

# Art. 261 StGB und die freie Meinungsäusserung

Gerhard Fiolka

## Mehr Meinungsäusserungsfreiheit durch Aufhebung eines «Blasphemieartikels»?

### I. Weg mit Art. 261 StGB?

Nach Art. 261 StGB wird mit Geldstrafe bestraft, wer

*«öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt (Abs. 1), wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet (Abs. 2) oder wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt (Abs. 3).»*

In jüngerer Zeit wurde verschiedentlich die Aufhebung dieser Strafnorm gefordert,<sup>1</sup> so etwa am 14.12.2018 in einer parlamentarischen Motion.<sup>2</sup> In der Motion steht dazu folgende Begründung:

<sup>1</sup> Jenal, Religiöser Frieden durch strafrechtliche Zensur – Warum Art. 261 StGB aufgegeben werden sollte, Zürich u.a. 2017.

<sup>2</sup> Flach, Blasphemieverbot abschaffen. Antirassismus-Strafnorm und Schutz vor Ehrverletzung und Beschimpfung reichen aus, Motion 18.4344.

*«Dieser separate Straftatbestand ist in einem säkularen und liberalen Staat nicht mehr zeitgemäss. Das zeigt sich auch in anderen europäischen Staaten. Dänemark, Frankreich, Norwegen, Island und Malta haben das Blasphemieverbot bereits abgeschafft. Ende Oktober 2018 folgte nun sogar das katholische Irland, das in einer Volksabstimmung mit Zweidrittelmehrheit für die Streichung des Blasphemieverbots aus seiner Verfassung stimmte. Es ist an der Zeit, dass die Schweiz nachzieht. Auch um ein klares Statement an die Länder auf der Welt zu senden, die über das Blasphemieverbot religiöse Minderheiten und säkulare Personen verfolgen und oft mit Gefängnis oder gar der Todesstrafe belegen.»*

Art. 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung) und die Ehrverletzungsdelikte seien zum Schutz der Religionen ausreichend.

Der Bundesrat wendet sich in seiner Stellungnahme vom 20.02.2019 gegen die Abschaffung dieser Strafbestimmung. Er begründet dies damit, dass aufgrund der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) ein «gemeiner» Angriff auf religiöse Gefühle nicht leichthin angenommen werden dürfe und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht werde.

«Die Meinungsfreiheit ist für einen freiheitlichen Staat zentral. Sie gilt aber nicht schrankenlos, sondern ihre Ausübung ist mit Verantwortung verbunden. In diesem Zusammenhang bietet Artikel 261 StGB ein Instrumentarium, um das friedliche Zusammenleben der Religionen zu gewährleisten. (...) Zusammenfassend kommt der Bundesrat zum Schluss, dass Artikel 261 StGB beibehalten werden sollte. Dafür sprechen nicht nur sachliche Gründe; es soll damit auch das Aussenden eines negativen Signals verhindert werden.»

## II. Ist Art. 261 StGB redundant?

Als zentrales Problem erweist sich bei dieser Diskussion das Spannungsverhältnis zwischen Äusserungsdelikten wie Art. 261 StGB und der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Auseinandersetzung damit sei allerdings die Klärung einiger Wirrnisse in der Motion vorangestellt. In der Motion wird behauptet:

«Durch Artikel 261<sup>bis</sup> (Rassendiskriminierung) des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) werden Religionen wie andere Gruppen unserer Gesellschaft völlig zu Recht vor Hass, Diskriminierung, systematischer Herabsetzung oder Verleumdung geschützt. Dazu kommen die Artikel 173 bis 177 StGB, die uns alle vor Ehrverletzungen und Beschimpfung schützen, und auch das Zivilrecht enthält mit den Artikeln 28ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) Bestimmungen zur Abwehr von Persönlichkeitsverletzungen.»

