AJP/PJA 1/2007

Grenzen des materiellrechtlichen Gefühlsschutzes (Art. 261 StGB) – prozedurales Recht als Alternative



Daniel Markus Häusermann, lic. iur.
HSG, St.Gallen

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Ausgangsfall: Die Mohammed-Karikaturen
3. Gefühlsschutz durch Art. 261 StGB
4. Grenzen des materiellrechtlichen Gefühlsschutzes
   4.1 Notwendigkeit und Problematik objektiver Simulation
   4.2 Spuren des Konflikts in der Lehre
   4.3 Aktualisierung des Konflikts im "Karikaturenstreit"
5. Prozedurales Recht als Alternative
   5.1 Grundlagen
   5.2 Skizze einer Prozedur
   5.3 Details zur Prozedur
   5.4 Wirkungsweise der Prozedur
   5.5 Verwandtschaft mit der Strafmediation
6. Schluss

1. Einleitung

In rascher Folge haben die Ereignisse des vergangenen Jahres die Verletzung religiöser Gefühle als gesellschaftliches und rechtliches Problem einer breiten Öffentlichkeit ins Bewusstsein gebracht: Zuerst eskalierte im Frühjahr 2006 ein Streit um zwölf Mohammed-Karikaturen, welche die dänische Zeitung "Jyllands Posten" im Jahr zuvor veröffentlicht hatte. Im April versuchte das Erzbistum München und Freising erfolglos, per einstweilige Verfügung die Ausstrahlung der MTV-Zeichentrickserie "Popetown" verbieten zu lassen, in der nach Angaben des Senders "ein durchgeknallter Papst und ein krimineller Kardinal" unter anderem in Todesfälle und die "Versklavung von Kindern" verwickelt sind[1]. Kurz darauf stiess die Verfilmung von Dan Browns Bestseller "The Da Vinci Code" bei christlichen Kreisen auf Widerstand: sein Verbot wurde gefordert, und auf den Färöer-Inseln wurde der Film aus Rücksichtnahme auf die religiösen Gefühle der Bevölkerung nicht gezeigt[2]. Im September löste ein Zitat aus einer Vorlesung des Papstes Benedikt XVI. an der Universität Regensburg weltweit Proteste von Muslimen aus[3], und noch im gleichen Monat setzte die Deutsche Oper Berlin eine Inszenierung von Mozarts Oper "Idomeneo" aus Furcht vor gewalttätigen Reaktionen vorübergehend ab: In der Schlussszene liess der Regisseur den Hauptdarsteller die abgeschlagenen Köpfe von Neptun, Jesus, Buddha und Mohammed präsentieren[4].

Vor diesem Hintergrund möchte dieser Aufsatz am Beispiel von Art. 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit), angewandt auf die heftigste der erwähnten Kontroversen, den "Karikaturenstreit" vom Frühjahr 2006, die Grenzen des strafrechtlichen Emotionsschutzes sichtbar machen und damit allgemein auf die Probleme hinweisen, die auftreten, wenn subjektive Empfindungen mit den objektiven Massstäben des Strafrechts geschützt werden sollen. Derartige Probleme sind bei Art. 261 StGB so gross, dass die Bestimmung ihr Ziel verfehlt, religiöse Gefühle vor unerträglichen Beeinträchtigungen zu schützen. Deshalb wird am Schluss ein konkreter Vorschlag präsentiert, wie sich das Ziel mit den Mitteln des prozeduralen Rechts womöglich besser erreichen lässt als mit der bestehenden Strafnorm.

Prinzipiell steht einer Verallgemeinerung der Überlegungen in diesem Artikel auf andere meinungsbezogene Delikte, insbesondere jene des Ehrenschutzes (Art. 173 ff. StGB), nichts entgegen, doch wäre dies noch im Einzelnen zu untersuchen.

Forschungsstelle für Informationsrecht der Universität St. Gallen (FIR-HSG) – daniel.haeusermann@unisg.ch http://blogs.law.harvard.edu/dhaeusermann. Mein Dank für wertvolle Anregungen und fruchtbare Diskussionen geht an Prof. Herbert Burkert, Prof. Urs Gasser, Prof. Ivo Schwander, Dr. Niklaus Oberholzer, Claudia F. Brühwiler, Silke Ernst, Philipp Frech, Matthias Glatthaar, Richard Stäuber, James Thurman und Abdul Waheed Waraich. Für mangelhafte Informationsqualität ist allein der Verfasser verantwortlich. Die zitierten Webseiten wurden zuletzt am 27.10.2006 besucht.

