

*Festschrift für*  
*Andreas Donatsch*

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

*Festschrift für*

*Andreas Donatsch*

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Prof. Dr., Universität Zürich

Christian Schwarzenegger

Prof. Dr., Universität Zürich

Wolfgang Wohlers

Prof. Dr., Universität Basel

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017  
ISBN 978-3-7255-7370-7

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Vorwort

«Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern – wie sich immer wieder von neuem zeigt – privater Zwang». Mit dieser markanten rechtspolitischen Aussage leitete Andreas Donatsch im Jahr 1981 seine Dissertation mit dem Titel «Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs» ein. Damit wurde dem Leser sogleich klar, dass hier ein wacher und verantwortungsvoller Geist sein wissenschaftliches Debüt gab. Freilich lässt das Zitat auch den damaligen beruflichen Werdegang von Andreas Donatsch durchschimmern: Er hatte im Wintersemester 1976/77 das Studium mit dem Lizentiat abgeschlossen. Danach war er in seinen Heimatkanton Graubünden zurückgekehrt, wo er 1979 das Rechtsanwaltspatent erworben hatte. Parallel dazu erfolgte sein beruflicher Einstieg bei der Kantonspolizei Graubünden.

Bereits 1981 kehrte Andreas Donatsch nach Zürich zurück und mindestens seine berufliche Karriere im Kanton Graubünden hat damit ihr definitives Ende gefunden. Die Verbundenheit mit der Polizei und seinem Heimatkanton sollte aber bestehen bleiben. Letzteres manifestiert sich durch den – mindestens für zürcherische Ohren – unverwüstlichen Bündner Dialekt. Ersteres zeigte sich nicht nur bei der Wahl des Dissertationsthemas, sondern auch durch die während der gesamten wissenschaftlichen Laufbahn prägende Praxisorientierung. Die Liebe zur wissenschaftlichen und forschenden Tätigkeit und schon damals zur Lehre führte dazu, dass der junge Doktor Donatsch 1981 die Stelle als Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich antrat, um sich zu habilitieren. In den folgenden 36 Jahren sollte Andreas Donatsch seiner *alma mater* – abgesehen von einem weiteren Ausflug in die Praxis 1986 bis 1987 bei der Bezirksanwaltschaft Bülach – treu bleiben.

Im Jahr 1987 schloss Andreas Donatsch die Habilitation mit seiner wegweisenden Arbeit zum Fahrlässigkeitsdelikt ab («Sorgfaltsbemessung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikt»). Unmittelbar danach erhielt er eine Förderstelle als Assistenzprofessor, im Sommersemester 1990 wurde Andreas Donatsch zum ausserordentlichen und im Wintersemester 1992/93 zum ordentlichen Professor befördert. Diese Tätigkeit übt er bis zum heutigen Tag aus.

Mit der Emeritierung von Andreas Donatsch im Frühlingsemester 2017, nach rund 60 Semestern also, verliert die Universität Zürich einen begnadeten Hochschullehrer und überragenden Wissenschaftler. Er stand und steht mit beiden Beinen in der Praxis, sei

es als Konsulent in einer Anwaltskanzlei, als Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, als Richter am Kassationsgericht oder auch als Mitverfasser der letzten Zürcher Strafprozessordnung. Sein Geist blieb dabei offen und kritisch, einerseits als klassischer Allrounder, im materiellen Strafrecht ebenso bewandert wie im Prozessrecht, andererseits als Spezialist, der sich vernachlässigter Bereiche wie dem Steuerstrafrecht schon früh angenommen und ihre Bedeutung erkannt hatte. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Schar der Autorinnen und Autoren, die an der vorliegenden Festschrift mitgewirkt haben, und die von ihnen gewählten Themen eine grosse inhaltliche Breite aufweisen.

Die vorliegende Festschrift soll das Engagement von Andreas Donatsch an der Universität Zürich zugunsten von Lehre und Forschung aber auch generell sein Wirken würdigen. Andreas Donatsch ist – auch das zeigt die Liste der Autorinnen und Autoren – eine hoch geachtete und geschätzte Persönlichkeit und für viele, die mit ihm gearbeitet haben, auch ein Freund. Bei den Studierenden als durchaus konsequenter, aber verlässlicher und guter Lehrer bekannt, war er immer sehr beliebt. Ein besonders inniges Verhältnis pflegte er stets zu seinen Assistierenden. Wer einmal im Büro von Andreas Donatsch war, dem ist sofort das über die Jahre wachsende Bild aufgefallen, in dem alle ehemaligen Assistierenden verewigt sind. Und es war bekannt, dass diese sich auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl zu eigentlichen Ehemaligentreffen einfanden, so dass sich die Assistierenden von Andreas Donatsch bis weit ins Berufsleben hinein als eingeschworene Gruppe verstanden. Was Andreas Donatsch freilich auch auszeichnet, ist sein unverkennbarer Humor, fein, mit einem Hang ins Ironische. Damit ausgerüstet kann er, gerade wenn es ungemütlich wird, einen befreienden Spruch machen und durchaus auch über sich selbst lachen.

Lieber Andreas, im Namen der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift wünschen wir Dir zu Deinem Geburtstag und Deiner Emeritierung alles Gute und danken Dir für die Zusammenarbeit und die Freundschaft.

Zürich, Frühling 2017

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

## Danksagung

Dank gebührt an dieser Stelle den Assistierenden der Lehrstühle der Herausgeber, MLaw Gian Ege, MLaw Angela Giger, MLaw Aurelia Gurt, BLaw Sena Hangartner, stud. iur. Elif Haskaya, MLaw Katarina Jaksic, stud. iur. Felix Multerer, MLaw Jasmine Stössel, MLaw Madeleine von Rotz, die massgeblich an der Erstellung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Ausserdem möchten wir uns beim Schulthess Verlag bedanken, der die Herstellung dieses Werks ermöglicht hat. Und schliesslich sind wir allen Sponsoren zu Dank verpflichtet, die diese Festschrift finanziert haben:

- Umbricht Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich
- Zürcher Universitätsverein
- Stiftung für juristische Lehre und Forschung, RA Dr. Peter R. Isler, Zürich
- Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. Markus Reich, Zürich
- RA Dr. iur. und lic. phil. Niklaus Lüchinger, Zürich
- RA lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich
- RA Dr. Daniel R. Wyss, Zürich
- RA Dr. Caterina Nägeli, Zürich
- RA Dr. Dieter Gessler, Zürich

Und schliesslich darf eine Person nicht unerwähnt bleiben: Ohne Ingrid Donatsch wäre es nicht möglich gewesen, die notwendigen Informationen zusammen zu tragen und die Übergabe der Festschrift zu organisieren. Auch ihr gilt somit unser Dank.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>V</b>
<b>Danksagung</b>	<b>VII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>IX</b>

## Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

<b>Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten</b>	<b>3</b>
---	----------

FELIX BOMMER

<b>Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System</b>	<b>15</b>
--	-----------

CHRISTOPHER GETH/NICOLAS LEU

<b>Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters</b>	<b>29</b>
--	-----------

SABINE GLESS

<b>Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?</b>	<b>41</b>
---	-----------

GUNHILD GODENZI

<b>Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?</b>	<b>57</b>
---	-----------

YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN

<b>L'enseignement à vie vs. l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !</b>	<b>73</b>
--	-----------

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

<b>Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands</b>	<b>83</b>
---	-----------

DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ

<b>Erweiterung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung</b>	<b>105</b>
--	------------

ALAIN MACALUSO

<b>L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale</b>	<b>121</b>
--	------------

