

1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

1.2 Schwerpunkt Besonderer Teil Accent sur la partie spéciale

Nr. 25 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. April 2015 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_256/2014 [zur Publikation vorgesehen]

Art. 258 Abs. 1 StGB: Schreckung der Bevölkerung; Äusserungen auf sozialen Medien (Facebook); Bevölkerungsbegriff.

Wer auf seinem Facebook-Profil Postings mit drohendem Charakter veröffentlicht, die nur für seine Facebook-Freunde sichtbar sind, macht sich nicht der Schreckung der Bevölkerung gemäss Art. 258 Abs. 1 StGB strafbar, da er sich dadurch nicht an die Bevölkerung im Sinne dieses Tatbestandes wendet. Dieser Begriff erfasst zwar neben den Einwohnern eines mehr oder weniger grossen Gebiets auch die Gesamtheit der Personen, die sich, als Repräsentanten der Allgemeinheit, eher zufällig und

forumpoenale 2015 - S. 199

kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden, nicht aber einen Personenkreis, mit welchem der Urheber einer Äusserung durch Freundschaft oder Bekanntschaft im realen oder virtuellen Leben verbunden ist. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

Art. 258 al. 1 CP: menace alarmant la population; propos tenus sur des médias sociaux (Facebook); notion de population.

Celui qui publie sur son profil Facebook des messages à caractère menaçant, visibles seulement par ses amis Facebook, ne réalise pas les éléments constitutifs de l'infraction de menace alarmant la population selon l'art. 258 al. 1 CP, faute de s'adresser à la population au sens de cette disposition. Outre les habitants d'un territoire plus ou moins grand, la notion de population appréhende certes aussi l'ensemble des personnes qui, en leur qualité de représentantes de la collectivité, se trouvent de manière plutôt fortuite et brève simultanément en un lieu déterminé, mais non pas un cercle d'individus avec lesquels l'auteur d'un propos est lié par l'amitié ou la connaissance dans la vie réelle ou virtuelle. (Résumé des auteurs du commentaire)

Art. 258 cpv. 1 CP: pubblica intimidazione; esternazioni sui social media (Facebook); concetto di popolazione.

Colui che pubblica sul suo profilo Facebook dei post di carattere minaccioso, visibili unicamente ai suoi amici di Facebook, non si rende colpevole di pubblica intimidazione ai sensi dell'art. 258 cpv. 1 CP, poiché non si rivolge alla popolazione nel senso di questa fattispecie. Questo concetto

comprende certamente, oltre agli abitanti di un territorio più o meno vasto, anche l'insieme delle persone che, quali rappresentanti della collettività, si trovano nello stesso momento, per lo più per caso e per breve tempo, in un determinato luogo; il medesimo non comprende però una cerchia di persone a cui l'autore di un'esternazione è legato da un'amicizia o una conoscenza nella vita reale o virtuale. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

Sachverhalt:

X. verfasste unter Benützung seines Computers den folgenden Text und veröffentlichte diesen auf seiner Profilseite auf Facebook: «FREUT SICH HÜT NIEMERT, DASS ICH GEBORE WORDE BIN...ICH SCHWÖR, ICH ZAHLS EU ALLNE ZRUG!!! ES ISCH NÖD E FRAG VO DE HÖFLICHKEIT, SONDERN VOM RESPEKT UND EHRE. ICH VERNICHTE EUI ALLI, IHR WERDET ES BEREUE, DASS IHR MIR NÖD IM ARSCH KROCHE SIND, DENN JETZT CHAN EU NIEMERT ME SCHÜTZE... POW!!!!POW!!!!POW!!!!» [Freut sich denn heute niemand, dass ich geboren worden bin... Ich schwöre, ich zahle es euch allen zurück!!! Es ist nicht eine Frage der Höflichkeit, sondern von Respekt und Ehre. Ich vernichte euch alle, ihr werdet es bereuen, dass ihr mir nicht in den Arsch gekrochen seid, denn jetzt kann euch niemand mehr schützen... POW!!!!POW!!!!POW!!!!]

Dieser Text war für diejenigen Personen sichtbar, welche über Facebook ein eigenes Profil erstellt und in Bezug auf das Profil von X. den Freundschaftsstatus innehatten. Dabei handelte es sich um zirka 290 Personen, was X. wusste. Das OGer ZH, I. Strafkammer, sprach X. der versuchten Schreckung der Bevölkerung gemäss Art. 258 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig. X. führte Beschwerde in Strafsachen an das BGer. Dieses heisst seine Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

[...]

