

BGE 147 IV 65

Bundesgericht (BGE), 2020-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_147_IV_65

FR: ATF 147 IV 65

IT: DTF 147 IV 65

Regeste

Regeste Art. 28 Abs. 1 StGB; Strafbarkeit der Medien; keine Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 1 StGB beim "Teilen" und Kommentieren eines fremden Beitrags auf Facebook. Grundsatz der exklusiven Strafbarkeit des Autors bei Mediendelikten (E. 5.1-5.3). Der in Art. 28 Abs. 1 StGB verankerte Begriff des "Mediums" umfasst nicht nur sämtliche Kommunikationsträger, sondern auch Kommunikationsmittel (E. 5.4.1-5.4.3). Die Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 1 StGB erfordert zunächst, dass das Medienerzeugnis der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Das gilt grundsätzlich für Beiträge auf Social Media-Plattformen, soweit sie nicht durch persönliche Einstellungen nur für einen beschränkten Personenkreis verfügbar sind (E. 5.4.4). Die Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 1 StGB bedingt zusätzlich, dass sich die strafbare Handlung in der Veröffentlichung erschöpft. Art. 28 Abs. 1 StGB privilegiert dabei alle innerhalb der für das Medium typischen Herstellungs- und Verbreitungskette tätigen Personen. Der weite Medienbegriff setzt voraus, dass im Einzelfall geprüft werden muss, wer Teil der medientypischen Kette ist. Vorliegend verneint beim "Teilen" und Kommentieren eines fremden bereits veröffentlichten Beitrags auf Facebook (E. 5.5 und 5.6).

Regeste Art. 28 al. 1 CP; punissabilité des médias; pas d'application de l'art. 28 al. 1 CP en cas de "partage" et de commentaire d'une publication d'un tiers sur Facebook. Principe de la responsabilité pénale exclusive de l'auteur dans les infractions commises par les médias (consid. 5.1-5.3). La notion de "média" prévue à l'art. 28 al. 1 CP comprend non seulement tous les supports de communication mais aussi les moyens de communication (consid. 5.4.1-5.4.3). L'application de l'art. 28 al. 1 CP suppose d'abord que le produit médiatique soit rendu accessible au public. Cela s'applique en principe aux publications sur les plateformes des réseaux sociaux, à moins qu'elles ne soient accessibles qu'à un groupe restreint de personnes en raison de réglages personnels (consid. 5.4.4). L'application de l'art. 28 al. 1 CP implique en outre que l'infraction soit consommée par la publication. L'art. 28 al. 1 CP privilégie toutes les personnes actives dans la chaîne de production et de distribution typique du média. La notion large de média suppose que l'on examine au cas par cas qui fait partie de la chaîne médiatique typique. Nié en l'espèce dans le cas du "partage" et du commentaire d'un contenu déjà publié par un tiers sur Facebook (consid. 5.5 et 5.6).

Regesto Art. 28 cpv. 1 CP; punibilità dei mass media; inapplicabilità dell'art. 28 cpv. 1 CP in caso di condivisione e commento di un altrui post su Facebook. Principio della punibilità esclusiva dell'autore dell'opera in caso di reati commessi tramite i mass media (consid. 5.1-5.3). La nozione di "mezzo di comunicazione sociale" di cui all'art. 28 cpv. 1 CP non ingloba solo tutti i supporti di comunicazione, ma anche i mezzi di comunicazione (consid. 5.4.1-5.4.3). L'applicabilità dell'art. 28 cpv. 1 CPP richiede innanzitutto che l'opera mediatica sia resa accessibile al pubblico. In linea di massima ciò è il caso dei post sulle

plattformen der social media, a meno che siano disponibili, in seguito a impostazioni personali, unicamente a una ristretta cerchia di persone (consid. 5.4.4). L'applicabilità dell'art. 28 cpv. 1 CPP presuppone inoltre che il reato sia consumato per effetto della pubblicazione. L'art. 28 cpv. 1 CP privilegia così tutte le persone attive nella catena di produzione e di diffusione tipica del mezzo di comunicazione. La vasta nozione di mass media implica che in ogni singolo caso si esamini chi faccia parte della tipica catena mediatica. In concreto appartenenza a tale catena negata in caso di condivisione e commento di un altrui post già pubblicato su Facebook (consid. 5.5 e 5.6).

Erwägungen

E. 5

Der Beschwerdeführer macht unter verschiedenen Titeln eine Verletzung seiner Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 2 BV geltend.