Nichts von alledem hat irgendetwas mit dem Schutzobjekt von Art. 261 StGB zu tun. «Religionen» sind keine «Gruppen». Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfüllt etwa, wer «Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert» (Abs. 4). Rechtsgut dieser Bestimmung ist die Menschenwürde, die dann verletzt ist, wenn jemand aufgrund einer (tatsächlichen oder zugeschriebenen) Zugehörigkeit zu einer bestimmten, i.d.R. stabilen sozialen Gruppe

herabgesetzt oder diskriminiert wird.<sup>3</sup> Dieser Schutz betrifft unmittelbar weder irgendwelche Gefühlszustände betroffener Personen noch den Glauben an und für sich. Die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft (oder neutraler formuliert zu einer durch Religion definierten sozialen Gruppe) soll kein Gegenstand legitimer bzw. legaler Diskriminierungen oder Herabsetzungen sein, weil darin eine der Menschenwürde zuwiderlaufende Instrumentalisierung des Individuums erkannt wird. Es geht mithin um den Schutz des Menschen vor Angriffen aufgrund von Gruppenzugehörigkeiten, für die die Menschen vielfach nichts können und die sie auch nicht ohne weiteres ändern können. Mittelbar geht es dabei auch um den Erhalt gesellschaftlicher Diversität und friedlicher Koexistenz. Letztlich nennt Art. 261<sup>bis</sup> StGB ursprünglich die geschützten Gruppen, die in der international geläufigen Definition des Genozids aufgeführt sind. Art. 261<sup>bis</sup> StGB schützt keine religiösen Gefühle und deckt den Schutzbereich von Art. 261 StGB nicht ab.

Auch das Ehrverletzungsrecht bzw. der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz haben mit dem Schutz religiöser Gefühle kaum etwas zu tun. Unter Art. 261 StGB fallende Äusserungen sind in aller Regel nicht ehrenrührig, sie greifen nicht in die sittliche Ehre einzelner Menschen ein. Wer behauptet, die Religion R. sei eine Religion von Mördern oder Kinderschändern, greift damit nicht in irgendwessen Ehre ein, da sich die Äusserung nicht auf individualisierbare Personen beziehen lässt.

Die Behauptung, «die Religion» werde durch andere Strafbestimmungen auch geschützt und Art. 261 StGB sei insofern überflüssig, geht mithin fehl: Art. 261 StGB hat einen eigenständigen Schutzbereich, der ausschliesslich durch diese Bestimmung abgedeckt wird. Man muss sich also letztlich tatsächlich – unbeirrt von der Vorstellung, dass die durch Art. 261

<sup>3</sup> Vgl. Niggli, Rassendiskriminierung, 2. Aufl., Zürich 2007, N 381 f.; Schleiminger Mettler, Art. 261<sup>bis</sup> N 9 ff., in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

StGB geschützten Interessen sicherlich durch sonst noch irgendwas geschützt würden, gäbe es diese Bestimmung nicht – fragen, ob und wie weit religiöse Gefühle durch das Strafrecht geschützt werden sollen.

### III. Die Meinungsäusserungsfreiheit

In einer freiheitlich-demokratisch organisierten Gesellschaft ist die Freiheit der Meinungsäusserung ein hohes Gut. So bestimmt Art. 16 Abs. 2 BV: «Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten». Wie jedes andere Grundrecht auch kann die Meinungsäusserungsfreiheit indes nach Massgabe von Art. 36 BV durch ein Gesetz eingeschränkt werden, soweit die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Die Meinungsäusserungsfreiheit ist auch in Art. 10 EMRK garantiert, mögliche Einschränkungen sind in Art. 10 Abs. 2 EMRK umschrieben: «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».

Meinungsäusserungsfreiheit ist mithin nicht die allumfassende Freiheit, Beliebiges zu sagen, sondern sie kann aufgrund übergeordneter Interessen eingeschränkt werden.

