

Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien

Zur Bedeutung der Meinungsfreiheit und des Medienprivilegs für Äusserungen in sozialen Medien

Niklaus Sempach, BLaw, Zürich

Résumé: Avec l'importance croissante des réseaux sociaux, la dimension pénale des paroles qui y sont exprimées a aussi gagné en importance. Les appels à la violence, en particulier, ont de plus en plus lieu sur les médias sociaux, comme on l'a vu lors des émeutes du Capitole, à Washington, le 6 janvier 2021. L'analyse qui suit met en lumière les questions et les problèmes se posant dans le domaine de la punissabilité des appels à la violence sur internet. La liberté d'expression peut-elle être invoquée? L'auteur explique les avantages de la pratique suisse – lien entre liberté d'opinion et intérêts de la poursuite pénale – en la comparant avec la doctrine américaine de Brandenburg. Il n'est par ailleurs pas définitivement établi que le privilège des médias au sens de l'article 28 du Code pénal s'applique à des affirmations sur les réseaux sociaux, ce qui conduit, en pratique, à des jugements illogiques et peu compréhensibles. L'auteur explique aussi que le droit pénal des médias n'est pas conçu pour s'appliquer aux médias sociaux. Il faudrait élaborer une norme particulière pour ces derniers, dans ce domaine.

Zusammenfassung: Mit der wachsenden Bedeutung der sozialen Medien steigt auch die strafrechtliche Relevanz von in diesen getätigten Äusserungen. Insbesondere Gewaltaufrufe finden

vermehrt in den sozialen Medien statt, so zum Beispiel im Vorfeld zu den Capitol Riots am 6. Januar 2021. Im vorliegenden Aufsatz werden Fragestellungen und Probleme bezüglich der Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien beleuchtet. Einerseits stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Strafbarkeit solcher Äusserungen zukommt, wobei anhand eines Vergleichs mit der US-amerikanischen Brandenburg-Doktrin die Vorteile der Schweizer Konzeption des Verhältnisses zwischen der Meinungsfreiheit und Strafverfolgungsinteressen erläutert werden. Ebenso ist nicht abschliessend erstellt, inwiefern das Medienprivileg gemäss Art. 28 StGB auf Äusserungen in sozialen Medien anwendbar ist, was in der Praxis zu inkonsequenten und kaum nachvollziehbaren Urteilen führt. Diesbezüglich wird dargelegt, dass das Medienstrafrecht nicht für den Umgang mit Äusserungen in sozialen Medien konzipiert ist, weshalb diesbezüglich eine Sonderbestimmung notwendig ist.

I. Einleitung

1

Soziale Medien haben eine enorme und stetig wachsende Bedeutung für die Gesellschaft. 72% der Schweizer Bevölkerung gaben 2022 an, zumindest gelegentlich soziale Medien zu nutzen.^[1] Auch die Nachrichtenbeschaffung verschiebt sich in die sozialen Medien. Seit 2020 nutzen hierfür mehr Schweizer:innen soziale Medien als klassische Printmedien, wobei 43% der Befragten 2022 angaben, soziale Medien als Nachrichtenquellen zu nutzen.^[2]

2

Mit der zunehmenden Relevanz der sozialen Medien wächst auch die strafrechtliche Bedeutung von Äusserungen, welche darin getätigt werden. Am eindrücklichsten zeigte sich dies bei den Capitol Riots vom 6. Januar 2021, wo insbesondere durch soziale Medien radikalisierte und organisierte Personen

versuchten, die Zertifizierung der Wahl Joe Bidens als Präsident der USA zu stören.^[3] Auch in der Schweiz stellt sich regelmässig die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Äusserungen in sozialen Medien.^[4] In Anbetracht der wachsenden Bedeutung von sozialen Medien für die Verbreitung von Nachrichten und Meinungen drängt sich die Frage auf, inwiefern strafbare Äusserungen in sozialen Medien vom Medienstrafrecht erfasst werden sollen.

3

Ziel dieses Aufsatzes ist es, die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die strafrechtliche Verfolgung von Gewaltaufrufen zu skizzieren und darzulegen, inwiefern Gewaltaufrufe in sozialen Medien einerseits vom grundrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 BV^[5] andererseits vom Medienprivileg gemäss Art. 28 StGB^[6] erfasst werden. Des Weiteren soll untersucht werden, inwiefern diese Praxis angemessen und zeitgemäss ist. Zur Beantwortung dieser Fragen wird die Schweizer Rechtsordnung der US-amerikanischen gegenübergestellt.

II. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Strafverfolgung von Äusserungen in Sozialen Medien

4

Von zentraler Bedeutung für die Strafbarkeit von Äusserungen ist das Spannungsfeld zwischen den staatlichen Strafverfolgungsinteressen einerseits und dem grund- und freiheitsrechtlichen Individualrechtsschutz, namentlich der Meinungsäusserungsfreiheit, andererseits. Nachfolgend werden die Ausgestaltung der Meinungsfreiheit sowie die grundrechtlichen Einschränkungsmechanismen in den Rechtsordnungen der Schweiz und der USA skizziert und verglichen.

1. Die schweizerische Konzeption der Meinungsfreiheit

5

Beginnend mit der Schweizer Konzeption der Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 BV, lässt sich festhalten, dass deren Ziel der umfassende Schutz und die generelle *Gewährleistung von freier Kommunikation* ist.^[17] Dies bedeutet, dass die Meinungsfreiheit allen natürlichen und juristischen Personen zusteht^[18] und diesen das Recht vermittelt, sich eine Meinung zu bilden, sie zu haben, zu äussern und anderen bekanntzugeben.^[19] Nach unbestrittener Auffassung von Lehre und Rechtsprechung ist von einem weiten Meinungsbegriff auszugehen,^[10] d.h. vom Schutzbereich erfasst werden alle «Mitteilungen menschlichen Denkens»,^[11] unabhängig von der zur Vermittlung gewählten Kommunikationsform.^[12] Ebenfalls *nicht ausschlaggebend* für den grundrechtlichen Schutz ist der Inhalt einer Äusserung, so dass Art. 16 BV sowohl provozierende oder schockierende Äusserungen als auch unhaltbare und unaufrichtige Meinungen sowie offensichtlich falsche Tatsachenbehauptungen erfasst.^[13] Alle ideellen Äusserungen, die in den sozialen Medien verbreitet werden, sind somit grundsätzlich vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst.

6

Bezüglich der Wirkung der Meinungsfreiheit für das Strafrecht lässt sich festhalten, dass das Strafrecht alle Grundrechte zu wahren und zu respektieren hat.^[14] Einschränkungen der Meinungsfreiheit aus strafrechtlichen Überlegungen sind zulässig, solange sie den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen.^[15]

7

In der Regel dürfte sich die Prüfung der Zulässigkeit der

strafrechtlichen Verfolgung einer Meinungskundgabe darauf beschränken, ob die Strafbarkeit nach StGB gegeben ist und somit eine gesetzliche Grundlage i.S. von Art. 36 Abs. 1 BV vorliegt. Denn sofern die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, wird eine Einschränkung der Meinungsfreiheit auch den restlichen Anforderungen von Art. 36 BV genügen.

