehr, darzulegen, dass Mohammed keine pädophilen Tendenzen nachgewiesen werden können. Das scheint auch deshalb interessant, weil die Aussagen von Sabaditsch-Wolff als Werturteile und gerade nicht als Tatsachenbehauptung eingestuft worden waren und sich somit einem Wahrheitsbeweis entziehen. Fraglich sollte aber vielmehr sein, ob solche Behauptungen zulässig und diskutabel sind, selbst wenn sie sich als falsch erweisen. Es ist zu fragen, wie sich das Bestehen der Norm letztlich rechtfertigt. Die Norm schützt die Gefühle der religiösen Anhängerschaft in einem speziellen Masse vor Beleidigungen. Die Norm schützt somit nicht Gott und es wird deshalb auch nicht die Gotteslästerung bestraft, wie dies teilweise fälschlicherweise angenommen wird. Problematisch erscheint allerdings, dass auf unglückliche Weise subjektive Gefühle objektiviert werden.[2147] Es darf daher gefragt werden, ob die Verletzung religiöser Gefühle strafrechtlich relevant ist.[2148]

2144 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 52, 25. Oktober 2018.

2145 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 57, 25. Oktober 2018.

2146 E.S. v. Austria, no. 38450/12, § 58, 25. Oktober 2018.

2147 Häusermann, S. 32–34.

2148 Bondolfi Sibilla, Konfessionslose wollen Blasphemie-Verbot aufheben, in: SWI Swissinfo.ch vom 11. Februar 2019, <https://www.swissinfo.ch/ger/gesellschaft/

Strafrechtliche Normen, die dem reinen Gefühlsschutz dienen, werden – wie schon ausgeführt – abgelehnt.[2149] Der Gefühlsschutz religiöser Anhänger legitimiert die Norm deshalb nicht.

Weiter wird der Schutz des Religionsfriedens bzw. die friedliche Co-Existenz der Religionen als Rechtsgut angegeben. Die Ausübung der Religion selbst wird durch Art. 15 BV geschützt und insoweit diese durch die Störung von religiösen Feierlichkeiten tangiert wird, kann die Norm legitimiert werden. Eine herabwürdigende Aussage zu einer verehrten Person oder Gottheit schränkt die Religionsfreiheit hingegen kaum ein. Eine Gefährdung der objektiven Sicherheit der religiösen Gruppierung aufgrund solcher Aussagen erscheint ebenfalls zweifelhaft. In Betracht gezogen werden kann deshalb, dass gewisse blasphemische Aktionen für die nationale Sicherheit (die objektive Sicherheit der Nicht-Anhängerschaft) eine Rolle spielen können, wie sich aktuell in Schweden zeigt. Seit der Koranverbrennung durch Salwan Momika ist die Gefahr für terroristische Anschläge in Schweden gestiegen.[2150] Es muss aber beachtet werden, dass der Religionsfrieden bzw. die nationale Sicherheit vor allem durch die verletzten Anhänger und Anhängerinnen gestört wird.[2151] Das heisst, der Schutz vor religionsfeindlichen Aussagen verhindert die gewalttätige Antwort nicht, sondern legitimiert sie u.U. erst.

Die allfällige Furcht vor gewalttätigen Protesten sollte nicht der primäre Grund für die Beibehaltung der Strafnorm sein oder aus diesem Grund die Meinungsäusserungsfreiheit strafrechtlich eingeschränkt werden. Damit würde dem Attentäter-Veto[2152] gleichsam der Weg geebnet und kommuniziert, dass Recht bekommt, wer nur genügend droht, Gewalt anzuwenden.[2153] In Betracht gezogen werden können die Sicherheitsbedenken hingegen beim Bewilligungsverfahren für «blasphemi-

---

gotteslaesterung_konfessionslose-wollen-blasphemie-verbot-aufheben/44721000> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2149 Bondolfi Sibilla, Konfessionslose wollen Blasphemie-Verbot aufheben, in: SWI Swissinfo.ch vom 11. Februar 2019, <https://www.swissinfo.ch/ger/gesellschaft/gotteslaesterung_konfessionslose-wollen-blasphemie-verbot-aufheben/44721000> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2150 Koponen Linda, Hohe Terrorgefahr in Schweden: Die Sicherheitspolizei erhöht die Warnstufe – die Polizei bewilligt weitere Koran-Verbrennung, in: NZZ vom 17. Augst 2023, <https://www.nzz.ch/international/hohe-terrorgefahr-in-schweden-neue-koran verbrennung-angekuendigt-ld.1752041> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2151 So z.B. in den Fällen von Charlie Hebdo, Samuel Paty, Jyllands-Posten etc.

2152 Original: assassin's veto: Das Phänomen der Tötung oder der Androhung der Tötung von Personen, die einen selbst oder die eigene Lebensweise beleidigen.

2153 Ash geht sogar noch weiter und sieht in der Akzeptanz des gewaltsamen Einschüchterns selbst eine Form des «incitement to violence», vgl. Ash, S. 129–131.

sche» Aktionen. Im Unterschied zur Strafnorm würde hier der Einzelfall bedacht und eine Aktion könnte wegen Sicherheitsbedenken nicht bewilligt werden. Hierbei kann allerdings die Gefahr bestehen, dass nur Aktionen verboten werden, welche die Religion bzw. die Gefühle besonders gewaltbereiter Anhänger und Anhängerinnen angreifen. Eine Bewilligung solcher Aktionen zu verbieten, müsste deshalb hohen Anforderungen genügen und sollte nur in Einzelfällen verboten werden, nämlich wenn die Sicherheit der Bevölkerung nachweislich bedroht ist und sich eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit deshalb rechtfertigen lässt. Die Strafnorm sollte daher wie im VK und in den USA nur tätliche Handlungen erfassen, nicht aber gefühlsverletzende Aussagen. Die von der Norm erfassten Äusserungsdelikte sollten deshalb abgeschafft werden.

Kapitel 15: Zusammenfassung

Hassredebestimmungen und der Umgang mit den verschiedenen Problemen sind je nach Nation teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltet, was auch an den unterschiedlichen Rechtskreisen und Wertevorstellungen liegt. Die *USA* schränkt allein wegen des Inhalts Hassreden kaum ein. Eine Beschränkung der freien Rede wegen menschenverachtenden Ideologien, Genozidleugnungen oder religionsbeschimpfenden Äusserungen sind im US-amerikanischen Rechtskreis nicht denkbar. Herabsetzungen oder diskriminierende Äusserungen müssen sich als «defamation» qualifizieren, um strafrechtlich verboten werden zu können. Das *VK* präsentiert sich unterschiedlich. Während Genozidleugnungen, menschenverachtende Ideologien und religionsbeschimpfende Äusserungen ebenso wenig wie in den USA verboten werden, sind der Aufruf zu Hass und herabsetzende Äusserungen teilweise strafbar. *Deutschland* ähnelt in seiner Ausgestaltung und den damit einhergehenden Diskussionen am ehesten der Schweiz, verfügt aber über deutlich mehr Bestimmungen, die unter Hassredenormen subsumiert werden können.

In Bezug auf die behandelten Problempunkte stellen sich die Ergebnisse folgendermassen dar: Hinsichtlich der Frage nach dem Rechtsgut scheint eine definitive Klärung schwierig, weil sich z.B. im anglo-amerikanischen Rechtssystem diese Frage so nicht stellt, sondern gemäss dem «harm principle» nach dem Schaden von Hassrede gefragt wird. Diese Frage scheint schwierig beantwortbar, weil sich nur schon der Schadensbegriff völlig unterschiedlich auslegen lässt; dieser erweist sich in diesem Zusammenhang als rechtsphilosophische Frage, die im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet werden kann. Die im deutschsprachigen Raum klassisch für diese Bestimmungen gewählten Rechtsgüter des öffentlichen Friedens wie auch der Menschenwürde erfahren starke Kritik. Beide scheinen in ihrer aktuellen Ausgestaltung nicht als geeignete Rechtsgüter. Es wurde aus diesem Grund versucht, diese unspezifischen Rechtsgüter zu konkretisieren und spezifischere Schutzgüter zu finden, wie die objektive Sicherheit oder der Achtungsanspruch als Menschen. Je nach Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgut wird auch die Frage nach dem Rechtsgutsträger bzw. Deliktstypus beantwortet. Die Anerkennung als Opfer scheint im anglo-amerikanischen Rechtssystemen grosszügiger ausgestaltet als im deutsch-schweizerischen, was sich bei letzterem auch auf die Prozessstellung nachteilig auswirkt. Die USA verbietet in Bezug auf Hassreden nur konkrete Gefährdungsdelikte und das VK hat seine Aufstachelungsdelikte zwar als abstrakte Gefährdungsdelikte, aber mit sehr scharfen Konturen ausgestaltet. Deutschland hat bei der Volksverhetzung (teilweise) eine Mischung aus abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt, ein sogenanntes Eignungsdelikt

gewählt, während die schweizerischen Normen als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind.

In Bezug auf die geschützten Gruppen werden entweder keine Gruppen speziell geschützt (USA), je nach Bestimmung unterschiedliche Gruppen geschützt (VK), spezifische Gruppen speziell geschützt (CH) oder der Schutzbereich auf genügend grosse «Gruppen» im Allgemeinen erweitert (DE).

Was die Öffentlichkeit von Hassrede als Tatbestandsmerkmal betrifft, erfasst das VK jede Hassrede, sofern sie nicht in einer Behausung geäussert wurde. Deutschland verlangt grösstenteils keine öffentlichen Äusserungen, sondern die Öffentlichkeitswirksamkeit einer Äusserung. Neuerdings werden teilweise auch herabsetzende, verhetzende schriftliche Äusserungen, die nicht öffentlich(keits-wirksam) erfolgen, bestraft. Die Schweiz steht somit mit ihrem Öffentlichkeits-merkmal allein da, scheint aber teilweise einen weiteren Anwendungsbereich aufzuweisen als die übrigen Staaten, dies aufgrund der bundesgerichtlichen Defi-nition, dass alles öffentlich sei, was nicht privat ist.

Bei der Strafbarkeit wegen des Aufrufs zu Hass bekunden alle Staaten Mühe mit der Definition von Hass. Die USA verbietet als einziger Staat nicht den Aufruf zu Hass, sondern nur Äusserungen, die vorsätzlich zu gewalttätigem oder anderwei-tig rechtswidrigem Verhalten aufrufen, das wahrscheinlich unmittelbar eintreten wird. Der Aufruf zu Diskriminierung ist im VK gar nicht verboten und in Deutsch-land als Aufruf zu Gewalt- und Willkürmassnahmen umschrieben. Das Wort «Dis-kriminierung» benutzt entsprechend nur die Schweiz.

Sanktionierungen für die Verbreitung von menschenverachtenden Ideologien bestehen nur in der Schweiz und in Deutschland; Gleiches gilt für die Leugnung etc. von Genoziden. Das deutsche Recht erfasst aber mehr, weil es auch gewisse Kennzeichen per se verbietet und in Bezug auf die Genozidleugnungen kein ras-sistisches Motiv verlangt. Dafür bestrafen die anglo-amerikanischen Systeme Hassdelikte höher und erfassen diese auch speziell. Deutschland kennt zwar keine definierten Hassdelikte, zählt aber verschiedene verwerfliche Motive namentlich als Strafschärfungsgründe auf. Die Schweiz hat damit als einzige der hier unter-suchten Nationen keine namentlich erwähnten straferhöhenden Gründe.

Auch in Bezug auf spezielle Online-Normen gestalten die Staaten ihre Recht-sprechung unterschiedlich. Die USA schützen Plattformbetreibende durch Sec-tion 230 vor einer Haftung für die veröffentlichten Inhalte der Nutzenden. Im VK trat der Online Safety Act in Kraft und in Deutschland wurde das NetzDG durch das europäische DSA abgelöst. Die Schweiz verfügt derzeit über keine speziellen

Online-Normen, hat sich aber an einen Gesetzesentwurf gemacht, der mit dem DSA vergleichbar sein soll.

Die Diskussion um das Verbot von Hassrede findet sich entsprechend in allen untersuchten Staaten, wobei für die jeweiligen Problemfelder teilweise sehr unterschiedliche Lösungsansätze gewählt worden sind, die sich nicht immer auf das schweizerische Strafrecht übertragen lassen. Die relevanteste Frage scheint indessen nicht, ob und wann Hassrede verboten werden soll, sondern vielmehr, wann die Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt werden darf und soll. Diese Frage wird sehr unterschiedlich beantwortet. Während in den USA die Redefreiheit hochgehalten, eine Einschränkung dieser mit einer Verletzung der Menschenwürde gleichgesetzt wird und entsprechend Einschränkungen nur in engem Rahmen zugelassen sind, schränken europäische Staaten diese deutlich stärker ein. Obwohl die Meinungsäusserungsfreiheit immer noch als hohes Gut angesehen wird, kann davon ausgegangen werden, dass ihre Stellung insgesamt eine Abwertung erfahren hat. Das zeigt sich nicht nur an der Einführung neuer Gesetzesbestimmung, sondern auch in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK. Urteile, die eine Einschränkung von Art. 10 EMRK aufgrund von Hassreden zulassen, haben deutlich zugenommen[2154] und es werden vermehrt auch drastischere Sanktionen akzeptiert.[2155] Es wäre deshalb nicht nur wünschenswert, sondern essenziell, dass der Gerichtshof eine klarere Definition des Begriffs «Hassrede» und eine einheitlichere Praxis dazu entwickeln würde. Dem Grundrechtskonflikt darf dabei nicht aus dem Weg gegangen werden, indem Hassreden als ausserhalb des Schutzbereichs liegend deklariert werden. Vielmehr müssen die Äusserungen stets eine kontextbasierte Einzelfallbeurteilung erfahren, die alle Umstände miteinbeziehen und gegen das jeweilige Grundrecht abgewogen werden. Das gilt sowohl für die Meinungsäusserungsfreiheit als auch für die Religionsfreiheit. Religiöse Ansichten, die von säkularen oder mehrheitlich vertretenen Auffassungen zu entsprechenden Themen abweichen, müssen – selbst bei scharfer Kritik an Verhaltensweisen – zulässig sein, sofern nicht zu Gewalt oder feindseligen Handlungen aufgerufen wird. Der religiöse Kontext darf dabei nicht ausgeblendet werden, sondern muss spezielle Beachtung erfahren. Religionsbeschimpfende Äusserungen hingegen sollten aufgehoben werden, weil sie nicht legitimierbar erscheinen.

Die aus den Vergleichen gewonnenen Erkenntnisse werden im fünften und letzten Teil der Arbeit aufgegriffen, ergänzt, zusammengefasst und in konkrete Lösungsansätze überführt.

2154 Zeller, N 59–63.

2155 Atamanchuk v. Russia, no. 4493/11, 11. Februar 2020.

Teil 5:

Lösungsansätze

In einem ersten Schritt wird erneut die Frage des Schadens bzw. der Gefahr von Hassrede aufgegriffen. Es wird in einem ersten Kapitel der Frage nach einem möglichen Zusammenhang zwischen Hassrede und einem potenziellen Schaden nachgegangen. Dabei wird erörtert, ob ein Zusammenhang zwischen Hassrede und Hassdelikten besteht, inwiefern sich Hassrede auf Betroffene auswirken kann und ob Hassrede die Demokratie gefährdet. Hierbei wird ein neuer Ansatz von Eric Heinze präsentiert, der Freiheitsrechte nicht als Menschenrechte, sondern primär als Staatsbürgerrechte postuliert. Demokratische Staaten wären nach seiner Ansicht daher in der Lage, anders – insbesondere was strafrechtliche Massnahmen betrifft – auf Hassreden zu reagieren als nicht-demokratische Staaten. Strafrechtliche Lösungsansätze werden in Kapitel 2 anhand der aus den Teilen 2 bis 4 erarbeiteten Lösungsansätzen als konkrete Normen präsentiert. Kapitel 3 bietet ein Schlussfazit und stellt ausblickend fest, welche weiteren Untersuchungen anzustellen sind, um einen wirksamen Umgang mit Hassrede(normen) in der Schweiz zu gewährleisten. Darin wird auch eine Reihe von ausserstrafrechtlichen Alternativen vorgestellt, die die strafrechtlichen Mittel ersetzen oder ergänzen können.

Kapitel 1: Besteht ein Zusammenhang zwischen Hassrede und dem befürchteten Schaden?

In den vorangegangenen Ausführungen zum Rechtsgut[2156] ist primär der dogmatische Aspekt der Legitimation beleuchtet worden. Konkret stellte sich die Frage, ob ein Rechtsgut auszumachen ist, das sich als schützenswert erweist. Die auszumachenden Rechtsgüter haben sich in der objektiven Sicherheit einer Gruppe und dem Achtungsanspruch als Menschen bzw. der Rechtsgleichheit gezeigt. Hier gilt es herauszufinden, ob zwischen den befürchteten Rechtsgutsverletzungen und Hassreden tatsächlich ein Zusammenhang besteht. Wie bereits in Teil 4, Kap. 1 ausgeführt, ist die Berufung auf ein Rechtsgut, um eine Strafnorm zu legitimieren, keine echte gesetzgeberische Beschränkung. Dies, weil «[n]icht der Gesetzgeber […] an Rechtsgüter gebunden [ist], sondern umgekehrt die Rechtsgüter an die Tätigkeit des Gesetzgebers».[2157] Wird bedacht, dass der Gesetzgeber «Rechtsgüter nicht vorfindet, sondern durch seine Rechtsetzungsakte erst schafft»,[2158] so muss er sich im Rahmen dieser Findung an «empirisch vorfindbaren Schutzinteressen und Gefährdungslagen»[2159] orientieren. In Bezug auf die untersuchten Normen erweist sich eine empirische Untersuchung als besonders empfehlenswert, weil es sich durchgehend um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, weshalb ein Erfolg im Einzelfall gerade nicht erforderlich ist bzw. nachgewiesen werden muss. Es muss daher grundsätzlich belegt werden, dass sich eine Bestrafung der verbotenen Äusserungen tatsächlich wegen der generalisierten «besonderen Gefährlichkeit der spezifischen Begehungsweise»[2160] rechtfertigt. Daher muss zumindest ein Zusammenhang zwischen Hassrede und möglichen Gewalttaten bestehen.[2161] Es kann dabei kaum bestritten werden, dass Rede einen Effekt zeigt oder andere Menschen grundsätzlich beeinflussen kann. Diese Aussage lässt sich allerdings auf jegliches menschliche Verhalten übertragen. Will man also alle Äusserungen bestrafen, die potenziell zu Gewalt führen könnten, müsste Sprache insgesamt verboten werden.[2162] Ein solches Verbot ist offensichtlich nicht legitimierbar, deshalb sollen

---

2156 Vgl. Teil 4, Kap. 1.

2157 Hilgendorf, NK, S. 128.

2158 Hilgendorf, NK, S. 130.

2159 Hilgendorf, NK, S. 130.

2160 SHK StGB-Vest, Art. 259, N 2.

2161 Vgl. auch Scheffler, S. 57; Hörnle, S. 176–181.

2162 Vgl. Doyle, S. 77–78. Auf der Basis dieser Argumentation wäre z.B. auch der Wochentag «Montag» gefährlich, da er zu Gewalttaten geführt hat: Brenda Ann Spencer erschoss während ihres Amoklaufs am 29. Januar 1979 mehrere Personen an der Grover Cleveland Elementary School, weil sie den Wochentag Montag nicht mochte.

nur «besonders gefährliche» Äusserungen bestraft werden.[2163] Es geht mit anderen Worten um die «objektive Eignung, ein feindseliges Klima zu schaffen, von dem rassendiskriminierende [oder gewalttätige] Handlungen getragen werden».[2164] Im Folgenden werden deshalb drei – in der Fachliteratur häufig genannte – Thesen überprüft, die diesen Zusammenhang belegen sollen:

These 1: Hassrede führt zu Gewalttaten.