1 Süddeutsche Zeitung, 25.4.2006, https://www.sueddeutsche.de/panorama/artikel/522/74448/ und dies., 9.5.2006, http://www.sueddeutsche.de/kultur/artikel/478/75403/.

2 Susan Vahabzadeh, Vom Thron geschubst, Süddeutsche Zeitung, 13.5.2006, http://www.sueddeutsche.de/kultur/artikel/914/75839/.

3 Vgl. Michael Hanfeld, Die Macht des Wortes, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16.9.2006, 43.

4 NZZ Online, 27.9.2006, http://www.nzz.ch/2006/09/26/al/newzzESK2RUXP-12.html.

2. Ausgangsbeispiel: der "Karikaturenstreit"

Am 30. September 2005 veröffentlichte die dänische Zeitung "Jyllands Posten" ein Dutzend Karikaturen des Propheten Mohammed, um zu testen, ob es in Dänemark Selbstzensur gebe[5]. Kurz darauf erhielten mehrere der Karikaturisten Todesdrohungen[6], und ab Januar 2006 entbrannten, angeheizt von politischen Scharfmachern und aufgeregter Medienberichterstattung, in der islamischen Welt wütende und oft gewalttätige Proteste gegen die Karikaturen. In Europa, wo die Demonstrationen friedlich blieben, bewerteten auch gemässigte Muslime die Karikaturen als Beleidigung des Islams[7], weil sie das im neueren Islam geltende absolute Bilderverbot[8] sowie das Verbot, religiöse Würdenträger zu beleidigen und zu belächeln, gezielt verletzten. Von vielen Muslimen wurden die Karikaturen auch als eine weitere Provokation westlicher Dominanz empfunden.

Im vorliegenden Fall konnten soziale Normen offensichtlich nicht verhindern, dass Menschen in ihren Gefühlen schwerwiegend verletzt worden sind. Gesellschaftliche Institutionen können diese Emotionen – quasi als Blitzableiter – kanalisieren; zu denken wäre etwa an mediale Foren wie Diskussionsrunden im Fernsehen oder Leserbriefseiten, in denen sich jemand, der in seinen Gefühlen verletzt wurde, Genugtuung verschaffen könnte. Die Serie von Bomben- und Morddrohungen in Dänemark hat indessen gezeigt, dass diese Mechanismen im vorliegenden Fall Störungen des öffentlichen Friedens[9] nicht gänzlich verhindern konnten.

3. Gefühlsschutz durch Art. 261 StGB

Wo soziale Normen und gesellschaftliche Institutionen Konflikte nicht verhindern oder wenigstens in befriedigender Weise abbauen können, muss das Recht einspringen und sich dabei zwangsläufig mit subjektiven Befindlichkeiten – also Gefühlen im weiten Sinne – auseinandersetzen, wenn es seiner Befriedungsfunktion nachkommen will. In der Tat schützt das Recht an vielen Stellen subjektive Befindlichkeiten und zwar meist, indem die fehlbare Person auf Veranlassung der verletzten Person mit zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen belegt wird. Beispiele dafür sind der Schutz der individuellen Ehre (Art. 173 ff. StGB, Art. 28 ZGB), aber auch der selten angewandte Art. 261 StGB, der laut seinem Titel die "Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit" verbietet und auf dem Höhepunkt des "Karikaturenstreits" in mehreren Schweizer Tageszeitungen als möglicher Behelf für die in ihren Gefühlen verletzten Muslime erörtert worden ist[10].

Art. 261 StGB lautet (hier interessierend) wie folgt: "Wer öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet ..., wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft." Als Rechtsgüter schützt Art. 261 StGB, dessen Tathandlung übrigens schon als "religiöse Ehrverletzung"[11] bezeichnet wurde, laut Bundesgericht den Anspruch des Einzelnen auf Achtung seiner religiösen Überzeugung und damit zugleich den öffentlichen Frieden[12]. Während eine Störung des öffentlichen Friedens voraussetzt, dass gleichzeitig die religiösen Gefühle eines Einzelnen beeinträchtigt sind, ist der Tatbestand erst dann erfüllt, wenn der öffentliche Friede ebenfalls gefährdet ist[13]. Art. 261 StGB schützt folglich genau jene Rechtsgüter, welche durch die Veröffentlichung der zwölf Karikaturen direkt oder indirekt verletzt worden sind.