2. Die US-amerikanische Konzeption der Meinungsfreiheit

8

Die US-Konzeption der Meinungsfreiheit ergibt sich aus dem First Amendment zur Verfassung der USA. Bei der Meinungsfreiheit handelt es sich um das wohl kontroverseste verfassungsmässige Recht der USA,^[16] sodass nicht einmal der Supreme Court abschliessend beantworten kann, wie weit deren Schutzbereich tatsächlich reicht.^[17] Ausgehend vom Wortlaut ergibt sich klarerweise, dass sich die Meinungsfreiheit nur gegen *staatliches Handeln* richtet.^[18] Gemäss dem Supreme Court soll die Meinungsfreiheit sicherstellen, «[that] governmental restraints [are removed] from the arena of public discussion, putting the decision as to what views shall be voiced largely into the hands of each of us, in the hope that use of such freedom will ultimately produce a more capable citizenry and more perfect polity [...]».^[19]

9

Die Konzeption der Meinungsfreiheit in den USA lässt sich am besten durch die Betrachtung der Fallgruppen erfassen, welche als *feststehende Ausnahmen*^[20] nicht oder weniger streng geschützt sind.^[21] Vom hohen Schutzniveau ausgenommen sind demnach:

- Aufforderungen zu Straftaten (*subversive speech/true*

- threats*),
- Äusserungen, die Gewaltanwendung provozieren (*fighting words*)^[221],
- obszöne Pornographie (*obscenity*)^[231] sowie Kinderpornographie^[241],
- diffamatorische Äusserungen (*libel*)^[251] und
- falsche oder irreführende kommerzielle Bekanntmachungen sowie Werbung für illegale Produkte und Dienstleistungen (*commercial speech*).^[261]

10

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass staatliche Eingriffe in alle anderen Kommunikationsakte durch das First Amendment ausgeschlossen sind.

11

Da das US-Verfassungsrecht keine Bestimmung zur Einschränkung von Grundrechten kennt, ist es nicht weiter verwunderlich, dass auch die Frage nach der Wirkung der etablierten Ausnahmen kontrovers diskutiert wurde. Einzelne Vertreter der Lehre gingen so weit, dass sie «no constitutional protection for any speech advocating the violation of law»^[271] forderten. Auch der Supreme Court nahm bezüglich subversive speech sowohl zurückhaltenden als auch gewichtigen Grundrechtsschutz an. So wurde die Ansicht vertreten: «[freedom of speech] does not confer an absolute right to speak or publish, without responsibility [...] That a state may punish those who abuse this freedom [...] is not open to question».^[281] Zur gleichen Zeit, mitunter auch im gleichen Urteil, äusserten die Richter Oliver Holmes und Louis Brandeis, dass sich der weitreichende Schutz des First Amendments auch auf subversive speech erstrecken müsse.^[291] Ausgehend vom Urteil *Schenk v. United States* und den zuvor zitierten Urteilen etablierte der Supreme Court den *clear and present danger test*,^[301] welcher sich bis zu

den Siebzigerjahren stetig weiterentwickelte. Schliesslich formulierte der Supreme Court in *Brandenburg v. Ohio* den bis heute geltenden Prüfstandard des Grundrechtsschutzes für subversive speech.^[311]

12

Der Supreme Court kam letztlich zu folgendem Schluss: «Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation *except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*».^[321] Hieraus ergeben sich vier Komponenten, die erfüllt sein müssen, um subversive speech vom Schutz des First Amendments auszunehmen.

- Erste Voraussetzung ist die Unmittelbarkeit (imminence) einer Äusserung, d.h. dass sie eine unmittelbare Gefahr für ein Rechtsgut schafft.^[331] Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass dieses Kriterium nur erfüllt ist, wenn sich die Rechtsverletzung auf einen Zeitpunkt *innert Stunden bzw. maximal wenigen Tagen* nach der Äusserung bezieht.^[341] So fällt die Aussage «We'll take the fucking street later», nicht unter die Komponente der Unmittelbarkeit, da sich «later» auf irgendeinen zukünftigen Zeitpunkt beziehen kann.^[351]
- Zweitens muss die Äusserung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Rechtsverletzung (*likelihood*) in sich tragen.^[361] Nicht abschliessend geklärt ist, wie hoch diese Wahrscheinlichkeit tatsächlich sein muss,^[371] und ob sich die Schwere der Straftat, zu welcher aufgefordert wird, auf die nötige Eintrittswahrscheinlichkeit auswirkt.^[381]
- Drittens muss eine explizite Aufforderung (*words of incitement/advocacy*) zu lawless action vorliegen.^[391]

- Schliesslich muss die sich äussernde Person die Absicht (intent) haben, mindestens eine andere Person zu lawless action zu veranlassen.^[40] Die Äusserung muss also explizit «intended to produce [...], imminent disorder»^[41] sein.

13

Abschliessend lässt sich festhalten, dass der Supreme Court eine Doktrin geschaffen hat, die von einem sehr weitreichenden Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeht, so dass durchaus zurecht gefragt werden kann, *ob die Interessen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht ungenügend berücksichtigt wurden.*^[42]

14

Ebenfalls wird gerade mit Blick auf die sozialen Medien berechtigterweise gefragt, inwiefern die Brandenburg-Doktrin noch zeitgemäss ist.^[43] Die Anwendung fixer Einschränkungskriterien auf soziale Medien lässt völlig unbeachtet, dass sich die Kommunikationsdynamik in diesen fundamental von sonstiger Kommunikation unterscheidet, da weder ein *direkter zeitlicher* noch ein *direkter räumlicher Zusammenhang zwischen der Äusserung und der Kenntnisnahme durch andere besteht.*^[44] Die kurze Zeitspanne, in welcher lawless action nach einer Gewaltaufforderung geschehen muss, um das Kriterium der imminence zu erfüllen, ist aufgrund dieser Diskrepanz vollkommen unangebracht.^[45] Ein Gewaltaufruf in den sozialen Medien bleibt zeitlich unbegrenzt wahrnehmbar, so dass er jederzeit auffordernd wirkt, jedoch nur in den Stunden und Tagen nach der Äusserung strafrechtlich verfolgt werden kann. Selbst wenn jedoch die Kenntnisnahme unmittelbar nach der Kundgabe erfolgt, kann die Adressat:in meist nicht sofort handeln, da eine räumliche Distanz zwischen beiden Parteien besteht.^[46]