These 2: Hassrede schädigt die Betroffenen.

These 3: Hassrede schadet der Demokratie.

I. These 1: Hassrede führt zu Gewalttaten

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der These, dass Hassrede zu Gewalttaten führen kann. Dabei wird zwischen dem Aufruf zu Gewalt und dem Aufruf zu Hass unterschieden und die jeweilige unterschiedliche Form des Aufrufs einzeln untersucht.

Es stellt sich als schwierig heraus, einen direkten Zusammenhang zwischen dem Aufruf zu Gewalt und ausgeführter Gewalt direkt herzustellen.[2165] Häufig wird in diesem Zusammenhang der Genozid in Ruanda als Beispiel vorgebracht, um zu demonstrieren, wohin Hassreden ultimativ führen können. Die gängige Meinung ist, dass die Medien, insbesondere der Radiosender RTLM, den Völkermord durch Aufwiegelung der Bevölkerung verursacht haben. Diese Annahme wird aber kaum durch sozialwissenschaftliche Analysen bestätigt.[2166] Sie legt zudem nahe, dass Menschen auf Gewaltaufrufe wie Marionetten reagieren und sogleich zur Tat schreiten, ohne sich (emotional oder intellektuell) dagegen zur Wehr setzen zu können.[2167]

Zwei Studien[2168] konnten indes mehr Aufschluss über die Auswirkung von Hassrede via RTLM und deren Auswirkung in Ruanda bieten. Zusammenfassend

---

[2163] Vgl. Botschaft 1992, S. 312–313.

[2164] BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis, N 36.

[2165] Scheffler, S. 10, 97; Brown, S 69.

[2166] Scheffler, S. 27–28.

[2167] Scheffler, S. 23.

[2168] Straus Scott, What Is the Relationship between Hate Radio and Violence? Rethinking Rwanda's «Radio Machete», in: Sage Journals, Vol. 35, Issue 4, 2007; Yanagizawa-Drott David, Propaganda and Conflict, Theory and Evidence from the Rwandan

ergeben die Studien folgendes Bild: Der Sender RTLM konnte aufgrund seiner geringen Transmitteranzahl und der Topografie des Landes 90 bis 95 Prozent der ruandischen Landesbevölkerung in den frühen 1990er-Jahren gar nicht erreichen. Dennoch fand der Völkermord landesweit statt. Dort, wo der Sender empfangen wurde, erhöhte sich zwar die Beteiligung an Gewalttaten, Berechnungen legen jedoch nahe, dass lediglich zehn Prozent der Gesamtbeteiligung an der Gewalt durch die Propaganda provoziert wurden.[2169] Insgesamt lässt sich also festhalten, dass die Radiosendung des RTLM zwar eine erhöhende Wirkung auf die Gewalttaten hatte, dies aber weder das Auftreten der meisten völkermörderischen Gewalttaten noch die Beteiligung der meisten Täter erklären kann. Vielmehr sagten die befragten Täter aus, dass entweder eine «face to face»-Mobilisierung oder Furcht sie zu Gewalttaten verleitet hätten.[2170] Das Beispiel Ruanda zeigt zudem eindrücklich, dass für eine erfolgreiche Aufstachelung, die Gewalt hervorruft, die Unterstützung der politischen Elite erforderlich ist und die bereits bestehenden Umstände (wie z.B. der bereits vorhandene Bürgerkrieg) wichtige Mitfaktoren sind.[2171] Das Hassradio hat somit den Konflikt zwar bestärkt, aber den Völkermord anscheinend nicht verursacht. RTLM war zudem staatliches Radio und es gab neben den staatlichen Sendern keine weiteren Informationsquellen. Grundsätzlich wird vor Genoziden die Unterdrückung von alternativen Informationsquellen und Äusserungen beobachtet, weshalb vor allem in der staatlichen Propaganda und der Unterdrückung von anderen Meinungen eine der Hauptursachen für den Genozid gesehen werden kann.[2172] Weiter weist der Genozid in Ruanda darauf hin, dass sich der Mensch ständiger Wiederholung von Äusserungen aus autoritativen Quellen nur schlecht entziehen kann bzw. dieser nur schlecht widerstehen kann und somit auch der Status des Redners oder der Rednerin ausschlaggebend sein kann.[2173] Es scheint aber, dass zumindest ein Gewalttaten begünstigender Faktor durch Hassreden beobachtbar ist. Im Fall Ruanda konnte immerhin ein erhöhender Effekt durch das Hassradio nachgewiesen werden.[2174] Dieser erhöhende Effekt muss aber im vorliegend ruandischen Konfliktkontext betrachtet werden:

Genocide, in: Center for International Development at Harvard University, Working Paper No. 257, 2012.

2169 Scheffler, S. 29.

2170 Scheffler, S. 28–29.

2171 Scheffler, S. 31–34.

2172 Scheffler, S. 39, 58–59.

2173 Scheffler, S. 59.

2174 Scheffler, S. 38.

Es bestanden keine alternativen Informationsquellen, die Hassreden erfolgten aus autoritativen Quellen sowie wiederkehrend über längere Zeit und bedienten den ohnehin schon bestehenden Konflikt zwischen den Bevölkerungsgruppen. Diese Faktoren müssen daher bei der Beurteilung von Hassreden zwingend miteinbezogen werden. Das heisst auch, dass z.B. Reden von Politikern und Politikerinnen grundrechtlich nicht mehr geschützt werden sollten als andere Äusserungen, weil diese über eine besonders hohe Wirksamkeit verfügen. Gewisse Übertreibungen mögen zulässig sein, aber insgesamt müsste der Status als Amtsträger bzw. Amtsträgerin als gewichtiges Element bei der Beurteilung von Hassreden miteinbezogen werden.[2175]

Weiter kann argumentiert werden, dass sich ein nicht-demokratisches Land, wie es Ruanda zur Zeit des Völkermordes war, nicht mit einem demokratischen Staat vergleichen lässt. Selbst wenn sich also Hassrederegulierungen in Ruanda als nötig erwiesen hätten, lässt sich dieser Befund nicht zwingend auf ein Land wie die Schweiz übertragen.[2176] Es wurde deshalb nach weiteren Beispielen gesucht, die einen Zusammenhang belegen könnten und die örtlich und kulturell der Schweiz näherstehen.

Ein weiteres solches Beispiel, das häufig im Zusammenhang mit Hassrede vorgebracht wird, konnte im Mord am Kasseler Regierungspräsidenten Walter Lübcke gefunden werden. Der Tat ging eine lange Periode von Hassbotschaften voraus. Lübcke war wegen seiner Aussagen zur Flüchtlingspolitik zur Hassfigur der Rechtsextremen geworden. Unklar ist, inwiefern sich hier die einzelnen Hassbotschaften direkt auf die Tat auswirkten. Es dürfte sich als schwierig herausstellen, Hassrede als Hauptursache für den Mord zu eruieren. Zudem muss beachtet werden, dass sich der Hass gezielt gegen eine Einzelperson gerichtet, es sich um konkrete Drohungen gehandelt hat und der Täter möglicherweise zur Tat angestiftet worden war. Damit fällt dieses Beispiel ohnehin in die Kategorie klar zu bestrafender Delikte. Beobachtbar scheint zudem, dass zumindest in Deutschland zunehmend Politiker und Politikerinnen wegen ihrer politischen Meinung bedroht werden, eine Gruppe, die kaum strafrechtlichen Schutz erfährt. Problematisch erscheint im Zusammenhang mit dem beschriebenen Mordfall daher eher, dass auch explizite Morddrohungen anscheinend keine strafrechtlichen oder polizeilichen Konsequenzen nach sich zogen. Die hasserfüllten Nachrichten gegen Walter

[2175] Vgl. auch die Ausführungen von Brown/Sinclair, zu «hyperpolitical hate speech», S. 305–369.

[2176] Heinze, S. 9; 200.

Lübcke hätten Anlass zu polizeilichen Massnahmen wie konsequentere Ermittlungen und Strafverfolgung von Drohungen oder Personenschutz etc. geben müssen.[2177]

Es scheint aufgrund der angestellten Überlegungen schwierig, einen direkten Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Aufruf zu Gewalttaten und den vermeintlich daraus resultierenden Gewalttaten herzustellen. Vor diesem Hintergrund ist es nahezu unmöglich, einen empirischen Zusammenhang zwischen Hassäusserungen und der Erzeugung oder dem Schüren von Hass zu belegen.[2178] Es scheint kaum möglich, nachzuweisen, dass die Verbreitung bestimmter Äusserungen zu Hass führt. Zur Bewertung des Risikos einer bestimmten rechtswidrigen Handlung können die üblichen Beweistechniken eingesetzt werden, aber diese eignen sich schlecht dazu, das Risiko eines rein psychologischen Ergebnisses einzuschätzen.[2179]

Damit lässt sich Folgendes festhalten: Hassrede zeigt nur in gewissen Kontexten überhaupt einen Effekt. Hassrede grundsätzlich und kontextunabhängig als Hauptursache für Gewalttaten anzusehen, ist kaum belegbar. Zudem erweisen sich Formulierungen wie «Aufruf/Aufreizung zu Hass» als unpräzise. In vielen Fällen handeln aufgehetzte Menschen nicht aufgrund von Hass, sondern haben weitaus «bessere» und komplexere Gründe dafür, wie z.B. politische und wirtschaftliche Ausgrenzung, Ressourcenknappheit oder, wie im Falle Ruandas, Angst um ihr Leben.[2180]

Auf einer kollektiven Ebene (öffentlicher Friede oder öffentliche Sicherheit) lässt sich deshalb eine Legitimation für Hassrederegulierungen nur ableiten, wenn mit einer Erhöhung von Gewalttaten zu rechnen ist. Das wiederum scheint von einer nicht unerheblichen Anzahl Faktoren abzuhängen. Die jeweiligen Faktoren müssen zudem im Landeskontext festgestellt und entsprechend gewichtet werden.

2177 Grossekathöfer Birgit/Jäschke Martin/ Voss Leonie, Es ist der Auftrag, sich nicht wegzuducken!, in: Der Spiegel vom 31. Mai 2020, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/fall-walter-luebcke-politiker-berichten-ueber-hass-und-hetze-a-9b341c7c-addb-4e5c-bc47-e5c3a9110404> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Fall Lübcke – Wer steckt hinter dem Attentat?, in: ZDFzoom vom 4. Februar 2021, <https://www.zdf.de/dokumentation/zdfzoom/zdfzoom-mordfall-luebcke-100.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2178 Scheffler, S. 38.

2179 Scheffler, S. 60.

2180 Scheffler, S. 38.

Susan Benesch hat im Rahmen des «Dangerous Speech Project» und den dort erfolgten Studien[2181] verschiedene Faktoren untersucht, die jeweils vor dem Eintreten von Gewalt gegen eine bestimmte Gruppe auftreten. Sie betont, dass nie mit Sicherheit festgestellt werden könne, dass die jeweilige Rede die Gewalt *verursacht* habe. Es gehe daher um das erhöhte Risiko, dass das adressierte Publikum Gewalt gegen eine Gruppe duldet oder begeht. Um die Gefährlichkeit einer Rede festzustellen, hat Benesch ein Konzept aus fünf zu überprüfenden Elementen entwickelt. Dazu gehören die Botschaft selbst, das Publikum, der historische und soziale Kontext der Botschaft, der Sprecher und das Medium, mit dem die Sprecherin eine Botschaft vermittelt. Auf der Grundlage dieser Analyse wird anschliessend die Frage gestellt: Hat/würde diese Botschaft die Bereitschaft zur Ausübung oder Billigung von Gewalt erhöhen? Gemäss Benesch handelt es sich dabei nicht um eine Berechnung oder eine Formel, sondern um eine qualitative Bewertung, die helfen soll, das Verhalten anderer Menschen vorherzusagen. Die fünf Elemente müssten nicht immer alle auftreten, mit Ausnahme des hetzerischen Inhalts der Botschaft und des dafür empfänglichen Publikums.

Diese Form der Rede wird von Benesch als «dangerous speech» bezeichnet und vom Begriff der Hassrede – welchen sie als zu weitgehend und vage ablehnt – unterschieden.[2182] Der Begriff «gefährliche Rede» sei eine präzisere und engere Kategorie als «Hassrede». «Gefährliche Rede» werde zudem durch die Verbindung zu Gewalt gegen eine Gruppe von Menschen definiert und unterscheide sich von Hassrede auch dadurch, dass sie gelegentlich nicht einmal Hass ausdrücke, sondern stattdessen Ängste schüre.[2183] Der Begriff der «gefährlichen Rede» erweist sich auch im Hinblick auf die Definitionsschwierigkeiten, die bei Hassrede auftreten, als hilfreich. Dies, weil er nicht auf die Emotion (Hass) eingehen muss, sondern einen objektiven Ansatz wählt, nämlich, ob eine Rede sich im vorliegenden Kontext und unter Bewertung aller Faktoren als gefährlich erweisen kann. Insofern könnte auf den Begriff der Hassrede verzichtet werden und stattdessen der sprachlich klarere Ausdruck «gefährliche Rede» benutzt werden.

[2181] Dangerous Speech Project, Dangerous Speech Around the World, <https://www.dangerousspeech.org/countries> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2182] Dangerous Speech Project, Dangerous Speech: A Practical Guide, <https://dangerousspeech.org/guide/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2183] Dangerous Speech Project, FAQ, <https://www.dangerousspeech.org/frequently-asked-questions> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Der Ansatz von Benesch und die fünf entwickelten Elemente können somit auch im schweizerischen Kontext herangezogen werden, um im konkreten Einzelfall zu beurteilen, ob eine Rede gefährlich ist oder nicht.

II. These 2: Hassrede schädigt die Betroffenen

Wird die individuelle Komponente in den Vordergrund gerückt, wird danach gefragt, ob Hassrede den (direkt oder indirekt) Betroffenen schadet. Das betrifft Konstellationen, in denen eine Person oder eine Gruppe wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe missachtet oder herabgesetzt wird.[2184] Hierbei wird von den Befürwortern der These oft argumentiert, dass Individuen, denen im Alltag nicht mit der normalen Höflichkeit und Achtung begegnet und denen täglich vermittelt werde, dass sie ohne Würde seien, an ihrem Wert als Person zweifeln würden. Sie übernähmen die negativen Bilder der Gesellschaft, was entweder zu Selbsthass oder zur Auflösung des Ichs führe, weil sie sich als «Nichts» erachten würden. Weitere psychologische Folgen könnten psychische und psychosomatische Erkrankungen sein. Das wiederum könne zu Missbrauch von Suchtmitteln führen. Eine weitere Auswirkung von Stigmatisierung sei, dass sie sich auf die Erziehungspraktiken von Angehörigen von Minderheitengruppen auswirke und damit eine Tradition fortgesetzt werde, welche die Überlegenheit der Mehrheit akzeptiere.[2185] Hassrede richte also sowohl psychisch wie physisch einen Schaden bei Individuen an. Die extreme Form dieser Ansicht stellt Hassrede selbst als Gewalt dar. Es wird argumentiert, dass Worte genauso wie ein physischer Angriff schmerzen können. Rassistische etc. Beschimpfungen würden dabei wie ein «Schlag ins Gesicht» empfunden.[2186]

Diesen Argumenten wird von der Gegnerseite entgegengehalten, dass Hassrede nur einer unter vielen möglichen Faktoren sei, der zu den erwähnten emotionalen und psychischen Schäden führen könne.[2187] Das Potenzial von Hassrede, zu psychischem oder emotionalem Schaden beizutragen, sei bislang empirisch kaum erforscht worden[2188] und es gebe nur wenige aussagekräftige Forschungsergeb-

---

2184 Stratenwerth/Bommer, § 39, N 22.

2185 So z.B. Delgado, S. 91–92; Waldron, S. 84–85.

2186 Zusammenfassend Heinze, S. 2.

2187 Vgl. Delgado, S. 94.

2188 Leets, S. 341.

nisse zu solchen Schäden.[2189] Die jeweils von der Befürworterschaft vorgebrachten Studien könnten zudem meist keinen kausalen Zusammenhang zwischen Hassrede und längerfristigem Schaden nachweisen.[2190] Zudem bestünden grosse individuelle Unterschiede bezüglich dessen, was als verletzende Botschaft empfunden werde, und das hänge massgeblich von situativ bedingten Variablen ab.[2191] Es gebe einen Unterschied zwischen schädlichem Stress, der negative Auswirkungen auf Psyche und Körper habe, und dem Stress, der keinen Schaden anrichte. Aussagen, die nur beleidigend seien, bewirkten keine negativen Folgen (würden aber immer häufiger ebenfalls als Hassrede deklariert). Sie könnten sogar lehrreich sein, weil unser Nervensystem dafür entwickelt sei, Stresssituationen aushalten zu können.[2192] Es seien nicht primär die Worte, die Schaden verursachen würden, sondern der Glaube, dass solche Worte Schaden verursachen und dadurch am Ende zu einer «self-fulfilling prophecy» werden würden.[2193] Die Vermeidungstaktik vor unliebsamer Konfrontation führe zu einer schädlichen Übersensibilität.[2194] Jonathan Rauch kritisiert diesen überzogenen Anspruch auf emotionale Sicherheit – den er «Safetyism» nennt – und insbesondere die Ansicht, dass Hassrede Gewalt sei, ebenfalls:

> «Wenn Worte genauso gewalttätig sind wie Kugeln, dann sind Kugeln auch nur so gewalttätig wie Worte. Wir verlieren das Vokabular, um zwischen einer unangenehmen verbalen Begegnung und dem Einschlagen unserer Schädeldecke zu unterscheiden.»[2195]

2189 Jay, S. 81, 96.

2190 Brown, S. 56–58.

2191 Jay, S. 89.

2192 Feldman Barrett Lisa, When Is Speech Violence?, in: The New York Times vom 14. Juli 2017, <https://www.nytimes.com/2017/07/14/opinion/sunday/when-is-speech-violence.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2193 Paresky Pamela B., When Is Speech Violence and What's the Real Harm?, in: Psychology Today vom 4. August 2017, <https://www.psychologytoday.com/intl/blog/happiness-and-the-pursuit-leadership/201708/when-is-speech-violence-and-what-s-the-real-harm> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2194 Lukianoff Greg/Haidt Jonathan, The Coddling of the American Mind, in: The Atlantic, September 2015 <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/09/the-coddling-of-the-american-mind/399356/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2195 Rauch, S. 287.