Hinsichtlich der zulässigen Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit erweist sich die Rechtsprechung des EGMR im Detail als ungleichmässig. Der EGMR pflegt festzuhalten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht nur

wohlwollend oder gleichgültig aufzunehmende Informationen und Auffassungen schütze, sondern auch solche, die beleidigen, schockieren oder stören. Er geht weiter davon aus, dass der Spielraum für Eingriffe bei Diskursen mit politischem Gehalt oder von öffentlichem Interesse verengt sei.<sup>4</sup>

Demgegenüber gesteht er den Staaten einen breiten Beurteilungsspielraum bei Eingriffen zum Schutz moralischer oder religiöser Überzeugungen zu, da es keine diesbezügliche europaweit tragfähige Konzeption gebe.<sup>5</sup> Dies führt dazu, dass im Ergebnis weitgehende Eingriffe zum Schutz der Moral oder religiöser Überzeugungen zulässig sind, während bei politisch relevanten Themen kaum eingeschränkt werden darf.

So erblickte der EGMR in der Beschlagnahme und Einziehung des Films «Das Liebeskonzil» (basierend auf dem Stück von Oskar Panizza), durch die u.a. dessen Vorführung in Innsbruck verhindert wurde, keinen Verstoss gegen Art. 10 EMRK. Er begründete dies damit, dass die überwältigende Mehrheit der Tiroler katholischen Glaubens seien und dass die österreichischen Behörden mit der Beschlagnahme des Films den religiösen Frieden in der Region schützen und verhindern wollten, dass manche Menschen sich in ihren religiösen Gefühlen in beleidigender Weise verletzt sehen könnten. Es liege in erster Linie an den örtlichen Behörden, die dazu besser in der Lage seien als ein internationales Gericht, zu beurteilen, inwiefern eine solche Massnahme angesichts der örtlichen Umstände erforderlich sei.<sup>6</sup>

Auch ein Anwendungsfall des sehr weit gefassten Tatbestands der Blasphemie (der auch die Beleidigung des Propheten umfasst) im

<sup>4</sup> Zusammenfassend EGMR vom 25.10.2018, *E.S. v. Österreich*, 38450/12, § 42.

<sup>5</sup> Urteil des EGMR vom 07.12.1976, *Handyside v. UK*, No. 5493/72; Urteil des EGMR vom 24.05.1988, *Müller et al. v. Schweiz*, No. 10737/84; Urteil des EGMR vom 13.09.2005, *I.A. v. Türkei*, 42571/98, § 29.

<sup>6</sup> Urteil des EGMR vom 20.09.1994, *Otto-Preminger-Institut v. Österreich*, 13470/87, § 56.

türkischen Recht wurde als vereinbar mit der Meinungsäusserungsfreiheit betrachtet. Im konkreten Fall ging es um ein religionskritisches Buch, das eine Passage enthielt, wonach manche Worte des Propheten durch (sexuelle) Erregung in Aishas Armen inspiriert worden seien und dass der Prophet sein Fasten durch Geschlechtsverkehr nach dem Nachtessen und vor dem Gebet gebrochen habe, und dass er auch den Geschlechtsverkehr mit toten Menschen oder lebendigen Tieren nicht verboten habe. Der Verfasser des Buches wurde zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt, die dann allerdings in eine Geldstrafe von seinerzeit umgerechnet USD 16.00 umgewandelt wurde. Der EGMR machte sich hier die Sichtweise zu eigen, dass es hier nicht nur um eine provokante Äusserung gehe, sondern um einen beleidigenden Angriff auf den Propheten des Islam. Unabhängig davon, dass in der Türkei eine gewisse Toleranz hinsichtlich der Religionskritik bestehe und der Staat dem Prinzip der Säkularität verpflichtet sei, könnten Gläubige sich berechtigterweise durch derartige Äusserungen in ihren religiösen Gefühlen verletzt fühlen.<sup>7</sup>