LAURENT MOREILLON <b>Quelques Réflexions sur le Principe «ne bis in idem»</b>	137
MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER <b>Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts?</b> Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB	151
WALTER PERRON <b>Sind deutsche Geschäftsführer untreuer als ihre Schweizer Kollegen?</b>	167
ANDREAS POPP <b>Nothilfe nach erlaubter Notwehr?</b>	177
NICOLAS QUELOZ/PHILIPPE DELACRAUSAZ <b>Difficultés et limites de l'art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux</b> Points de vue juridique et de psychiatrie forensique	191
CHRISTOF RIEDO <b>Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen</b>	203
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER <b>Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht</b>	217
BERNHARD STRÄULI <b>Légitime défense et provocation de l'attaque</b>	233
BRIGITTE TAG/SEBASTIAN MICHEROLI <b>Freiheitsentzug zwecks Straftatenprävention durch dessen unmittelbare Zwangswirkung</b>	249
MARC THOMMEN/SOPHIE MATJAZ <b>Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge</b>	273
WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM <b>Todesgefährliche Notwehr</b>	297



---

## Strafprozessrecht

PETER ALBRECHT

**Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess –  
eine Problemskizze** 313

BENJAMIN F. BRÄGGER

**Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit  
Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen  
Vollzugssystem** 327

ANDREAS EICKER

**Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben –  
Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsachen** 345

MARC FORSTER

**Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten**  
Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und  
Art. 270 lit. b StPO 357

STEFAN HEIMGARTNER

**Akten- und Unterlagenedition bei Amtsstellen – rechtshilfeweiser  
Aktensbeizug oder «ordentliche» Edition** 369

MARIANNE JOHANNA HILF

**Wer ist das Opfer?** 381

TOBIAS JAAG/SVEN ZIMMERLIN

**Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten** 399

KARL LUDWIG KUNZ

**Aspekte der Strafbefreiung und der Einstellung des Verfahrens wegen  
Geringfügigkeit** 415

FRANK MEYER

**Plea Bargaining und EMRK** 427

SARAH SUMMERS

**Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung** 443

HANS VEST

**Probleme der «freiwilligen» Hausdurchsuchung** 457

## **Nebenstrafrecht**

MARTIN KILLIAS

**Rechtswidrige Zerstörung geschützter Bauten: Welche Strafen, welche Massnahmen, welche Lösungen?** 471

PETER NOBEL

**Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht** 485

ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER

**Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt** 499

MADELEINE SIMONEK

**Voraussetzung eines Steuerdelikts für ein Gruppensuchen im Steuerrecht?** 513

OTHMAR STRASSER

**Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière** 529

## **Andere Rechtsgebiete**

RUTH ARNET/STEFANO ROSSI

**«From Heaven to Hell»? – Gedanken zum vertikalen Umfang von Grundeigentum** 557

ANDREA BÜCHLER

**Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?**  
Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff 571

URSULA CASSANI/KATIA VILLARD

**La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées** 583

GERHARD FOLKA

**Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung** 605

REGINA KIENER

**Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei**  
Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte 619

HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF <b>Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen</b>	633
ROLF H. WEBER <b>Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten</b>	653
<b>Publikationen von Andreas Donatsch</b>	<b>665</b>
<b>Autorenverzeichnis</b>	<b>683</b>

# Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	217
II.	Twitter, <i>Tweet</i> und <i>Retweet</i>	218
III.	Sachverhalt	219
IV.	Legitimation und Funktion des Medienstrafrechts (Art. 28 StGB)	220
V.	Zur materiellen Rechtsfrage	222
VI.	Anwendbarkeit des Medienstrafrechts (Art. 28 StGB) auf <i>Tweets</i> und <i>Retweets</i>	223
	1. Begehung «in einem Medium» .....	223
	2. Veröffentlichung .....	224
	3. Erschöpfung der Straftat in der Veröffentlichung .....	230
VII.	Fazit	230

## I. Einleitung

Die Verbreitung ehrenrühriger Äusserungen auf Twitter<sup>1</sup> und anderen sozialen Netzwerken oder Kommunikationsplattformen ist ein Problem, das zunehmend an Bedeutung gewinnt. Die Erscheinungsformen reichen vom gezielten, auf ein möglichst grosses Publikum ausgerichteten verleumderischen Angriff über unüberlegte «*Tweet-Schnellschüsse*» bis hin zur Weiterverbreitung solcher Kurznachrichten mittels *Retweet*. In der englischsprachigen Literatur wird dieses Phänomen mit *Twibel* bezeichnet, einer Wortverschmelzung zwischen *Twitter* und *Libel*.<sup>2</sup> Solche Äusserungen werden in der Schweiz sowohl vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) wie auch von den Ehrverletzungsdelikten des Strafrechts (Art. 173 ff. StGB) erfasst.

<sup>1</sup> www.twitter.com (1.9.2016).

<sup>2</sup> A.A. ALLEN, *Twibel Retweeted: Twitter Libel and the Single Publication Rule*, *Journal of High Technology Law* 2014, 63; R. PRACID/J. WYNEKOOP/R.W. FEICHT, *Twibel: The intersection of Twitter and Libel*, *Florida Bar Journal* 2016, 32.

Ein Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 26. Januar 2016 (GG 150250),<sup>3</sup> das die Weiterverbreitung einer ehrenrührigen Kurznachricht über Twitter (*Retweet*) zum Gegenstand hatte, bietet mir die Gelegenheit, an meine allgemeinen Ausführungen über das Medienstrafrecht im digitalen Zeitalter anzuknüpfen, die ich dem Jubilar vor fünf Jahren zum Anlass seines 60. Geburtstages gewidmet hatte.<sup>4</sup> Das Urteil, welches im strafrechtlichen Teil mit einem Freispruch endete, ist der erste Entscheid<sup>5</sup> über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für *Retweets* in der Schweiz.<sup>6</sup> Obwohl der *Retweet* eine äusserst einfach zu bedienende Basisfunktion auf der Twitter-Plattform ist, stellen sich bei der strafrechtlichen Beurteilung schwierige Fragen, die sich auf die Anwendbarkeit und das Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Allgemeinen Teils StGB, des Medienstrafrechts und der Ehrverletzungsdelikte beziehen. Es lohnt sich, die Erwägungen des Einzelrichters und das Resultat einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

## II. Twitter, *Tweet* und *Retweet*

Twitter wird in der Literatur als soziales Netzwerk für Microblogging bezeichnet, auf dessen Webplattform eingetragene Nutzer Kurznachrichten von jeweils maximal 140 Zeichen veröffentlichen können (sog. *Tweets*).<sup>7</sup> Die *Tweets* eines Twitter-Nutzers werden auf einer individuellen Profseite, der *Timeline*, in chronologischer Reihenfolge angezeigt und können in der Standardeinstellung unbeschränkt von anderen Nutzern abgerufen und eingesehen werden. Für die Anmeldung genügt es, eine E-Mail-Adresse und einen Nutzernamen zu registrieren. Jeder Nutzername wird mit einem vorangestellten @ gekennzeichnet (z.B. @andersen). Da auf eine Identifizierung bei der Anmeldung verzichtet wird, finden sich auf Twitter viele Pseudonyme. In einen *Tweet* können Hashtags (z.B. #BusinessTrip) und Links (z.B. theatln.tc/2gNnR6m), insbe-

---

<sup>3</sup> Siehe: <[http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/GG150250.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/GG150250.pdf)> (1.9.2016).

<sup>4</sup> CH. SCHWARZENEGGER, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322<sup>bis</sup> StGB), in: A. Cavallo et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich 2012, 165-188.

<sup>5</sup> NZZ vom 27.1.2016, 1: «Verblüffendes Urteil zu Retweet». Siehe auch B. HÜRLIMANN, *Retweet nie strafbar – aber ...*, NZZ vom 27.1.2016, 19.

<sup>6</sup> Nachdem sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch der Privatkläger Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters angemeldet hatten, wurde die Strafanzeige nach einem Vergleich kurz vor der obergerichtlichen Hauptverhandlung zurückgezogen, siehe NZZ vom 12.10.2016, 17.