Diese – von Rauch kritisierte – Ansicht legitimiere zudem, eine gewalttätige Antwort auf Hassrede als Rechtfertigungsgrund anzusehen. Das zeige sich in bereits erfolgten Geschehnissen, bei denen auf bestimmte Äusserungen mit Gewalttätigkeiten reagiert worden sei.[2196]

Zudem wird argumentiert, dass primär *die fehlende Reaktion* auf Hassrede Schaden anrichte. Eine angemessene Reaktion auf Hassrede reduziere einen möglichen negativen Effekt.[2197]

Hier kann angemerkt werden, dass das Strafrecht eine Antwort auf Hassrede sein kann. Allerdings ist zu erwarten, dass dieses Mittel nur wirkt, wenn eine Strafverfolgung überhaupt erfolgt und eine Verurteilung stattfindet. Das ist durchaus nicht immer der Fall. Strafrecht ist daher keine zuverlässig wirksame Reaktion. Eine Reaktion auf Hassrede kann bzw. muss daher auch ausserhalb des Strafrechts liegen, weil insbesondere eine Entschuldigung beim Opfer oft mehr bewirken kann als eine Ahndung der Tat. Dies, weil der Erhalt einer Entschuldigung bemerkenswerte positive Auswirkungen auf den Körper habe, allerdings nur, wenn sie nicht erzwungen werde.[2198]

Das Schadensausmass von Hassrede hänge damit einerseits von der betroffenen Person (wie sie diese aufnehme) und andererseits von den Reaktionen des Umfelds oder der Obrigkeiten ab, die solche Äusserungen ebenfalls wahrgenommen haben.[2199] Anders liege der Fall bei Personen, die sich ständig in einem ihnen feindlich gesinnten Umfeld befänden. In einem solchen Fall wird angenommen, dass der dadurch verursachte chronische Stress schädlich sei.[2200]

2196 Rauch, S. 287; Paresky Pamela B., When Is Speech Violence and What's the Real Harm?, in: Psychology Today vom 4. August 2017, <https://www.psychologytoday.com/intl/blog/happiness-and-the-pursuit-leadership/201708/when-is-speech-violence-and-what-s-the-real-harm> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2197 Vgl. Strossen, S. 129.

2198 Zusammenfassend Strossen, S. 157, 173–174.

2199 Vgl. Strossen, S. 172; Doyle, S. 74–75.

2200 Feldman Barrett Lisa, When Is Speech Violence?, in: The New York Times vom 14. Juli 2017, <https://www.nytimes.com/2017/07/14/opinion/sunday/when-is-speech-violence.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Es existieren also verschiedene Studien[2201] zu den schädigenden Auswirkungen von Hassreden auf Betroffene. Die Wissenschaft ist sich aber anscheinend nicht einig über den Befund dieser Studien. Dem liegt einerseits die unterschiedliche Bewertung der Hassredequalität und andererseits die bereits thematisierten unterschiedlichen Verständnisse des Schadensbegriffs zugrunde. Brown hat 2015 zudem angemerkt, dass sich mit Ausnahme einer Studie alle übrigen Studien nicht auf Hassrede allein bezogen, sondern jeweils auch andere Faktoren mitberücksichtigt hätten.[2202]

Einen möglichen Zusammenhang zwischen Hassrede und einem schädigenden Effekt auf Betroffene zeigt eine Studie zu den Erfahrungen deutscher Internetnutzenden mit Hate Speech im Internet und ihren Auswirkungen.[2203] 2019 führte das Meinungsforschungsinstitut Yougov im Auftrag von Campact e.V. eine auf deutscher Bundes- und Länderebene repräsentative Stichprobenstudie mit 7349 Internetnutzenden im Alter zwischen 18 und 95 Jahren durch. Hassrede wurde dabei als vorurteilsgeleitete, abwertende Sprache definiert.[2204] Im Schnitt gaben 8 % der Befragten an, bereits einmal von Hassrede betroffen gewesen zu sein. Je jünger die Teilnehmenden, desto höher der prozentuale Anteil. Interessant anzumerken ist, dass Hassrede wegen politischer Ansichten und wegen des Aussehens deutlich am häufigsten vorkam,[2205] das heisst, dass gerade solche Gruppen, die von der schweizerischen Norm nicht erfasst werden, am stärksten betroffen waren. Gesundheitliche Auswirkungen[2206] konnten ebenfalls angegeben werden, was von zwei Drittel der Betroffenen getan wurde. Hier waren die Auswirkungen bei den 18- bis 24-Jährigen jeweils am höchsten.[2207] Neben gesundheitlichen Auswirkungen wurde teilweise ein Rückzug aus laufenden Debatten angegeben, insbesondere, wenn es sich um politische Fragen handelte.[2208] Die Studie legt nahe,

---

2201 Vgl. dazu Brown, S. 57, der eine Vielzahl von Studien aufzählt, oder m.w.H. Neitsch/Niebuhr, S. 35–64.

2202 Brown, S. 56–58.

2203 Erwähnenswert ist auch die Studie von Gelber Katharine/McNamara Luke J., Evidencing the harms of hate speech, 2016, die sich auf australische Indigene und Immigranten bezieht.

2204 Geschke et al., S. 5, 15.

2205 Geschke et al., S. 49.

2206 Angegeben werden konnten körperliche (z.B. Kopfschmerzen, Übelkeit) und psychische Beschwerden (wie Depression).

2207 Geschke et al., S. 23–27, 48.

2208 Geschke et al., S. 53.

dass Hassrede die Betroffenen schädigt. Sie krankt allerdings an einigen Defiziten: Obwohl eine Kurzdefinition von Hassrede in der Umfrage erfolgt ist, empfindet jede Person die Schwelle, wann Hassrede vorliegt, doch anders. Was also als Hassrede empfunden wird, ist einigermassen subjektiv.

Weiter ist unklar, wie sich die erfragten Beeinträchtigungen auswirken. Während kurzfristige Beeinträchtigungen zweifelsfrei bejaht werden können, ist nicht eindeutig, wie langfristig sich die gesundheitlichen Beeinträchtigungen auswirken. Zwar konnten und wurden Folgeprobleme in Bildungseinrichtungen und am Arbeitsplatz angegeben werden, es ist aber unklar, wie sich diese konkret äusserten.[2209] Zudem wurde nur die subjektive Wahrnehmung der Befragten berücksichtigt. Es ist daher z.B. fraglich, ob eine Person wirklich eine diagnostizierte Depression erlitt oder diese Bezeichnung bloss für eine kurzzeitige psychische Verstimmung benutzte. Um eine präzisere Aussage zu längerfristigen Auswirkungen machen zu können, müssten daher genauere Untersuchungen erfolgen. Untersucht werden sollte auch, ob sich Hassrede im analogen Raum anders als im digitalen Raum auf Betroffene auswirkt. Die Studie untersuchte nur Online-, nicht aber Offline-Hassreden.[2210] Die deutsche Studie kann zudem nicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen werden. Selbst bei einem nahen Nachbarland kann nicht zwingend von gleichen Ergebnissen ausgegangen werden.

In der Schweiz wurde von Stahel/Weingartner/Lobinger/Baier 2021 eine repräsentative Befragung durchgeführt,[2211] welche die Verbreitung von digitaler Hassrede für viktimisierte Personen und Täterinnen bzw. Täter unter Internetnutzenden in der Schweiz zu bestimmen versuchte.[2212] Hassrede wurde dabei als Herabsetzung, Verunglimpfung und Bedrohung definiert.[2213] Dafür wurden 2400 Personen im Alter zwischen 16 und 80 aus allen drei Sprachregionen befragt. [2214] Ziel der Studie war es, umfassend und erstmals die Verbreitung von digitaler Hassrede unter Internetnutzenden in der Schweiz zu ermitteln.[2215] Jede zehnte Person gab an, schon einmal persönlich viktimisiert worden zu sein, wovon die Hälfte bezeugte, dass dies (auch) in den letzten zwölf Monaten stattgefunden habe. Die

---

2209 Geschke et al., S. 52.

2210 Geschke et al., S. 16.

2211 Stahel et al., S. 8.

2212 Stahel et al., S. 4.

2213 Stahel et al., S. 5.

2214 Stahel et al., S. 26.

2215 Stahel et al., S. 5.

stellvertretende Viktimisierung (die Beobachtung von Anfeindungen gegen andere Menschen oder Gruppen, mit denen die angefeindeten Gruppenmerkmale geteilt werden)[2216] fiel mit vier von zehn Befragten deutlich höher aus. 6,2 % der Personen wiesen sich (auch) als Täter bzw. Täterin aus, wobei denkbar sei, dass sich diese Angabe nicht auf die Gesamtbevölkerung übertragen lasse, sondern in der Realität aufgrund der gesellschaftlichen Inakzeptanz von aggressivem Verhalten höher ausfallen dürfte.[2217] Interessant scheint, dass bei Personen, die sowohl persönliche als auch stellvertretende Viktimisierung erlebt haben, mehr als 20 % auch als Täterinnen bzw. Täter auftreten. Unter diesen viktimisierten Personen finden sich dreimal so viele Täterinnen bzw. Täter wie in der Gesamtbevölkerung.[2218] Bei den spezifischen Merkmalen wurde das körperliche Aussehen am häufigsten als Anfeindungsgrund angegeben, gefolgt von Nationalität, Einkommen und Beruf. Zudem erfolgten mehr als die Hälfte der Hassreden via private Kanäle.[2219] Auch hier zeigt sich, dass weder die meistgenannten Anfeindungsgründe noch die Art der Übermittlung (nicht öffentlich) von Art. 261bis StGB erfasst sind. Zu den Auswirkungen von Hassreden erfolgte keine spezifische Befragung. Zwar wurde nach Reaktionen auf die Anfeindungen gefragt und diese teilweise mit «Rückzug aus dem sozialen Raum» angegeben, was aber noch keinen direkten Rückschluss auf eine längerfristige Auswirkung zulässt. [2220] Zudem fiel die Rücklaufquote der Studie mit 17,2 % eher gering aus, weshalb über die Mehrheit (der nicht teilnehmenden Personen) keine Angaben zu Hassredeerfahrungen vorliegen.[2221] Es braucht daher noch mehr spezifische Untersuchungen zur Betroffenheit von Hassrede in der Schweizer Bevölkerung insgesamt sowie Untersuchungen zur Betroffenheit, die sich auch auf den analogen Raum beziehen.[2222]

Zusammenfassend scheint, dass sich die jeweiligen Argumentationen auf unterschiedlichste Formen von Hassrede sowie verschiedene Schadensbewertungen

---

2216 Stahel et al., S. 5.

2217 Stahel et al., S. 12.

2218 Stahel et al., S. 14.

2219 Stahel et al., S. 15–16.

2220 Stahel et al., S. 17.

2221 Stahel et al., S. 27.

2222 Eine weitere Studie, die Hassredeerfahrungen in der Schweiz bewertet, liegt zwar vor, sie differenziert aber die Abfrage von Hassrede zu wenig (vgl. Stahel et al., S. 6.) Es sei daher schlicht darauf verwiesen: Baier Dirk/Biberstein Lorenz /Markwalder Nora, Kriminalitätsopfererfahrungen der Schweizer Bevölkerung: Entwicklungen im Dunkelfeld 2011 bis 2021, Zürich 2022.

beziehen. Während die eine Seite bemängelt, dass z.B. insbesondere im universitären Raum hitzige oder kontroverse Debatten aufgrund vermeintlich «schädigender Auswirkungen auf die Studierenden» kaum mehr möglich seien und dies einen unhaltbaren Zustand darstelle, fokussiert die andere Seite auf ein Klima der Angst, das Betroffene lähmt und in ihrem Alltag einschränken kann. Hassrede mit Gewalt gleichzusetzen, scheint allerdings nicht zielführend. Wie bereits ausgeführt, wird in der vorliegenden Arbeit verneint, dass Meinungsäusserungsdelikte die Menschenwürde verletzen können, da es einer Bagatellisierung dieser gleichkommt. Aus dem gleichen Grund wird verneint, dass Hassrede mit Gewalt gleichzusetzen sei. Eine solche Ansicht trivialisiert echte, physische Gewalt. Einen Schlag ins Gesicht zu erhalten, ist gerade nicht das Gleiche wie eine Äusserung, die sich *wie* ein Schlag ins Gesicht anfühlt. Bei einer Tätlichkeit steht es der Person gerade nicht frei, ob sie dadurch verletzt *wird*. Anders steht es um die Entscheidung, ob sich jemand durch eine Äusserung verletzt *fühlt*.[2223]

Vertretbar scheint folgende Differenzierung: Äusserungen, die einen mit schockierenden Meinungen konfrontieren, dürften in der Regel nicht als schädlich betrachtet werden. Einzelne Herabsetzungen (ohne weitere Tätlichkeiten) können zumindest zu einer kurzfristigen Auswirkung (wie Erhöhung des Stresslevels) auf den Gesundheitszustand führen. Hierbei scheint nicht klar erwiesen, dass sich das nachhaltig oder überhaupt schädigend auswirkt. Bei Hassreden, die wiederkehrend erfolgen oder die Form von Drohungen annehmen, sodass die betroffene Person um ihre Sicherheit fürchten muss, wird von einem Schaden ausgegangen, der sich sowohl psychisch als auch physisch auswirken kann. Es gilt deshalb, jeweils zu differenzieren, in welche Kategorie die jeweilige Aussage gehört. Einzelne – als solche deklarierte – Hassredeäusserungen können entsprechend nicht in jedem Fall als Hauptursache für längerfristige schädliche Auswirkungen auf Individuen und Gruppen verantwortlich sein bzw. verantwortlich gemacht werden. Vertiefte Untersuchungen zu Hassreden und deren (langfristigen) Auswirkungen auf Betroffene sollten deshalb angestellt werden.

III. These 3: Hassrede schadet der Demokratie

In diesem Kapitel wird die These, dass Hassrede der Demokratie schadet, untersucht. In diesem Zusammenhang wird der Frage nachgegangen, ob sich Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit zu eben deren Schutz rechtfertigen lassen. Die Annahme, dass sich die Demokratie teilweise selbst beschränkt,

[2223] Vgl. auch Ash, S. 130–131.

um sich zu schützen, ist weder neu noch unüblich. Die Ansicht, dass Hassredegesetze nicht nur dem Schutz des Einzelnen, sondern auch der freiheitlichen Demokratie dienen und damit ein Instrument der wehrhaften Demokratie seien, bzw. dass Hassrede die Demokratie und die Meinungsäusserungsfreiheit bzw. -vielfalt untergrabe, ist daher weit verbreitet.[2224] Hassrede schüchtere sowohl Betroffene als auch beobachtende Aussenstehende ein und verfüge damit über einen «Chilling Effect», wie er in Diktaturen vorkomme. Damit gefährde Hassrede die Demokratie selbst.[2225]

Dem wird üblicherweise entweder entgegengehalten, dass gerade durch Hassrederegulierungen das individuelle Recht der Meinungsäusserungsfreiheit über Gebühr eingeschränkt werde oder dass der «Marktplatz der Ideen»[2226] die beste Form sei, um die Balance zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und deren Einschränkungen zu halten.[2227] Weiter wird angeführt, dass auch die übermässige Sanktionierung von Hassrede zu einem «Chilling Effect» führen könne.[2228] Beiden Ansichten liegt die Annahme zugrunde, dass es überhaupt eine Balance zwischen den angeblich kollidierenden Rechten zu halten gebe.[2229] Es wird nun ein demokratisches Modell gemäss Eric Heinze vorgestellt, das dieser Annahme widerspricht und plurale, «anti-hate worldviews» fördert, ohne seine Bürger und Bürgerinnen bestrafen zu müssen, die im öffentlichen Diskurs dieses Ideal grob verschmähen.[2230]

Sein Vorschlag basiert auf der Unterscheidung zwischen LSPD[2231]-Staaten und Non-LSPD-Staaten. Diese Unterscheidung erweist sich als ausschlaggebendes Element für den Umgang mit Hassrede. Es soll deshalb kurz skizziert werden, welche Staaten sich überhaupt als demokratisch bzw. als LSPD-Staaten verstehen dürfen. Alle LSPDs enthalten liberale und rechtebasierte Elemente. Gemäss

---

2224 Heinze, S. 3; Geschke et al., S. 7–8.

2225 Hate Speech: Neun Mythen über Hassrede im Internet, in: Barmer.de vom 26. Juli 2023, <https://www.barmer.de/gesundheit-verstehen/mensch/gesundheit-2030/gesunde-digitale-gesellschaft/hate-speech-1004300> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2226 Der «Marktplatz der Ideen» beruht auf einer Analogie zum «freien Markt» in der Wirtschaft. Das Konzept vertritt die Ansicht, dass sich die Wahrheit aus dem Wettbewerb der Ideen in einem freien, öffentlichen Diskurs letztlich ergeben werde.