Schliesslich wurde unlängst eine österreichische Verurteilung wegen Aussagen, worin dem Propheten Mohammed (aufgrund seiner Ehe mit der im Zeitpunkt der Heirat sechsjährigen und im Zeitpunkt des ersten Geschlechtsverkehrs neunjährigen Aisha) pädophile Neigungen nachgesagt werden («hatte nun mal gerne mit Kindern ein bisschen was») vom EGMR geschützt. Der EGMR attestierte den österreichischen Gerichten eine hinreichend sorgfältige Abwägung der Meinungsäusserungsfreiheit mit dem Schutz religiöser Gefühle und verneinte eine Verletzung von Art. 10 EMRK.<sup>8</sup>

Der verengte Massstab des politischen Diskurses wurde demgegenüber an die Strafbarkeit der Leugnung von Genoziden nach Art. 261<sup>bis</sup>

Abs. 4 Variante 2 StGB angelegt und führte zur Verurteilung der Schweiz im Fall *Perinçek*.<sup>9</sup>

Mit Blick auf den strafrechtlichen Schutz religiöser Gefühle ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR also keine nennenswerte Einschränkung. Bestimmungen wie Art. 261 StGB sind grundsätzlich mit der Meinungsäusserungsfreiheit à la EGMR vereinbar, wer die Bestimmung abschaffen will, kann das nicht unter Berufung auf den Rechtsprechungs-Pudding aus Strassburg tun.

Übrigens: Wahren Freunden des befreiten Wortes täten sich durchaus noch lohnendere Betätigungsfelder auf. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG macht sich etwa strafbar, wer «andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.» Bestraft wurde gestützt auf diese Bestimmung jemand, der behauptete, Nähmaschinen der Marke Bernina seien «nähtechnisch im Rückstand».<sup>10</sup> Solange die Meinungsäusserungsfreiheit in der Schweiz freimütig zum Schutz von Nähmaschinen vor «unnötig verletzenden Äusserungen» eingeschränkt wird, will nicht recht einleuchten, welche Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit denn überhaupt untunlich sein sollten.

#### IV. Grenzen des Schutzes religiöser Gefühle in Art. 261 StGB

Schutzobjekt von Art. 261 StGB sind religiöse Gefühle. Man könnte insofern durchaus davon sprechen, dass Gläubige vor der Konfrontation mit bestimmten als besonders belastenden Inhalten geschützt werden sollen. Ein solcher Konfrontationsschutz erscheint dem Unbefangenen als «Mimimi», als Schutz übertriebener Empfindlichkeiten.

<sup>7</sup> Urteil des EGMR vom 13.09.2005, *I.A. v. Türkei*, 42571/98, § 29.

<sup>8</sup> Urteil des EGMR vom 25.10.2018, *E.S. v. Österreich*, 38450/12.

<sup>9</sup> Urteil des EGMR, Grosse Kammer vom 15.10.2015, *Perinçek v. Schweiz*, 27510/08; dazu eingehend *Niggli/Fiolka*, Art. 261<sup>bis</sup> und die Meinungsäusserungsfreiheit, in *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus* [Hrsg.], Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Zürich 2016, 71 ff.

<sup>10</sup> BGE 117 IV 193; ähnlicher Fall mit durch exemplarische Nennung verunglimpften Kopfwehtabletten: BGE 124 III 72.

Die ältere Rechtsprechung zu Art. 261 StGB ist nun beileibe nicht arm an Beispielen übermässiger Fürsorglichkeit religiösen Gefühlen gegenüber. Gestützt auf diese Bestimmung wurden in der Schweiz etwa Abbildungen einer nackten, gekreuzigten Frau mit gespreizten Beinen<sup>11</sup> oder auch eines Cartoon-Schweinchens am Kreuz<sup>12</sup> mit Strafen belegt. Wer wegen solcher Beispiele nun für die gänzliche Abschaffung von Art. 261 StGB plädiert, läuft aber wohl Gefahr, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Letztlich ist nämlich «violence gratuite» gegenüber den religiösen Überzeugungen genauso wenig schützenswert wie «Mimimi», wie Überempfindlichkeiten gegenüber potentieller Gotteslästerung. Die Frage, mit welchen Zumutungen sich Gläubige in einer freiheitlichen, demokratischen und pluralistischen Gesellschaft abzufinden haben, lässt sich sehr wohl auch bei der Auslegung von Art. 261 StGB stellen und lösen. Die Antwort darauf ist nicht in Stein gemeisselt, sondern von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängig und Veränderungen zugänglich.