Letztlich lässt der *rigide Standard*^[47] des Supreme Courts auch Raum für Missbrauch. So kann eine Person, welche die Voraussetzungen des Brandenburg-Tests kennt, zu Gewalttaten anstiften, ohne dass sie alle diese erfüllt. Die Problematik des *cleveren Anstifters* wird in der Lehre mit einem Beispiel aus Shakespeares «Julius Caesar» illustriert. Marcus Antonius lobt die Mörder Caesars als «honorable men», und ohne, dass er jemals explizit dazu aufruft, gelingt es ihm dennoch, die Bürger von Rom zur Gewalt gegen Caesars Mörder aufzustacheln.^[48]

Im Vergleich der beiden Konzeptionen der Meinungsfreiheit ist hervorzuheben, dass sowohl das schweizerische als auch das US-Verständnis der Meinungsfreiheit einen weitreichenden Schutz für die Verbreitung von Meinungen vorsieht, der auch gilt, wenn diese in sozialen Medien geäußert werden. Auffallend ist des Weiteren das Fehlen eines gesetzlichen Mechanismus in der US-Theorie, welcher die Einschränkung der Meinungsfreiheit regelt.

III. Die strafrechtliche Relevanz von Gewaltaufrufen in sozialen Medien

Im folgenden Teil wird geklärt, unter welchen Voraussetzungen ein Gewaltaufruf in sozialen Medien in den jeweiligen Rechtsordnungen von strafrechtlicher Relevanz sein kann.

1. Relevante Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuches

A. Aufforderung zu Gewaltdelikten

a) Art. 259 StGB

18

Primär fallen Gewaltaufrufe in sozialen Medien unter Art. 259 StGB. Dieser Tatbestand setzt objektiv voraus, dass *öffentlich* zu einem Verbrechen bzw. zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit aufgefordert wird. Öffentlich sind Äusserungen, welche von «einem unbestimmten Personenkreis gesehen und gelesen werden».^[49] Laut der Rechtsprechung des Bundesgerichts heisst dies, dass Äusserungen öffentlich sind, sofern sie nicht im Familien- und Freundeskreis bzw. in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen.^[50] Die Lehre ist sich dementsprechend einig, dass Äusserungen, welche in den sozialen Medien verbreitet werden, öffentlich sind, sofern der *Adressatenkreis nicht durch die Verfasser:innen beschränkt wird*.^[51]

19

Eine Aufforderung liegt vor, sobald inhaltlich «für den unbefangenen Leser aus dem Text des Aufrufs erkennbar ist, auf was für ein Verbrechen oder Vergehen der Täter abzielt»^[52] und sich aus dem *Gesamtzusammenhang das anvisierte Delikt ergibt*.^[53] Letzte Voraussetzung ist, dass die Aufforderung eindeutig ist, d.h. Inhalt und Aufforderungscharakter müssen aus der Äusserung klar hervorgehen,^[54] was jeweils unter Berücksichtigung des Kontexts der Äusserungen geschieht.^[55] Art. 259 StGB stellt ein *Gefährdungsdelikt* dar, womit es nicht massgeblich ist, ob der Äusserung Folge geleistet wird, ob die Äusserung tatsächlich als Aufruf verstanden wird, nicht einmal, ob sie wahrgenommen wird.^[56] Da Äusserungen in sozialen Medien häufig kurzgefasst sind, läuft die undifferenzierte Äusserungen verfassende Person immer Gefahr, dass der Inhalt als ernsthaft und eindeutig verstanden werden kann.^[57]

Diesbezüglich zu beachten ist jedoch, dass der Aufruf zur Teilnahme an einer unbewilligten Kundgebung allein den Tatbestand noch nicht erfüllt.^[581]

20

Bezüglich des subjektiven Tatbestandes von Art. 259 StGB wird z.T. kontrovers diskutiert, ob sich der Tatvorsatz auch auf die Verwirklichung des Delikts, zu welchem aufgefordert wird, erstrecken muss, was die herrschende Lehre ablehnt.^[591] Dem ist zuzustimmen, da es in der Natur des Gefährdungsdeliktes liegt, dass die Gefährdung sanktioniert wird. Poenalisiert wird bereits die Bedrohung des öffentlichen Friedens durch den Gewaltaufruf an sich.^[601] Ebenfalls setzt Art. 259 StGB objektiv nicht voraus, dass der Aufforderung Folge geleistet wird, womit ein Vorsatz zur Verwirklichung als subjektives Tatbestandsmerkmal ausser Betracht fallen muss.

b) Anstiftung zu Gewaltdelikten

21

Neben dem Tatbestand von Art. 259 StGB kann ein Aufruf zur Gewalt in den sozialen Medien auch eine Teilnahme an einem anderen Delikt im Sinne der Anstiftung nach Art. 24 StGB darstellen. Dies ist der Fall, wenn eine Äusserung eine *bestimmte* Person zur Begehung einer *konkreten* Straftat bewegt.^[611] Ein Aufruf zu gewalttätigen Ausschreitungen kann als Anstiftung namentlich zu Tötungsdelikten (Art. 111 ff. StGB), Körperverletzungsdelikten (Art. 122 f. StGB), Raufhandel und Angriff (Art. 133 f. StGB) sowie Landfriedensbruch (Art. 260 StGB), gewertet werden.

22

In subjektiver Hinsicht ist im Vergleich zu Art. 259 StGB hervorzuheben, dass sich der Anstiftungsvorsatz jeweils auch auf die *Vollendung der Haupttat* erstrecken muss.^[621]

B. Überblick über die relevanten Bestimmungen des US-Rechts

23

Der U.S.C. ^[63] sieht für die Strafbarkeit von Gewalt- und Demonstrationsaufrufen gegen die staatliche Autorität hauptsächlich incitement of rebellion or insurrection ^[64] vor. Eine ähnliche Funktion wie Section 2383 erfüllt 18 U.S.C. § 2385 ^[65], die Äusserungen, welche einen gewaltsamen politischen Umsturz propagieren, sowie deren Verbreitung unter Strafe stellt. ^[66] Folgt man dem Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen strikt, sehen diese eine extensive Strafbarkeit vor, so dass bereits das *blosse Befürworten einer solchen Idee* von strafrechtlicher Relevanz wäre. ^[67] In der Praxis hingegen waren sowohl Prozesse als auch Verurteilungen gestützt auf diese Bestimmungen in den letzten Jahrzehnten höchst selten. ^[68]

24

Auch dies ist letztlich Folge der Wahrung der Brandenburg-Doktrin bzw. des First Amendments. So setzt incitement i.S. von Section 2383 wiederum das Anstiften zu bzw. Herbeiführen einer *imminent lawless action* voraus. ^[69] Die enge Begrenzung der Strafbarkeit durch das Kriterium der imminence führt dazu, dass Section 2383 zu nichts mehr als einem Papiertiger verkommt. ^[70] Das gleiche Schicksal trifft auch Section 2385, denn dieser Artikel erfasst im Sinne einer mit dem First Amendment kompatiblen Auslegung lediglich «*advocacy and teaching of concrete action for the forcible overthrow of the Government, and not of principles divorced from action*». ^[71] Gerade nicht erfasst werden hingegen praktisch bedeutende Sachverhalte wie etwa, «*advocacy in the realms of ideas*» ^[72] oder «*the teaching of moral propriety or even moral necessity for a resort to force or violence*». ^[73]