2227 Doyle, S. 41–48.

2228 Coleman, S. 58.

2229 Heinze, S. 6–7.

2230 Heinze, S. 7.

2231 Langjährige, stabile und prosperierende Demokratie.

Heinze ist es aber ein Trugschluss, wenn auf Demokratien die gleichen Kriterien der politischen Legitimität angewendet werden, unabhängig von der Geschichte und den politischen Umständen der verschiedenen Staaten. Der Kontext des jeweiligen Staates müsse miteinbezogen werden. Es sei ein Irrtum, anzunehmen, dass eine bestimmte Gesellschaft allein durch die Annahme von Verfassungstexten oder -gesetzen als Demokratie etabliert werde. Diese falsche Schlussfolgerung ergebe sich aus ihrer universalistischen Abstraktion. Diese abstrakte Sicht vernachlässige eine Betrachtung der politischen Geschichte, die grundsätzlich zwischen verschiedenen Arten oder Phasen der Demokratie unterscheiden müsse. Ein Staat mache noch keine Demokratie. Eine Demokratie entstehe nicht durch «one-size-fits-all» verfassungsrechtliche Instrumentarien, sondern durch komplexe Kulturgeschichten.[2232] Heinze kommt zum Schluss, dass «[a] longstanding stable, and prosperous democracy (LSPD) can be fully held to its legitimating expressive condition, which requires the citizen's prerogative of non-viewpoint-punitive expression within public discourse».[2233] Er begründet diese Schlussfolgerung mit dem Recht der Staatsbürgerschaft. Ein Staat könne zwar ein individuelles Freiheitsrecht eines Einzelnen zugunsten von Freiheitsrechten anderer beschränken. Er könne aber keinesfalls das Recht der Staatsbürgerschaft eines Einzelnen zugunsten eines anderen beschränken.

Heinze führt weiter aus, dass Freiheitsrechte zwar missbraucht werden könnten, nicht aber die Vorrechte eines Staatsbürgers. Diese könnten demgemäss auch nicht wie Freiheiten beschränkt werden. Diese Vorrechte würden einem nicht natürlich zuteil, also nicht, weil jemand Teil der Menschheit, sondern nur, weil die Gesellschaft eine demokratische sei. Bürger bzw. Bürgerinnen eines diktatorischen Staates würden zwar mit einem Menschenrecht auf Meinungsäusserung geboren, es bleibe aber folgenlos. Einer nordkoreanischen Bürgerin ein solches Recht zuzugestehen, solle primär klar machen, dass Nordkorea das Recht verletze. Es habe aber keine Auswirkungen auf den individuellen nordkoreanischen Bürger. Dieser kann das Recht genauso wenig wie vorher wahrnehmen. Ob jemand mit dem Recht «geboren» werde oder nicht, hänge massgeblich vom Ort der Geburt ab. Es müsse daher zwischen einem Menschenrecht und einem Vorrecht des Bürgers unterschieden werden. Eine Demokratie sei aber ohne das Vorrecht der Meinungsäusserung der Bürgerin überhaupt keine Demokratie. Der demokratische öffentliche Diskurs sei nicht einfach ein individuelles Recht, sondern ein Attribut der demokratischen Staatsbürgerschaft. Damit sei es nicht nur «an important right within democracy,

[2232] Heinze, S. 207–208.

[2233] Heinze, S. 208.

but is materially constitutive of democracy».[2234] HEINZE folgert daraus, dass die inhaltsbasierte Beschränkung von Bürgern und Bürgerinnen, sich im öffentlichen Diskurs äussern zu können, einen Staat niemals demokratischer machen würde.[2235]

> «No *Rechtsstaat* can legitimately curtail an essential element of citizenship on any democratic rationale.»[2236]

HEINZE vertritt damit die Ansicht, dass Äusserungen im öffentlichen Diskurs nicht aufgrund ihrer Unerwünschtheit oder abstrakten Gefährlichkeit eingeschränkt werden dürften. «Time, manner and place regulations» seien hingegen zulässig, solange diese auf alle Rednerinnen und Redner gleichermassen angewandt werden würden.[2237] Ebenso als zulässig erachtet er Verbote, die Äusserungen im Privatbereich betreffen, weil damit keine demokratischen Prinzipien untergraben würden.[2238]

(Öffentliche) Hassrede per se kann gemäss HEINZE auch keinen Schaden anrichten oder gar als *malum in se* betrachtet werden, weil jemandem die Achtung bzw. die Rechtsgleichheit verweigert werde, die allen Bürgern und Bürgerinnen zustehe.[2239] Dies deshalb, weil das Vorrecht der Äusserung im öffentlichen Diskurs eine Demokratie überhaupt erst demokratisch mache. Die Annahme, dass ein metaphorisches Absprechen der Rechtsgleichheit der Bürgerinnen einer materiellen Verweigerung der Staatsbürgerschaft bzw. dieser Gleichheit gleichkomme, erweise sich als problematisch.[2240] In einem LSPD-Staat habe das Absprechen eines solchen Bürgerrechts schlicht keine materiellen Folgen.[2241]

Gemäss HEINZE hätten LSPDs viele Möglichkeiten, einen gewissen Standpunkt klarzumachen, ohne Ansichten, die davon abweichen, strafrechtlich zu ahnden oder zu zensieren. Wird das Vorrecht der Äusserung im öffentlichen Diskurs beschnitten, so gefährde der Staat seine demokratische Legitimation.[2242] Eine strafrechtliche Ahndung von Meinungsäusserungsdelikten müsse deshalb nicht

---

2234 HEINZE, S. 5.

2235 HEINZE, S. 9, 49–51.

2236 HEINZE, S. 49 [Hervorhebung im Original].

2237 HEINZE, S. 209.

2238 HEINZE, S. 208–209.

2239 HEINZE, S. 9 [Hervorhebung im Original].

2240 HEINZE, S. 9.

2241 HEINZE, S. 157–159, 210.

2242 HEINZE, S. 211–212.

inhaltsbasierend (non-viewpoint-punitive) erfolgen, sondern «viewpoint neutral». Das dürfe keinesfalls mit einem «value-neutral» Staat verwechselt werden. Ein solcher Staat existiere ohnehin nicht. Ein Staat solle und müsse daher seine Werte vermitteln, aber nicht zwingend mit Mitteln des Strafrechts.[2243]

IV. Schlussfolgerung

Keine der drei aufgestellten Thesen konnte eindeutig bejaht werden. Bei These 1 lässt sich möglicherweise durch Hassreden bzw. gefährliche Reden eine erhöhende Wirkung bei Gewalttaten feststellen. Allerdings muss dabei der regionale und historische Kontext eines Staates mitberücksichtigt sowie eine Risikobewertung im Einzelfall vorgenommen werden. Kaum nachweisen lässt sich hingegen die Erzeugung von Hass oder anderen negativen Emotionen durch Hassrede. Eine Antwort auf These 2 konnte nicht abschliessend gefunden werden. Mehrere Studien scheinen einen schädigenden Effekt von Hassrede bei den Betroffenen nachzuweisen, allerdings können andere schadensbegünstigende Faktoren kaum ausgeschieden werden. Zudem hängt der schädigende Effekt teilweise von der Resilienz der Person ab. Hier gilt es allerdings zu unterscheiden, ob sich Hassrede in einem einmaligen Vorkommnis erschöpft oder sich Personen(gruppen) regelmässig solchen Reden ausgesetzt sehen oder bedroht werden. Bei letzterem kann davon ausgegangen werden, dass ein Schaden bei der betroffenen Person entstehen kann. Auch These 3 lässt sich nur schwer belegen, weil auch die Ahndung von Hassrede zur Gefährdung der Demokratie beitragen kann, insbesondere wenn vom Standpunkt Heinzes ausgegangen wird. Sein Ansatz wirkt konsequent, aber für das schweizerische Verständnis der Grundrechtsordnung doch einigermassen extrem. Es ist deshalb fraglich, ob seine Ansichten ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen werden können. Seine Ausführungen, dass sich demokratische Staaten durch Hassredeverbote in ihrer Grundordnung selbst gefährden, scheinen aber nachvollziehbar und betonen erneut die bereits durch Böckenförde erwähnte Gefahr, dass ein freiheitlicher Staat möglichst viele Freiheiten zu gewähren hat, zumal er sich sonst selbst abschafft. Die Meinungsäusserungsfreiheit als ein konstituierendes Element des demokratischen Staates sowie deren Einschränkung zum Schutz dieser Ordnung bleibt ein unauflösbares Paradoxon. Die spezifische Gefahrenanalyse kann hierbei als Entschärfung dieses Spannungsverhältnisses dienen,[2244] wobei sich gezeigt hat, dass das Eintreten der befürchteten Gefahr nicht eindeutig durch

[2243] Heinze, S. 22.

[2244] Volkmann, S. 280–281.

Hassrede ausgelöst wird. Die Gefahrenanalyse bedarf also weiterer Untersuchungen. Es stellt sich daher die Frage, ob sich Strafrecht überhaupt als Mittel gegen Hassrede eignet bzw. welche Alternativen sich anbieten könnten.

Kapitel 2: Strafrechtliche Lösungsansätze

In diesem Kapitel werden die in Teil 4 erarbeiteten strafrechtlichen Ansätze, wie mit Hassrede bzw. den einschlägigen Normen umzugehen ist, zusammengezogen und in konkrete Formulierungen umgewandelt. Als erster Vorschlag wird der Ansatz von HEINZE aufgegriffen und überlegt, wie sich die fraglichen Normen ausgestalten, wenn diese nicht inhaltsbasiert ausgerichtet sind.

I. Lösungsansatz nach HEINZE

Nach einem demokratietheoretischen Ansatz HEINZES darf ein Staat Äusserungen im öffentlichen Diskurs nicht inhaltsbasiert aufgrund ihrer Unerwünschtheit oder Gefährlichkeit verbieten, weil die Bürgerin resp. der Bürger über ein Vorrecht einer «non-viewpoint-punitive expression» verfügt. HEINZE beschränkt sich aber auf den öffentlichen Diskurs, anderes gilt somit im Privatbereich. Eine Regulierung, die «insults from face to face» verbietet, erachtet er als zulässig, weil dies nicht die demokratischen Prinzipien untergrabe.[2245]

Wird dieses Prinzip auf die Art. 259, 261 und 261bis StGB angewandt, so müssten diese grundlegende Anpassungen erfahren.

Art. 259 StGB könnte in seiner Form nicht bestehen bleiben. Die rein spekulative Gefährlichkeit eines Aufrufs zu Gewalt reicht nach HEINZE nicht aus, um eine Strafbarkeit zu rechtfertigen. Eine solche lässt sich nur legitimieren, «where material acts towards a crime can be identified».[2246] Daraus lässt sich schliessen, dass wohl nur die Anstiftung diesen Anforderungen gerecht würde oder allenfalls die Ausgestaltung von Art. 259 als konkretes Gefährdungsdelikt.

Bei *Art. 261 StGB* müssten die Tathandlungen gestrichen werden, die sich in Äusserungen erschöpfen, weil gerade der Inhalt der Aussage zentral ist für die strafrechtliche Beurteilung.

Nur religionsbeschimpfende (öffentliche) Äusserungen müssten demnach ausserstrafrechtliche Massnahmen erfahren. Tätlichkeitsdelikte hingegen, wie die Zerstörung von Gegenständen etc., würden weiterhin erfasst.

[2245] HEINZE, S. 208–209.

[2246] HEINZE, S. 214.

Art. 261bis StGB würde dem Ansatz Heinzes ebenfalls nicht standhalten. Von diskriminierenden Handlungen abgesehen, müsste der Tatbestand komplett gestrichen werden, weil er nicht nur inhaltsbasiert ist, sondern auch gewisse Gruppen speziell schützt. Das widerspricht der standpunktneutralen Ausgestaltung von Gesetzen. Herabwürdigende Äusserungen im Privaten hingegen, die jedoch von Art. 261bis StGB gerade nicht erfasst werden, könnten strafrechtlich geahndet werden.

II. Die Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit als Schutzmechanismus gegen Hassrede: ein gemischter Lösungsansatz

Eine derart radikale Neuorientierung erscheint politisch chancenlos. Stattdessen ist einem gemischten Lösungsansatz zu folgen, der in einem ersten Schritt die Zentralität der Meinungsäusserungsfreiheit hervorhebt. Im Folgenden wird erläutert, weshalb die Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit als Instrument zur Gegenwehr gegen Hassrede eingesetzt werden kann.

Die Meinungsäusserungsfreiheit ist ein universaler Grundsatz und ein zentrales Menschenrecht[2247] oder – so Heinze – ein Staatsbürgerrecht.[2248] Die Verletzung dieses Rechts kann sich nachteilig auf Minderheiten auswirken. Es zeigt sich, dass in Staaten mit den strengsten Hassredegesetzen und/oder Blasphemieverboten (die den europäischen Hassredegesetzen oft nicht unähnlich sind) Minderheiten kaum oder gar nicht geschützt sind.[2249] Es scheint daher die Meinungsäusserungsfreiheit selbst zu sein, die es unterdrückten Minderheiten überhaupt erst ermöglicht, sich auf ihre Rechte zu berufen.[2250] Der beste Schutz einer Minderheit kann daher in einer starken Meinungsäusserungsfreiheit gesehen werden.[2251] Weiter wird beobachtet, dass in autoritären Staaten zuerst die Meinungsäusserungsfreiheit

---

2247 Scheffler, S. 9; Doyle, S. 7.

2248 Heinze, S. 208.

2249 Mchangama Jacob, We Need to Defend the Right to Offend, in: National Review vom 14. Februar 2015 <https://www.nationalreview.com/2015/02/we-need-defend-right-offend-jacob-mchangama/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2250 Doyle, S. 7.

2251 Doyle, S. 98; Strossen, S. 81–88, 140; ECRI, Nr. 15, S. 5, § 26 der Präambel; Cole David, Why We Must Still Defend Free Speech, in: The New York Review vom 28. September 2017, <https://www.nybooks.com/articles/2017/09/28/why-we-must-still-defend-free-speech/?lp_txn_id=1373431> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

eingeschränkt wird.[2252] Denn diese wirkt als einer der Grundpfeiler der Demokratie und ermöglicht Kritik an einem Regime.[2253] Damit kann gesagt werden, dass eine starke Meinungsäusserungsfreiheit im Grunde nichts anderes als die Demokratie selbst stärkt. Eine demokratische Gesellschaft kann ohne dieses Recht gar nicht bestehen, weil eine demokratische Meinungsbildung und somit auch ein demokratischer Entschluss kaum denkbar sind ohne die Meinungsäusserungsfreiheit. Oder wie Doyle es ausdrückt:

> «Free speech is the marrow of democracy. Without it, no other liberties exist. It is detested by tyrants because it empowers their captive subjects. It is mistrusted by puritans because it is the wellspring of subversion.»[2254]

Durch Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit wird zudem die freie Meinungsbildung als innerster Kern der Meinungsäusserungsfreiheit[2255] tangiert.[2256] Die freie Bildung der Meinung kann nicht vollständig losgelöst werden vom Prozess der Äusserung.[2257] Meinungsäusserung und Meinungsbildung bedingen sich gegenseitig. Das griechische Wort «logos» zeigt diesen Zusammenhang auf. Es steht sowohl für Rede als auch für Vernunft, «not that [the Greeks] thought there was no speech without reason, but no reasoning without speech».[2258] Oft wird erst im Prozess des äusseren Dialogs klar, welche Meinung überhaupt vertreten wird. «Sprache ist das Blut der Seele, in die Gedanken fliessen und aus der sie entstehen.»[2259] Sprache kommt dem Denken am nächsten,[2260] weshalb wir die Meinungsäusserungsfreiheit brauchen, um unsere individuelle Menschlichkeit vollständig

---

2252 Doyle, S. 10–11.

2253 Doyle, S. 6.

2254 Doyle, S. 6.

2255 BSK BV-Hertig, Art. 16, N 51–52.

2256 Aktuell bestes Beispiel dürfte hier Russland und die staatliche Meinungsbildung zum Ukraine-Krieg sein.

2257 Ash, S. 73–74.

2258 Thomas Hobbes zit. nach Doyle, S. 6.

2259 Holmes Oliver Wendell, zit. nach Schneider Reto U., Künstliche Intelligenz: Computer erobern die Sprache, in: NZZ vom 6. September 2022, <https://www.nzz.ch/folio/wie-lange-braucht-es-uns-noch-ld.1700707> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2260 Schneider Reto U., Künstliche Intelligenz: Computer erobern die Sprache, in: NZZ vom 6. September 2022, <https://www.nzz.ch/folio/wie-lange-braucht-es-uns-noch-ld.1700707> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

zu realisieren.[2261] Oder anders ausgedrückt: «Ich spreche, also bin ich.»[2262] Und umgekehrt: «Sprich, damit ich dich sehe.»[2263] Eine starke Meinungsäusserungsfreiheit ist deshalb nicht nur für den Fortbestand einer demokratischen Grundordnung vonnöten, sondern auch Mittel, um verbesserungsbedürftige Zustände anzuprangern, sich damit Gehör und Sichtbarkeit in der Gesellschaft zu sichern,[2264] sowie eine Möglichkeit zur kommunikativen Identitätsbildung.[2265]

Eine starke Meinungsäusserungsfreiheit heisst deshalb, dass schockierende Meinungen ausgehalten werden müssen, wie auch, dass Debatten ermöglicht werden, die diese Meinungen infrage stellen, ohne dass jemand aufgrund seiner Meinung bedroht oder massiv herabgesetzt wird. Das wiederum heisst nicht, dass man sich nicht gegen gewisse Äusserungen wehren soll. Es ist dabei aber auf die Art und Weise zu achten. Weitgehende Redeverbote sind dabei genauso zu unterlassen wie Sprechgebote[2266], ein Attentäter-Veto[2267] oder Hetzjagden auf Andersdenkende[2268] aufgrund unliebsamer oder provokanter Äusserungen. Diese Formen schränken die freie Meinungsäusserung ebenfalls ein. Fiolka hat deshalb richtig angemerkt,

> «dass ein aus […] aufkommender ‹Shitstorm› in den Medien letztlich deutlich zerstörerischer wirken kann als Strafen oder Strafverfahren. Demjenigen, der aufgrund seiner Aussagen geächtet oder in seinen wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten beschnitten wird, wird ein schwacher Trost sein, dass er sich nicht strafbar gemacht hat. Vom chilling effect informeller Sanktionsmechanismen und Medienkampagnen kann ein Strafgesetzgeber nur träumen.»[2269]

2261 Ash, S. 73.

2262 Angelehnt an den Ausspruch von René Descartes: «Cogito ergo sum.»

2263 Sokrates, zit. nach Boltzen Claus, Weisheit und Glauben, Versuch einer Orientierung, Hamburg 2020, S. 309, Fn. 1624.