E. 5.1

Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang erörtert, inwiefern Art. 28 StGB zur Anwendung gelangt. Sie erwägt zusammengefasst, dass die Bestimmung nur jene Personen privilegieren, die an der Herstellung und Verbreitung des Produkts medienpezifisch mitwirkten. Mit der Veröffentlichung des Artikels auf der Website von "Indyvegan" sei die medienpezifische Verbreitung abgeschlossen. Wer auf andere Art und Weise auf den veröffentlichten Artikel hinweise bzw. diesen verlinke, begehe eine weitere eigenständige Veröffentlichung. Das Bundesgericht hat die Frage der Privilegierung nach Art. 28 StGB in Bezug auf das Weiterverbreiten von Beiträgen auf Facebook zuletzt offengelassen (Urteil 6B_1114/2018 vom 29. Januar 2020 E. 4, nicht publ. in: BGE 146 IV 23).

E. 5.2

Art. 16 Abs. 2 BV garantiert jeder Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu BGE 147 IV 65 S. 68 verbreiten. Zu den zentralen Ausprägungen des allgemeinen Grundrechts freier Meinungsäusserung gehört auch die Freiheit der Medien (Art. 17 BV). Sie gewährt dem Einzelnen die Möglichkeit, seine Meinung durch die Medien in der Öffentlichkeit zu verbreiten. Die damit vermittelte Freiheit des Medienschaffens ist nicht Selbstzweck. Vielmehr hat der ungehinderte Fluss von Informationen und Meinungen in einem demokratischen Rechtsstaat eine wichtige gesellschaftliche und politische Bedeutung. Den Medien kommt als Informationsträger die Funktion eines Bindeglieds zwischen Staat und Öffentlichkeit zu. Zugleich leisten sie einen wesentlichen Beitrag zur Kontrolle behördlicher Tätigkeiten (BGE 137 I 8 E. 2.5, BGE 137 I 209 E. 4.2; BGE 107 Ia 45 E. 3). Das StGB enthält verschiedene Spezialbestimmungen, welche die freie Meinungsäusserung privilegieren, darunter im allgemeinen Teil die Modifikation der Grundsätze strafrechtlicher Teilnahme (Art. 28 StGB) sowie der Quellenschutz (Art. 28a StGB).

E. 5.3

Art. 28 Abs. 1 StGB verankert den Grundsatz der exklusiven Strafbarkeit des Autors bei Mediendelikten. Danach ist in aller Regel der Autor allein strafbar, wenn eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen wird und sie sich in dieser Veröffentlichung erschöpft. Im Gegensatz zur früheren subsidiären Kausalhaftung des Redaktors, Verlegers oder Druckers, beschränkt sich die Haftung der nachrangigen

Verantwortlichen heute auf die vorsätzliche oder fahrlässige "Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung" im Sinne von Art. 322 bis StGB (TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 28 StGB). Art. 28 StGB , der im allgemeinen Teil des StGB systematisch unmittelbar an die Teilnahmeformen anschliesst, modifiziert die allgemeinen Grundsätze strafrechtlicher Teilnahme (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Twibel - "Tweets" und "Retweets" mit ehrenrühriem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 221; STÉPHANE WERLY, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. I, 2017, N. 3 zu Art. 28 StGB ; ROBERTO PEDUZZI, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, 2004, S. 366 f.).

E. 5.4

Zunächst setzt Art. 28 StGB voraus, dass die strafbare Handlung "in einem Medium" begangen wird.