<sup>7</sup> Ein *Tweet* kann auch Fotos und Videos enthalten. Vgl. zum Ganzen die Erläuterungen auf der Twitter-Website: <<https://support.twitter.com/articles/324311>> (1.9.2016).

sondere auch auf andere Nutzernamen, integriert werden.<sup>8</sup> Wie üblich bei sozialen Netzwerken können sich Nutzer auf die *Tweets* eines anderen Nutzers abonnieren, ihm «folgen». Der *Follower* erhält dann jeweils die neuen *Tweets* der abonnierten Accounts auf seiner Startseite angezeigt. Eine weitere wichtige Funktion ist der *Retweet* (RT). Wer den *Retweet-Button* unter dem *Tweet* eines anderen Nutzers aktiviert, nimmt diese Kurznachricht automatisch in die eigene *Timeline* auf und verbreitet sie gleichzeitig aktiv an alle eigenen *Follower* weiter, wobei erkennbar bleibt, dass der *Tweet* von einem fremden Anbieter her stammt. Twitter kann in einem Webbrowser oder in einer eigenen App von allen gängigen Endgeräten (Computer, Smartphone, Tablets) bedient werden.<sup>9</sup>

### III. Sachverhalt

Der Sachverhalt, den der Einzelrichter am Bezirksgericht beurteilen musste, war sehr simpel. Ein unbekannter Twitter-Nutzer mit dem Pseudonym «MusicMän2013»<sup>10</sup> veröffentlichte am 13. Juli 2012 einen *Tweet* auf seiner Twitter-*Timeline*, in welchem er einen SVP-Politiker mit «Hermann ‘Dölf’ #Lei» bezeichnete. Der Eintrag war verlinkt mit einem Artikel der NZZ und einem Leserbrief des Politikers, die sich mit einem Dokumentarfilm des Schweizer Fernsehens über den Rücktritt von Philipp Hildebrand befassten. Der Politiker heisst «Hermann Lei», ohne Mittelnamen «Dölf» bzw. «Adolf». Es ist zu vermuten, dass MusicMän2013 mit diesem falschen Mittelnamen darauf hinweisen wollte, Hermann Lei habe etwas mit Adolf Hitler und dem nationalsozialistischen Gedankengut zu tun, zumal kurz zuvor ein Artikel in der Wochenzeitung (WOZ) erschien, der darauf hinwies, dass der Politiker «als verantwortliche Person der Website *adolf-hitler.ch* eingetragen» sei.<sup>11</sup> Die *Follower* von MusicMän2013 erhielten diese Kurznachricht automatisiert auf ihren eigenen Startseiten angezeigt.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Siehe zu Links und Hashtags näher CH. SCHWARZENEGGER, Die Internationalisierung des Wirtschaftsstrafrechts und die schweizerische Kriminalpolitik: Cyberkriminalität und das neue Urheberstrafrecht, ZSR II/2008, 479 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Zu weiteren Funktionen von Twitter: <<https://support.twitter.com>> (1.9.2016).

<sup>10</sup> Heute aktiv unter dem Nutzernamen NewsMän, @KueddeR (1.9.2016).

<sup>11</sup> Hermann Lei wirkte als Verwaltungsrat und als Domiziladresse für eine Aktiengesellschaft, die aus kommerziellen Gründen die Domain «*adolf-hitler.ch*» bei SWITCH registriert hatte. Diese Funktion nahm er bis 2013 wahr. Hinweise auf eine nationalsozialistische Gesinnung gab es jedoch nicht. «Aus der Verbindung des Privatklägers zu *adolf-hitler.ch* lässt sich nicht der Schluss ziehen, er sei ein Neonazi, Revisionist oder dergleichen», BGer ZH, Urteil vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 5.2.2.

<sup>12</sup> Zum damaligen Zeitpunkt soll MusicMän2013 eine vierstellige Zahl an *Followern* gehabt haben (BGer ZH, Urteil vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.4). Heute sind es rund 4'300 (1.9.2016).

Carlos Hanimann, ein Redaktor der Wochenzeitung (WOZ) und *Follower* von MusicMän2013, retweetete bzw. verbreitete den oben genannten *Tweet* kommentarlos weiter.<sup>13</sup> Zum Sachverhalt gehört der Hinweis, dass Carlos Hanimann der Autor des vorhin genannten Artikels über Hermann Lei war. Darin wird neben dem Hinweis auf die Domainregistrierung von «adolf-hitler.ch» auch die Frage aufgeworfen, wie weit «rechts aussen» Hermann Lei stehe.<sup>14</sup>

Hermann Lei reichte in der Folge einen Strafantrag gegen MusicMän2013 und den WOZ-Redaktor wegen Verleumdung oder übler Nachrede ein (Art. 173 f. StGB).

#### **IV. Legitimation und Funktion des Medienstrafrechts (Art. 28 StGB)**

Ohne in die Details einzutreten, sollen einleitend nochmals die Grundlagen des Medienstrafrechts in Erinnerung gerufen werden.<sup>15</sup> Zu Beginn des 20. Jahrhunderts, als die Entwürfe zum heute geltenden Strafgesetzbuch diskutiert wurden, entbrannte eine kontroverse Debatte über die Rolle der Presse. Es wurde weithin anerkannt, dass eine strikte Anwendung der Teilnahmeregeln bei der Veröffentlichung und Verbreitung von Nachrichten für alle Mitarbeitenden eines Presseunternehmens ein nicht zu unterschätzendes Strafbarkeitsrisiko nach sich zog. Im investigativen Journalismus kommt es immer wieder vor, dass bestimmten Personen beispielsweise strafbares Verhalten vorgeworfen wird oder geheime amtliche Dokumente veröffentlicht oder wettbewerbsverzerrende Behauptungen aufgestellt werden. Neben dem Verfasser könnten als Gehilfen auch der Redaktor, der Sekretär, der Grafiker, der Drucker, der Vertriebsleiter, der Zeitungsausträger usw. zur Verantwortung gezogen werden, denn ohne ihren kausalen Beitrag wäre eine Veröffentlichung gar nicht möglich. Die Befürchtung war, dass das Risiko wiederholter Strafverfolgungen mit entsprechenden Zwangsmassnahmen in den Räumlichkeiten des Presseunternehmens zu einer inneren Zensur führen würde. Dieser sog. *chilling effect* würde die wichtige Rolle der Presse als vierter Gewalt im Staat kompromittieren und die Pressefreiheit übermässig beschränken. Die Presse übte daher starken Druck auf den Gesetzgeber aus, die Teilnahme an der Produktion und Verbrei-

---

<sup>13</sup> Carlos Hanimann unterhält auf Twitter einen Account unter @crls\_\_ – Zum Zeitpunkt des *Retweets* hatte er rund 1'500 Follower (BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 5.3.2). Heute sind es rund 2'700 (1.9.2016).

<sup>14</sup> C. HANIMANN, Ein anständiger Patriot, Wochenzeitung Nr. 24 vom 14.6.2012, abrufbar unter: <<http://www.woz.ch/1224/hermann-lei/ein-anstaendiger-patriot>> (1.9.2016). Siehe ausserdem C. HANIMANN, Späte Aufklärung, Wochenzeitung Nr. 26 vom 28.6.2012, abrufbar unter: <<http://www.woz.ch/1226/wwwadolf-hitlerch/spaete-aufklaerung>> (1.9.2016).