Gerade in Bezug auf Gewalt- und Demonstrationsaufrufe sind den US-Strafverfolgungsbehörden weitestgehend die Hände gebunden. So wurden bis heute gerade einmal 18 Personen für ihre Äusserungen im Vorlauf zu den Capitol Riots verurteilt.^[74]

IV. Die Wirkung des Medienstrafrechts für soziale Medien

1. Die Rechtslage in der Schweiz

Die zentrale Bestimmung des Medienstrafrechts in Art. 28 Abs. 1 StGB besagt, dass im Grundsatz für «Delikte im Bereich der Medien» *allein* die Autor:in bzw. die in Art. 28 Abs. 2 und 3 StGB vorgesehene Person die strafrechtliche Verantwortung zu tragen hat.^[75] Die restlichen Beteiligten werden somit privilegiert behandelt und bleiben entgegen der allgemeinen Lehre von Täterschaft und Teilnahme straffrei.^[76] Bezüglich Gewaltaufrufen in den sozialen Medien drängt sich demnach die Frage auf, ob, und mit welcher Wirkung, diese vom Medienstrafrecht erfasst werden.

Anwendungsvoraussetzung für Art. 28 StGB ist, dass eine Straftat durch Veröffentlichung in einem Medium begangen wird. Primär ist daher zu klären, von welchem Medienbegriff auszugehen ist, worauf die Lehre bislang keine abschliessende Antwort gefunden hat. Denkbar ist eine Beschränkung auf *Massenmedien*^[77], aber auch ein weites Medienverständnis, welches grundsätzlich alle *technischen Kommunikationsmittel*^[78] erfasst. Letztere Auffassung, die sich auf die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Medienstrafrechts^[79] sowie auf den deutschen und französischen Gesetzeswortlaut stützt, ist m.E.

die zutreffendere.^[80] Die herrschende Lehre und Rechtsprechung kommen von einem weiten Medienbegriff ausgehend zum Schluss, dass soziale Medien in den Anwendungsbereich von Art. 28 StGB fallen.^[81]

28

Des Weiteren setzt Art. 28 StGB eine Veröffentlichung, also das öffentliche Zugänglichmachen einer Äusserung, voraus.^[82] Auch diesbezüglich kommt der zuvor definierte Öffentlichkeitsbegriff des Bundesgerichts zur Anwendung,^[83] womit Äusserungen in sozialen Medien unabhängig von der Kenntnissnahme durch eine Drittperson als veröffentlicht gelten.^[84]

29

Letzte Voraussetzung ist, dass sich die strafbare Handlung in der Veröffentlichung erschöpft, wobei dies bei Hinzuziehen der französischen und italienischen Gesetzesfassungen^[85] klarerweise die *Deliktsvollendung* meint.^[86] Konkret bedeutet dies, dass Art. 28 Abs. 1 StGB dem Wortlaut folgend nur *Gedankenäusserungsdelikte* erfasst.^[87] Aufforderungen zu gewalttätigen Ausschreitungen i.S. von Art. 259 StGB werden somit von Art. 28 Abs. 1 StGB erfasst.^[88] Stellt ein Gewaltaufruf hingegen eine Anstiftung dar, so liegt diese ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 28 StGB. Die herrschende Lehre geht zwar davon aus, dass auch Delikte, welche die Kenntnissnahme durch Dritte voraussetzen, namentlich Ehrverletzungsdelikte, vom Medienstrafrecht erfasst sind,^[89] jedoch setzt die Anstiftung über die Kenntnissnahme hinaus ein Bestimmen der kenntnisnehmenden Person voraus, was den *Rahmen der Erschöpfung in der Veröffentlichung endgültig sprengt*.^[90]

Um eine unverhältnismässige Ausweitung der Strafbefreiung gestützt auf Art. 28 Abs. 1 StGB zu verhindern, privilegiert das Bundesgericht nur Personen, welche sich *medienmässig* an der *Herstellung* oder *Verbreitung* des strafbaren Medienerzeugnisses beteiligen.^[91] Unstrittigerweise ausser Betracht fällt somit eine Privilegierung von Personen, «welche ausserhalb der vorgesehenen Produktions- und Verbreitungskette tätig werden».^[92] Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass auch Personen, welche nur für die Verbreitung verantwortlich sind, ohne Einfluss auf den Produktionsprozess zu haben, medienmässig beteiligt und von der Privilegierung erfasst sein können, was von einem Teil der Lehre kritisiert wird.^[93] Dieser Kritik ist m.E. beizupflichten, denn sie stellt sich richtigerweise auf den Standpunkt, dass eine Anwendung des Medienstrafrechts nach der Veröffentlichung vom Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 StGB partout ausgeschlossen ist.^[94] Zu begrüssen ist eine vermittelnde Ansicht, wie sie Zeller propagiert, wonach *direkte Veröffentlichungshandlungen* wie das Austragen von Zeitungen oder das Plakatieren noch als medienspezifische Verbreitungshandlungen angesehen werden, wobei sonstige *dem Delikt nachgelagerte Verbreitungshandlungen* wie etwa eine Weiterverbreitung einer ehrverletzenden Äusserung aus einem Zeitungsartikel mittels Flugblatt,^[95] der private Versand eines rassendiskriminierenden Buchs^[96] oder der Import zum Verkauf und die Bewerbung eines Buchs mit nachweislich strafbarem Inhalt^[97] nicht unter die Privilegierung von Art. 28 StGB fallen.^[98]

