

Dr. iur. Franz Riklin
em. Professor an der Universität Freiburg

Fürsprech und Notar
Konsulent Anwaltsbüro Rüdy / Delnon, Zürich
Mitglied des Zürcher Anwaltsverbandes

Chemin Albert Schweitzer 8
1700 Freiburg i.Ue.

Tel. 026 / 481 14 72
079 / 504 13 10
E-Mail: f.riklin@freesurf.ch
franz.riklin@unifr.ch

Dr. Erwin Kessler
Verein gegen Tierfabriken
Schweiz VgT
Im Bühl 2

9546 Tuttwil

Freiburg, 16.10.2008

Gedankenäusserungsdelikte: Dauer- oder Zustandsdelikte?

Sehr geehrter Herr Kessler,

Sie haben mich gebeten, zur Frage ein Kurzgutachten zu erstellen, ob es sich bei Ehrverletzungsdelikten und andern Gedankenäusserungsdelikten um Dauerdelikte handelt. Es geht Ihnen dabei natürlich auch um eine Nutzanwendung für den Straftatbestand der Rassendiskriminierung. Das Obergericht des Kt. Zürich ging in einem Beschluss der II. Strafkammer vom 28. August 2008 (Nr. SB080112) ohne nähere Begründung davon aus, bei tatsächlich oder vermeintlich rassendiskriminierenden Texten, die auf eine Homepage aufgeschaltet und in der Folge dort belassen würden, liege ein Dauerdelikt vor, das erst mit der Entfernung beendet sei.

Ich gliedere meine Ausführungen wie folgt:

1. Vorbemerkungen
2. Rechtslage bei Ehrverletzungsdelikten
3. Nutzanwendung auf andere Gedankenäusserungsdelikte
4. Schlussfolgerung

1. Vorbemerkungen

Bekanntlich unterscheidet man in der Doktrin bei Delikten, deren Wirkung über einen gewissen Zeitraum anhält, zwischen Zustands- und Dauerdelikten. Bei *Dauerdelikten* ist die Tat mit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht abgeschlossen, sondern

dieser wird entweder durch pflichtwidriges Aufrechterhalten des geschaffenen rechtswidrigen Zustandes oder durch ununterbrochenes Fortsetzen der Tathandlung weiterverwirklicht (vgl. z.B. BGHSt 39, 390; Lackner/Kühl, StGB, Kommentar, 26. Aufl., München 2007, Vor § 52 N 11). In diesen Fällen bildet die zeitliche Fortdauer eines rechtswidrigen Zustandes noch tatbestandliches Unrecht (Stratenwerth AT I § 12 N 10). Die Verfolgungsverjährung beginnt erst mit der tatsächlichen Beendigung zu laufen (Art. 98 lit. c StGB). Bei *Zustandsdelikten* dagegen hat die Aufrechterhaltung des durch die Tat geschaffenen Zustandes keine selbständige kriminelle Bedeutung, sie werden mit der Begründung des rechtswidrigen Zustandes abgeschlossen und vollendet (Lackner/Kühl, a.a.O. N 11). Damit beginnt auch die Verfolgungsverjährung zu laufen.

Wenn man sich ausschliesslich auf solche Definitionen abstützt, ist die Zuordnung einzelner einschlägiger Delikte zur einen oder andern Kategorie nicht immer einfach. Deshalb sind auch die Doktrin und die Judikatur zu dieser Thematik wichtig. Als Dauerdelikte gelten z.B. Geiselnahme, Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch, Entziehen von Unmündigen und Fahren in fahruntüchtigem Zustand, als Zustandsdelikte z.B. Tötungsdelikte und Sachbeschädigungen.

2. Rechtslage bei Ehrverletzungsdelikten

Nach Literatur und Rechtsprechung sind Ehrverletzungsdelikte Zustands- und nicht Dauerdelikte. Ich verweise z.B. auf Trechsel/Noll 79; Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Art. 178 N 7); BSK Strafrecht II – Riklin Art. 178 N 3; BGE 93 IV 93, 95; BGer. KassH, 6B_67/2007, E. 4.2.

Man könnte allerdings bei Ehrverletzungsdelikten auf die Idee kommen, zu unterscheiden zwischen

- solchen Fällen, bei denen der Beschuldigte nach der Ausführung der Tat die Möglichkeit hätte, den eingetretenen Störungszustand zu beseitigen, wie z.B. bei einem ehrverletzenden Plakat, das aufgehängt wird und jederzeit wieder entfernt werden kann, einer löschbaren ehrverletzenden Aussage auf der Homepage des Beschuldigten oder einem Buch mit ehrverletzendem Inhalt (das vom Markt zurückgezogen werden kann, ausser wenn alle Exemplare verkauft sind), und
- Fällen, wo der Beschuldigte den Störungszustand nicht mehr beseitigen kann, wie z.B. bei einer mündlichen Ehrverletzung, bei einem versandten ehrenrührigen Brief oder bei einem deliktischen Leserbrief nach der Verbreitung der Zeitung.