2264 Doyle, S. 31.

2265 Vgl. auch. Eifert/Wienfort, S. 271–273.

2266 Wie z.B. die Vorschrift, gendergerechte Sprache benutzen zu müssen, Menschen nicht bei ihrem Geburtsnamen nennen zu dürfen etc. Vgl. auch Usebach Lenz, Ist es eine Straftat, eine Transsexuelle beim Deadname zu nennen?, in: Anwalt.de, <https://www.anwalt.de/rechtstipps/ist-es-eine-straftat-eine-transsexuelle-beim-deadname-zu-nennen_170619.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2267 Original: assassin's veto: Das Phänomen der Tötung oder der Androhung der Tötung von Personen, die einen selbst oder die eigene Lebensweise beleidigen.

2268 Doyle, S. 26–30.

2269 Fiolka, ContraLegem, S. 104.

Trotzdem darf der belastende Effekt eines u.U. ungerechtfertigten Strafverfahrens nicht unterschätzt werden.[2270] Sowohl für die Gesellschaft als auch für die Gerichte gilt es deshalb, die Spannung des Konflikts zwischen Hassrede, Hassredenormen und der Meinungsäusserungsfreiheit auszuhalten. Damit würde die Ambiguitätstoleranz wieder zunehmen und der Pluralismus würde erneut an Qualität gewinnen. Alle Ansätze, die diesen Spannungskonflikt grundsätzlich auflösen wollen, schwächen am Ende die Meinungsfreiheit und somit die demokratische Ordnung.

Damit gilt, dass die Meinungsfreiheit nur unter sehr strikten Bedingungen eingeschränkt werden sollte und «eine kontextsensible Auseinandersetzung [im] Einzelfall, in der alle tatsächlichen Umstände berücksichtigt werden» [2271] zu gewährleisten ist. Das bedingt auch eine Auseinandersetzung mit den Konflikten, die sich aus den verschiedenen Grundrechten ergeben können. Es ist dem Rechtsstaat deshalb zuzumuten,

> «die höchstmögliche Begründungsleistung zu erbringen, die strukturierteste Auseinandersetzung mit dem Einzelfall zu zeigen und die strengsten Voraussetzungen zu erfüllen, wenn ein elementares Recht des Einzelnen, wie es die Meinungsäusserungsfreiheit ist, beeinträchtigt wird».[2272]

Die Ausgestaltung einer Norm hängt – wie gezeigt – auch mit dem geschützten Rechtsgut und dem Deliktstypus zusammen. Die beiden üblicherweise von Lehre und Rechtsprechung vertretenen Rechtsgüter des öffentlichen Friedens und der Menschenwürde werden nach hier vertretenem Standpunkt nicht in ihrer unkonkreten Form akzeptiert. Auch die Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt wird nur bedingt zugelassen. Es hat sich gezeigt, dass sich die Bestrafung von Hassreden und die Einordnung als solche anhand des Schadenpotenzials orientieren kann. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse werden deshalb in einem zweiten Schritt verschiedene Kategorien von (Hass-)Rede entworfen. Die jeweilige Kategorie beleuchtet primär den strafwürdigen Aspekt anhand des Schadenpotenzials. Anschliessend werden diese in Strafnormen umgewandelt.

[2270] Coleman, S. 72–73; Jositsch Daniel, Die Rassismus-Keule, in: Die Weltwoche vom 19. März 2015, <https://weltwoche.ch/story/die-rassismus-keule/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2271] Struth, S. 437.

[2272] Struth, S. 437.

Strafwürdigkeit von Hassrede anhand des Schadenpotenzials

Persönliche Betroffenheit	**Gruppenspezifische Betroffenheit**	**Auswirkung**
Kritik an Verhaltensweisen oder Auffassungen, Infragestellung von Lebensformen oder Ansichten, Wegbekehrungsversuche etc., Satire von/gegen Einzelpersonen	Klischees, grobe Kritik an Verhaltensweisen, Forschung zu provokanten Themen, religionsbeschimpfende Aussagen gegen Gruppen	*Geringe Betroffenheit* → *nicht strafbar*
Beschimpfung/Herabsetzung von Einzelpersonen	Nur herabsetzende, einmalige (nicht hetzende) Aussagen gegen Gruppen	*Bedingte Betroffenheit* → *teilweise strafbar*
Drohungen, Gewaltaufrufe, Anstiftung, gezielte Hetze gegen Einzelpersonen	Herabsetzende Aussagen gegen Gruppen, die sich in eine menschenverachtende Ideologie einbetten, gezielte/wiederkehrende Propaganda gegen bestimmte Gruppen, Gewaltaufrufe oder hetzerische Reden gegen Gruppen, die zu feindseligen Handlungen animieren, Rechtfertigung eines Genozids	*Starke Betroffenheit* → *strafbar*

Hassrede im rechtlichen Sinn ist demgemäss nur eine gruppenspezifische Hetze bzw. Propaganda, die zu Feindseligkeiten animiert, also gemäss Benesch «gefährliche Rede».[2273] Diese Überlegungen werden in einem dritten Schritt genutzt, um die einschlägigen Strafbestimmungen eindeutiger auszugestalten.

[2273] Dangerous Speech Project, Dangerous Speech: A Practical Guide, <https://dangerousspeech.org/guide/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

A. Art. 259 StGB

Bei Art. 259 StGB scheint insbesondere problematisch, dass auch ungefährliche Aufforderungen nur mittels Auslegung ausgeschieden werden können. Um dem Artikel mehr Konturen zu verleihen, wird deshalb auf eine Ausschlussklausel zurückgegriffen. Zudem wird bei der Tathandlung der Begriff der Aufforderung durch Aufhetzung ersetzt. Es ist klar, dass auch eine solche Formulierung nicht alle Schwierigkeiten aus der Welt schafft und möglicherweise sogar neue Probleme kreiert. Aber damit würde mindestens klargestellt, dass nicht jede abstrakt gefährliche (und damit im konkreten Fall möglicherweise ungefährliche) Aufforderung erfasst werden soll.

Wird der Begriff «öffentlich» in seinem Wortlaut belassen, so müsste sich die Auslegung des Bundesgerichts dahingehend ändern, wieder alle konkreten Umstände in die Beurteilung einzubeziehen, ob es sich – insbesondere im Graubereich zwischen Privatem und Öffentlichem – um eine öffentliche Aussage handelt. Weil davon derzeit nicht auszugehen ist, ist hier versucht worden, den Begriff so zu schärfen, dass vermehrt auf die subjektive Komponente abzustellen ist: nämlich, ob eine Äusserung für die Öffentlichkeit bestimmt war. Zudem soll durch den Zusatz «in einer Versammlung» klargestellt werden, dass auch diese erfasst werden, ohne dass damit der Öffentlichkeitsbegriff übermässig bemüht wird.

Art. 259 StGB würde sich demgemäss folgendermassen ausgestalten:

> Abs. 1: Wer in einer für die Öffentlichkeit bestimmten Art oder in einer Versammlung zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen oder zu einem Verbrechen aufhetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
>
> Abs. 1bis: Die für die Öffentlichkeit bestimmte oder in einer Versammlung erfolgte Aufhetzung zum Völkermord (Art. 264), der ganz oder teilweise in der Schweiz begangen werden soll, ist auch strafbar, wenn die Aufhetzung im Ausland erfolgt.
>
> Abs. 2: Die Aufhetzung muss dergestalt erfolgen, dass im Zeitpunkt der Äusserung die Gefahr geschaffen wird, dass andere der Aufhetzung nachkommen.
>
> Abs. 3: Das schweizerische Recht gilt unabhängig vom Recht des Tatorts, wenn die Aufhetzung im Inland wahrnehmbar verbreitet oder der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird und der Täter Schweizer ist oder seine Lebensgrundlage im Inland hat.

B. Art. 261 StGB

Art. 261 StGB würde sich auf die materiellen Tathandlungen beschränken und die Äusserungsdelikte abschaffen, die primär dem Schutz des religiösen Friedens und dem Gefühlsschutz der Gläubigen dienen:

> Wer Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt, wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert oder stört, wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt, wird mit Geldstrafe bestraft.

C. Art. 261bis StGB

Art. 261bis StGB weist verschiedene Schwierigkeiten auf, die eingehend in Teil 2 und 4 erörtert worden sind und hier nicht wiederholt werden. Es werden deshalb die verschiedenen Lösungsansätze direkt in Form eines neu formulierten Artikels präsentiert. Da jeweils verschiedene Möglichkeiten präsentiert worden sind, wird nun diejenige ausgewählt, die als die geeignetste erachtet worden ist.

> Wer in einer für die Öffentlichkeit bestimmten Art oder in einer Versammlung gegen eine Gruppe von Personen wegen der Zuschreibung rassischer Merkmale, ihrer Ethnie, Nationalität, Religion oder sexuellen Orientierung zu feindseligen Handlungen aufhetzt,
>
> wer in einer für die Öffentlichkeit bestimmten Art oder in einer Versammlung menschenverachtende Ideologien gegen diese Personengruppen systematisch verbreitet oder einen Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit rechtfertigt,
>
> wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
>
> Die Aufhetzung muss dergestalt erfolgen, dass im Zeitpunkt der Äusserung die Gefahr geschaffen wird, dass andere der Aufhetzung nachkommen.
>
> Das schweizerische Recht gilt unabhängig vom Recht des Tatorts, wenn die Aufhetzung oder Ideologie im Inland wahrnehmbar verbreitet oder der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird und der Täter Schweizer ist oder seine Lebensgrundlage im Inland hat.

Abs. 4 wird neu bei den Ehrverletzungsdelikten integriert. Der Ehrbegriff müsste normativ verstanden werden und auch das soziale Sein des Menschen einbeziehen. Zudem müsste die Herabsetzung auch dann greifen, wenn explizit nur die Gruppe als Ganzes herabgesetzt, implizit aber die betroffene Person als Teil der Gruppe

bzw. gerade wegen der Gruppenzugehörigkeit mitgemeint wurde. Herabsetzungen von nahen Angehörigen können die angesprochene Person auch treffen, wie das bereits nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 177 StGB der Fall ist.[2274] Die Integration von Abs. 4 bei den Ehrverletzungsdelikten würde bedingen, dass in diesen Fällen ein Strafantrag gestellt werden muss. Diese neue Auflage würde dadurch kompensiert, dass Verbandsklagen in solchen Fällen zulässig wären. Ergänzend müsste in der StPO deshalb die Zulässigkeit und Ausgestaltung von Verbandsklagen bei gruppenspezifischen rassistischen etc. Herabsetzungen festgehalten werden. Zudem kann überlegt werden, bei Herabsetzungen, die den Kern der Persönlichkeit betreffen, die Höchststrafe von 90 Tagessätzen aufzuheben und somit die Möglichkeit zu schaffen, eine höhere Geldstrafe auszusprechen. Zudem sollte in diesen Fällen eine Idealkonkurrenz mit Art. 122 f. StGB weiterhin möglich bleiben, wenn sich die Herabsetzung in einer Gewalttätigkeit äussert.

Eine weitere Möglichkeit besteht in der Ergänzung des Art. 177 StGB um eine Auslegungsklausel. Dies, um Klarheit zu schaffen, was *nicht* als Herabsetzung zu gelten hat. Eine Formulierung könnte entsprechend lauten:

> Keine Herabsetzung im oben genannten Sinn ist es, gewisse Lebensformen, religiöse oder politische Ansichten, zu kritisieren, abzulehnen oder von diesen wegbekehren zu wollen. Das schliesst auch die öffentliche Kritik oder Ablehnung der gleichgeschlechtlichen Ehe und sonstiger sexueller Verhaltensweisen, die Aufforderung, gewisse sexuelle Verhaltensweisen zu unterlassen, sowie die öffentliche Kundgabe, dass das Geschlecht binär und unveränderlich sei, ein.

Eine ähnliche Auslegungsformel könnte sich auch bei Art. 261bis StGB anbieten. Diese könnte festhalten, dass die oben genannten Äusserungen keine Aufhetzung oder menschenverachtende Ideologie darstellten.

Die Genozidleugnungen und -verharmlosungen würden über Art. 177 und 175 StGB erfasst. Art. 175 Abs. 2 muss dabei ergänzt werden:

> Sind zur Zeit der Tat mehr als 30 Jahre seit dem Tode des Verstorbenen oder seit der Verschollenerklärung verflossen, so bleibt der Täter straflos. Die zeitliche Begrenzung greift nicht, wenn es sich um ein Opfer eines Völkermordes (Art. 264), Verbrechens gegen die Menschlichkeit (Art. 264*a*) oder Kriegsverbrechen (Art. 264*b*–264*h*) handelt.

[2274] BGE 92 IV 115 E. 1 S. 117.

Abs. 5 sollte in einem separaten Artikel geregelt werden und auch die Ankündigung zu diskriminierenden Handlungen miterfassen:

> Wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen der Zuschreibung rassischer Merkmale, Ethnie, Nationalität, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert oder deren Verweigerung öffentlich ankündigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Alternativ wäre eine Überführung ins Zivilrecht denkbar. In diesem Fall müssten Verbandsklagen sowie kostengünstigere und schnellere Verfahren für die Betroffenen ermöglicht werden.

Ein Verbot der Verwendung von Kennzeichen wird hingegen nicht befürwortet.[2275] Am ehesten liesse sich ein Sondergesetz vertreten, in dem die verbotenen Kennzeichen genau aufgeführt werden, sodass zumindest klar ist, was genau verboten sein soll. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, die Verwendung wichtiger Kennzeichen bereits verbotener Organisationen zu verbieten. Das würde den Gesetzgeber zwingen, sich mit der Frage eines Verbots von nationalsozialistischen Gruppierungen auseinanderzusetzen. Auch in diesem Fall sollten die verbotenen Kennzeichen genau aufgeführt werden. Das Verbot sollte sich zudem auf wenige und signifikante Kennzeichen beschränken, da sich übermässige und zu weit formulierte Normen als nicht zielführend erwiesen haben.

Mit diesen Vorschlägen würde der Aufruf zu Hass und Diskriminierung nur noch in engem Rahmen erfasst, ohne dass die übrigen – im neu formulierten Art. 261bis – nicht mehr vorhandenen Absätze ersatzlos gestrichen werden.

[2275] Vgl. dazu Teil 4, Kap. 7.

Kapitel 3: Schlussfolgerungen und Ausblick

I. Fazit

Hassrede, Sprechverbote und Debatten darum, was «man denn noch sagen dürfe», existieren, seit der Mensch die Sprache beherrscht.[2276] Insofern sind die Debatten um Hassrede und der Umgang damit nicht neu, wenn sie auch unter anderem Namen stattfinden. Der moderne Hassredebegriff entwickelte sich allerdings erst vor gut dreissig Jahren und wurde primär wegen der Erfindung des Internets und der rasanten und weitgehend unkontrollierten Verbreitung von Inhalten zu einem problematischen Phänomen der Neuzeit. International erfuhren Hassredeverbote nach dem Zweiten Weltkrieg einen ersten Aufschwung. Die internationale Gemeinschaft war sich einig, dass Gräueltaten, wie sie im Zweiten Weltkrieg geschehen waren, nie wieder passieren dürften und es diese im Kern zu ersticken gelte. Uneinig war man sich aber über die Art und Weise der Umsetzung. Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob auch für Faschisten, Nationalsozialisten etc. die Meinungsäusserungsfreiheit weiterhin gilt. So wurde bereits bei der Einführung der Menschenrechte auf internationaler Ebene über die Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit vehement debattiert. Während sich die westlichen Staaten weitgehend für eine weite Meinungsäusserungsfreiheit aussprachen, wollten die kommunistisch geprägten Staaten gewisse Äusserungen und Ideen grundsätzlich verboten haben, darunter fiel auch die Aufstachelung zu Hass. Da sich bei der Einführung der AEMR ein Grossteil der übrigen Staaten gegen solche Einschränkungen aufgrund der grossen Missbrauchsgefahr wehrten, wurden diese zunächst nicht eingeführt. Erst mit der RDK wurde eine Verpflichtung zur strafrechtlichen Sanktionierung der Verbreitung von Ideen, die sich auf Rassenhass gründen, geschaffen. Die Schweiz kam dieser Forderung in der Schaffung von Art. 261bis StGB nach. Ein eigenes Hassredegesetz oder eine spezifische Hassredenorm findet sich aber in der Schweiz nicht. So ist Art. 261bis StGB der einzige Strafartikel, der den Begriff des Hasses überhaupt verwendet. Der Terminus Hassrede wurde bis anhin auch in der schweizerischen Rechtsprechung selten verwendet und nicht genauer definiert. Gleiches gilt für die meisten anderen demokratischen Staaten. Trotz der internationalen Verpflichtung durch die RDK, den Aufruf zu Hass zu sanktionieren, und der weltweit existierenden Normen, die Hassrede in verschiedenen Formen pönalisieren, besteht bis heute keine allgemeingültige juristische Definition, was genau unter Hassrede fällt. Entsprechend finden sich verschiedene Ansätze, wie damit umzugehen sei.

[2276] Seibert, S. 56.

Während die einen deutlich mehr Verbote und Einschränkungen fordern, wollen andere diese Bestimmungen abschaffen. Der Umgang mit Hassrede präsentiert sich deshalb in nationalen Bestimmungen sehr unterschiedlich. Das scheint im Grundsatz auch richtig so, denn die verschiedenen kulturellen und historischen Hintergründe müssen sowohl bei der Definition von Hassrede wie auch beim Umgang damit miteinbezogen werden. Problematisch erscheint daher eher die Schaffung internationaler Vorgaben zur Sanktionierung bestimmter Reden. Solche Vorgaben sollten daher auf ein Minimum beschränkt werden und Raum für unterschiedliche Ausgestaltungen lassen. Die Vorgabe der RDK zur Schaffung von Strafnormen kann daher bereits als grenzwertig betrachtet werden. Die Möglichkeit, Vorbehalte anzubringen, relativiert die Forderung nach einer kontextunabhängigen Strafnorm jedoch weitgehend.