E. 5.4.1

Art. 28 StGB (aArt. 27 StGB) wurde zu einem Zeitpunkt konzipiert, als Fernsehen und Radio noch nicht existierten bzw. in ihren BGE 147 IV 65 S. 69 Anfängen steckten. Die Bestimmung war daher ausschliesslich auf die "Mittel der Druckerpresse" ausgerichtet. Dahinter stand die Überlegung, Störungen und Hindernisse in der redaktionellen Arbeit zu verhindern. Redaktoren, Drucker oder andere Beteiligte sollten nicht "der Verbreitung neuer Gedanken aus Furcht ihre Hilfe versagen" (Botschaft vom 23. Juli 1918 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV 11; Botschaft vom 17. Juni 1996 über die Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 1996 549 Ziff. 211.11; zur Entstehungsgeschichte FRANZ ZELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 18 ff. zu Art. 28 StGB ; WERLY, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 28 StGB). Alsdann bestand das Bedürfnis, die allgemeinen Grundsätze der Schuld- und Teilnahmelehre wenigstens teilweise auszuschalten, da sich bei Pressedelikten häufig kaum zuverlässig feststellen liess, ob und welches Mass an Schuld jeden einzelnen Beteiligten trifft (ULRICH WEBER, Betrachtungen zur Stellung der periodischen Druckschriften im Strafprozess [...], 1971, S. 41). Bereits der Begriff der Druckerpresse war dabei in einem weiten Sinne zu verstehen. Nach der Rechtsprechung umfasste die Druckerpresse sämtliche Erzeugnisse, die auf einem die leichte Herstellung in einer unbeschränkten Zahl von Exemplaren erlaubenden mechanischen Weg vervielfältigt werden können, wie namentlich Broschüren oder Plakate. Ob die Vervielfältigung in einem organisierten Betrieb oder ausserhalb eines solchen besorgt würde, war nicht von Bedeutung (BGE 128 IV 53 E. 5c; 74 IV 129 E. 2).

E. 5.4.2

In seiner Grundkonzeption ist die in Art. 28 StGB verankerte Sonderregelung auch mit der Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts (in Kraft seit 1. April 1998; AS 1998 852) unverändert geblieben (ZELLER, a.a.O., N. 24 zu Art. 28 StGB). Beabsichtigt war allerdings, die vom Strafrecht gesetzten Bedingungen für die Arbeit der Medienschaffenden mit dem technischen Wandel einhergehenden Veränderungen anzupassen. Die auf Veröffentlichung in der Presse beschränkte Bestimmung sollte auf weitere Medien, namentlich Radio, Fernsehen sowie weitere "neue Kommunikationsmittel" ausgedehnt werden (BBl 1996 549 Ziff. 211.11). Dementsprechend geht auch die Lehre von einem weiten Medienbegriff aus (DONATSCH/TAG, Verbrechenslehre, Strafrecht I, 9. Aufl.

2013, S. 204 f.; BARRELET/WERLY, Droit de la communication, 2. Aufl. 2011, Rz. 1361; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie générale, 2. Aufl. 2008, Rz. 1277; MICHEL DUPUIS UND ANDERE, in: CP Code BGE 147 IV 65 S. 70 pénal, 2. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 28 StGB). Dass auch die sog. Social Media als Medium im Sinne des Gesetzes gelten, wird im Schrifttum überwiegend befürwortet (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts [Art. 28, 322 bis StGB][nachfolgend: Anwendungsbereich], in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, 2012, S. 173 f.; derselbe , Twibel, a.a.O., S. 223 f. und Fn 28; betreffend Twitter: TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., N. 3 zu Art. 28 StGB ; REGULA BÄHLER, Tweet und Retweet: Mitgegangen, mitgefangen - aber nicht immer, Medialex 2017 S. 44; SIMON ROTH, forumpoenale 2017 S. 293; WOHLERS, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Wohlers/Goenzi/Schlegel [Hrsg.], 4. Aufl.2020, N. 2 zu Art. 28 StGB "elektronische Netzwerke mit Einschluss des Internets"; a.A. MATTHIAS SCHWAIBOLD, Warum "Twitter" kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui-generis 2017 S. 117 ff.).