Bei der Auslegung von Art. 261 StGB lässt sich auf verschiedene Weise eine die Meinungsäusserungsfreiheit schonende Auslegung sicherstellen:

- Art. 261 Abs. 1 StGB erfasst nur Angriffe, die «in gemeiner Weise» erfolgen. Damit sollen geringfügige Fälle aus dem Anwendungsbereich der Norm eliminiert werden. Die Verletzung muss mithin eine gewisse Schwere erreichen.<sup>13</sup>
- Bei der Beurteilung von Äusserungen spielt auch der Adressatenkreis eine Rolle.<sup>14</sup> «In einer pluralistischen, postmodernen Gesellschaft darf nicht leichtthin angenommen werden, eine Verletzung religiöser Gefühle sei schwerwiegend, zumal ironische und

teilweise drastische Ausdrucksformen auch in den Massenmedien geläufig sind.<sup>15</sup>

- Art. 261 StGB ist stets nach Massgabe der schweizerischen Rechtsordnung auszulegen, deren freiheitliche und pluralistische und säkulare Grundanlage sowie die Glaubensfreiheit eine Begrenzung des Schutzes auf mit diesen Grundwerten kompatible religiöse Vorstellungen gebieten. Sowohl Religionen als auch das staatliche Recht enthalten normative Anforderungen mit Geltungsanspruch für das gesellschaftliche Leben insgesamt. Allfällige Konflikte zwischen diesen normativen Ordnungen hat das staatliche Recht immer zu Gunsten der säkularen, pluralistischen Gesellschaftsordnung zu lösen.<sup>16</sup>

Aus alledem ergeben sich vielfältige Möglichkeiten, Art. 261 StGB im Einklang mit einer säkularen, pluralistischen und freiheitlich orientierten Grundanlage des Staates auszulegen. Diese Möglichkeiten sind allerdings durchwegs nicht alternativlos, sondern kontingent. Es gibt letztlich tatsächlich keine Garantie, dass Art. 261 StGB nicht wie zu früheren Zeiten übermässig weit ausgelegt und zur Unterdrückung missliebiger Äusserungen instrumentalisiert wird. Dies unterscheidet Art. 261 StGB allerdings nicht fundamental von anderen Strafbestimmungen. Recht garantiert im Zweifel gar nichts.

## V. Weniger Strafrecht – mehr Freiheit?

### A. Strafrecht: Nicht allein ...

Die Motion scheint von der Vorannahme getragen, dass die Streichung einer Strafnorm grundsätzlich zu mehr Freiheit, in concreto zu freierer Meinungsäusserung führe. Diese Vorstellung reproduziert das grundrechtliche Eingriffsschema, wonach unabweisbar mehr zulässig ist, wenn weniger verboten wird. Dieses Eingriffsschema bildet indes die soziale Wirklichkeit nur ausschnittsweise ab, denn die strafrechtliche Reaktion auf ein Verhalten steht nicht für sich allein, sondern ist nur eine unter

<sup>11</sup> BGE 86 IV 19, «Fahrner».

<sup>12</sup> OGer ZH vom 19.02.1971, ZR 1971, 39, 43, «Sikakrusifixi».

<sup>13</sup> BGE 86 IV 19; **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 30.

<sup>14</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 34.

<sup>15</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 33.