Dagegen ist dreierlei einzuwenden:

- Zunächst gibt es Ehrverletzungsentscheide, bei denen die Möglichkeit der Beseitigung bestand, ohne dass man deswegen von einem Dauerdelikt ausging. Verwiesen sei namentlich auf den bereits zitierten BGE 6B_67/2007 E. 2.4. Dort nahmen die Beschwerdeführer bei einem Buch mit (angeblich) ehrverletzendem Inhalt an, es liege ein Dauerdelikt vor, weil der Beschuldigte nichts unternommen habe, um für den Rückzug des Buches vom Markt zu sorgen

oder die persönlichkeitsverletzenden Stellen zu korrigieren. Das Bundesgericht führte dazu aus:

„Bei Ehrverletzungen gemäss den Art. 173 f. StGB hat die Rechtsprechung ein Dauerdelikt ausdrücklich verneint....Die Verjährung beginnt daher auch bei Ehrverletzungen durch Druckerzeugnisse mit der eigentlichen ehrverletzenden Handlung, d.h. wie die Vorinstanz zu Recht erkennt, mit der Publikation des beanstandeten Druckwerks (BGE 97 IV 153 E. 2). Etwas anderes lässt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer auch nicht daraus ableiten, dass die Beschwerdegegner nichts unternahmen, um für den Rückzug des Buches vom Markt zu sorgen oder die persönlichkeitsverletzenden Stellen zu korrigieren. Denn so lange der Schuldspruch wegen übler Nachrede nicht in Rechtskraft erwachsen war, waren sie hiezu nicht verpflichtet. Damit lässt sich auch hieraus kein Aufrechterhalten eines von den Beschwerdegegnern geschaffenen rechtswidrigen Zustandes ableiten“.

- Ferner kam es bisher auch bei andern Zustandsdelikten nie vor, dass in Fällen, in denen es dem Beschuldigten möglich gewesen wäre, nach der Deliktsausführung den Störungszustand zu beseitigen, und er dies unterliess, das Zustandsdelikt auf ein Dauerdelikt „umgepoolt“ wurde. So macht sich z.B. auch ein Dieb durch das Behalten der gestohlenen Sache nicht weiterhin strafbar (Donatsch/Tag, 103 Fn. 16). Und bei konkreten Gefährungsdelikten beginnt die Verjährung mit dem Eintritt und nicht erst mit der Beendigung des Gefährungszustandes (BGHSt 32, 293; Lackner/Kühl a.a.O. § 78a N 5), auch wenn der Gefährdende in der Lage ist, die Gefährdung zu beenden.
- Ja sogar dann, wenn bei Erfolgsdelikten etwa gegen Leib und Leben, namentlich fahrlässigen, der Beschuldigte seine Tathandlung ausführte und der Erfolg nicht nur sehr viel später eintrat, sondern dessen Eintritt in der Zwischenzeit hätte verhindert werden können, blieb man bisher beim Zustandsdelikt und liess die Verjährung mit der tatbestandsmässigen Handlung und nicht mit dem Eintritt des Erfolgs eintreten. Deshalb ist es möglich, dass ein solches Delikt verjährt, bevor der Erfolg eingetreten ist und die Voraussetzungen der Bestrafung gegeben sind, etwa wenn die unsorgfältige Ausführung eines Werkes erst nach langer Zeit zum Einsturz und damit u.U. zu Toten führt (Riklin AT I § 21 N 12; Schultz AT I, 248; Trechsel/Noll, 307 f.; Donatsch Tag, 418; BSK Strafrecht I – Müller Art. 98 N 2 ff.; kritisch Jositsch/Spielmann, Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, AJP 2007, 189 ff.). Erst kürzlich hat das Bundesgericht diese Praxis in einem Grundsatzentscheid bekräftigt (BGE 6B_627/2007 vom 11.8.2008, teilweise wiedergegeben in SJZ 2008, 496 f.). Dabei diskutierte man nur die Frage, ob die Verjährung schon bei der Tatausführung oder erst beim Erfolgseintritt zu laufen beginnt. Als massgebend für den Beginn der Verjährung wurde und wird gestützt auf Art. 98 lit. a StGB der Tattag angesehen, d.h. der Tag, an dem der Täter *handelt*, unabhängig davon, wenn der Erfolg eintritt (Stratenwerth AT II § 7 N 28; BGE 102 IV 80). Die Annahme eines Dauerdelikts stand überhaupt nie zur Diskussion. Erwähnt sei auch der Aufsehen erregende „Garagenkipptorfall“, wo ein Mädchen von einem automatischen Garagenkipptor hochgehoben und eingeklemmt wurde, sodass es seither aufgrund einer irreversiblen Hirnschädigung in einem Wachkoma liegt. Obwohl der Unfall nachweislich auf bekannte Fehler im Hebemechanismus zurückzuführen war und die Ersteller lange vor dem