E. 5.4.3

Aus dem offenen Wortlaut ("Medium"; "média"; "mezzo di comunicazione sociale") wie auch aus der Botschaft (BBl 1996 549: "gesamtmediale Betrachtungsweise" im Sinne von aArt. 55 bis BV) ergibt sich, dass Art. 28 StGB nicht nur sämtliche Kommunikationsträger (Zeitungen, Zeitschriften, Radio, Fernsehen usw.), sondern auch Kommunikationsmittel (Video, Teletext, Videotext, E-Mail, Internet usw.) erfassen soll. Die offene Formulierung ist auf das Bestreben des Gesetzgebers zurückzuführen, die Medienlandschaft in ihrer gesamten Vielfalt zu erfassen (BBl 1996 526 ff.; Protokoll der Sitzung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 14./15. Mai 1997, S. 3 f.; AB 1997 S 573 f.; AB 1997 N 389 f.). Freilich konnte der Gesetzgeber damals - an der Schwelle zum Informationszeitalter - nicht voraussehen, dass sich die Grenze zwischen Produzenten- und Konsumentenrolle bei der medialen Kommunikation in gewissen Bereichen nicht mehr leichthin ziehen lässt. SCHWARZENEGGER weist zutreffend darauf hin, dass heute jede Person auf eine "Produktionsstätte für Medienveröffentlichungen" zurückgreifen kann (SCHWARZENEGGER, Anwendungsbereich, a.a.O., S. 171; vgl. auch Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bericht der Expertenkommission "Netzwerkriminalität", 2003, S. 62 f.; Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 "Rechtliche Basis für Social Media" vom 10. Mai 2017[nachfolgend: Nachfolgebericht des Bundesrates],S. 7 ff.). Dass der Gesetzgeber Art. 28 StGB auf Formen direkter Kommunikation ausdehnen wollte, lässt sich den Materialien nicht entnehmen und widerspräche BGE 147 IV 65 S. 71 der ratio legis (kritisch auch ZELLER, a.a.O., N. 44 zu Art. 28 StGB ; SCHWAIBOLD, a.a.O., S. 116 ff.; WOHLERS, a.a.O., N. 2 zu Art. 28 StGB). Umgekehrt können Social Media nicht als blosse Form der Individualkommunikation bezeichnet werden (so aber SCHWAIBOLD, a.a.O., S. 126 f.). Auch lässt sich die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB nicht generell auf jene Berufskategorien (Redaktoren, Verleger, Drucker) beschränken, wie sie in der früheren Gesetzesfassung privilegiert wurden (so aber FRANZ RIKLIN, Kaskadenhaftung - quo vadis?, Medialex 2000 S. 206). Beide Ansätze greifen zu kurz. Denn das Medienprivileg gilt für alle Personen, die an der Herstellung oder Verbreitung eines Medienerzeugnisses mitwirken. Sie müssen - anders als beim "periodisch erscheinenden Medium" nach Art. 28a Abs. 1 StGB oder beim "Medienunternehmen" nach Art. 322 Abs. 1 StGB - nicht Teil eines Medienunternehmens sein (BGE 128 IV 53 E. 5e "partie d'une entreprise de media"; ZELLER, a.a.O., N. 47 zu Art. 28 StGB ; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., N. 3 zu

Art. 28 StGB ; a.A. RIKLIN, Kaskadenhaftung - quo vadis?, a.a.O., S. 206; SCHWARZENEGGER, Anwendungsbereich, a.a.O., S. 187). Dies ist historisch zu begründen. Denn bereits aArt. 27 Abs. 2 StGB (in Kraft ab 1. Januar 1942; AS 54 757) regelte ausdrücklich die Verantwortlichkeit bei "nicht periodischen Druckschriften", namentlich die Publikation eines Inserats im Anzeigeteil einer Zeitung durch Aussenstehende (BBl 1918 IV 11; CARL LUDWIG, Schweizerisches Presserecht, 1964, S. 156 f.). Insofern sollen alle Personen über die Presse bzw. heute über ein "Medium" ihre Meinung in der Öffentlichkeit möglichst wirksam zur Geltung bringen können.

E. 5.4.4

Social Media treten in den verschiedensten Formen auf, etwa als soziale Netzwerke (z.B. Facebook), Mikroblogs (z.B. Twitter), Newsgroups (Foren), Instant-Messaging-Dienste (z.B. WhatsApp), audiovisuelle Medienseiten (z.B. Youtube) oder entsprechende Mischformen (z.B. Instagram). Ihr Inhalt reicht von journalistischen Beiträgen, Kommentaren aus der Leserschaft bis hin zur blossen Alltagskommunikation in Wort, Schrift, (bewegtem) Bild und Ton (vgl. Nachfolgebericht des Bundesrates, a.a.O., S. 6 ff.). Die Weite des Medienbegriffs führt allerdings nicht dazu, Social Media gemeinhin als "Medium" zu qualifizieren. Vielmehr ergibt sich die konkrete Anwendbarkeit von Art. 28 StGB im Einzelfall aus dem Erfordernis, dass das Medienerzeugnis der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 13 Rz. 167; BGE 147 IV 65 S. 72 WOHLERS, a.a.O., N. 2 zu Art. 28 StGB). Der geistige oder bildliche Inhalt gilt als veröffentlicht, wenn er auch bloss in einem begrenzten Kreis verbreitet wird, vorausgesetzt, dass er nicht nur an bestimmte Personen, sondern (innerhalb des Kreises) an irgendwen, der sich für den Inhalt interessiert, abgegeben wird (BGE 128 IV 53 E. 5c; BGE 82 IV 71 E. 4; 74 IV 129 E. 2; BARRELET/WERLY, a.a.O., Rz. 1361). An die Öffentlichkeit richten sich grundsätzlich auch Beiträge auf Social Media-Plattformen, soweit sie nicht durch persönliche Einstellungen nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind (ZELLER, a.a.O., N. 52a zu Art. 28 StGB ; betreffend Twitter: SCHWARZENEGGER, Twibel, a.a.O., S. 228 Fn 46; betreffend "propos dans un newsgroup": WERLY, a.a.O., N. 15 zu Art. 28 StGB).