2.3.1. Art. 258 StGB ist nur anwendbar, wenn die «Bevölkerung» (la «population», la «popolazione») in Schrecken versetzt beziehungsweise zu versetzen versucht wird. Die Vorinstanz befasst sich mit diesem Tatbestandsmerkmal nicht im Einzelnen. Sie prüft stattdessen, ob der Beschwerdeführer die inkriminierte Äusserung «öffentlich» tat. Sie bejaht dies unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Merkmal der Öffentlichkeit beim Tatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB (BGE 130 IV 111 E. 5 f.). Die inkriminierte Äusserung habe von den rund 290 «Facebook»-Freunden des Beschwerdeführers gelesen werden können. Diese seien nicht alle miteinander bekannt oder durch persönliche Beziehungen verbunden gewesen. Sie hätten zudem durch Drücken des «like-button» die Äusserung ihren Freunden zur Kenntnis geben können, worüber der Beschwerdeführer keine Kontrolle gehabt habe. Die inkriminierte Äusserung sei daher nicht im privaten Rahmen, sondern öffentlich erfolgt.

2.3.2. Unter welchen Voraussetzungen Äusserungen im «Facebook» an «Facebook»-Freunde als «öffentlich» im Sinne des Tatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) zu qualifizieren sind und ob die inkriminierten Äusserungen in diesem Sinne öffentlich waren, ist hier nicht zu entscheiden, da vorliegend nicht Art. 261^{bis} StGB zur Diskussion steht. Den Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung gemäss Art. 258 StGB erfüllt nicht schon, wer durch öffentliche

Äusserungen andere Personen in Schrecken versetzt. Der Tatbestand setzt vielmehr voraus, dass der Täter die Bevölkerung (la population, la popolazione) in Schrecken versetzt. Die Lehre nimmt an, dass mit dem Begriff der «Bevölkerung» im Sinne von [Art. 258 StGB](#) ein grösserer Personenkreis, eine unbestimmte Vielzahl von Personen gemeint ist [...]. Unter «Bevölkerung» im Sinne dieser Bestimmung sei nicht die Gesamtheit der Einwohner eines Gebiets zu verstehen. Vielmehr reiche aus, dass eine grössere Anzahl von Personen (beispielsweise Angehörige bestimmter Konfessionen, Rassen oder Bevölkerungsschichten) betroffen sei [...]. [...] Das österreichische Recht enthält einen Straftatbestand, welcher dem Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung gemäss [Art. 258 StGB](#) ungefähr entspricht. Gemäss § 275 A-StGB («Landzwang») wird bestraft, wer die Bevölkerung oder einen grossen Personenkreis durch eine Drohung mit einem Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder

forumpoenale 2015 - S. 200

Vermögen in Furcht und Unruhe versetzt. Aus diesem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass ein «grosser Personenkreis» nicht ohne weiteres als «Bevölkerung» zu qualifizieren ist. Nach Rechtsprechung und Lehre zu dieser Strafbestimmung ist unter «Bevölkerung» die Einwohnerschaft eines bestimmten Gebiets zu verstehen und somit für den Begriff primär die räumliche Verbundenheit durch Wohnen innerhalb eines bestimmten Gebiets massgebend. Demgegenüber ist ein «grosser Personenkreis» bei einer Vielzahl von Menschen gegeben, die so erheblich sein muss, dass deren Bedrohung eine Störung des öffentlichen Friedens bedeutet [...].

2.3.3. Unter der «Bevölkerung» sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch «alle Bewohner, Einwohner eines bestimmten Gebietes» zu verstehen (Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl. 2010). «Bevölkerung» meint «die Gesamtheit aller Personen, die in einem bestimmten Gebiet leben. Je nach Fragestellung kann ein solches die gesamte Erde umfassen (Welt-B.) oder sehr eng eingegrenzt sein (Stadtteil)» (Brockhaus Enzyklopädie, 21. Aufl. 2006). Entsprechend werden die Begriffe «population» und «popolazione» in der französischen und in der italienischen Sprache definiert. [...] Der Begriff der «Bevölkerung» wird aber mitunter auch in einem weiteren Sinne definiert. Gemeint ist danach die «Gesamtheit von Personen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt durch ihren Wohnsitz, ihre Arbeitsstätte oder ihre Staatsbürgerschaft einem bestimmten Gebiet zuzuordnen sind (räuml. Abgrenzung) oder die zu einer Gruppe gehören, die durch andere Kriterien (z.B. Sprache, Erwerbstätigkeit, ethn. Zugehörigkeit) definiert ist» (Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, 9. Aufl. 1972).