<sup>15</sup> Vgl. dazu weiterführend statt aller A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 203 ff.; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 165 ff.; F. ZELLER, in: M.A. Niggli/H. Wiprächtinger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 28 N 1 ff. je m.w.H.

tung des Presseerzeugnisses von der Strafbarkeit auszunehmen, soweit es sich um typische Gedankenäusserungsdelikte handelt. Nur der Verfasser sollte für seine Artikel verantwortlich sein. Umgekehrt bestand die Befürchtung, mit der Veröffentlichung von anonymen Beiträgen und einem strikten Schutz des Redaktionsgeheimnisses würde das Strafrecht vollständig ausser Kraft gesetzt. Es sollte daher subsidiär jemand für die Veröffentlichung verantwortlich sein, wenn der Verfasser eines Artikels nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann. In der ursprünglichen Konzeption von Art. 27 alt StGB war diese Strafbarkeit sogar stellvertretend für den Autor konzipiert. Dies war die Geburtsstunde der sog. Kaskadenhaftung. Bei Zeitungen und Zeitschriften sollte primär der Verfasser, sekundär der verantwortlich zeichnende Redaktor strafbar sein (vgl. Art. 27 Ziff. 3 alt StGB in der Fassung von 1942<sup>16</sup>). Strittig war im Gesetzgebungsverfahren, wie der Begriff der Pressedelikte eingegrenzt werden sollte. Diskutiert wurden eine enumerative Lösung und generell-abstrakte Abgrenzungsformeln. Am Ende setzte sich die noch heute anwendbare generell-abstrakte Abgrenzungsformel von ERNST HAFTER durch, die drei Voraussetzungen vorsieht.<sup>17</sup> Ein Pressedelikt sollte dann anzunehmen sein, wenn «... eine strafbare Handlung durch das Mittel der Druckerpresse begangen [wird], und ... sich die strafbare Handlung in dem Presserzeugnis [erschöpft].»<sup>18</sup> Mit der Revision von 1995 wurde die pressestrafrechtliche Sonderregelung auf alle Medien ausgedehnt. Die modifizierte Formel lautet seither: «Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen und erschöpft sie sich in dieser Veröffentlichung, so ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen, der Autor allein strafbar» (Art. 28 Abs. 1 StGB). Dogmatisch handelt es sich um eine Modifikation der Teilnahmeregel.<sup>19</sup> Das heisst insbesondere, dass die allgemeine Regel über die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) bei Medien delikten keine Anwendung auf Personen finden soll, die am medialen Veröffentlichungsprozess beteiligt sind. Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, dass die

---

<sup>16</sup> Bei nicht periodischen Druckschriften und bei Anzeigen reichte die Kaskade weiter (Verfasser, Verleger, Drucker, vgl. Art. 27 Ziff. 2 und 4 alt StGB in der Fassung von 1942).

<sup>17</sup> E. HAFTER, Umfang des Pressedelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse, ZStrR 1927, 151 ff.

<sup>18</sup> Art. 27 Ziff. 1 alt StGB. Aus Art. 27 Ziff. 2 und 3 alt StGB erschliesst sich, dass damit eine «Veröffentlichung» durch das Mittel der Druckerpresse gemeint ist.

<sup>19</sup> Vgl. DONATSCH/TAG (Fn. 15), 203; M. DUPUIS et al. (Hrsg.), Code pénal, Petit commentaire, Basel 2012, Art. 28 N 1; F. RIKLIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl.; Zürich 2007, § 20 N 3 ff.; CH. SCHWARZENEGGER, E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension, in: O. Arter/F.S. Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Lachen/St. Gallen 2001, 349; ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 12.



medienstrafrechtliche Sonderregelung Auslegungsschwierigkeiten verursacht, die bis heute nicht befriedigend gelöst werden konnten.<sup>20</sup>

## V. Zur materiellen Rechtsfrage

Ob das verfälschende Einfügen von «Dölf» als Mittelname in einen Namen eine rufschädigende Äusserung i.S.v. Art. 173 f. StGB sei, soll hier nicht abschliessend beantwortet werden. Die strafrechtliche Bewertung hängt davon ab, ob die reine Namensnennung schon als Anspielung auf eine Nähe zu Adolf Hitler bzw. auf ein Sympathisieren mit der Nazi-Ideologie gewertet werden muss. Massgebend ist hierfür nach der Rechtsprechung, welchen Sinn ein unbefangener Adressat der Äusserung unter den konkreten Umständen beilegt.<sup>21</sup> Bejaht wird dies bei Äusserungen, die eine Person mit der Ideologie einer politischen Partei in Verbindung bringen, die historisch als verwerflich erachtet wird, oder die suggeriert, die Person habe Sympathien für das Nazi-Regime.<sup>22</sup> Es erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass bei Würdigung der gesamten Umstände, zu denen auch die Artikel in der WOZ gehören, die Weiterverbreitung des einfachen *Tweets* durch Carlos Hanimann als rufschädigende Äusserung i.S.v. Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gewertet werden könnte. Es handelt sich aber um einen Grenzfall. Zu bedenken ist ausserdem, dass der Journalist auch noch einen Gutgläubensbeweis hätte erbringen können, bei dem es darum gegangen wäre, ob die Eintragung Hermann Leis als Administrator der Web-Domain «adolf-hitler.ch» den Vorwurf, er sympathisiere mit dem Nazi-Gedankengut, rechtfertigt. Der Einzelrichter am BGer ZH ging auf die materiellen Rechtsfragen nicht näher ein,<sup>23</sup> weil er die Weiter-

---

<sup>20</sup> Vgl. DONATSCH/TAG (Fn. 15), 204, 207; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 169, 183, 187 f., mit der Forderung nach einer Revision von Art. 28 StGB.

<sup>21</sup> BGE 137 IV 313, E. 2.1 m.w.H. Einer Person zu unterstellen, sie habe Sympathien für das Nazi-Regime, ist selbst für einen Politiker ehrverletzend. Konkret ging es um eine Fotomontage, auf welcher das Foto eines Politikers und das Foto Adolf Hitlers nebeneinandergestellt wurden. Dieses bildliche Nebeneinander zusammen mit dem Titel «Comme un parfum des années 1930» und dem Hinweis auf Nazi-Methoden im Text wird als ehrenrührige Tatsache eingestuft. Vgl. F. RIKLIN, in: M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, vor Art. 173 N 28 ff. m.w.H.

<sup>22</sup> Das BGer hat die Äusserung «Braune Mariette» beispielsweise im Gesamtzusammenhang als Zuschreibung einer Sympathie für das nationalsozialistische Regime angesehen, BGE 121 IV 76, E. 2.a/bb m.w.H. Vgl. auch BGer vom 1.2.2011, 6B\_737/2010, Erw. 2.3 «Betreff: A. ... Nazi-Kapriolen» mit dem zusätzlichen Vorwurf, das Dritte Reich indirekt zu verteidigen. Anders aber BGer vom 29.11.2013, 6B\_1072/2013, Erw. 1, wo eine Person vor anderen mit Adolf Hitler verglichen wurde. Aus dem Gesamtzusammenhang schlossen die Vorinstanzen, dass die Äusserung nicht Sympathien mit dem nationalsozialistischen Regime anzeige, sondern vielmehr auf den Charakterzug «kommandieren zu wollen» (voler comandare) hindeute.

<sup>23</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.1.

verbreitung ehrenrühriger Tatsachen durch *Retweets* gestützt auf das Medienstrafrecht (Art. 28 StGB) generell für nicht strafbar bewertet.

## VI. Anwendbarkeit des Medienstrafrechts (Art. 28 StGB) auf *Tweets* und *Retweets*

Ein Mediendelikt liegt gemäss Art. 28 Abs. 1 StGB dann vor, wenn eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen wird und sich in dieser Veröffentlichung erschöpft.<sup>24</sup> Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kommt die Sonderregelung über die Teilnahme zur Anwendung. Die Differenzierung zwischen Medien- und Nichtmediendelikten erfolgt anhand dreier Kriterien.<sup>25</sup>

### 1. Begehung «in einem Medium»

Die strafbare Handlung muss «in einem Medium»<sup>26</sup> begangen werden, wobei es sich die Strafbarkeit aus dem Inhalt der Äusserung ergibt. Die Botschaft<sup>27</sup> zur Revision des Medienstrafrechts geht von einem sehr weiten Medienbegriff aus. Dazu zählen alle für Kommunikation einsetzbaren physischen oder elektronischen Mittel.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 28 Abs. 1 StGB; vgl. zum Mediendelikt DONATSCH/TAG (Fn. 15), 196 ff.; M. DUPUIS et al. (Hrsg.), Code pénal, Petit commentaire, Basel 2012, Art. 28 N 4 ff.; RIKLIN (Fn. 19), § 20 N 3 ff.; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), 349; ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 39 ff. m.w.H.