Aufgrund der fehlenden einheitlichen internationalen Definition und der unterschiedlichen nationalen Ausgestaltungen folgt, dass der Begriff Hassrede sehr unterschiedlich gebraucht wird. Hassrede ist deshalb nicht gleich Hassrede. Was Hassrede ist, hängt stark von den konkreten Umständen ab; eine einheitliche Definition zu finden, gestaltet sich auch deshalb schwierig. Die fehlende Definition bedingt zudem, dass eine Zuordnung, was Hassrede sei und folglich im konkreten Einzelfall strafbar sein sollte, erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Es lässt sich daher überlegen, ganz auf den Begriff der Hassrede zu verzichten.

Die genannten Problematiken werden dadurch verstärkt, dass Hassrederegulierungen im Konflikt mit der Meinungsäusserungsfreiheit stehen. Die untersuchten Schweizer Normen weisen in diesem Zusammenhang teilweise Unschärfen auf, die es zu beheben gilt. Die verschiedenen Problemfelder sind eingehend in Teil 2 beleuchtet worden. Es ist anhand verschiedener nationaler Bestimmungen sowie den jeweiligen zugehörigen kritischen Stimmen der Lehre aus den USA, dem VK und Deutschland sowie der EU versucht worden, in Bezug auf die Schweizer Strafnormen gewisse Lösungsansätze herauszuarbeiten. Diese einzelnen Lösungsansätze finden sich in Teil 5, Kap. 2 wieder. Die ebenfalls in Kap. 2 vorgestellten Kategorien von möglicher Hassrede verdeutlichen, dass primär das Gefahrenpotenzial darüber bestimmt, ob ein Verhalten als Hassrede gilt und in welchem Mass es strafrechtlich relevant ist. Es ist anhand von Studien versucht worden, herauszufinden, inwiefern sich eine solche Gefahr durch Hassreden belegen lässt. Aufgrund fehlender empirischer Studien scheint es schwierig, zu einem abschliessenden Urteil zu gelangen. Insofern kann am Grundsatz festgehalten werden, dass Strafrecht die Ultima Ratio ist und als letztes Mittel eingesetzt werden sollte. Es ist deshalb angezeigt, Hassrede nur in engen Grenzen strafrechtlich zu sanktionieren. Der grundrechtliche Aspekt sollte im Einzelfall stets miteinbezogen und Aussagen nicht von vornherein vom

Schutzbereich ausgeschlossen werden. Strafrecht ist deshalb zwar ein *mögliches* Mittel gegen Hassrede, eignet sich aber nicht immer als Mittel der ersten Wahl.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte der Begriff nur für die gravierendsten Fälle und lediglich gruppenspezifisch benutzt werden. Sind nur Einzelpersonen betroffen, wird umgangssprachlich ebenfalls der Begriff der Hassrede benutzt. Korrekter wäre es allerdings, in solchen Fällen die bestehenden Tatbestände als Begriffe zu benutzen, so z.B. Beschimpfung, Ehrverletzung, Drohung, Gewaltaufruf etc. Wird die Person nur wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit Opfer eines solchen Delikts, sollte dies bei der Strafzumessung straferhöhend berücksichtigt werden. Der Ausdruck «Hassrede» sollte insofern nur gruppenspezifisch benutzt werden. Werden ganze Gruppen herabgesetzt, ohne dass dies hetzerisch, bedrohlich oder als Teil einer menschenverachtenden Ideologie geschieht, sollten solche Aussagen dann strafbar sein, wenn damit bewusst ein Mitglied einer Gruppe herabgesetzt werden soll. Solche Fälle wären den Ehrverletzungsdelikten zuzuordnen, ohne jedoch als Hassrede zu gelten. Wird hingegen kein Mitglied der Gruppe herabgesetzt, sollten solche Aussagen straffrei bleiben; das gilt auch für Genozidleugnungen. Es ist deshalb nur dann von strafwürdiger Hassrede auszugehen, wenn gegen eine ganze Gruppe im oben beschriebenen Sinne gehetzt wird.

Ein zentraler Aspekt ist die gezielte Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Ansatz von Heinze liefert hierzu einen besonders aufschlussreichen Beitrag. Er versteht die Meinungsäusserungsfreiheit nicht als Menschen-, sondern als Staatsbürgerrecht, das als solches nicht gegen ein anderes Freiheitsrecht abgewogen und somit nicht inhaltsbasiert eingeschränkt werden kann. Demokratische Staaten unterscheiden sich von nicht-demokratischen Staaten unter anderem gerade dadurch, dass letztere keine solchen Staatsbürgerrechte garantieren (können). Gemessen am schweizerischen Verständnis und der rechtlichen Tradition ist Heinzes Ansatz insgesamt wohl zu extrem. Der Aspekt, dass sich demokratische Staaten eine weitergehende Meinungsäusserungsfreiheit erlauben können, kann aber miteinbezogen werden, ebenso der Gedanke, dass sich die verschiedenen Rechte nicht gegeneinander ausspielen lassen. Das Funktionieren eines demokratischen Staates beruht folglich auf einer starken Meinungsäusserungsfreiheit. Dieses wichtige Grundrecht steht allen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern zu. Die Garantie, dass jede Äusserung unter diesem Grundrecht beurteilt wird und im Einzelfall eine Überprüfung der Einschränkung auf gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit erfolgt, kann in diesem Zusammenhang von einem Rechtsstaat eingefordert werden. Gerichte dürfen deshalb eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit weder pauschal abhandeln noch leichtfertig akzeptieren und schon gar nicht einen Konflikt mit dieser ver-

neinen. Dies auch deshalb, weil Hassrede stets kontextabhängig ist und deshalb im konkreten Einzelfall beurteilt werden muss. Letztlich garantiert eine starke Meinungsäusserungsfreiheit, dass sich unterdrückte Minoritäten überhaupt Gehör verschaffen und sich gegen Diskriminierung wehren können.

Dieses hart erkämpfte Grundrecht sollte deshalb weiter verteidigt und hochgeschätzt werden, ganz im Sinne der AEMR und deren Gründer und Gründerinnen. Den Gerichten und der Gesellschaft kommt insofern die schwierige Aufgabe zu, den Balanceakt zwischen Hassrede(normen) und der Meinungsäusserungsfreiheit weiterhin zu meistern. Es sollte daher vermieden werden, den Begriff der Hassrede vorschnell zu benutzen, um andere unliebsame Meinungen als solche zu titulieren[2277] und die bestehenden Normen als «Keule»[2278] dagegen einzusetzen. Es wird mit diesem Ansatz nicht vertreten, dass Rede nie einen Schaden anrichten kann. Im Gegenteil, Sprache wird gerade wegen ihrer Einzigartigkeit, Menschen zu beeinflussen (und zwar positiv wie auch negativ), geschätzt.[2279] Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss den oben dargestellten Lösungsansätzen sind deshalb durchaus angezeigt. Einen zu weiten Begriff der Hassrede zu verwenden, ist aber gerade für die Anerkennung und strafrechtliche Verfolgung von «echten Hassrededelikten» kontraproduktiv. Der Begriff der Hassrede ist deshalb eng zu definieren, wenn er denn überhaupt verwendet werden sollte. Eine Alternative bietet sich im Ausdruck «gefährliche Rede» an, wie ihn Benesch vorschlägt. Dieser Begriff ist sprachlich präziser und definiert die zu erfassenden Verhaltensweisen klarer.

II. Ausblick

Ausblickend lässt sich deshalb überlegen, inwiefern sich Strafrecht überhaupt als Mittel gegen Hassrede eignet und ob es andere wirksame(re) Möglichkeiten gibt, um gegen Hassrede vorzugehen. Die Frage, ob Strafrecht überhaupt etwas schützt oder wozu Strafrecht andernfalls dient,[2280] sowie die Frage, ob und wie sich Strafe im Allgemeinen legitimiert, werden in dieser Arbeit nicht weiter ausgeführt. Es handelt sich um weitere kontrovers diskutierte Themen.[2281] Grundsätzlich wird

---

2277 Strossen, S. 11–12.

2278 Jositsch Daniel, Die Rassismus-Keule, in: Die Weltwoche vom 19. März 2015, <https://weltwoche.ch/story/die-rassismus-keule/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2279 Strossen, S. 4.

2280 Niggli/Maeder verneinen eine solche Schutzfunktion grundsätzlich, S. 443–455.

2281 Siehe auch Kunz/Mona, S. 236–249.

hier aber vorausgesetzt, dass Strafrecht als schärfste Waffe des Staates gilt und deswegen als letztes Mittel (Ultima Ratio) einzusetzen ist.[2282] Das heisst, es ist stets das mildeste der geeignetsten Mittel einzusetzen. Gilt dieses Prinzip nicht nur innerhalb des Strafrechts,[2283] sondern auch im Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten,[2284] kann das Strafrecht nur dann eingreifen, wenn andere, z.B. zivil- oder verwaltungsrechtliche, Mittel nicht ausreichen.[2285] Es gilt deshalb: «Setzt der Gesetzgeber strafrechtliche Mittel ein, ohne sich vorher zu überzeugen, dass andere Möglichkeiten des Rechtsgüterschutzes nicht greifen, so verstösst er gegen den ultima-ratio-Grundsatz […].»[2286] Es ist daher ebenfalls zu prüfen, ob sich andere Mittel im Umgang mit Hassreden gleich wirksam erweisen.

In diesem ausblickenden Teil werden deshalb grundsätzliche Alternativen zum Strafrecht vorgestellt. Es werden dabei sowohl zivil- und verwaltungsrechtliche Mittel als auch ausserrechtliche Möglichkeiten präsentiert.

A. Zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Mittel

Zivilrechtliche Mittel gegen Hassrede finden sich primär in den Art. 28 ff. ZGB. Art. 28 ZGB bestimmt, dass wer widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt worden ist, das Gericht anrufen kann.[2287]

> «Die Persönlichkeit umfasst alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint.»[2288]

Anerkannte Teilbereiche sind physische, psychische und soziale Schutzbereiche.[2289] Dazu gehört der Schutz der Ehre, der weiter geht als derjenige im Strafrecht. Art. 28 ZGB umfasst auch «die Bereiche des beruflichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ansehens einer Person».[2290] Für die Bejahung einer Verletzung wird eine gewisse Intensität verlangt sowie dass die Persönlichkeitsverlet-

---

2282 Hilgendorf, NK, S. 127.

2283 So Niggli, ZStrR 1993, S. 236.

2284 Zusammenfassend Niggli, ZStrR 1993, S. 236, Fn. 1.

2285 Hilgendorf, NK, S. 127.

2286 Hilgendorf, NK, S. 127.

2287 BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 16.

2288 BGE 143 III 297 E. 6.4.1 S. 308.

2289 BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 17.

2290 BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 28.

zung gegen eine bestimmbare Person gerichtet ist.[2291] Ehrverletzende und unwahre Äusserungen werden vom BGer stets als Verletzungen qualifiziert.[2292] Werturteile werden nur dann erfasst, wenn sie einen «unnötig verletzenden und beleidigenden Angriff auf die Person»[2293] darstellen, nicht aber, wenn es sich nur um «angriffige, undifferenzierte, scharfe, beissende und sarkastische Kritik»[2294] handelt. Auch wahre Tatsachenbehauptungen sind nicht immer zulässig, insbesondere wenn kein sachlicher Grund vorliegt.[2295] Art. 28 ZGB eignet sich daher grundsätzlich, um gegen Hassrede vorzugehen, allerdings nur, wenn eine bestimmte oder bestimmbare Person individualisiert wird. Verletzungen gegen Gruppen werden nicht erfasst. Ebenso wenig ist eine Klage durch eine Organisation möglich und auch die echte Verbandsklage unterliegt Bedingungen (das Klagerecht gehört zu den statutarischen Aufgaben und die betroffenen Mitglieder wären selbst klagelegitimiert) und Einschränkungen (keine Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung).[2296]

Mögliche Vorgehensweisen gegen Persönlichkeitsverletzungen können negatorischer oder reparatorischer Art sein. So gibt es bei den negatorischen Klagen den Unterlassungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), den Beseitigungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) und den Feststellungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Zu den reparatorischen Klagen gehören der Publikationsanspruch (Art. 28a Abs. 2 ZGB) und die Klage auf finanzielle Ansprüche (Art. 28a Abs. 3 ZGB), unterteilt in Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe. Die verschiedenen Möglichkeiten können grundsätzlich miteinander kombiniert werden (bei Unterlassungs- und Beseitigungsklage umstritten).[2297]

Im Online-Bereich zeigen sich diverse Schwierigkeiten im Umgang mit Hassrede. Die durchwegs privaten Social-Media-Plattformenbetreibenden können zwar durch Gesetze verpflichtet werden, Inhalte zu überprüfen und zu löschen. In der Schweiz fehlt aber bislang eine solch spezifisch gesetzliche Pflicht. Zudem mangelt es an einer detaillierten Rechtspraxis zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Plattformbetreibenden. Es bleibt abzuwarten, wie sich das neue Gesetz

[2291] BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 38–39.

[2292] BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 43.

[2293] BGE 106 II 92 E. 2c S. 99.

[2294] BGE 106 II 92 E. 2c S. 98.

[2295] BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 43.

[2296] BSK ZGB-Meili, Art. 28, N 34.

[2297] BSK ZGB-Meili, Art. 28a, N 1, 6.

hinsichtlich der Plattformenregulierungen ausgestalten wird, das bis Ende 2024 erwartet wird.

Hosting-Provider können bei Persönlichkeitsverletzungen u.U. bereits jetzt ins Recht gefasst werden. Dies gilt insbesondere beim Beseitigungsanspruch, der anders als die Schadenersatzklage kein Verschulden erfordert. Die Entfernung des Inhalts muss allerdings mit zumutbaren Mitteln erreicht werden können. Im ersten Entscheid des BGer[2298] zur Verantwortlichkeit eines inhaltsnahen Hosting-Providers wurde die Beseitigung auch bei Unkenntnis des Inhalts gefordert. Der Entscheid wurde allerdings von der Lehre wegen der fehlenden Einschränkungen zur Verpflichtung der Beseitigung kritisiert.[2299] Im Leitentscheid BGE 145 III 72 hat das Bundesgericht die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Access-Providern (Anbieter von Internetzugang) «mangels adäquat kausalem»[2300] Tatbeitrags verneint. Für die Beurteilung der Verantwortlichkeit von Social-Media- oder Suchmaschinenbetreibenden für fremde widerrechtliche Inhalte liegt noch keine bundesgerichtliche Rechtsprechung vor.[2301] Sofern also die Täterschaft nicht ermittelt werden kann, ist nicht klar, ob jemand für eine Persönlichkeitsverletzung auf Seiten wie Facebook, Twitter (neu: X), TikTok etc. zivilrechtlich haftet. Klarheit in diesem Bereich zu schaffen, wäre deshalb sicherlich sinnvoll und würde für mehr Rechtssicherheit sorgen. Mit einer Inpflichtnahme der Betreibenden stellen sich aber neue Probleme. Grundsätzlich bestehen bereits bei fast allen Plattformen ohnehin interne Richtlinien, diese sind aber weder einheitlich noch transparent.[2302] Zudem müssen die Mitarbeitenden der Plattformen primär eigenständig entscheiden, ob eine Äusserung gelöscht werden muss, was regelmässig zu falschen Ergebnissen führt. Weiter sind die internen Vorgaben dazu oft öffentlich nicht einsehbar bzw. transparent[2303] und schliesslich kann sich ein Plattformenbetreiber – trotz angedrohter Konsequenzen – schlicht weigern, die gesetzlichen Vorgaben umzusetzen, ohne dass wirksam dagegen vorgegangen werden kann, wie das Beispiel von Telegram zeigt.[2304] Gesetzliche Vorgaben, welche die Platt-

---

2298 Urteil des BGer 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013.

2299 Bericht BAKOM, S. 51–52.

2300 BGE 145 III 72 E. 2.3.2 S. 82.

2301 Bericht BAKOM, S. 52.

2302 Bericht BAKOM, S. 6.

2303 Bericht BAKOM, S. 4.

2304 Hummel Tassilo/Karon Jan, Telegram – Der Messengerdienst als rechtsfreier Raum, in: SWR2 vom 15. Dezember 2022, <https://www.swr.de/swr2/wissen/telegram-der-messengerdienst-als-rechtsfreier-raum-swr2-wissen-2021-06-02-100.html> [zuletzt

formenbetreibenden in die Pflicht nehmen, sind deshalb nur bedingt eine mögliche Lösung. Gewisse Vorgaben können dennoch sinnvoll sei, es sollte aber beachtet werden:

Nimmt ein Staat die Betreibenden in die Pflicht, sollte das Gesetz nur ein Organisationsversagen der Plattform und nicht Einzelbeurteilungen sanktionieren. Die gesetzlichen Vorgaben sollten klar definiert sein und mehr Einheitlichkeit sicherstellen. Zudem sollten flankierende Massnahmen sichergestellt werden, um ein «Overblocking» zu unterbinden. Die Vorgabe von klaren und transparenten Regeln der Betreibenden, wann etwas Hassrede darstellt und wie mit diesen Äusserungen umgegangen wird, scheint ein sinnvoller Ansatz hinsichtlich dieses Problems. Auch die Schaffung eines unabhängigen Expertengremiums, das über die Wiederherstellung von gelöschten Inhalten und Entsperrungen von Konten entscheidet (wie bei Meta bereits vorhanden), könnte eine mögliche Lösung sein.[2305] Eine Beurteilung anzufordern, müsste einfach durchführbar sein und zeitnah erfolgen. Ist jemand mit der Beurteilung nicht einverstanden, sollte ein simples Zivilverfahren kostengünstig möglich sein. Solche Zusatzauflagen sollen eine zu starke Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit durch eine übermässige Zensur durch die Betreibenden verhindern. Anstelle eines Gesetzes bestünde auch die Möglichkeit, die Konzerne mit freiwillig eingegangenen und anschliessend bindenden Richtlinien zur Einhaltung gewisser Vorgaben zu verpflichten. Insgesamt sollten nur die gravierendsten Auswüchse gelöscht werden. Andere Aussagen wie falsche Angaben könnten, wie das schon heute geschieht, mit einem Zeichen für eine nicht verifizierte oder falsche Aussage versehen werden bzw. wahre und überprüfte Angaben als verifiziert markiert werden.[2306] Zudem sollten sogenannte Echo-Kammern verboten werden, sodass die Plattformennutzenden mit anderen

---

besucht am 15.10.2024]; Stenner Pia/Reuter Markus, Bussgeldverfahren: Telegram soll sich an das NetzDG halten, in: netzpolitik.org vom 9. Juli 2022, <https://netzpolitik.org/2021/bussgeldverfahren-telegram-soll-sich-an-das-netzdg-halten/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2305 Stresing Laura, Gremium entscheidet, ob Trump bei Facebook und Instagram gesperrt bleibt, in: watson.ch vom 22. Januar 2021, <https://www.watson.ch/digital/facebook/488715684-gremium-entscheidet-ob-trump-bei-facebook-und-instagram-gesperrt-bleibt> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2306 Wobei es auch hierbei wieder neue Probleme zu lösen gilt: Leibowicz Claire/Saltz Emily, Labeling Misinformation Isn't Enough. Here's What Platforms Need to Do Next, in: PAI vom 11. März 2021, <https://partnershiponai.org/labeling-misinformation-isnt-enough/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; Dizikes Peter, The catch to putting warning labels on fake news in: MIT News vom 2. März 2020, <https://news.mit.edu/2020/warning-labels-fake-news-trustworthy-0303> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Meinungen konfrontiert werden,[2307] was auch den Effekt der Gegenrede (siehe sogleich) und eine Auseinandersetzung und Reflexion der eignen Meinung ermöglicht. Eine Offenlegung der benutzten Algorithmen wäre daher ein weiterer möglicher Ansatzpunkt.[2308]

Taiwan bietet im Umgang mit sozialen Medien einen möglichen Ansatz. Es wurden diverse nicht gesetzlich geregelte Massnahmen eingesetzt, um gegen Fake News und Hassreden vorzugehen. Beispielsweise gibt es eine Software, die hilft, falsche Informationen in sozialen Netzwerken zu erkennen. Bevor sich Fake News im Internet verbreiten, werden diesen Nachrichten eigene Botschaften entgegengesetzt, die auf humorvolle Weise die Fakten nachliefern (sog. humor over rumor). Ziel ist, dass sich die humorvollen Fakten schneller verbreiten als die Falschnachrichten. Ähnliche Instrumente existieren auch in Bezug auf Hassreden.[2309] Als ausschlaggebend wird dabei erachtet, dass die Gesellschaft eine soziale Norm als etabliert betrachtet, weil es dann multinationalen Medienunternehmen kaum möglich sein wird, dagegen zu verstossen.[2310] Unter Umständen könnte ein ähnliches Vorgehen auch in der Schweiz in Betracht gezogen werden.