Im Bereich der sozialen Medien sorgt das Erfordernis der medienmässigen Mitwirkung, abgesehen von der Verfasser:in, für grosse Unklarheiten. So kamen Gerichte, mitunter auch das Bundesgericht, zum Schluss, dass ein Retweet, d.h. ein

kommentarloses Weiterverbreiten, Teil der von Twitter gewollten, typischen und üblichen Verbreitungskette sei, womit eine Privilegierung nach Art. 28 StGB möglich ist.^[99] Zumindest ein Teil der Lehre^[100] lehnt diese Auffassung zurecht ab, da dies zu einer *Sprengung der medienspezifischen Verbreitungskette* führt.^[101] Ebenso verkennt die Rechtsprechung, dass die strafbare Handlung, d.h. die Gedankenäußerung, zum Zeitpunkt des Retweets bereits abgeschlossen ist, wodurch eine Teilnahme per definitionem ausgeschlossen ist.^[102] Selbst wenn man der vermittelnden Ansicht Zellers folgt, liegt ein Retweet weit ausserhalb der Grenzen einer direkten Veröffentlichungshandlung des Tweets, da er für die *Veröffentlichung desselben gänzlich unbedeutend* ist.^[103] Ein Retweet ist eine eigenständige Weiterverbreitung und bewegt sich somit ausserhalb der vorgesehenen Produktions- und Verbreitungskette, welche mit der Veröffentlichung des ursprünglichen Tweets endet.^[104] Primär ist eine medienmässige Mitwirkung durch Retweets (oder analoge Handlungen auf anderen Plattformen) eher abzulehnen, ausnahmsweise dürfte ein mit Kommentar versehener Retweet, welcher sich inhaltlich (d.h. zitierend) mit dem ursprünglichen Tweet auseinandersetzt, als medienmässige Mitwirkung angesehen werden, da das Ziel der retweetenden Person in diesem Fall gerade *nicht* die Verbreitung einer strafbaren Äusserung, sondern die in diesem Fall *tatsächlich medienspezifische bzw. von Twitter gewollte Auseinandersetzung* mit der Äusserung sein dürfte.^[105]

32

Auch sonst bleibt unklar, wer bezüglich Äusserungen in sozialen Medien von Art. 28 StGB erfasst werden soll. Unbestritten ist, dass die Verfasser:in bzw. die Inhaltsanbieter:in, d.h. die Person, welche Inhalte in den sozialen Medien teilt, Autor:in i.S. von Art. 28 StGB ist.^[106] Widerspricht man der obigen Auffassung der Gerichte, so ist

auch die retweetende Person eigenständige Verfasser:in. Gleiches gilt für eine Person, welche einen Beitrag mittels Like^[107] oder Teilen auf Facebook weiterverbreitet.^[108] Im Gegensatz zu einem Retweet fällt eine medienmässige Mitwirkung durch einen Like gänzlich ausser Betracht, denn ein solcher stellt begriffsnotwendig eine Zustimmung dar.^[109]

33

In sozialen Medien kaum von Bedeutung ist die Redaktor:in nach Art. 28 Abs. 2 1. Halbsatz StGB. Ausnahmsweise kann die Inhaltsanbieter:in die Rolle der Redaktor:in einnehmen, wenn sie im Rahmen eines redaktionellen Gefässes (Blog, Website, Social Media Account) Kontrolle über zu publizierende Inhalte hat und diese auswählt.^[110]

34

Als Publikator:in i.S. von Art. 28 Abs. 2 2. Halbsatz StGB verantwortlich sein könnten primär Plattformbetreiber:innen, welche zumindest nach einer Veröffentlichung die Möglichkeit zur Inhaltskontrolle haben.^[111] Grundsätzlich geht das Bundesgericht davon aus, dass publizistisch-redaktionelle Betreiber:innen eines Internet-Diskussionsforums mit Verweis auf die Sozialadäquanz keine Pflicht zur permanenten Überwachung der Beiträge trifft,^[112] womit eine solche auch für Betreiber:innen von sozialen Medien ausgeschlossen sein dürfte. Ausnahmsweise könnte eine solche Überwachungspflicht denkbar sein, wenn durch wiederholte Rechtsverletzungen in der Vergangenheit mit weiteren solchen *ernsthaft gerechnet* werden muss.^[113]

35

Zusammenfassend ist die Anwendbarkeit des Medienstrafrechts auf die sozialen Medien anzunehmen, wobei die praktische Handhabung durch die Gerichte vor allem mangels auf die sozialen Medien zugeschnittenen Bestimmungen teils nicht

vollständig nachvollziehbar, häufig aber gänzlich unberechenbar scheint.^[114]

2. Zur Rechtslage in den USA

36

Im vorliegenden Kontext ist 47 U.S.C. § 230 c 1^[115] hervorzuheben, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber:innen von sozialen Medien in den USA pauschal ausschliesst. Ähnlich wie die Schweizer Bestimmung basiert auch diese auf Überlegungen, welche keinen Bezug zu sozialen Medien hatten und lediglich auf diese übertragen wurden. Der Ausgangspunkt für Section 230 c 1 ist ein Urteil des Supreme Courts,^[116] welches die Straflosigkeit eines Buchhändlers für den Verkauf von Büchern strafbaren Inhalts, bei fehlender Kenntnis von eben diesem Inhalt, statuierte.^[117] Die Kodifizierung und Anwendung dieser auf einem analogen Sachverhalt basierenden Regelung auf soziale Medien wird auch in den USA häufig kritisiert und führt teilweise zu *inkonsequenten und unvorhersehbaren Urteilen*.^[118] Dennoch bietet Section 230 c 1 den Plattformbetreiber:innen weitaus grössere Sicherheit als die Regelung in Art. 28 StGB und führt dazu, dass die meisten sozialen Medien ihren Sitz in den USA als «sicheren Hafen» haben.^[119]

V. Fazit

37

Abschliessend lässt sich bezüglich der strafrechtlichen Verfolgung von Gewaltaufrufen in den sozialen Medien festhalten, dass beide Rechtsordnungen fundamentale Komplikationen aufweisen. Positiv hervorzuheben ist, dass es der Schweizer Rechtsordnung gelingt, das Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und strafbaren Äusserungen adäquat zu regeln. Art. 36 BV ermöglicht sowohl Flexibilität als auch

Einzelfallgerechtigkeit, und die Rechtssicherheit wird dank der gesicherten Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum bedroht. Im Vergleich dazu mag die Brandenburg-Doktrin beim ersten Hinschauen aus einer liberalen Perspektive wünschenswert erscheinen, da diese ein höheres Schutzniveau zu vermitteln scheint. Jedoch ist dies m.E. kaum zu bevorzugen, wenn sich der Schutz auch auf offensichtlich Gewalttätigkeiten produzierende Äusserungen, wie sie z.B. vor dem 6. Januar 2021 erfolgten, erstreckt. Besonders im Bereich der sozialen Medien wird evident, dass der rigide Standard der Brandenburg-Doktrin, allen voran die Voraussetzung der Unmittelbarkeit, die Strafverfolgung beinahe vollständig aushebelt. Eine engere Begrenzung der Meinungsfreiheit bezüglich Gewaltaufrufen, welche sich in erster Linie aus Art. 24 und 259 StGB ergibt und sich auf Art. 36 BV stützt, ist m.E. zweckmässiger und zu bevorzugen.