<sup>25</sup> Siehe zu den historischen Gründen dafür HAFTER (Fn. 17), 151 ff.

<sup>26</sup> Nach alter Terminologie «durch das Mittel der Druckerpresse», vgl. Art. 27 Ziff. 1 alt StGB.

<sup>27</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 IV 525 ff., insbesondere 527, 549. In anderen Teilen der Botschaft wird dagegen von «den Medien» im Sinne von Medienunternehmen gesprochen, vgl. BBl 1996 IV 528, 532, 554 u.a.

<sup>28</sup> Siehe DONATSCH/TAG (Fn. 15), 204 f.; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 173 ff.; ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 41 ff. Zu nennen sind: alle Arten von Druckschriften, wie Zeitungen, Zeitschriften, Bücher, Flugblätter, Plakate, Prospekte, Kataloge etc., ausserdem Filme, Videos, Radio und Fernsehen, elektronische Textübertragungen sowie CD-ROMs. Zu den Medien zählen auch der Brief, das Gemälde, das Foto, die Schallplatte, die Kasette, die DVD, der Memory Stick, die Festplatte, die Festnetz-, Mobil-, Internettelefonie, Mailinglisten, Newsgroups, der Chat, das Web-Streaming (Web-Radio, -Fernsehen), das World Wide Web, Peer-to-Peer-Systeme sowie die sozialen Medien, inklusive Facebook und Twitter. Äusserungen mittels bestimmter Medien (z.B. Brief, Mail) unterstehen nicht dem Medienstrafrecht, wenn sie nicht «veröffentlicht» werden, was zum Beispiel im Kreise der Familie und unter engen Freunden der Fall sein kann. Das ist aber eine Frage der Subsumtion unter das Kriterium der Veröffentlichung und nicht unter jenes des Mediums. Kritisch ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 44, der sich für eine Eingrenzung des Medienbegriffs ausspricht.

*Tweets* und *Retweets* auf dem Kurznachrichtendienst Twitter ([www.twitter.com](http://www.twitter.com)) werden demnach «in einem Medium» im Sinne von Art. 28 Abs. 1 StGB ausgeführt. Zu diesem Schluss kommt auch der Einzelrichter am BGer ZH.<sup>29</sup>

## 2. Veröffentlichung

Als zweite Voraussetzung muss eine Information in einem Medium «veröffentlicht», d.h. der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.<sup>30</sup> Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn die Information von unbestimmt vielen Personen oder von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden kann.<sup>31</sup>

Öffentlichkeit, die in mehreren Straftatbeständen als objektives Merkmal vorausgesetzt wird, und Veröffentlichung i.S. von Art. 28 Abs. 1 StGB sind nicht identisch. Eine Veröffentlichung stellt immer Öffentlichkeit her; Öffentlichkeit kann dagegen auch unabhängig von einer Veröffentlichung gegeben sein, beispielsweise bei einer Rede im Rahmen einer politischen Veranstaltung. Somit sind Veröffentlichungen in einem Medium in allen Konstellationen eine Teilmenge der öffentlichen Kommunikation.<sup>32</sup>

Nach der allgemeinen Tatbestandslehre ist eine Veröffentlichung dann abgeschlossen, wenn die Tathandlung endet. Dies hängt vom jeweiligen Medium ab, in welchem die Äusserung veröffentlicht wird. Die Veröffentlichungshandlung ist so lange im Gang, als der Täter sie noch stoppen kann, mit anderen Worten noch Kontrolle über bzw. Einfluss auf den Veröffentlichungsprozess hat. Sobald das Medium für eine beliebige, ausserhalb des Produktionsprozesses bzw. Medienunternehmens stehende Person greif-

---

<sup>29</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.3. Die Exkursion über Missbrauchsgefahren (Erw. 4.3.5, Umgehung des Strafrechts durch Einrichten anonymer Accounts oder von Accounts einer mittäterschaftlich [!] agierenden Person im Ausland, deren *Tweets* dann per *Retweet* straflos weiterverbreitet werden können) ist jedoch sachfremd, haben diese doch gar nichts mit den Anwendungskriterien von Art. 28 Abs. 1 StGB zu tun. Hier wird vielmehr mit Blick auf das drastische Resultat des völligen Straflosigkeit jeglicher *Retweets* sinngemäss argumentiert, dies sei nicht besonders schlimm, weil man den Autor in der Regel schon im Inland finden werde. Der zu beurteilende Fall ist ein gutes Beispiel dafür, dass das gerade nicht stimmt. Ebenso sachfremd ist der Hinweis, es bestehe alternativ ein wirksamer Persönlichkeitsschutz durch Art. 28 ZGB.

<sup>30</sup> Vgl. DONATSCH/TAG (Fn. 15), 197 f.; RIKLIN (Fn. 24), § 20 N 4.

<sup>31</sup> BGE 130 IV 111 Erw. 3; weiterführend DONATSCH/TAG (Fn. 15), 205; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 175 ff.; ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 50 ff. je m.w.H.

<sup>32</sup> SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 176.

bar oder wahrnehmbar ist, ist die Handlung vollendet.<sup>33</sup> Die Kenntnisnahme durch Dritte gehört jedenfalls nicht zum Veröffentlichungsprozess.<sup>34</sup>

Vereinzelt wird argumentiert,<sup>35</sup> Art. 28 StGB sehe mit dem Begriff der Veröffentlichung einen besonderen Zeitpunkt der Vollendung vor. Eine *medienspezifische Mitwirkung* an der Veröffentlichung falle auch dann unter die Sonderregelung von Art. 28 StGB, wenn die Tathandlung des in Frage stehenden Delikts schon vollendet sei. Das führt zu unüberbrückbaren Widersprüchen mit der rechtsdogmatischen Einbettung von Art. 28 StGB (Modifikation der allgemeinen Teilnahmeregelungen), denn wo keine Teilnahme mehr möglich ist, kann auch keine Sonderregelung zur Teilnahme mehr greifen. Weder das Bundesgericht noch die Vertreter dieser Lehrmeinung können zudem klar benennen, wann die «medienspezifische Mitwirkung an einer Veröffentlichung» abgeschlossen sein soll.<sup>36</sup> Dogmatische Ansätze dazu fehlen völlig, weil eine solche Auslegung ausserhalb der allgemeinen Zurechnungsregeln steht.<sup>37</sup> Es besteht eine Nähe zu Fragestellungen, die unter den Stichworten straflose «neutrale Handlungen» oder «Alltagshandlungen» diskutiert werden.<sup>38</sup> Eine Lösung *de lege ferenda* könnte darin bestehen, für eigenständige Tathandlungen im Rahmen dieser medien-spe-

---

<sup>33</sup> A. DONATSCH/W. WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 589; F. RIKLIN, Kaskadenhaftung – quo vadis?, *medialex* 2000, 207; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 176 f. mit Bsp. zu den Vollendungszeitpunkten bei Veröffentlichungen in der Presse, im Plakataushang, in Radio und Fernsehen sowie mittels Internetdiensten.

<sup>34</sup> BGE 111 IV 151 Erw. 3; vgl. BGE 97 IV 104 Erw. 3.b; DONATSCH/TAG (Fn. 15), 205; M.A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl., Zürich 2007, N 986 und 1123 (zur Verbreitung von rassendiskriminierenden Äusserungen).