Eine mögliche weitere Lösung könnte darin bestehen, Abs. 5 von Art. 261bis StGB aus dem Strafrecht ins Zivilrecht zu verlagern oder letzteres zumindest so zu ergänzen, dass die Verweigerung der (für die Allgemeinheit bestimmten) Dienstleistungen nicht (nur) durch das Strafrecht sanktioniert, sondern die Gewährleistung zivilrechtlich eingeklagt werden kann. Private bzw. gerade nicht für die Allgemeinheit bestimmte Angebote sollten allerdings davon ausgenommen werden.

2307 Bericht BAKOM, S. 29–30.

2308 Bericht BAKOM, S. 30–31; Die EU-Kommission untersucht derzeit die Empfehlungsalgorithmen von TikTok, Snapchat und YouTube im Rahmen des Digital Services Act. Die drei Betreiber müssen bis zum 15. November 2024 antworten, Krempl Stefan, DSA: EU-Kommission untersucht Empfehlungsalgorithmen von TikTok und YouTube, in: Heise vom 3. Oktober 2024, <https://www.heise.de/news/DSA-EU-Kommission-untersucht-Empfehlungsalgorithmen-von-TikTok-und-YouTube-9961623.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2309 Glatthard Jonas/Kaufmann Bruno, Audrey Tang, wie werden soziale Medien sozial?, in: SWI Swissinfo.ch vom 12. Mai 2021, <https://www.swissinfo.ch/ger/interview-mit-audrey-tang_audrey-tang--wie-werden-soziale-medien-sozial-/46585024> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2310 Glatthard Jonas/Kaufmann Bruno, Audrey Tang, wie werden soziale Medien sozial?, in: SWI Swissinfo.ch vom 12. Mai 2021, <https://www.swissinfo.ch/ger/interview-mit-audrey-tang_audrey-tang--wie-werden-soziale-medien-sozial-/46585024> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

Um welche Bereiche es sich handelt, sollte allerdings klarer als bis anhin definiert werden. So dürfte eine Wohnungsvermietung, in der z.B. die Vermieterschaft sehr eng mit der Mieterschaft zusammenlebt (wie bei einer Wohnung oder einem Zimmer in einem Einfamilienhaus), in den privaten Bereich fallen. Anders liegt der Fall bei grossen Wohnkomplexen, bei denen es gerade nicht auf die Persönlichkeit der Mieterschaft ankommt. Auch in den privaten Bereich dürfte z.B. die Aufnahme eines neuen Schülers in einer Privatschule liegen, weil hier gerade nicht ein Angebot für jedermann vorliegt, sondern es im besonderen Masse auch auf die Persönlichkeit der Schülerin ankommt und wie sich diese in eine (kleine) Klasse einfügt.[2311]

Neu sollten zudem Verbandsklagen und Klagen von Organisationen zulässig sein, weil sich die Opfer u.U. nicht in der Lage fühlen, einen Zivilprozess anzustreben. Die zivilrechtlichen Mittel könnten mit verwaltungsrechtlichen Massnahmen verbunden werden, sodass z.B. einer Gaststätte bei wiederholt festgestellter Diskriminierung die Zulassung entzogen werden kann.

Obwohl also Mittel im Zivilrecht existieren, werden die Zivilverfahren aufgrund von Kosten, Komplexität und Verfahrensdauer kaum in Anspruch genommen werden, weshalb häufig auf das Strafrecht ausgewichen wird.[2312] Sie könnten sich aber bei entsprechenden Anpassungen als wirksameres Mittel als das Strafrecht erweisen.[2313] Die ECRI empfahl der Schweiz deshalb bereits mehrmals eine Stärkung der zivilen Mittel und einen erleichterten Zugang zur Ziviljustiz.[2314]

B. Alternative Mittel

Wie in den vorangegangenen Kapiteln gezeigt, scheint es keinen Konsens zur rechtlichen Eindämmung von Hassreden zu geben und die rechtlichen Mittel erweisen sich in manchen Fällen als ungeeignet, um dem Problem angemessen begegnen zu können. Es werden deshalb immer häufiger alternative Strategien eingesetzt, um Hassreden zu bekämpfen und zu reduzieren.[2315] Die Aspekte las-

---

[2311] Ausgenommen davon sind natürlich Auswüchse wie eine «all-white school» oder Ähnliches.

[2312] ECRI-Bericht 2020, N 47.

[2313] Strossen, S. 131.

[2314] ECRI-Bericht 2020, N 18, 46–47, 108.

[2315] Gemperli Simon, Gegen Hassrede hilft Empathie, in: ETH Zürich News vom 7. Dezember 2021, <https://ethz.ch/de/news-und-veranstaltungen/eth-news/news/2021/12/gegen-hassrede-hilft-empathie.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

sen sich sowohl auf den Online- als auch den Offline-Bereich anwenden. Das ist insbesondere deshalb von Interesse, weil sich das Phänomen der Hassrede bzw. deren Eindämmung sich im Online-Bereich als besonders schwierig erweist. Plattformen laufen nicht nur Gefahr, in zu grossem Umfang Inhalte zu entfernen, sondern sehen sich nicht in der Lage, Hassrede wirklich eindämmen zu können. Facebook kann nach eigener Schätzung nicht mehr als 5 % aller Hasskommentare entfernen.[2316]

Hier werden vier Aspekte näher beleuchtet: die Gegenrede, die Bildung und die Befähigung von Betroffenen, wobei die beiden letzteren Aspekte grundsätzlich auch eine Art Unterkategorie der Gegenrede darstellen. Weiter wird das Palaver als mögliche Dialogform vorgestellt.

1. Counterspeech (Gegenrede)

Eine der meistgewählten Alternativen zu Strafnormen ist die Gegenrede.[2317] Der Begriff «Counterspeech», zu Deutsch Gegenrede, umfasst jede Äusserung, die einer Botschaft widerspricht, mit der jemand nicht einverstanden ist.[2318] Diese Methode wird insbesondere von internationalen und Nichtregierungsorganisationen (I/NGOs) häufig angewandt.[2319] Auch die ECRI erkennt in der Gegenrede ein «wichtiges Mittel, [um] Hassrede zu begegnen». Diese soll der Hassrede «mit direkter, die destruktive und inakzeptable Natur» aufzeigender Art, entgegentreten und sie verurteilen.[2320] Gegenrede hat sich als «faster, more flexible and responsive, capable of dealing with extremism from anywhere and in any language» erwiesen, wobei sie gleichzeitig den Grundsatz der freien und offenen Diskussion im öffentlichen Raum wahrt.[2321] Es gibt verschiedene Gegenrede-Strategien. Einerseits kann, wie von der ECRI empfohlen, direkt auf einen Hasskommentar mit einem neuen Kommentar reagiert oder die Äusserung kann schlicht ignoriert und mit Schweigen quittiert werden. Weiter haben Social-Media-Plattformen

---

2316 Walsh Emily, Facebook claims it uses AI to identify and remove posts containing hate speech and violence, but the technology doesn't really work, report says, in: Business Insider vom 17. Oktober 2021, <https://www.businessinsider.com/facebook-ai-doesnt-work-to-remove-hate-speech-and-violence-2021-10?r=US&IR=T> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2317 Hangartner et al., S. 1.

2318 Strossen, S. 158.

2319 Hangartner et al., S. 1.

2320 ECRI, Nr. 15, S. 5, § 16 der Präambel.

2321 Bartlett/Krasodomski-Jones, S. 5.

selbst Massnahmen ergriffen oder Möglichkeiten zur Gegenrede geschaffen, wie z.B. Hinweise auf der Webseite, dass es sich um Hassbotschaften handelt; Videos, wie auf solche Botschaften reagiert werden kann; einfachere Benachrichtigung an die Autorenschaft einer Hassbotschaft etc.[2322] Der Erfolg von Gegenrede hängt allerdings stark vom Kontext und der konkreten Umsetzung ab. Für eine wirksame Gegenrede scheinen folgende Kriterien relevant:

– «Aufmerksamkeit (d.h. digitale Reichweite, Anzahl der aufgetauchten Tweets, Videoaufrufe etc.),
– Interaktion (d.h. Austausch der Kampagne mit Nutzenden über Nachrichten) und
– Wirksamkeit (d.h. Einstellungs- und Verhaltensänderungen von Nutzenden).»[2323]

Eine neue Studie der ETH-Zürich hat verschiedene Ansätze der Gegenrede auf ihre Wirksamkeit überprüft und kam zum Schluss, dass sich die Förderung der Empathie – im Gegensatz zu Humor und das Aufzeigen von Konsequenzen – als einzig wirksames Mittel gegen Hassrede erwiesen hatte. Gegenrede, die Empathie für die von Hassrede Betroffenen erwirkte, erhöhte die Wahrscheinlichkeit für eine Verhaltensänderung bei den Verfassenden von Hasskommentar. So wurde nach einer solchen Gegenrede festgestellt, dass anschliessend 1,3 weniger fremdenfeindliche Kommentare und 91,6 weniger Kommentare insgesamt durch die Autorenschaft versandt wurden. Zudem stieg die Wahrscheinlichkeit, dass der ursprüngliche Hasskommentar wieder gelöscht wurde, um 8,4 % an. Bei humorvollen oder warnenden Gegenreden hingegen zeigte sich kein solcher Effekt. Das ist insofern bemerkenswert, als dass gerade diese beiden Arten häufig von NGOs benutzt werden.[2324] Andere Studien aus den USA haben jedoch auch bei Humor oder Hinweisen, dass zukünftige Arbeitgebende solche Posts auch lesen können, eine Wirksamkeit wie z.B. die Löschung von Hassposts festgestellt.[2325] Gegenrede bewirkt nicht nur bei der Täterin bzw. beim Täter eine mögliche Verhaltensänderung, sondern signalisiert auch den Betroffenen, dass solche Äusserungen nicht akzeptiert werden und nicht der Mehrheitsmeinung entsprechen. Dieser Effekt ist unter Umständen noch wichtiger als derjenige, den er auf die Täterschaft haben

[2322] Strossen, S. 159–161.

[2323] Stahel, S. 48–49.

[2324] Hangartner et al., S. 2–3.

[2325] Benesch et al., S. 27–32.

kann, weil die Betroffenen häufig das Schweigen auf solche Kommentare als besonders schlimm empfinden.[2326]

Anzumerken ist noch, dass auch «Counterspeech» selbst nicht zu einer Form von «Hate Speech» verkommen sollte. «Counterspeech» darf deshalb nicht mit «Shitstorms», «Cancel Culture» oder «De-platforming»[2327] verwechselt werden. Alle diese Formen weisen ein problematisches Verhältnis zu den Rechten anderer auf und sollten daher vermieden werden.[2328]

2. Bildung

Die Bildung stellt ebenfalls eine Form der Gegenrede dar. Ein zentrales Element scheint dabei, akkurate und positive Informationen über die betroffene Gruppe zu vermitteln. Das kann auf vielfältige Weise geschehen wie über das Schulsystem, Massenmedien, soziale Medien und Unterhaltungsprogramme. Solche Informationen können Vorurteile reduzieren und höhere Toleranz und mehr Integration in der Gesellschaft generieren.[2329] Auch Benesch betont, wie wichtig es sei, Menschen im Voraus über potenziell gefährliche Äusserungen aufzuklären, damit sie diese frühzeitig identifizieren und sich dagegen wehren können.[2330]

Es gibt bereits diverse Organisationen und Plattformen, die der Aufklärung und Bekämpfung von Rassismus und Hass dienen wollen und teilweise auch gegen falsche Nachrichten vorgehen. Es handelt sich bei der folgenden Tabelle nur um einige wenige Beispiele, die kriterienlos ausgesucht worden sind.[2331]

2326 Herbold Astrid, Hatespeech: Argumente sind kein Allheilmittel (aber ziemlich gut), in: Belltower.News vom 12. Februar 2016, <https://www.belltower.news/hatespeech-argumente-sind-kein-allheilmittel-aber-ziemlich-gut-41416/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2327 «De-platforming» ist das Entziehen einer Plattform oder, allgemeiner ausgedrückt, «die Verweigerung einer Möglichkeit zur Verbreitung der eigenen Ideen. ‹De-platforming› ist Teil einer ‹cancel culture›, die darauf abzielt, Andersdenkende zum Schweigen zu bringen», Hilgendorf, JZ, S. 862.

2328 Hilgendorf, JZ, S. 862.

2329 Strossen, S. 168–169.

2330 Dangerous Speech Project, FAQ, <https://www.dangerousspeech.org/frequently-asked-questions> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2331 Für weitere Beispiele siehe auch: Winter/Fürst, S. 13–35; oder Stahel, S. 47–48.

Organisationen zur Aufklärung und Bekämpfung von Rassismus und Hass

Organisation	Land	Kurzbeschrieb	Link
Aktion Kinder des Holocaust	Schweiz	Verein von Nachkommen der NS-Zeit Überlebenden und des antifaschistischen Widerstands	http://www.akdh.ch/index1.html
Das Nettz	Deutschland	Vernetzungsstelle gegen Hate Speech im Internet	https://www.das-nettz.de/
Hidden Codes	Deutschland	Digitales Lernspiel für Jugendliche zur Radikalisierungsprävention	https://www.bs-anne-frank.de/ueber-uns/projekte/hidden-codes-digitales-lernspiel-zur-radikalisierungspraevention
HOPE NOT HATE	VK	Organisation gegen Rassismus und Faschismus, islamischen Extremismus und Antisemitismus	https://hopenothate.org.uk/
Institute for Strategic Dialogue (ISD)	VK und andere	Unabhängiger «think and do tank» zur Konfliktforschung, zu Extremismus und Terrorismus	https://www.isdglobal.org/
International Network Against Cyber Hate (INACH)	Weltweit	Weltweites Netzwerk mit einer Vielzahl von Projekten, u.a. Training für Gegenrede	https://www.inach.net/
Nizkor Project	USA/ Kanada	Grösste private Webseite gegen Holocaustleugnungen im Internet	https://www.nizkor.org/
No Hate Speech Movement	Europa	Jugendkampagne des Europarats, seit 2013 auf nationaler und lokaler Ebene durch nationale Kampagnen in über 40 Ländern umgesetzt	https://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign
Stop Hate Speech	Schweiz	Projekt, das mithilfe eines Algorithmus (Bot Dog) Hate Speech im Netz aufspüren will; gleichzeitig eine digitale Anlaufstelle für Betroffene	https://stophatespeech.ch/
Zukunft braucht Erinnerung	Deutschland/ Österreich	Initiative im Bereich der historisch-politischen Jugend- und Erwachsenenbildung	https://www.zukunft-braucht-erinnerung.de/

Diverse Beispiele illustrieren, dass Aufklärung und Gegenrede sowie offene Diskussionen auch an Schulen eher etwas bewirken als Redeverbote oder die Zensur von Äusserungen. Es sei auf das bereits beschriebene Beispiel in Teil 3, Kap. 3 I A 5. des deutschen Lehrers und dessen Reaktion auf die Auschwitz-Zeile des Liedes «0815» verwiesen. Eine weitere ähnliche Situation ereignete sich in Frankreich, als Schülerinnen und Schüler anlässlich eines Bildes von Auschwitz und den Krematorien einen Witz gemacht hatten. Der Lehrer initiierte anschliessend eine Diskussion über den Holocaust, wobei die Schüler und Schülerinnen frei ihre Meinung sagen durften und sie schliesslich zum Schluss gelangten, dass antisemitische Ansichten nicht unterstützenswert seien.[2332] Aus diesen und weiteren Beispielen könnte sich schliessen lassen, dass sich Rede- oder Leseverbote insbesondere im schulischen Kontext als kontraproduktiv erweisen können.[2333]

Die Bildung insbesondere junger Menschen kann sich deshalb als wirksames Mittel gegen Hassrede erweisen. Die ECRI betonte in ihrer Allgemeinen Politik-Empfehlung Nr. 15 über die Bekämpfung von Hassrede ebenfalls «die Bedeutung von Bildung bei Bekämpfung der Missverständnisse und Fehlinformationen, auf die Hassrede gründet, sowie d[ie] Notwendigkeit, diese Bildungsmassnahmen vor allem an junge Menschen zu richten».[2334]

3. Befähigung von Betroffenen

Ein dritter wichtiger Punkt, um Hassbotschaften zu begegnen, ist die Befähigung von (traditionell) diskriminierten Gruppen zur Gegenwehr und das Angebot von Soforthilfe bei erfolgter Hassrede. Hassredenormen gewähren zwar u.U. Opferrechte und ermöglichen eine Strafverfolgung, befähigen Menschen aber nicht, sich selbst wirkungsvoll gegen Hass wehren zu können. Es braucht deshalb Schulungen, Hilfemassnahmen, Beratungsstellen und Aufklärung, wie Betroffene sich gegen Hass zur Wehr setzen können. Betroffene können diese Form der Gegenwehr als das Selbstbewusstsein stärkend wahrnehmen:

[2332] Dilhac Marc-Antoine, «Die waren alle ganz braungebrannt, weißt du…», in: Debatte zur Meinungsfreiheit vom 6. Februar 2014, <https://freespeechdebate.com/de/discuss/die-waren-alle-ganz-braungebrannt-weisst-du/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2333] Signer David, Cancel-Culture in den USA: Lesezirkel für verbotene Bücher, in: NZZ vom 22. September 2022, <https://www.nzz.ch/international/cancel-culture-in-den-usa-lesezirkel-fuer-verbotene-buecher-boomen-ld.1701022?ga=1&kid=nl165_2022-9-21&mktcid=nled&mktcval=165_2022-09-22> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

[2334] ECRI, Nr. 15, S. 4, § 15 der Präambel.