E. 5.5

Die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB bedingt zusätzlich, dass sich die strafbare Handlung in der Veröffentlichung erschöpft ("consommée"; "consumato"). Darunter ist die Deliktvollendung zu verstehen (DONATSCH/TAG, a.a.O., S. 206; WOHLERS, a.a.O., N. 3 zu Art. 28 StGB ; SCHWARZENEGGER, Anwendungsbereich, a.a.O., S. 178 f.). Art. 28 StGB privilegiert dabei alle innerhalb der für das Medium typischen Herstellungs- und Verbreitungskette notwendigerweise tätigen Personen (BGE 128 IV 53 E. 5e; BGE 86 IV 145 E. 1; 73 IV 65 ; BBl 1996 550 f.; STÉPHANIE MUSY, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019 II S. 14; WERLY, a.a.O., N. 22 ff. zu Art. 28 StGB ; einschränkend SCHWARZENEGGER, Anwendungsbereich, a.a.O., S. 176 f.). Ohne diese im Einzelfall weitreichende Erfassung gewisser mit der Veröffentlichung zusammenhängender Beiträge und Hilfstätigkeiten, könnten Medienschaffende ihre Aufgaben nicht in angemessener Weise erfüllen. So sind nach der Rechtsprechung Mitglieder einer politischen Partei von der Strafbarkeit ausgenommen, die sich als Plakatierer im Rahmen eines Abstimmungskampfes beteiligen (BGE 128 IV 53) oder Broschüren verteilen (BGE 74 IV 129). Übernimmt dagegen ein Redaktor die

ehrverletzende Meldung einer Nachrichtenagentur und veröffentlicht er sie in seiner Zeitung, begeht er ein eigenständiges Delikt (BGE 82 IV 71 E. 4). Er ist nicht Teil der ersten Herstellungs- und Verbreitungskette und das erste Delikt ist bereits vollendet (vgl. MUSY, a.a.O., S. 15). Insofern wird zwar der Verbreiter, nicht aber der Weiterverbreiter nach Art. 173 StGB von Art. 28 StGB erfasst. Der weite Medienbegriff bedingt, dass im Einzelfall geprüft werden muss, wer Teil der medientypischen Herstellungs- und Verbreitungskette ist. BGE 147 IV 65 S. 73

E. 5.6

Bei Facebook handelt es sich um einen sozialen Netzwerkdienst, der darauf ausgerichtet ist, eine schnelle und weitreichende Kommunikation zu ermöglichen (BGE 146 IV 23 E. 2.2.3 mit Hinweis). Der auf Facebook aufgeschaltete Beitrag des Beschwerdeführers richtete sich an ungefähr 2'500 Personen. Der Beschwerdeführer hat folglich einem breiten Personenkreis die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffnet. Ob der Beitrag tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde, ist bei der Veröffentlichung im Sinne von Art. 28 StGB nicht von Bedeutung (DONATSCH/TAG, a.a.O., S. 205; SCHWARZENEGGER, Anwendungsbereich, a.a.O., S. 177). Das "Teilen" des Artikels von "Indyvegan" auf Facebook als Medium steht der Anwendung von Art. 28 StGB daher im vorliegenden Fall nicht entgegen. Entscheidend ist jedoch die Frage, ob sich der Beschwerdeführer noch innerhalb der medientypischen Herstellungs- und Verbreitungskette bewegte. Dies ist zu verneinen. Der Ausgangsartikel wurde mit dem entsprechenden "Post" von "Indyvegan" in Verkehr gesetzt und stand damit nicht mehr unter der Kontrolle des Herstellers. Mit dem "Teilen" wurde lediglich ein fremder bereits veröffentlichter Beitrag verlinkt. Der Rechtsstandpunkt der Vorinstanz erweist sich damit als zutreffend. Eine privilegierte Teilnahme im Sinne von Art. 28 StGB fällt ausser Betracht.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.