<sup>35</sup> ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 60 unter Bezugnahme auf BGE 128 IV 53 Erw. 5 f/dd, wo Teilnahmehandlungen durch Buchhändler, Kioskverkäufer, Zeitungsverträger, Flugblattverteiler, Plakateure, Briefträger u.ä. als Teil der medientypischen Verbreitungskette noch unter Art. 27 alt StGB (heute Art. 28 StGB) gefasst werden. Konkret ging es um die Mitwirkung am öffentlichen Aufkleben von Plakaten trotz vorheriger Vollendung der üblen Nachrede (Art. 173 StGB).

<sup>36</sup> ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 59 f. So soll die Mitwirkung eines Buchhändlers, der einen Titel zwecks Verkauf importiert und für dessen rassendiskriminierenden Inhalt aktiv wirbt, nicht mehr zur erfassten Produktions- und Verbreitungskette gehören. So aber das BGE 125 IV 206 Erw. 3. Die Konsequenz einer weitgehenden Strafbefreiung im Rahmen des Medienstrafrechts, die im Vergleich zu anderen Tathandlungsvarianten unverständlich erscheint, veranlasste das Bundesgericht im gleichen Entscheid dazu, Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB generell vom Anwendungsbereich des Medienstrafrechts auszuschliessen.

<sup>37</sup> Diese Auffassung scheint die Veröffentlichung als eine Art von Kollektivhandlung zu betrachten. Im Strafrecht geht es aber um die Zuschreibung von individueller Verantwortlichkeit.

<sup>38</sup> DONATSCH/TAG (Fn. 15), 165 ff.; W. WOHLERS, Gehilfenschaft durch «neutrale» Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, *ZStrR* 1999, 425 ff. Bei den Teilnahmehandlungen im medialen Umfeld dürfte allerdings ein «deliktischer Sinnbezug» häufig erkennbar sein.

zifischen Mitwirkung einen Rechtfertigungsgrund einzuführen.<sup>39</sup> Im Bereich der Internetkriminalität ist der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts auf die zahlreichen Beteiligten (Host-Provider, Access-Provider, Hyperlink-Setzer, Suchmaschinenbetreiber, Domain-Name-Register-Betreiber usw.) völlig unklar geblieben.<sup>40</sup> Und die Rechtsprechung hat in der Zwischenzeit das Medienstrafrecht weitgehend ausgehöhlt, indem sie gestützt auf teleologische Auslegungsergebnisse<sup>41</sup> weitere Delikte generell vom Medienstrafrecht ausnimmt. Je weiter folglich der Schutzmantel der Strafflosigkeit von Teilnehmern durch Art. 28 StGB ausgedehnt wird, desto stärker neigt die Rechtsprechung dazu, Äusserungsdelikte gar nicht mehr unter das Medienstrafrecht zu fassen.

Ein weiteres Problem ergibt sich bei den Ehrverletzungsdelikten daraus, dass die Tathandlung einer üblen Nachrede oder Verleumdung zwar auch durch eine Veröffentlichung in einem Medium ausgeführt werden kann, aber nicht unbedingt auf diese Weise ausgeführt werden muss. Die Äusserung einer ehrenrührigen Beschuldigung oder Verdächtigung und ihre Weiterverbreitung können auch ausserhalb eines Mediums – z.B. im Rahmen eines persönlichen Gesprächs zweier Personen oder durch das Versenden einer E-Mail an einen einzigen Empfänger – vollendet werden. Das kann dazu führen, dass die Vollendung bei diesen Delikten *schon vor* einer allfälligen (weiteren) Veröffentlichung liegt. Dann gibt es auch keinen Raum mehr für eine Sonderregelung der Teilnahme am Äusserungsdelikt. Konkret: Die ehrenrührige Äusserung einer Person gegenüber einem Journalisten, die Veröffentlichung dieser Aussage in einem Zeitungsartikel des Journalisten und die Weiterverbreitung dieser aus der Zeitung übernommenen Aussage in einem an alle Haushalte verteilten Flugblatt erfüllen jeweils eigenständig den Tatbestand der Verleumdung oder üblen Nachrede, so dass drei eigenständige

---

<sup>39</sup> SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 178.

<sup>40</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Hrsg.), Netzwerk-Kriminalität. Bericht der Expertenkommission «Netzwerk-Kriminalität», Bern 2003, 63 ff.; CH. SCHWARZENEGGER, Weiche Pornographie im Internet und in der Mobiltelefonie (Art. 197 Ziff. 1 StGB), in: Ch. Schwarzenegger/R. Nägeli (Hrsg.), Viertes Zürcher Präventionsforum – Illegale und schädliche Inhalte im Internet und in den neuen Medien – Prävention und Jugendschutz, Zürich 2012, 53 ff. m.w.N.

<sup>41</sup> Sinngemäss stellen sich das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht mit Blick auf die anderen Tathandlungsvarianten und die weitgehende Vorfeldkriminalisierung bei mehreren Delikten auf den Standpunkt, der Gesetzgeber könne eine so weitgehende Privilegierung von Teilnehmern nicht gewollt haben. Das Medienstrafrecht wird nach dieser umstrittenen Praxis als nicht anwendbar erklärt für Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), harte Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 alt StGB, was Art. 197 Abs. 4 StGB entspricht), Anleitunggeben zur Herstellung von Sprengstoffen (Art. 226 Abs. 3 StGB), öffentliche Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB), Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB) und – wie gesehen – Leugnen des Völkermordes (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB). Diese Auslegung ist kaum mit Art. 1 StGB (Legalitätsprinzip) vereinbar. Siehe zur Kritik: DONATSCH/TAG (Fn. 15), 207 f.; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 184 ff.; ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 68 ff.

Deliktbegehungen vorliegen.<sup>42</sup> Die Ehrverletzung ist mit der Kenntnisnahme durch den Journalisten bzw. durch den Flugblattverfasser schon vollendet. Die Frage, ob Art. 28 StGB anwendbar sei, stellt sich hier gar nicht.<sup>43</sup>

Was ist aus dem Gesagten für *Tweets* und *Retweets* mit ehrverletzendem Inhalt zu schliessen? Bei öffentlichen *Tweets* und *Retweets*, was der Regelfall ist,<sup>44</sup> handelt es sich um Veröffentlichungen i.S.v. Art. 28 Abs. 1 StGB. Mit der Übertragung des Kurztexthes – «Drücken» des *Tweet Buttons* bzw. *Retweet Buttons* – wird er für unbestimmt viele Personen wahrnehmbar. Die Tathandlung wird jeweils mit der Datenübertragung und Abspeicherung auf dem Twitter-Server abgeschlossen. Mit Blick auf die Vollendung der Tat ergibt sich, dass mit der Kenntnisnahme eines *Tweets* durch einen beliebigen Dritten die Tat vollendet ist (Erfolg der üblen Nachrede<sup>45</sup>). In der Konstellation des *Retweets* gilt, dass die Tat der Person, die den *Tweet* veröffentlichte, schon mit der Kenntnisnahme durch den späteren *Retweeter* vollendet ist, also bevor er den *Tweet* weiterverbreiten kann. Eine Teilnahme des letzteren an der Tat des ersteren ist gar nicht möglich. Mit dem Drücken des *Retweet Button* begeht der *Retweeter* also – soweit auch die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind – eine eigenständige Ehrverletzung durch Weiterverbreitung. Ein Zueigenmachen des Inhaltes, wie es bei anderen Straftatbeständen für eine Haupttäterschaft notwendig ist, wird bei der üblen Nachrede und Verleumdung gerade nicht verlangt. Auch die Weiterverbreitung durch den *Retweet* ist vollendet, wenn sie durch einen beliebigen Dritten zur Kenntnis genommen wird. Geht man davon aus, dass es sich im vorliegenden Fall materiell um eine üble Nachrede handelte, so wären beide Personen, jene, die den *Tweet* veröffentlichte, und jene, die diesen *Tweet* per *Retweet* weiterverbreitete als eigenständige Haupttäter strafrechtlich zu verfolgen.