<sup>16</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 20, 9.



verschiedenen möglichen gesellschaftlichen Reaktionen auf eine Meinungsäußerung. Nicht-strafrechtliche Reaktions- und Sanktionierungsmöglichkeiten auf Meinungsäußerungen sind in der Praxis aber möglicherweise deutlich wirkmächtiger als eine Strafe. Dieses Phänomen lässt sich gut an Fallbeispielen aus den Rechtsordnungen mit einem weiteren Begriff der Meinungsäußerungsfreiheit beobachten, aber auch insgesamt an straflosen Äußerungen:

- Das University College London legte 2015 dem u.a. mit dem Nobelpreis geehrten Biochemiker Tim Hunt nahe, von seiner Honorarprofessur zurückzutreten, nachdem dieser in einer Tischrede an einem Kongress eine scherzhafte Bemerkung über «Mädchen im Labor» gemacht hatte, die von Anwesenden als sexistisch qualifiziert und zum Gegenstand einer Kampagne über Twitter und die Massenmedien gemacht wurde. Der Forscher zog sich in der Folge von verschiedenen weiteren Ämtern zurück und verschwand zeitweilig aus der Öffentlichkeit.
- Die Universität Harvard erneuerte 2019 die Ernennung des Strafrechtsprofessors Ronald S. Sullivan jr. als «Dean of Winthrop House» nach über zehnjähriger Amtsdauer nicht, nachdem dieser sich dem Verteidigungsteam des Filmproduzenten Harvey Weinstein angeschlossen hatte, dem mit grossem Echo in Twitter und Massenmedien sexuelle Übergriffe vorgeworfen werden. Die Universität reagierte damit auf Kritik von Studierenden und Verwaltungspersonal, die offenbar stärker gewichtet wurde als ein Unterstützungsbrief von 52 Harvard-Professoren. Der Umstand, dass Strafrechtler mitunter als Strafverteidiger tätig sind und jeder – ganz unabhängig vom Tatvorwurf – im Strafverfahren eine Verteidigung zugute hat, war offensichtlich von untergeordneter Bedeutung.

Die beiden Beispiele mögen – anstatt vieler – zeigen, dass ein aus Anlass legaler oder sogar rechtlich gebotener Verhaltensweisen 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.

Hinzu kommt, dass das notwendigerweise ex post auf vergangene Handlungen reagierende Strafrecht durch Präventionsmassnahmen verdrängt werden kann. In einer auf Sicherheit bedachten Gesellschaft sinkt die Hemmschwelle dazu, möglicherweise problematische Äußerungen bereits ex ante zu unterdrücken. Diese Zensur wird aber heute vielfach nicht durch den Staat wahrgenommen, sondern z.B. durch Plattformbetreiber sog. sozialer Netzwerke wie Twitter oder Facebook oder durch Medien (z.B. bei der Kommentarbewirtschaftung in Onlinemedien). Die Zensur erfolgt aber nicht nach klaren, in einem demokratischen Verfahren erlassenen Regeln, sondern nach Gutdünken von Unternehmen, für die die freie Meinungsäußerung im Wesentlichen ein Vehikel zum Generieren von Werbeeinnahmen ist und die sich im Zweifel durch alles treiben lassen, was ihnen Ärger machen könnte.

### **B. ... aber eben auch noch da**

Ein anderes Beispiel: 2005 publizierte die dänische Zeitung «Jyllands Posten» eine Serie von Mohammed-Karikaturen. Diese Karikaturen wurden auch in weiteren Zeitungen abgedruckt, in der Folge kam es in verschiedenen, insbesondere auch islamisch geprägten Staaten zu teilweise gewalttätigen Demonstrationen. Im Zuge des Karikaturenstreits wurden durch Imame immer mehr, teilweise obszöne Karikaturen hervorgekramt, die Ausschreitungen weiteten sich aus, mündeten in Angriffe gegen dänische Botschaften und hatten weltweit über hundert Tote zur Folge. Die französische Zeitschrift «Charlie Hebdo» wurde am 7. Januar 2015 wegen der Veröffentlichung dieser und weiterer Mohammed-Karikaturen zum Ziel

eines islamistisch motivierten Anschlags mit zehn Toten und elf Verletzten.