Unfall von der Gefahr wussten und ein anderes Tor nach einem vergleichbaren Unfall mit weniger schwer wiegenden Folgen umrüsteten, konnten sie wegen Verjährung nicht mehr strafrechtlich verfolgt werden (vgl. BGE 6S.449/2004 vom 21.9.2005 und Beobachter Nr. 23/05).

Im Ergebnis bleibt deshalb eine Ehrverletzung ein Zustandsdelikt, unabhängig davon, ob der geschaffene Zustand durch den Ehrverletzer behebbbar gewesen wäre. Das ist vor allem dann nicht störend, wenn der ehrverletzende Charakter einer Aussage umstritten ist. Der Beschuldigte kann sich bis zu einer allfälligen Verurteilung auf die Unschuldsvermutung stützen. Der Umstand, dass er den Störungszustand nicht beseitigte, kann im Fall einer Verurteilung für die Bewertung der Schwere des Delikts von Belang sein und im Strafmass Berücksichtigung finden. Es ginge auch nicht an, in einem solchen Fall zwei Delikte zu konstruieren, eines, das zur Schaffung des Störungszustandes führte und ein anschliessendes zweites, ein Unterlassungsdelikt gestützt auf Ingerenz, das darin besteht, dass der geschaffene Störungszustand nicht behoben wird. Wenn man das schon so sehen würde, wäre die Unterlassung eine mitbestrafte Nachtat, die an drei Voraussetzungen gebunden ist: „Erstens darf die Nachtat kein neues Rechtsgut verletzen, zweitens darf sie keinen neuen Schaden hervorrufen (sondern allenfalls den alten vertiefen), und drittens muss der Geschädigte derselbe sein“ (Roxin, Strafrecht Allg. Teil II, München 2003, § 33 N 220). Genau das wäre z.B. bei einer nichtgelöschten Information auf einer Homepage der Fall.

Der Betroffene ist im Uebrigen keineswegs schutzlos. Er kann je nach Konstellation prozessuale Zwangsmassnahmen beantragen oder vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 28c ff. ZGB.

3. Nutzenanwendung auf andere Gedankenäusserungsdelikte

Es ist meines Erachtens nicht einsichtig, warum bei andern Gedankenäusserungsdelikten (wie etwas bei rassendiskriminierenden Aussagen) etwas anderes gelten sollte. Dass das Bundesgericht bei Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB (Kaskadenhaftung, Medienstrafrecht) ausschloss (BGE 125 IV 211 f; 126 IV 177), hat nichts mit der Verjährungsfrage zu tun.

Die Meinung von Schwarzenegger (Die strafrechtliche Beurteilung von Hyperlinks, FS Rehbinder, München 2002, 737), der bei Ehrverletzungsdelikten und Rassendiskriminierung ein Dauerdelikt bejaht, soweit der Haupttäter die jederzeitige Kontrolle über die strafbaren Inhalte und die Möglichkeit der Entfernung der bereitgestellten Information hat, ist meines Wissens eine ganz isolierte Auffassung und widerspricht dem zuvor Gesagten. Sie hätte auch unabsehbare Konsequenzen. Dann müsste logischerweise auch ein Plakataushang und eine Buchveröffentlichung (solange nicht alle Exemplare vertrieben sind) ein Dauerdelikt sein, was das Bundesgericht jüngst wie erwähnt ausdrücklich verneinte. Man denke ferner z.B. an ein Online-Archiv, in dem ein bisher unbehelligter Text oder eine unbehelligte Sendung mit rechtswidrigem Inhalt gespeichert ist und wo u.U. noch nach Jahren und Jahrzehnten ein Strafverfahren eröffnet werden könnte, wenn die Inhalte nicht entfernt wurden.

4. Schlussfolgerung

Namentlich Ehrverletzungsdelikte aber auch andere Gedankenäusserungsdelikte sind Zustandsdelikte und nicht Dauerdelikte, weshalb die Verjährung mit der (bekannt gegebenen) Aeusserung beginnt. Der Umstand, dass der geschaffene Störungszustand andauert und vom Aeusserer nicht beseitigt wird, sofern er dazu in der Lage ist, macht das (allfällige) Delikt nicht zu einem Sonderdelikt und beeinflusst den Verjährungsbeginn nicht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Prof. Dr. F. Riklin