2.3.4. Der Begriff der «Bevölkerung» im Sinne von [Art. 258 StGB](#) erfasst nach seinem allgemeinen Sprachgebrauch zweifellos die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten, mehr oder weniger grossen Gebietes. Der Begriff der «Bevölkerung» im Sinne von [Art. 258 StGB](#) ist aber in Anbetracht der Einordnung dieser Strafbestimmung bei den Delikten «gegen den öffentlichen Frieden» weiter zu fassen. Eine «Bevölkerung» in diesem Sinne bildet auch die Gesamtheit der Personen, die sich, als Repräsentanten der Allgemeinheit, eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden, beispielsweise in einem Kaufhaus, in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einem Sportstadion.

Hingegen kann der Personenkreis, mit welchem der Urheber einer Äusserung durch Freundschaft oder Bekanntschaft im realen oder virtuellen Leben verbunden ist, nicht als «Bevölkerung» im Sinne von Art. 258 StGB angesehen werden, zumal hier ein Bezug zu einem bestimmten Ort fehlt.

2.3.5. Indem der Beschwerdeführer die inkriminierte Äusserung an seine rund 290 «Facebook»-Freunde adressierte und darin im Besonderen diejenigen Freunde ansprach, die ihm nicht zum Geburtstag gratuliert hatten, richtete er sich nicht an die «Bevölkerung» im Sinne von Art. 258 StGB.

[...]

Bemerkungen:

I. Ehrverletzende, drohende, nötigende und rassistische Äusserungen auf sozialen Medien, insbesondere auf Facebook und Twitter, sind in der jüngeren Vergangenheit vermehrt in den Fokus des Strafrechts geraten, bisweilen mit einiger medialer Aufmerksamkeit. Während die einschlägigen Ehrverletzungsdelikte (Art. 172 ff. StGB) und Vergehen gegen die Freiheit (Drohung gemäss Art. 180 StGB, Nötigung gemäss Art. 181 StGB) diesbezüglich keine spezifischen Probleme aufwerfen, stellt sich bei gewissen Vergehen gegen den öffentlichen Frieden (12. Titel StGB) regelmässig die Frage, inwieweit solche Äusserungen (noch) dem Privaten zugeordnet werden können und damit nicht tatbestandsmässig sind. Von dieser Problematik betroffen sind Art. 258 StGB (Schreckung der Bevölkerung), Art. 259 StGB (öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit), Art. 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit in der Tatbestandsvariante des Beschimpfens bzw. Verspottens) und Art. 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung in allen Tatbestandsvarianten mit Ausnahme der Leistungsverweigerung).

II.1. Das Bundesgericht erhielt erstmals die Gelegenheit, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen. Wer allerdings eine allgemein gültige Formel für die Beurteilung der privaten bzw. öffentlichen Natur von Äusserungen auf sozialen Medien erwartet, wird enttäuscht. Eingangs stellt das Bundesgericht klar, dass es nicht über die Öffentlichkeit von Facebook-Postings i.S.v. Art. 261^{bis} StGB entscheidet (E. 2.3.2).

2. Dogmatisch gelingt dies dem Bundesgericht, indem es zwischen der Bevölkerung i.S.v. Art. 258 StGB und der Öffentlichkeit i.S.v. Art. 261^{bis} StGB unterscheidet. Erst kürzlich differenzierte das Bundesgericht weit weniger deutlich, als es zu beurteilen hatte, ob mündliche Todesdrohungen gegen eine Sozialarbeiterin den Tatbestand von Art. 258 StGB erfüllten. Das Bundesgericht setzte sich damals nur kurz mit dem Bevölkerungsbegriff auseinander und schien wesentlich darauf abzustellen, dass die Drohungen «in den Räumlichkeiten der Sozialhilfe und damit *öffentlich* geäussert worden» waren (BGer, Urteil v. 3.7.2014, 6B_175/2014, E. 2.3.1, Hervorhebung hinzugefügt). Noch einen Schritt weiter ging im vorliegenden Fall das Obergericht Zürich, das die beiden Begriffe «Bevölkerung» und «Öffentlichkeit» gleichgesetzt hatte. Genau besehen hatte sich das Obergericht hierbei fälschlicherweise auf FIOKA gestützt, der mit der h.L. davon ausgeht, dass die Äusserung geeignet sein muss, die Bevölkerung zu erreichen, was nur möglich ist, wenn sie *mindestens* öffentlich erfolgt (FIOKA, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 258 N 29). Daraus ergibt sich aber entgegen der Ansicht des Obergerichts einzig, dass die öffentliche Natur der Äusserung eine notwendige, aber keineswegs hinreichende Bedingung darstellt, um das