---

<sup>42</sup> OGer OW vom 16.12.1997, AB-OW 1996/1997, Nr. 29. Ebenso BGE 82 IV 71 Erw. 4: Wird eine Agenturmeldung an mehrere Zeitungen verschickt, ist die durch den Versender der Meldung begangene üble Nachrede schon mit Kenntnisnahme durch einen Mitarbeiter einer der Zeitungen vollendet. Übernimmt ein Redaktor die Meldung und veröffentlicht sie in seiner Zeitung, begeht er eine eigenständige üble Nachrede durch Weiterverbreitung, Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Das gilt auch in anderen Kontexten, siehe BGE 86 IV 209 ff.; BGer vom 6.12.2000, 6S.752/2000, E. 2b; BGer vom 10.9.2003, 6S.171/2003, E. 1.3; CH. SCHWARZENEGGER, Ehrverletzungen bei der Parteiinstruktion und deren Weiterverbreitung durch Rechtschriften und Äusserungen des Rechtsanwalts. Konsequenzen für die Unteilbarkeit des Strafantrages (Art. 32 StGB), in: M.A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Queloz (Hrsg.), FS Franz Riklin, Zürich 2007, 218 ff. m.w.H. In BGE 128 IV 53 wurden diese ständige Rechtsprechung und die Besonderheiten der Vollendung bei Ehrverletzungsdelikten übersehen.

<sup>43</sup> DONATSCH/TAG (Fn. 15), 199.

<sup>44</sup> Standard-Konfiguration auf Twitter, s. <<https://support.twitter.com/articles/334631>> (1.9.2016).

<sup>45</sup> Siehe zum Deliktstypus nachfolgend Abschnitt VI.3.

Auch für den Einzelrichter am BGer ZH ist ein *Tweet* oder *Retweet* eine Veröffentlichung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 StGB.<sup>46</sup> Bezüglich der Strafbarkeit kommt er aber zu einem völlig konträren Schluss: «Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Retweet ein Glied der für Kurznachrichten auf Twitter typischen, üblichen und von den Betreibern gewollten Verbreitungskette ist. Das Retweeten einer ehrenrührigen Kurznachricht muss deshalb gestützt auf Art. 28 Abs. 1 StGB straflos bleiben, obwohl es den Tatbestand des Weiterverbreitens im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Üble Nachrede) bzw. Art. 174 Ziff. 1 Abs. 2 (Verleumdung) erfüllt.»<sup>47</sup> Wie konnte es zu diesem – meines Erachtens – falschen Ergebnis kommen?

Einer der Gründe mag darin liegen, dass der Einzelrichter praktisch nur zwei der zentralen Quellen zu diesem Thema konsultierte: BGE 128 IV 53 und die Kommentierung von FRANZ ZELLER im Basler Kommentar.<sup>48</sup> Wie oben aufgezeigt, werden dort aber strittige Auslegungsansätze vertreten, die zu dogmatischen Verwirrungen und in der Praxis zu einer Abschaffung des Medienstrafrechts bei den wichtigsten Äusserungsdelikten geführt haben. Ausgerechnet dort, wo die Weiterverbreitung am schädlichsten ist und sich die potentiell grösste Leserschaft findet, soll ein genereller Strafbarkeitsausschluss gelten, während die mündliche Weiterverbreitung von Individuum zu Individuum uneingeschränkt von Art. 173 f. StGB erfasst wird. Es ist zu vermuten, dass die Rechtsprechung gestützt auf solchen Überlegungen in Zukunft auch die Ehrverletzungsdelikte vom Anwendungsbereich des Medienstrafrechts ausnehmen wird.

Einen Schritt weiter geht das Urteil auch in Bezug auf die Reichweite der Sonderregelung von Art. 28 StGB. Sie soll nicht etwa nur eine Modifikation der Teilnahmeregeln bei Mediendelikten sein, sondern auch die Zurechnung bei eigenständige Deliktsbegehungen durch die Weiterverbreitung ehrenrühriger Behauptungen oder Verdächtigungen verhindern, «solange sich die Täter innerhalb der für das Medium typischen Herstellungs- und Verbreitungskette bewegen»<sup>49</sup>. Das widerspricht der oben aufgeführten

---

<sup>46</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.4. Unverständlich sind allerdings die Erwägungen zur Frage, ob ein Twitter Account, «der nur von Freunden und Verwandten seines Inhabers wahrgenommen» bzw. von der Öffentlichkeit nicht «beachtet» werde, eine Veröffentlichung sei. Es reicht die *Wahrnehmbarkeit* durch unbestimmt viele Personen, und diese ist bei allen öffentlichen *Tweets* möglich. Das Kriterium der Veröffentlichung ist hingegen dann nicht erfüllt, wenn der Nutzer in den Account-Einstellungen alle oder bestimmte Äusserungen als geschützte *Tweets* definiert und diese *Tweets* nur Familienangehörigen und engen Freunden zugänglich macht. Siehe zu geschützten *Tweets*: <<https://support.twitter.com/articles/334631>> (1.9.2016).

<sup>47</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.5.4.

<sup>48</sup> ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 1 ff.

<sup>49</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.2.3, unter Hinweis auf BGE 128 IV 52. Der Einzelrichter sieht in der Weiterverbreitung eine zum eigenständigen Delikt ausgestaltete Teilnahme, was die Anwendung der Kaskadenhaftung von Art. 28 StGB legitimiere.

Rechtsprechung<sup>50</sup> zur Vollendung bei der üblen Nachrede und Verleumdung, die *nota bene* auch im medialen Umfeld gilt, und ist auch dogmatisch nicht haltbar. Art. 28 StGB schafft keine eigenen Mediendelikte mit eigenen Tatbestandsmerkmalen. Vielmehr ist der Ausgangspunkt immer eine Strafnorm aus dem BT StGB oder dem Nebenstrafrecht. Art. 28 StGB hat also keinen Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung eines Haupttäters. Seine Strafbarkeit ergibt sich alleine aus den allgemeinen Regeln (Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld). Art. 28 Abs. 1 StGB bewirkt alleine, dass im Bereich von Mediendelikten die Teilnahmeregeln modifiziert bzw. eingegrenzt werden.

Doch selbst wenn man diesen grundsätzlichen, auf dem Verhältnis der allgemeinen Regeln zum Medienstrafrecht basierenden Kritikpunkten nicht folgt und den Schutzmantel des Medienstrafrechts über alle «medienspezifischen Mitwirkungen» an einer Veröffentlichung ausbreitet, ist die Schlussfolgerung des Bezirksgerichts Zürich nicht haltbar. Ausgangspunkt ist m.E. ein Missverständnis. Der Einzelrichter am BGer ZH äussert sich ausführlich zum Geschäftsmodell von Twitter, in welchem die schneeballartige Verbreitung von Kurzmeldungen erwünscht und kommerziell ertragreich sei. Das Retweeten sei «Teil der von Twitter geplanten und gewollten Verbreitungskette eines Tweets».<sup>51</sup> *Retweets* seien unter den Nutzern ausserdem beliebt, und insgesamt sei die Weiterverbreitung durch *Retweets* mit der Plakataktion, die in BGE 128 IV 52 zu beurteilen war, vergleichbar.<sup>52</sup> Was hat das Geschäftsmodell von Twitter mit der Veröffentlichung eines *Tweets* zu tun? Die Frage müsste doch lauten: Was gehört bei einer Veröffentlichung auf Twitter zur «medienspezifischen Mitwirkung»? Twitter ist eine Microblogging-Webplattform. Wenn man eine Analogie zur Plakataktion herstellen will, so handelt es sich bei der Twitter-Webplattform um eine Wand (aber eine elektronische Version), auf welcher Plakate mit Kurzmeldungen aufgehängt werden können. Mit dem Aufhängen der Plakate war auch im genannten Beispielfall die Veröffentlichung abgeschlossen. So ist es auch mit dem Upload eines *Tweets* auf die eigene Profilseite. Wer das Plakat von der Wand nimmt und auf seine eigene Wand klebt, begeht in der analogen Welt eine eigenständige Veröffentlichungshandlung.<sup>53</sup> Und das ist es, was ein *Retweet* auf der Webplattform von Twitter bewirkt. Von einer «medienspezifischen Mitwirkung» an der Veröffentlichung des *Tweets* kann also keine Rede sein. Ein *Retweet* wird für die Veröffentlichung eines *Tweets* überhaupt nicht benötigt und ist daher auch keine «medienspezifische Mitwirkung». Auch durch diese Brille

---

<sup>50</sup> Siehe oben Fn. 42.