38

Im Bereich des Schweizer Medienstrafrechts führt die Anwendung von Überlegungen, welche sich ursprünglich auf klassische Medien (Print, Radio, TV) bezogen, zu Rechtsunsicherheit und schwer nachvollziehbaren Urteilen. Insbesondere führt die Übertragung dieser Überlegungen dazu, dass weitaus mehr Personen als angemessen von der Privilegierung nach Art. 28 StGB erfasst werden. Schliesslich ist Art. 28 StGB ein Relikt einer Zeit, in welcher soziale Medien für die massenmässige Verbreitung von Meinungen kaum eine Rolle spielten. Im Interesse der Rechtssicherheit sind zumindest auf soziale Medien zugeschnittene punktuelle Sonderbestimmungen, namentlich bzgl. des Erfordernisses der «medienmässigen Beteiligung» sowie der Kaskadenhaftung nach Abs. 2 und 3, für Art. 28 StGB vonnöten. M.E. ist eine explizit auf die sozialen Medien zugeschnittene Sondervorschrift in Anbetracht aller Umstände notwendig. Im Vergleich dazu illustriert in den USA Section 230 1 c, dass es auch möglich ist, auf soziale Medien zugeschnittene Sonderbestimmungen zu erlassen, welche zumindest einen gewissen Grad an Rechtssicherheit bieten.

Fussnoten:

1. Vgl. Interessengemeinschaft elektronische Medien (IGEM), Zusammenfassung Digimonitor 2022. [↑](#)
2. Nic Newman et al, Reuters Institute Digital News Report 2022, Oxford 2022, S. 107. [↑](#)
3. Vgl. New York Times vom 6. Januar 2021 (The storming of Capitol Hill was organized on social media). [↑](#)
4. So z.B. [Urteil des Bezirksgericht Zürich GG150250 vom 26.01.2016](#). [↑](#)
5. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) [↑](#)
6. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0). [↑](#)
7. BGE 127 I 145 E. 4b; Maya Hertig in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 16 BV N 1 (zit. BSK BV-Berabeiter:in); Regina Kiener / Walter Kälin / Judith Wyttenbach, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 19 N 3. [↑](#)
8. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBI 1997 I), S. 158; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 7; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 7), §19 N 4; Andreas Kley / Esther Tophinke in: Ehrenzeller et al., Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 16 BV N 13 (zit. SGK BV-Bearbeiter:in). [↑](#)
9. BGE 105 Ia 182 E. 2a; BGE 113 Ia 309 E. 4b; BGE 117 Ia 472 E. 3c; Botschaft über eine neue Bundesverfassung

(Fn. 8), S. 158; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 7), §19 N 1 und N 5 f.; SGK BV-Kley/Tophinke, Art. 16 N 9 f. [↑](#)

10. BGE 101 Ia 148 E. 2; BGE 117 Ia 472 E. 3c; BGE 127 I 164 E. 3b; SGK BV-Kley/Tophinke, Art. 16 BV N5. [↑](#)
11. BGE 127 I 145 E. 4b. [↑](#)
12. BGE 107 Ia 226 E. 4b/aa; BGE 117 Ia 472 E. 3c; Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 8), S. 158. [↑](#)
13. BGE 138 I 274 E. 2.2.1; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 6; SGK BV-Kley/Tophinke, Art. 16 N 9. [↑](#)
14. Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 8), S. 192; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 7), §4 N 42; SGK BV-Schweizer, Art. 35 N 6, BSK BV-Waldmann, Art. 35 N 13. [↑](#)
15. Vgl. BGE 143 IV 193 E. 3.2. ff.; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 35 f.; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 7), § 19 N 10 und 14. [↑](#)
16. Congressional Research Service/Library of Congress (CRS/LoC), The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation, Interim Edition: Analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to August 26. 2017, S. 1146 f.; Burt Neuborne, An Overview of the Bill of Rights, The Founders' Ideal Commonwealth, in: Morrison, Fundamentals of American Law, New York 1996, S. 91; vgl. zu den meistvertretenen Positionen: Thomas Emerson, Toward a general theory of the First Amendment, Yale Law Review 1963 Vol. 72, S. 877 ff. m.w.N. [↑](#)
17. Robert H. Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, Indiana Law Journal 1971

Vol. 47, S. 20; Thomas Emerson, The system of freedom of expression, New York 1971, S. 15; in der Praxis listet der Supreme Court die Sachverhalte auf, welche durch die

Meinungsfreiheit gedeckt sind, vgl. z.B. First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, S. 776 f. [↑](#)

18. Consolidated Edison Co. v. PSC, 447 U.S. 530, S. 530 und 540; Bill McCollum, The Freedom of Speech, University of Florida Journal of Law and Public Policy 2008 Vol 19, S. 187. [↑](#)
19. Cohen v. California 403 U.S. 15, S. 24 m.H.a. Whitney v. California 274 U.S. 357, S. 375 ff. [↑](#)
20. Ebd. [↑](#)
21. Vgl. Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, S. 571 f. [↑](#)
22. Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568. [↑](#)
23. Miller v. California, 413 U.S. 15. [↑](#)
24. Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103. [↑](#)
25. Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, weitgehend eingeschränkt durch New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254. [↑](#)
26. Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York 447 U.S. 557; Markus Kern, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz, Diss. Freiburg 2012, Zürich 2012, S. 117, S. 105; Kathleen Ruane, Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment (CRS Report Nr. 95-815), S. 2 ff.; Geoffrey Stone, Content Regulation and the First Amendment, William and Mary Law Review 1983-1984 Vol. 25, S. 194 f. [↑](#)
27. Bork, (Fn. 17), S. 31. [↑](#)

28. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, S. 666 f. [↑](#)
29. Vgl. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, S. 630 f.; *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, S. 672; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373 ff.; Neuborne (Fn. 16), S. 92 f. [↑](#)
30. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, S. 48; Neuborne (Fn. 16). S. 96 f. [↑](#)
31. Vgl. für einen ausführlichen Überblick: Kern (Fn. 26), S. 106 ff; Chris Montgomery, *Can Brandenburg v. Ohio Survive the Internet and the Age of Terrorism: The Secret Weakening of a Venerable Doctrine*, *Ohio State Law Journal* 2009 Vol. 70, S. 145 ff.; Lucas Powe Jr., *Brandenburg then and now*, *Texas Tech Law Review* 2011 Vol. 44, S. 71 ff. [↑](#)
32. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, S. 444, Hervorhebung hinzugefügt. [↑](#)
33. Clay Calvert, *First Amendment Envelope Pushers: Revisiting the Incitement to Violence Test with Messrs. Brandenburg, Trump, & Spencer*, *Connecticut Law Review* 2019, S. 122 f.; Kern (Fn. 26), 115; Daniel Kobil, *Advocacy on Line: Brandenburg v. Ohio and Speech in the Internet Era*, *University of Toledo Law Review* 2000 Vol. 31, S. 233. [↑](#)
34. *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, S. 928, Calvert (Fn. 33) S. 151; Powe Jr. (Fn. 31), S. 78; a.M. Kern (Fn. 26) S. 115 m.w.N. [↑](#)
35. *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, S. 108. [↑](#)
36. Calvert (Fn. 33), S. 134; Kern (Fn. 26), S. 115 f.; Kobil (Fn. 33), S. 236; Montgomery (Fn. 31), S. 156. [↑](#)
37. Thomas Healy, *Brandenburg in a Time of Terror*, *Notre Dame Law Review* 2009 Vol. 84, S. 660. [↑](#)