Tatbestandsmerkmal der «Bevölkerung» zu bejahen. Einer privaten Äusserung ist nämlich *per se* die Möglichkeit abzusprechen, die Bevölkerung zu erreichen.

forumpoenale 2015 - S. 201

III.1. Es sei hier daran erinnert, dass das Bundesgericht seit seiner Praxisänderung Öffentlichkeit von Äusserungen i.S.v. Art. 261^{bis} StGB dann annimmt, wenn sie «nicht im privaten Rahmen erfolgen». Als privat gelten dabei (nur) Äusserungen, «die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen» (BGE 130 IV 111, 119; vgl. auch BGer, Urteil v. 24.2.2010, 6B_1024/2010, E. 4.2). Die notwendige Intensität der Beziehungen bzw. des Vertrauens, welche Öffentlichkeit ausschliesst, korreliert negativ mit der Anzahl der involvierten Personen: Je enger diese miteinander verbunden sind, desto umfangreicher kann deren Kreis sein, ohne den privaten Charakter zu verlieren, und umgekehrt (BGE 130 IV 111, 119 f.). Der «Öffentlichkeitstest» besteht somit aus einem qualitativen und einem quantitativen Element (FIOLKA/NIGGLI, AJP 2001, 533, 539).

2. Vergleicht man diesen Öffentlichkeitsbegriff mit dem im besprochenen Entscheid entwickelten Bevölkerungsbegriff, so wird klar, dass dieser gegenüber jenem eine *höhere* Schwelle setzt. Gemäss E. 2.3.4. gibt es zwei Alternativen, in denen die Adressaten einer Äusserung die Bevölkerung i.S.v. Art. 258 StGB darstellen. In der ersten Alternative umfassen die Adressaten sämtliche Bewohner eines bestimmten, mehr oder weniger grossen Gebiets, was in der Praxis eher selten vorkommen dürfte. Relevanter ist die zweite Alternative, die voraussetzt, dass die Adressaten der Äusserung – kumulativ – (i) Repräsentanten der Allgemeinheit darstellen, (ii) sich gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden, wenn auch nur eher zufällig und kurzfristig, und (iii) mit dem Urheber der Äusserung nicht durch Freundschaft oder Bekanntschaft im realen oder virtuellen Leben verbunden sind.

3. Diese Formel ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert:

a) Vor dem Hintergrund, dass eine Äusserung im Internet zu beurteilen war, überrascht die Auslegung des Begriffs «Bevölkerung», die das Bundesgericht vor allem rechtsvergleichend (mit dem österreichischen Tatbestand des «Landzwangs», E. 2.3.2.) und grammatikalisch (E. 2.3.3.) vornimmt. Im Ergebnis fordert das Bundesgericht in beiden zuvor dargestellten Alternativen des Bevölkerungsbegriffs eine örtlich-räumliche Verbundenheit zwischen den Adressaten der Äusserung, sei dies durch Wohnen innerhalb eines bestimmten Gebiets, sei dies durch gleichzeitigen Aufenthalt an einem bestimmten Ort. Dass auch in der zweiten Alternative ein physischer – im Gegensatz zu einem virtuellen – Ort gemeint ist, ergibt sich aus der beispielhaften Aufzählung von Kaufhaus, öffentlichem Verkehrsmittel und Sportstadion. Damit zeigt sich das Bundesgericht offensichtlich unbeeindruckt davon, dass heutzutage auch soziale Medien wie Facebook durchaus als «Orte» wahrgenommen werden könnten, an denen sich Einzelne begegnen und austauschen können.

b) Bemerkenswert ist auch die Negativvoraussetzung, wonach eine Äusserung nur dann an die Bevölkerung gerichtet ist, wenn deren Urheber mit den Adressaten nicht «durch Freundschaft oder Bekanntschaft im realen oder virtuellen Leben verbunden ist». Anders als der Öffentlichkeitsbegriff, der aus einem qualitativen und einem quantitativen Element besteht, lässt diese Formel reale oder

virtuelle Bekanntschaften zwischen Urheber und Adressaten pauschal genügen, um die Tatbestandsmässigkeit auszuschliessen. Dass sich der Entscheid in keiner Art und Weise mit dem quantitativen Element des Sachverhalts (Zahl der Facebook-Freunde) auseinandersetzt, impliziert, dass der «Bevölkerungstest» rein qualitativ zu erfolgen hat. An die Qualität der zwischenmenschlichen Beziehungen zwischen Urheber und Adressaten können dabei keine hohen Anforderungen gestellt werden, da das Bundesgericht blosse Bekanntschaften explizit genügen lässt. Damit ist kein besonderes Vertrauensverhältnis vorausgesetzt.