Die dänischen Strafverfolgungsbehörden traten auf eine Strafanzeige aufgrund des Artikels in Jyllands Posten nicht ein, da sie nicht der Auffassung waren, dass mit der Veröffentlichung ein Straftatbestand erfüllt gewesen wäre. Explizit verneint wurde eine Strafbarkeit nach dem seinerzeitigen § 140 des dänischen Strafgesetzbuches («Den, der offentlig driver spot med eller forhåner noget her i landet lovligt bestående religionssamfunds trosrærdomme eller gudsdyrkelse, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder»), einer mit Art. 261 StGB durchaus vergleichbaren, allerdings noch etwas weiter formulierten Bestimmung. § 140 des dänischen Strafgesetzbuches wurde per 10. Juni 2017 abgeschafft.

In letzterem Beispiel lässt sich weder nach schweizerischem noch nach seinerzeitigem dänischem Recht ohne weiteres sagen, dass die betreffenden Handlungen straflos sind. Ob eine Äusserung strafbar ist oder nicht, ist durch Gerichte zu klären. Die Strafnorm ist letztlich ein Behelf, der es dem Staat erlaubt, in einer möglicherweise aufgeheizten Debatte Position zu beziehen und grundlegende rechtliche und gesellschaftliche Wertungen zu vertreten. Dadurch, dass der Staat ein Verfahren einstellt oder einen Autor oder Verbreiter freispricht, tritt er für die Meinungsäusserungsfreiheit und ein offenes Diskursklima ein und bringt zugleich zum Ausdruck, dass seitens der Rechtsgemeinschaft weitere Sanktionen nicht geboten scheinen und entsprechende Äusserungen hinzunehmen sind. Es wäre illusorisch anzunehmen, dass damit gewaltbereite Fanatiker und Krawallmacher zu besänftigen wären. Eine Kommunikation mit den Friedliebenden, Unentschlossenen und Trägen ist jedoch allemal möglich. Umgekehrt können Gerichte mit einer Verurteilung auch anzeigen, welche Art von Äusserungen auch in einer pluralistischen Gesellschaft dysfunktional und übermässig verletzend erscheinen und nicht hingenommen werden müssen.

## VI. Rückzug des Staates

Letztlich führt die Streichung einer Strafnorm also nicht zwingend zu freierer Meinungsäusserung, sondern ist in erster Linie als Rückzug des Staates aus der öffentlichen Kommunikation zu werten. Der Staat begibt sich mit der Abschaffung der Strafnorm einer Möglichkeit, in der Rechtsgemeinschaft symbolisch zu klären und zu kommunizieren, welchen Regeln Kommunikation unterworfen ist. Die Regeln der Höflichkeit, der political correctness, der Gottgefälligkeit verschwinden damit aber nicht aus dem öffentlichen Diskurs, sondern sie werden weiterhin nach Massgabe der Macht sozialer Interessengruppen – Religionsgemeinschaften und ihre Führer, Wirtschaftsunternehmen, politische Parteien, «zivilgesellschaftliche» Akteure, Medien – durchgesetzt. Ohne jede demokratische Legitimation, als mehr oder weniger kontingentes Ergebnis von Kräfteverhältnissen. Ein Staat, der sich aus der Regulierung von Diskursen zurückzieht, schafft nicht notwendigerweise mehr Freiheit und Offenheit, sondern überlässt irgendwelchen anderen sanktionierenden oder präventiven Regulierungsmechanismen das Feld.

Bei Äusserungsdelikten kann die Festlegung einer staatlichen Position auch einen moderierenden Einfluss haben. Wenn Gläubige grundsätzlich davon ausgehen können, dass schlimme Schmähungen dessen, was ihnen heilig ist, vom Staat symbolisch missbilligt werden, werden sie möglicherweise weniger geneigt sein, z.B. «auf der Strasse» gesellschaftlichen Druck aufzubauen. Umgekehrt kann eine mit Zurückhaltung angewandte Strafbestimmung auch anzeigen, welches Mass an Zumutungen Gläubige in einer säkularen Gesellschaft hinnehmen müssen. So ist es möglicherweise durchaus sinnvoll, Schmähungen des Glaubens mit Strafe zu bedrohen, z.B. einem religiösen Abbildungsverbot (wie es etwa bei den Mohammed-Karikaturen auch eine Rolle gespielt hat) gerade keinen strafrechtlichen Schutz zu gewähren.