> «When you get a chance to swing at racism, and you do, you feel more confident about doing it the next time. It was a personal feeling of empowerment, that I don't have to take that kind of stupidity […] The sickest thing would have been if the racists had been kicked out, the university sued, and people were forced to defend these folks. It would have been a momentary victory, but we would have lost the war.»[2335]

Diese Gegenwehr sollte aber nicht nur von den Betroffenen allein ausgeübt werden, sondern sie betrifft die Gesellschaft als Ganzes. Das gilt im besonderen Masse, wenn keine Hassredenormen zur Verfügung stehen, weil ohne diese die Gesellschaft automatisch eine höhere Verantwortung in Bezug auf geschehenes Unrecht trägt.[2336] In der Schweiz existieren diverse Organisationen, die Hilfe für Betroffene anbieten und teilweise auch praktische Tipps abgeben, wie sich diese bei Anfeindungen zur Wehr setzen können, oder welche präventiven Massnahmen sinnvoll sind, um sich zu schützen. Zudem bieten einige deutschen Seiten auch Argumente gegen häufig erfolgte Hassbotschaften an, sodass eine Gegenrede einfacher wird.[2337] Allerdings sind die meisten dieser Organisationen auf das Internet spezialisiert und zudem häufig von Freiwilligenarbeit abhängig.[2338] Für Rassismusopfer existiert ein Beratungsnetzwerk,[2339] das in allen Kantonen Fachstellen hat. Allerdings mangelt es auch in diesen Zentren an Personal und Finanzen.[2340] Es scheint deshalb in diesem Bereich Ausbaubedarf zu geben. Die EKR hat eine Meldeplattform für rassistische Online-Hassrede als Pilotprojekt gestartet und leitet (nicht anonym) eingegangene Meldungen an die entsprechenden Beratungsstellen weiter.[2341] Es sollten aber nicht nur Soforthilfe, sondern auch mehr Schulungen

---

2335 Turman Rossie, ehemaliger Vorsitzender der African-American Coalition an der Arizona State University, zit. nach Strossen, Incitement, S. 257.

2336 Strossen, S. 163–166.

2337 Z.B. HateAid, <https://hateaid.org/> [zuletzt besucht am 15.10.2024]; No Hate Speech, <https://no-hate-speech.de/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2338 So wird der Bot Dog der Seite Stop Hate Speech von mehreren Hundert Freiwilligen trainiert. Das Training des Algorithmus basiert also letztlich rein auf der subjektiven Wahrnehmung der Freiwilligen, ob diese etwas als Hassrede beurteilen oder nicht.

2339 Beratungsnetz für Rassismusopfer, <https://network-racism.ch/de/index.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2340 ECRI-Bericht 2020, N 39.

2341 Meldeplattform für rassistische Online-Hassrede, <https://www.reportonlineracism.ch/> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

und Beratungen angeboten werden, um Betroffene (oder auch Beobachtende) zu befähigen, in entsprechenden Situationen richtig zu reagieren, sowohl on- wie auch offline.

4. Das Palaver

Für die Streichung von Art. 261 StGB plädiert u.a. Daniel Häusermann und stellt als Alternative «das Palaver» vor. Die Prozedur eines solchen Palavers liesse sich u.U. auch auf andere Tatbestände anwenden und wird deshalb kurz vorgestellt. Häusermann stellt sich das Prozedere des Palavers so vor, dass

> «[wer] sich durch eine öffentliche Äusserung in seinen religiösen Gefühlen ernstlich verletzt fühlt (und deswegen heute Strafanzeige einreichen würde), sollte bei einer bestehenden oder zu schaffenden, staatlichen Instanz eine Diskussion mit dem Äussernden beantragen können, die im Folgenden ‹Palaver› genannt wird».[2342]

Das Wort «Palaver» stammt aus der Ethnologie und der Rechtsanthropologie und ist bei Stämmen, die es praktizieren, ein wichtiges Instrument der friedlichen Konfliktbeilegung. Das Palaver nach Häusermann wird vom Recht nicht gesteuert, aber die Teilnehmenden trifft eine Einlassungspflicht. Der Verletzer darf das Gespräch nicht unbegründet verweigern. Das Prozedere wird zwar von einer Vertreterin bzw. einem Vertreter einer (bestehenden oder noch zu schaffenden) Institution moderiert, diese resp. dieser stellt aber nur den ordentlichen Ablauf sowie die Einhaltung der Einlassungspflicht sicher. Weder auf den Inhalt noch auf den Ausgang des Palavers wird somit Einfluss genommen und am Ende eines Palavers wird kein Urteilsspruch gefällt.[2343]

> «Die wichtigste Funktionsvoraussetzung des Palavers ist der direkte Kontakt zwischen den Parteien von Angesicht zu Angesicht.»[2344]

Die antragstellende Person kann in einem solchen Gespräch erklären, warum sie sich in ihren (religiösen) Gefühlen verletzt fühlt und sich beim Verletzer bzw. der Verletzerin um Verständnis für diese Position bemühen. Der Verletzer wiederum kann im Gespräch seine Position erklären und vertreten. Das Palaver ist ergebnisoffen und kann deshalb unterschiedlich ausgehen. Bestenfalls können Missverständnisse ausgeräumt werden oder die Verletzerin kann sich für ihre Äusserung entschuldigen. Solche Ergebnisse können aber nur ohne Zwang erreicht werden

[2342] Häusermann, S. 35.

[2343] Häusermann, S. 35.

[2344] Häusermann, S. 35.

und haben auch nur dann überhaupt eine Bedeutung für die Antragstellerin bzw. den Antragsteller. Das Instrument ist allerdings für Parteien nutzlos, die sich in einem Gespräch nicht sozialadäquat verhalten.[2345]

Häusermann spricht auch die Bereiche Forum, Einbezug der Öffentlichkeit, Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen, Mehrzahl von Antragsstellern und Kosten an. Für konkrete Einzelfragen sei deshalb direkt auf seinen Aufsatz verwiesen. Zusammenfassend sollte die Institution zwar staatlich, aber kein Gericht sein und auch die Moderierenden dürften nicht noch als Richter tätig sein. Die Öffentlichkeit muss nicht aktiv miteinbezogen werden, das Palaver sollte aber dennoch öffentlich sein (analog der Gerichtsöffentlichkeit). Ein Antrag sollte nicht querulatorischer Art sein, daher muss die Institution eine Gefühlsverletzung mindestens nachvollziehen können und für jede verletzende Äusserung kann nur ein Antrag gestellt werden. Die Anwaltskosten trägt jede Partei selbst und die geringfügigen Verfahrenskosten dürfen auf keinen Fall vom Moderator nach Ermessen verteilt werden, da dies den zentralen Wesenszug des Palavers zerstören würde.[2346]

Der Vorschlag weist gewisse Ähnlichkeiten zu Strafmediation («Täter-Opfer-Ausgleich») auf: So fungiert in beiden Fällen eine unabhängige Mediation, die keinen Druck ausüben soll, und auch die Ergebnisoffenheit des Verfahrens ist vergleichbar. Zudem ist das Ziel nicht der Nachweis einer objektiven Wahrheit, sondern die Akzeptanz der divergierenden subjektiven Wahrheiten. Im Unterschied zur Strafmediation, die einen Konflikt mittels Mediation lösen möchte, ist das Palaver aber weder ergebnisorientiert noch freiwillig. Die Teilnehmenden trifft eine Einlassungspflicht. Die Rolle der Palaver-Mediatorin ist zudem deutlich eingeschränkter als diejenige des Mediators, der ein Vertrauensklima schaffen muss. Das wäre beim Palaver kaum möglich, weil die Teilnahme nicht freiwillig ist und somit die Vertrauensbasis einer freiwilligen Kontaktaufnahme bereits fehlt.[2347]

> «Der markanteste Unterschied zur hier vorgeschlagenen Prozedur liegt jedoch darin, dass die Strafmediation das traditionelle, ganz auf eine materielle Beurteilung ausgerichtete Strafverfahren nur ergänzen und nicht ersetzen möchte.»[2348]

[2345] Häusermann, S. 36–37.

[2346] Häusermann, S. 35–36.

[2347] Häusermann, S. 38–39.

[2348] Häusermann, S. 39.

Die Prozedur eines Palavers erscheint schon nur deshalb sinnvoll, weil es dem allgemeinen Trend der Anonymität entgegentritt und eine direkte Konfrontation einfordert. Die Parteien müssen sich real begegnen und ihre Positionen persönlich vertreten. Ist zudem – gemäss der Studie der ETH Zürich – davon auszugehen, dass Empathieerzeugung als einziges Mittel gegen Hassäusserungen wirksam ist,[2349] so wird in einem Palaver genau dies umgesetzt. Eine verletzte Person kann erklären, wie sie sich durch eine solche Äusserung getroffen fühlt, und dadurch beim Gegenüber Empathie erzeugen, was zu einer nachhaltigen Verhaltensänderung führen kann. Ist zudem eine echte, unerzwungene Entschuldigung das heilsamste Mittel gegen eine Verletzung, wie es die Psychologin und Psychotherapeutin Harriet Lerner nahelegt,[2350] so kann dies nur durch ein ergebnisoffenes Verfahren, das keinen Druck ausübt, erreicht werden. Sobald ein Verfahren den Beigeschmack eines gerichtlichen Strafverfahrens hat, wirkt fast jede Entschuldigung entweder aufgezwungen oder als Mittel zum Zweck (z.B. um eine Strafmilderung zu erreichen). Der Vorteil des Palavers liegt also darin, dass es ein milderes Mittel als straf- oder zivilrechtliche Mittel darstellt und deshalb weniger stark in die Meinungsäusserungsfreiheit eingreift. Es stärkt die sozialen Normen, ermöglicht einen Dialog und es ist kostengünstiger als ein Straf- oder Zivilverfahren. Das Palaver würde zudem auch nichtöffentliche Äusserungen erfassen, die heute straflos sind.[2351]

Zugegebenermassen besteht eine grosse Schwäche des Palavers darin, dass viele Hassmeldungen anonym erfolgen, weshalb sich die Auffindung der entsprechenden Person als schwierig erweisen kann. Dieselbe Problematik besteht aber ebenfalls im Strafrecht, wobei dort jedoch u.U. mehr Ressourcen eingesetzt werden können, um die Täterin oder den Täter ausfindig zu machen. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass der Verletzer bzw. die Verletzerin sich dem Gespräch, wenn auch nicht physisch, so doch zumindest inhaltlich, verweigern oder sich – im anderen Extremfall – weiter herablassend äussern kann. Im letzteren Fall kann die Moderation das Gespräch zwar abbrechen, aber nicht grundsätzlich verhindern, dass sich die Antragstellerin noch weiter in ihren Gefühlen verletzt fühlt. Das Risiko dafür trägt somit allein der Antragsteller. Im Falle einer inhaltlichen Gesprächsverweigerung kann die Moderation u.U. zwar ebenfalls eingreifen, aber

---

2349 Hangartner et al., S. 2–3.

2350 Brody Jane E., The Right Way to Say «I'm Sorry», in: The New York Times vom 30. Januar 2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/30/well/mind/the-right-way-to-say-im-sorry.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

2351 Häusermann, S. 39.

den Verletzer nicht zu einer Erklärung zwingen, was ebenfalls nicht zu ändern ist. Immerhin bleibt dem Antragsteller die Möglichkeit, seine Position zu erklären und darauf zu hoffen, dass die Verletzerin doch noch zu einer Gesprächsaufnahme bereit wird.[2352]

Wird aber davon ausgegangen, dass solche Äusserungen in den meisten Fällen nicht ideologisch begründet sind, «sondern Ausdruck von Unwissen, diffusen Ängsten, Aggressionen, Vorurteilen und mangelndem Einfühlungsvermögen»,[2353] kann davon ausgegangen werden, dass in einem Grossteil der Fälle der Verletzer sich einem Dialog nicht gänzlich verschliessen und durch die Erklärung seines Gegenübers gewisse Vorurteile möglicherweise überdenken wird. Die genannten Vorteile überwiegen deshalb insgesamt die möglichen Nachteile.

C. Zusammenfassung und weitere ausblickende Überlegungen

Es lässt sich festhalten, dass sich diese ausserstrafrechtlichen Mittel als potenziell wirksam erweisen; sie müssten aber verschiedene Anpassungen erfahren, um sich gänzlich entfalten zu können. Gerade die zivilrechtlichen Mittel könnten sich bei entsprechender Anpassung als wirksamer erweisen und effektiveren Schutz für diskriminierte Menschen bieten als das Strafrecht. Als weitere wirksame Mittel gegen Hassreden haben sich zudem ausserrechtliche Alternativen erwiesen. Insbesondere die Gegenrede scheint ein wichtiges Instrument zu sein, um Hassreden zu begegnen. Das Fördern von Verständnis für andere und deren Ansichten als Teil der Bildung sowie die Befähigung von Betroffenen, sich gegen Hassreden zur Wehr setzen zu können, stellen weitere Instrumentarien im Kampf gegen Hassrede dar. Diese Formen werden aber meist von Freiwilligen betrieben, womit teilweise die nötigen Ressourcen fehlen, damit sich deren Wirksamkeit in ihrer ganzen Schlagkraft entfalten kann. Staatliche Unterstützung kann sich hierbei als Lösung anbieten. Die Einführung eines Palavers bei religionsbeschimpfenden Äusserungen wird ebenfalls befürwortet. Möglicherweise liesse sich das Palaver auch auf andere gefühlsverletzende Äusserungsdelikte übertragen; das müsste vertieft überprüft werden.

Ausblickend kann weiter festgehalten werden, dass neben den gesetzlichen Anpassungen eine Reihe von weiteren Untersuchungen angezeigt ist. Einerseits

---

[2352] Häusermann, S. 37.

[2353] Naguib, S. 19; EDI, Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Glossar, Rassismus, <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/frb/glossar.html> [zuletzt besucht am 15.10.2024].

interessiert, ob sich unterschiedliche Regelungen im Offline- und Online-Bereich als sinnvoll erweisen würden. In dieser Arbeit ebenfalls nicht untersucht worden ist die Frage, ob andere Regelungen bei Hassrede in der Gegenwart von oder gegenüber Kindern und Jugendlichen zu gelten haben als bei Erwachsenen bzw. ob sich die Betroffenheit von Hassrede bei Kindern und Jugendlichen anders auswirkt und sich deshalb ein spezieller Schutz rechtfertigen würde. Dieser Fragenkomplex bietet ebenfalls Anlass zu weiteren Untersuchungen. Weitere Aspekte, die vertieft untersucht werden sollten, sind die Fragen, ob und anhand welcher Kriterien sich weitere schützenswerte Gruppen ausmachen lassen und welcher Zusammenhang zwischen Hassrede und Hassdelikten besteht bzw. wie sich Hassrede – insbesondere langfristig – auf Betroffene auswirkt. Statistische Erfassungen und empirische Untersuchungen bieten sich hierbei in einem ersten Schritt an. Der Staat sollte zudem Mittel freisetzen, die es ermöglichen, ausser(straf)rechtliche Mittel einzusetzen, und anschliessend sollte deren Wirksamkeit weiter untersucht werden.

Mit der vorliegenden Untersuchung wurde versucht, einen sinnvollen Ansatz für den Umgang mit Hassrede bzw. Hassredenormen aufzuzeigen. Es mag unbefriedigend erscheinen, dass die vorgeschlagene Lösung gerade im Aushalten der beschriebenen Spannungen liegt. Für eine plurale und demokratische Gesellschaft scheint dies jedoch der einzig gangbare Weg – so unbequem er sich auch anhören mag. Oder mit den Worten von Timothy Ash:

> «We will never all agree, nor should we. But we must strive to create conditions in which we agree on how to disagree. At scale, in cosmopolis, that work has barely begun.»[2354]

[2354] Ash, S. 381.

Diese Dissertation bietet erstmals einen umfassenden Überblick über die Strafbarkeit von Hassrede in der Schweiz. Die Autorin beleuchtet Herausforderungen im strafrechtlichen Umgang mit Hassrede und vergleicht die relevanten schweizerischen Strafbestimmungen mit ausländischen Regelungen. Das Werk schliesst mit konkreten Reformvorschlägen für die bestehenden Gesetzesbestimmungen. Neben der Einführung eines präzisierten Begriffs von «Hassrede» beleuchtet die Autorin eingehend das Spannungsverhältnis zwischen Hassrede und der Meinungsäusserungsfreiheit und präsentiert hierfür eine überzeugende Lösung. Das hochaktuelle Werk richtet sich nicht nur an Juristen und Juristinnen, sondern bietet auch der übrigen interessierten Leserschaft gewinnbringende Einblicke in die komplexen rechtlichen und gesellschaftlichen Fragen rund um die Thematik der Hassrede.

ISBN 978-3-03891-771-7