IV.1. Werden die dargestellten Kriterien der örtlich-räumlichen Verbundenheit der Adressaten und des (auch nur rein virtuellen) Bekanntschaftsverhältnisses ernst genommen, kann ein Facebook-Posting, dessen Sichtbarkeit auf die Facebook-Freunde des Urhebers eingeschränkt ist, den Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung nicht erfüllen. Dies gilt unabhängig von der Anzahl der Facebook-Freunde des Urhebers sowie von der Qualität der Beziehungen, die dieser im realen Leben mit seinen Facebook-Freunden pflegt.

2. Auch für andere soziale Medien wie Twitter, Youtube, Blogs, Foren, Chats und Kommentarfunktionen von Online-Medien wird der Anwendungsbereich von Art. 258 StGB stark eingeschränkt. Zwar wird man hier in vielen Fällen eine (auch nur rein virtuelle) Bekanntschaft zwischen Urheber und Adressaten von inkriminierten Äusserungen verneinen müssen; jedoch besteht in aller Regel keine örtlich-räumliche Verbundenheit unter den Followers von Twitter bzw. Usern von Youtube, Blogs, Foren und Chats. Ausnahmen dürften sich nur dort ergeben, wo schon das betreffende soziale Medium eine bestimmte geographische Ausrichtung aufweist, wie z.B. bei regionsspezifischen Foren oder Online-Medien (Beispiel: Äusserung in der Kommentarfunktion des «Zürcher Unterländers»). Es ist fraglich, ob sich das Bundesgericht bewusst war, dass die Voraussetzung der örtlich-räumlichen Verbundenheit der Adressaten den Anwendungsbereich von Art. 258 StGB auf sozialen Medien derart einschränkt.

V.1. Trotzdem ist im Ergebnis dem Entscheid zuzustimmen: Erfolgen Äusserungen gegenüber Personen, mit denen der Urheber ein *Freundes- oder Bekanntschaftsverhältnis* pflegt, erscheint eine Verurteilung wegen Schreckung der Bevölkerung vor dem Hintergrund des durch Art. 258 StGB geschützten Rechtsguts des *öffentlichen Friedens* unangemessen. Die strafrechtliche Antwort für solches Verhalten ist vielmehr im Tatbestand der Drohung (Art. 180 StGB) zu suchen, der die Individualinteressen der Bedrohten schützt.

forumpoenale 2015 - S. 202

2. Da das Bundesgericht zur Öffentlichkeit von Facebook-Postings nicht Stellung nimmt, verbleibt die Unsicherheit, unter welchen Umständen inkriminierte – insbesondere rassistische (Art. 261^{bis} StGB) – Äusserungen auf sozialen Medien öffentlich sind. Der besprochene Bevölkerungsbegriff könnte durchaus als Impuls dienen, die weite Definition von Öffentlichkeit in BGE 130 IV 111, welche mit einer engen Auffassung von Privatsphäre einhergeht, kritisch zu hinterfragen und insbesondere die qualitativen Anforderungen an die zwischenmenschlichen Beziehungen weniger hoch anzusetzen, selbst wenn quantitativ eine grössere Anzahl Personen angesprochen wird. Die Tatsache, dass eine Beziehung zu Bekannten lose und nicht durch ein «besonderes Vertrauensverhältnis» gekennzeichnet

ist, macht dieselbe nämlich noch lange nicht öffentlich, auch wenn sich die Äusserung an viele Bekannte richtet. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bekanntschaft real oder (nur) virtuell ausgelebt wird. Das Internet, und im Besonderen soziale Medien, sind *in Teilen* durchaus der Privatsphäre zuzuordnen, was die anhaltende Diskussion um Datenschutz in der digitalisierten Welt aufzeigt.

3. Gleichzeitig gilt es aber auch anzuerkennen, dass wiederum *andere Teile* des Internets nicht mehr der Privatsphäre zugerechnet werden können. Deshalb kann unseres Erachtens dem Ansatz des Bundesgerichts nicht gefolgt werden, dass der Bevölkerungsbegriff in jedem Fall eine örtlich-räumliche Verbundenheit der Adressaten einer Äusserung voraussetzen soll. Vielmehr sollten Äusserungen auf sozialen Medien, die der Urheber an eine über den Freundes- oder Bekanntenkreis hinausgehende Personengruppe richtet, vom Tatbestand des Art. 258 StGB (und Art. 261^{bis} StGB) grundsätzlich erfasst sein.

RA Thomas Murmann, RA Simon Roth