Eine ganz zentrale Eigenschaft des Rechts ist, dass Konfliktslagen in ein von Sachlichkeit,

emotionaler Kälte und Neutralität geprägtes Umfeld – das Strafverfahren – transponiert und dort analysiert werden. Der Konflikt wird mithin heruntergekühlt und in einigermaßen bürokratischer und unpersönlicher Weise anhand abstrakter Kriterien (strafgesetzlicher Tatbestandselemente) entschieden. Heisse gesellschaftliche Problemlagen werden auf denkbar langwierige und auch langweilige Art bearbeitet. Dies ist eine ureigene Leistung des Rechts, auf die nicht leichthin verzichtet werden sollte.

Insgesamt kann die Existenz einer Strafbestimmung im Kontext des staatlichen Gewaltmonopols eine moderierende, mässige Wirkung auf öffentliche Diskurse haben. Der Rechtsgemeinschaft wird vermittelt, welche Regeln gelten, den Gläubigen wird vermittelt, dass der Staat grundsätzlich in einem gewissen Masse auch auf ihrer Seite ist, Fundamentalopposition wird durch Delegitimation unattraktiv gemacht und die eigentliche Sachfrage wird heruntergekühlt. Obschon diese Effekte wohl in ihrer Wirkung begrenzt bleiben und

«Weniger Staat bedeutet nicht zwingend ein Plus an Freiheit, sondern lediglich, dass der Staat keinen Einfluss mehr darauf hat, wie Freiheit verteilt wird»

man nicht auf die Bekehrung irgendwelcher Fanatiker hoffen sollte, besteht immerhin eine gewisse Hoffnung, dass der trägen Masse ein akzeptables Orientierungsangebot gemacht werden kann.

Es ist verführerisch, die staatliche Bewirtschaftung und Regulierung öffentlicher Diskurse als totalitär zu brandmarken und den Verzicht auf Regulierung als liberal zu preisen. Dabei lässt sich jedoch schnell verkennen, dass totalitäres Denken nicht ein staatliches Monopol ist, sondern dass Totalitarismus letztlich auch ein gesellschaftliches Phänomen ist. Letztlich besteht ein Interesse daran, eine gewisse Vielfalt an – auch und gerade kontroversen – Meinungsäusserungen zu erhalten, und dies wird mit moderat und unter rechtsstaatlicher und öffentlicher Kontrolle eingesetzten staatlichen Strafbestimmungen am ehesten zu gewährleisten sein. Öffentliche Diskurse und die politische Meinungsbildung sind im Umbruch. In «sozialen Medien» im Internet ist es für jeden einfacher denn je, beliebige Meinungen zu veröffentlichen, die Filter- und Orientierungsfunktion z.B. traditioneller Redaktionen ist durch die Informationsflut an sich, aber auch durch einen gewissen Vertrauensverlust in die Medien unter Druck geraten. Wir müssen erst lernen, mit der Flut an Fake News und Shitstorms umzugehen. Angesichts derart volatiler öffentlicher Diskursklimata erscheint es eigentlich nicht ratsam, den Staat als Akteur bei der Moderation öffentlicher Diskurse vor schnell zu eliminieren. Wer dies tut und sich dabei auch noch besonders liberal fühlt, überlässt das Feld letztlich irgendwelchen durch Wirtschaftsunternehmen programmierten Algorithmen.

Weniger Staat bedeutet so besehen nicht zwingend ein Plus an Freiheit, sondern lediglich, dass der Staat keinen Einfluss mehr darauf hat, wie Freiheit verteilt wird.