38. Vgl. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494; a.M. Kern (Fn. 26), S. 116. [↑](#)
39. *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, S. 108, Kern (Fn. 26), S. 116; James G. Wilson, *Surveying the Forms of Doctrine on The Bright Line-Balancing Test Continuum*, *Arizona State Law Review* 1995 Vol. 27, S. 804. [↑](#)
40. Calvert (Fn. 33), S. 129 ff.; Kent Greenawalt, *Speech, crime, and the uses of language*, New York 1989, S. 207; Healy (Fn. 37), S. 698; Kern (Fn. 26), 116; Kobil (Fn. 33), 240; Wilson (Fn. 39), S. 804. [↑](#)
41. *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, S. 109. [↑](#)
42. So etwa Kern (Fn. 26), S. 117. [↑](#)
43. Vgl. u.a. Kobil (Fn. 33); Montgomery (Fn. 31). [↑](#)
44. John Cronan, *The Next Challenge for the First Amendment: The Framework for an Internet Incitement Standard*, *Catholic University Law Review* 2002, S. 428, S. 451. [↑](#)
45. Cronan, (Fn. 44), S. 451. [↑](#)
46. Ebd. [↑](#)
47. Vgl. Kern (Fn. 26), S. 189. [↑](#)
48. David Crump, *Camouflaged Incitement: Freedom of Speech, Communicative Torts, and the Borderland of the Brandenburg Test*, *Georgia Law Review* 1994 Vol. 29, S. 56, S. 1 f.; vgl. ein ähnliches Beispiel in Greenawalt (Fn. 40) S. 207 f. [↑](#)
49. BGE 111 IV 151 E. 2. [↑](#)
50. BGE 130 IV 111 E. 5.2.2; Andreas Donatsch / Marc Thommen / Wolfgang Wohlers, *Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5. Aufl., Zürich 2017, S. 188; Günter Stratenwerth / Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*:

Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, §38 N 15; Stefan Trechsel / Hans Vest, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 259 StGB N 4 (zit. PK StGB-Bearbeiter:in); vgl. auch Gerhard Fiolka, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 4 Aufl., Basel 2019, Vor Art. 258 StGB N 5 m.w.N.(zit. BSK StGB-Bearbeiter:in). [↑](#)

51. Donatsch/Thommen/Wohlers (Fn. 50), S. 188; BSK StGB-Fiolka, Vor Art. 258 N 25; BSK StGB-Fiolka, Art. 259 N 13; [Andreas Meili / Michèle Galfano, Medienrechtliche und medienethische Schranken für Online-Leserkommentare, medialex 11/2015](#), N 11; Stratenwerth/Bommer (Fn. 50), § 38 N 15. [↑](#)

52. BGE 111 IV 151 E. 1a. [↑](#)

53. BGE 111 IV 151 E. 1a; Urteil des Obergerichts Thurgau RB-OG TG 1994 Nr. 14 vom 10.02.1994; BSK StGB-Fiolka Art. 259 N 14. [↑](#)

54. Donatsch/Thommen/Wohlers (Fn. 50), S. 188; BSK StGB-Fiolka, Art. 259 N 12; Stratenwerth/Bommer (Fn. 50), § 38 N 14. [↑](#)

55. Vgl. Urteil des Kantonsgericht Graubünden SK2 2015 33 vom. 10.02.2016 E. 3c.dd. [↑](#)

56. BGE 111 IV 151 E. 3; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 22.07.2014 E.2.2.2; Donatsch/Thommen/Wohlers (Fn. 50), S. 188 f.; BSK StGB-Fiolka, Art. 259 N 11; Ludivine Livet / Marie Dolivo-Bonvin, in: Macaluso/Moreillon/Queloz, Commentaire Romand Code pénal II, Basel 2017, Art. 259 StGB N 3 (zit. CR StGB-Bearbeiter:in); Stratenwerth/Bommer (Fn. 50), §38 N 15. [↑](#)

57. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 22.07.2014

E.2.2.2; BSK StGB-Fiolka, Art. 259 N 13. [↑](#)

58. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011 (Rechtliche Basis für Social Media), S. 46. [↑](#)
59. Donatsch/Thommen/Wohlens (Fn. 50), S. 189; BSK StGB-Fiolka, Art. 259 N 23; CR StGB-Livet/Dolivo-Bonvin, Art. 259 N 10 m.H.a BGE 111 IV 151; PK StGB-Trechsel/Vest, Art. 259 N 2. [↑](#)
60. BGE 111 IV 151 E. 3. [↑](#)
61. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, S. 46. [↑](#)
62. BGE 127 IV 122 E. 4a; BSK StGB-Forster, Art. 24 N 5; PK StGB-Trechsel/Geth, Art. 24 N 6. [↑](#)
63. United States Code. [↑](#)
64. ,Fortan: Section 2383. [↑](#)
65. Fortan: Section 2385. [↑](#)
66. Kern (Fn. 26), S. 228. [↑](#)
67. Michael Head, Crimes against the State, from treason to terrorism, Farnham 2011, S. 77. [↑](#)
68. Jeff Barge, Sedition Prosecutions Rarely Successful – Government tries to beat the odds in trial of blind cleric’s followers, A.B.A 1994 Vol 80, S. 16; Thomas Church Jr., Conspiracy Doctrine and Speech Offenses a Reexamination of Yates v United States from the Perspective of United States v Spock, Cornell Law Review 1975, S. 569; John Cohan, Seditious Conspiracy, The Smith Act, and Prosecution for Religious Speech Advocating the Violent Overthrow of Government, Journal of Civil Rights and Economic Development 2003 Vol. 17,

S. 202. [↑](#)

69. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, S. 444. [↑](#)
70. Vgl. The Marshall Project vom 08.01.2021 (A Civilian's Guide to Insurrection Legalese). [↑](#)
71. Yates v. United States, 354 U.S. 298, 320 (1957), Hervorhebung hinzugefügt. [↑](#)
72. Ebd. [↑](#)
73. Noto v. United States, 367 U.S. 290, 298 (1961). [↑](#)
74. The New York Times vom 06.01.2023 (Two Years Later, Prosecutions of Jan. 6 Rioters Continue to Grow). [↑](#)
75. Andreas Donatsch / Gunhild Godenzi / Brigitte Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl, Zürich 2022, S. 208; PK StGB- Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 8; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 73. [↑](#)
76. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthalten das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918 (BBI 1918 IV 1), S. 11; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 9; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 39 f. [↑](#)
77. Vgl. italienische Marginalie zu Art. 28 StGB; Christian Schwarzenegger, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322bis StGB), in: Cavallo et al., Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 173 m.w.N. [↑](#)
78. Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I. Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich 2007, § 20 N 3; Schwarzenegger (Fn. 77), S.173; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 3. [↑](#)
79. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen

Strafgesetzbuches und des Militärstrafrechts (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996 (BBI 1997 IV 525), S. 527 und 549. [↑](#)

80. Vgl. für eine extensive Auflistung von unter den Medienbegriff fallende Kommunikationsmittel: Schwarzenegger (Fn. 77), S. 173. [↑](#)
81. BGE 147 IV 65 E. 5.4.2; Urteil des Bezirksgerichts Zürich GG150250 vom 26.01.2016 E. 4.3.7; [Christof Riedo / Robin Beglinger, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, medialex 3/2022](#), N 58; Schwarzenegger (Fn. 77), S. 174; Christian Schwarzenegger, Twibel – Tweets und Retweets mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers, Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 223 f.; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 3; CR StGB-Werly, Art. 28 N 14; a.M: Matthias Schwaibold, Warum Twitter kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui-generis 2017, N 15 ff. [↑](#)
82. BGE 128 IV 53 E. 5c; Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 209; Riklin (Fn. 78), § 20 N 4; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 13 N 167 f.; Schwarzenegger (Fn. 77), 175; CR StGB-Werly, Art. 28 N 15; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 50. [↑](#)
83. BGE 126 IV 176 E. 2b; Marcel Alexander Niggli, 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 2007, N 954 ff.; Schwarzenegger (Fn. 77), S. 176; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 5. [↑](#)

84. BGE 111 IV 151 E. 3; Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 209 f.; Niggli (Fn. 83), N 986 und N 1123. [↑](#)
85. «commise et consommée sous forme de publication par un média»; «commesso mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione sociale e consumato per effetto della pubblicazione» [↑](#)
86. Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 210; Riklin (Fn. 78), § 20 N 5; Schwarzenegger (Fn. 77), S. 178 f. [↑](#)
87. Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 211; Riklin (Fn. 78), § 20 N 5; CR StGB-Werly, Art. 28 N 16 m.w.N.; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 63. [↑](#)
88. Vgl. Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 210; Riklin (Fn. 78), § 20 N 7; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 65 f. [↑](#)
89. Riklin (Fn. 78), § 20 N 5, Riedo/Beglinger (Fn. 81), N 53 ff.; Stratenwerth (Fn. 82), § 13 N 168; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 49; a.M. Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75) S. 211 f.; Schwarzenegger (Fn. 77), S. 180. [↑](#)
90. Vgl. BGE 125 IV 206 E. 3.b. [↑](#)
91. BGE 128 IV 53 E. 5e; vgl. auch BGE 73 IV 65 67; Dorrit Schleiminger / Christoph Mettler, Die Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung. Art. 27, Art. 261bis Abs. 4 StGB, Bemerkungen zu BGE 125 IV 206, AJP 8/2000, S. 1041; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N 9; Stefan Trechsel / Peter Noll / Mark Pieth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017, S. 230; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 56 f. [↑](#)
92. BGE 128 IV 53 E. 5e; auch: BGE 86 IV 145 E. 1; CR StGB-Werly, Art. 28 N 24; BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 57. [↑](#)
93. Donatsch/Godenzi/Tag (Fn. 75), S. 214 f.; Marcel Alexander Niggli / Christian Schwarzenegger, Strafbare

Handlungen im Internet, SJZ 2002, S. 65; Schleiminger/Mettler (Fn. 91), S. 1041; Stratenwerth (Fn. 82), § 13 N 171; a.M. PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel Art. 28 N 9. [↑](#)

94. Schleiminger/Mettler (Fn. 91), 1041 m.w.N. [↑](#)
95. Schwarzenegger (Fn. 77), S. 178 m.w.N. [↑](#)
96. BGE 126 IV 176. [↑](#)
97. BGE 125 IV 206. [↑](#)
98. Vgl. BSK StGB-Zeller Art. 28 N 59. [↑](#)
99. Urteil des Bundesgericht 5A_195/2016 vom 04.07.2016 E. 5.3; Urteil des Bezirksgerichts Zürich GG150250 vom 26.01.2016 E. 4.5.1 und E.4.8. [↑](#)
100. Schwarzenegger (Fn. 81), S. 224 ff. m.w.N. [↑](#)
101. BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 60a. [↑](#)
102. Schwarzenegger (Fn. 81), S. 225. [↑](#)
103. Schwarzenegger (Fn. 81), S. 229. [↑](#)
104. Ebd. Insb. die treffende Analogie wonach ein Retweet mit dem von der Wand nehmen eines Plakats und nachträglicher Plakatierung an der eigenen Hauswand vergleichbar ist. [↑](#)
105. Vgl. [Regula Bähler, Tweet und Retweet: Mitgegangen, Mitgefangen – Aber nicht immer, medialex 2/2017](#), N 31 m.w.N. insb. zur deutschen Praxis, nach welcher die Strafbarkeit der Weiterverbreitung davon abhängt, dass sich die Äusserung «zu eigen gemacht» wird; vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden SK2 2015 33 vom 10.02.2016 E. 3c.dd. [↑](#)
106. Bericht des Bundesrates, Netzwerkkriminalität, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider und

Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung von Netzwerkdelikte, Februar 2008. [↑](#)

107. So auch: BezGer ZH Urteil GG160246 vom 29.05.2017. [↑](#)

108. Simon Roth, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, [Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B. – GG150250](#), forumpoenale 5/2017, S. 294; PK StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel Art. 28 N 8 m.w.N. [↑](#)

109. Vgl. Roth (Fn. 108), S. 294. [↑](#)

110. Bericht des Bundesrates (Fn. 106), S. 19. [↑](#)

111. Ebd. [↑](#)

112. Urteil des BGer 6B_645/2007 vom 02.08.2008 E. 7.3.4.4.2; vgl. BSK StGB-Zeller, Art. 28 N 103a. [↑](#)

113. Bericht des Bundesrates (Fn 113), S. 64 m.H.a BGE 126 III 161. [↑](#)

114. Schwarzenegger (Fn. 81), S. 230. [↑](#)

115. Fortan: Section 230 c 1. [↑](#)

116. Seth Oranburg, Social Media and Democracy after the Capitol Riot, or, A Cautionary Tale of the Giant Goldfish, Mercer Law Review 2021 Vol. 73, S. 593. [↑](#)

117. Vgl. Smith v. California, 361 U.S. 147. [↑](#)

118. Oranburg (Fn. 116), S. 595 ff; Rusell L. Weaver, Social Media, Section 230, and Free Expression, Mercer Law Review: Vol. 73, S. 626 ff. [↑](#)

119. Weaver (Fn. 118), S. 626; e contrario die Schweizer Rechtslage vgl. Marcel Alexander Niggli / Franz Riklin / Günther Stratenwerth, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, medialex

2000. [↑](#)



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz](#).