<sup>51</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.5.1.

<sup>52</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.5.2 und 4.5.3.

<sup>53</sup> Siehe die Fälle oben Fn. 42. Bezüglich der Weiterverbreitung einer in einem Zeitungsartikel publizierten ehrverletzenden Aussage auf einem Flugblatt gl.M. ZELLER, in: BSK StGB I (Fn. 15), Art. 28 N 59.



betrachtet, bleibt es dabei, dass sich die Strafbarkeit für *Retweets* aus den allgemeinen Regeln ergibt und das Medienstrafrecht auf diese Konstellationen keine Anwendung findet. Würde man den Argumenten des BGer ZH folgen, wäre es möglich, dass ein strafrechtlich geahndeter *Tweet* durch *Retweets ad infinitum* straflos weiterverbreitet werden dürfte.

Die weiteren Erwägungen darüber, ob ein *Retweeter* als Redaktor oder für die Veröffentlichung verantwortliche Person (Art. 28 Abs. 2 StGB) zu gelten habe, stossen daher ins Leere.<sup>54</sup>

### 3. Erschöpfung der Straftat in der Veröffentlichung

Als dritte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Medienstrafrechts fordert Art. 28 Abs. 1 StGB, dass sich die strafbare Handlung in dieser Veröffentlichung<sup>55</sup> erschöpfen müsse. Es wurde an anderer Stelle schon ausführlich dargelegt, dass damit der Vollendungszeitpunkt gemeint ist.<sup>56</sup> Gefordert ist also, dass das Delikt mit dem Veröffentlichungsakt vollendet sein müsse. Eine Analyse des Deliktstyps der Ehrverletzungsdelikte zeigt, dass es sich um konkrete Gefährdungsdelikte handelt, die mit der Äusserung bzw. Veröffentlichung nicht vollendet werden. Zur Vollendung des objektiven Tatbestandes setzen diese Delikte eine Kenntnissnahme durch einen beliebigen Dritten voraus. Es handelt sich auch nicht um «Eignungsdelikte», wie es bisweilen postuliert wird.<sup>57</sup> Demzufolge dürften die Art. 173 ff. StGB gar nicht zu den Mediendelikten gezählt werden.<sup>58</sup> Die generell-abstrakte Abgrenzungformel von Art. 28 Abs. 1 StGB erweist sich als ungenau.<sup>59</sup>

## VII. Fazit

Das Fazit der vorliegenden Analyse ist ernüchternd, bestätigt aber die Schlussfolgerungen, die ich vor 5 Jahren gezogen habe. Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts

---

<sup>54</sup> BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.7. Beide Varianten werden verworfen, so dass Art. 322<sup>bis</sup> StGB nicht anwendbar sei. Das bedeutet nichts anderes, als dass *Retweets* strafrechtlich nie verfolgt werden können, soweit es um die Veröffentlichung von Mediendelikten geht!

<sup>55</sup> Nach alter Terminologie «in dem Presseerzeugnis», vgl. Art. 27 Ziff. 1 alt StGB.

<sup>56</sup> SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 178 ff. m.w.H.

<sup>57</sup> Siehe näher SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 182 f.

<sup>58</sup> Die meisten Autoren und BGer ZH vom 26.1.2016, GG150250, Erw. 4.6, übergehen dieses Problem, obschon es seit längerer Zeit bekannt ist, siehe H. SCHULTZ, Die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?, ZStrR 1991, 275. Vgl. DONATSCH/TAG (Fn. 15), 207; SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 181 ff.

<sup>59</sup> Historisch betrachtet sollte das Presse- bzw. Medienstrafrecht in erster Linie Ehrverletzungsdelikte erfassen.

ist unklar und in seinen Konsequenzen für das Internet und die sozialen Medien unberechenbar. Die Rechtsprechung schwankt zwischen einer uneingeschränkten Strafbefreiung – wie in diesem Urteil des BGer ZH – und der völligen Abschaffung des Medienstrafrechts in bestimmten Deliktsbereichen, die bisher zu den Mediendelikten gezählt wurden.

Eine allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeit von Twitter für die Unterstützung von Äusserungsdelikten auf der Webplattform des Unternehmens, konnte hier nicht thematisiert werden. Sie war auch nicht Gegenstand des vorliegenden Falles. Es stellen sich auch diesbezüglich viele, noch nicht abschliessend beantwortete Fragen.

Es ist daher die Forderung zu wiederholen,<sup>60</sup> dass die Strafbarkeitsgrenzen bei medialen Veröffentlichungen und die Verantwortlichkeit der daran Beteiligten mit einer expliziten Regelung im Allgemeinen Teil des StGB neu definiert werden müssen. Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts ist auf unternehmerisch organisierte Massenmedien zu beschränken. Um Klarheit für alle Rechtsunterworfenen zu schaffen, sind die Mediendelikte in Art. 28 StGB enumerativ aufzuführen. Schliesslich sollen im Bereich Internet die am Kommunikationsprozess beteiligten Dienste gesetzlich definiert und soll ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit oder Straffreiheit differenziert nach der Nähe zum Veröffentlichungsprozess geklärt werden.

In Zeiten von Manipulationen der öffentlichen Meinung durch *Fake News*<sup>61</sup>, softwaregenerierten Nachrichtenartikeln (sog. *Roboterjournalismus*)<sup>62</sup>, der sog. «postfaktischen Politik» (*post-truth politics*)<sup>63</sup>, die sich immer mehr der Verbreitungskanäle der sozialen Medien bedient, und einer geschwächten Position des redaktionell geprägten Qualitätsjournalismus haben sich die Verhältnisse wesentlich gewandelt. «Es ist in der heutigen Informationsgesellschaft, in der jede Person freien Zugang zu Publikationsmöglichkeiten im Internet hat, nicht mehr legitim, jegliche Beteiligung an solchen Publikationen privilegiert zu behandeln. Nur im enger gefassten, unternehmerisch organisierten Mediensektor bestehen interne und standesrechtliche Kontrollorgane, und nur bei diesen kann von einer Funktion als *public watchdog* gesprochen werden, die eine strafrechtliche Sonderbehandlung der Teilnehmer begründen.»<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 187 f.

<sup>61</sup> Zum gezielten Einsatz von Falschmeldungen und ihrer Zunahme auch in der Schweiz, siehe F. ENDRES, *Verzerrte Fakten*, Sonntagszeitung vom 27.11.2016, 7 f.

<sup>62</sup> F. BERGER et al., *Aktuelles Stichwort: Computational Journalism*, Medienwirtschaft 1/2015, 20 ff.

<sup>63</sup> Die Gesellschaft für Deutsche Sprache hat das Wort «postfaktisch» zum Wort des Jahres 2016 erkoren, siehe: <<http://gfds.de/wort-des-jahres-2016/>> (1.9.2016).

<sup>64</sup> SCHWARZENEGGER (Fn. 4), 187 f.