4. Grenzen des materiellrechtlichen Gefühlsschutzes

4.1 Problematik objektiver Simulation subjektiver Sachverhalte

Obschon es die individuell-kasuelle Natur subjektiver Empfindungen eigentlich gebieten würde, darf Art. 261 StGB aus folgenden Gründen nicht auf rein subjektive Vorgänge abstellen: Erstens wären bei einer Strafnorm, die ausschliesslich auf subjektive Vorgänge im Opfer abstellte, die rechtlichen Folgen einer Handlung nicht mehr vorhersehbar. Das grundrechtsrelevante[14] Strafrecht verlöre damit

5 Eine Zusammenfassung der Ereignisse findet sich in der Stellungnahme des Presserates Nr. 12/2006 vom 21. März 2006, http://www.presserat.ch/22230.htm.

6 NZZ, 21.10.2005, 63.

7 Vgl. Stellungnahme des Präsidenten des Arbeitskreises Islam (AKI) der Schweizerischen Bischofskonferenz vom 8.2.2006, http://www.kath.ch/sbk-ces-cvs/text_detail.php?nemeid=55225; NZZ, 21.10.2005, 63.

8 Differenzierend Silvia Naef, NZZ, 16.2.2006, 53.

9 Jede Straftat ist Friedensbruch: Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. A., Bern 2000, Vor § 38 N 1.

10 Vgl. Basler Zeitung, 4.2.2006, 3; St. Galler Tagblatt, 11.2.2006, 2; Tages-Anzeiger, 8.2.2006, 3.

11 Vital Schwander, Von den Religionsdelikten, Freiburg 1955, 64.

12 BGE 120 Ia 220, E. 3c ("Scientology Kirche Zürich"), womit die ältere Rechtsprechung (BGer in ZR 1986 N. 44, E. 3b "Das Gespenst"; BGE 86 IV 19, E. 3 "Fahrner") präzisiert wurde. Nach Vest ist bei Art. 261 StGB der Bezug zum öffentlichen Frieden gelockert, aber noch erkennbar (Hans Vest, in: Hans Vest/Martin Schubarth, Delikte gegen den öffentlichen Frieden [Art. 258–263 StGB], Bern 2007, Vor Art. 258 N 3). A.M. Martin Schubarth, ebd., Art. 261 N 6 und 10: öffentlicher Friede als alleiniges Rechtsgut.

13 BGE 120 Ia 220, E. 3c ("Scientology Kirche Zürich"). Damit wird eine Gefährdung des öffentlichen Friedens zum Tatbestandsmerkmal, wie dies bei § 166 Abs. 1 D-StGB der Fall ist.

14 Art. 261 StGB beispielsweise beschränkt die Meinungs-, Medien-, Kunst- und/oder Religionsfreiheit des Äussernden so

seine Garantiefunktion. Zweitens müssten in dem Szenario konsequenterweise gleichartige Äusserungen, die sich auf verschiedene Religionen beziehen, ungleich behandelt werden, und zwar je nach Empfindlichkeit der Glaubensangehörigen[15]. Die verspottende Karikierung Mohammeds wäre dann beispielsweise verboten, nicht aber jene Buddhas. Es ist zumindest fraglich, ob diese Ungleichbehandlung nicht gegen das hiesige und heutige Verständnis[16] von Rechtsgleichheit verstossen würde. Im Endeffekt liefe sie nämlich auf ein Gebot hinaus, zumindest für den jeweiligen Glauben zentrale religiöse Regeln zu befolgen, was offensichtlich unhaltbar und mit der Religionsfreiheit nicht vereinbar ist[17]. Drittens schliesslich sind subjektive Befindlichkeiten wie alle inneren Sachverhalte nicht direkt nachweisbar, woraus sich bedeutende Beweisprobleme ergeben[18].

Eine materiellrechtliche Regelung zum Schutz religiöser Gefühle wie Art. 261 StGB kann daher gar nicht anders als den betreffenden subjektiven Sachverhalt objektiv (oder besser: intersubjektiv) zu simulieren. Dass die Bestimmung als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist[19], beseitigt zwar die Beweisprobleme, ändert aber nichts an der Grundproblematik: Auch wenn das Gericht "lediglich" beurteilen muss, ob eine Äusserung allgemein geeignet ist, (religiöse) Gefühle zu verletzen, muss es sich doch mit den entsprechenden inneren Sachverhalten auseinandersetzen. Ganz ähnlich liegen die Dinge bei den Straftatbeständen der Drohung und Nötigung (Art. 180 f. StGB), wo die Tatbestandsmerkmale der "schweren Drohung" und der "Androhung ernstlicher Nachteile" im Spannungsverhältnis notwendiger Objektivität und der Subjektivität der Gefühle des Opfers stehen[20].

Hier wie dort prallen die Subjektivität individueller Befindlichkeiten und der Objektivitätsanspruch der Norm heftig aufeinander, wobei die Friktionen beim Schutz religiöser Gefühle besonders akut sind: Religiöse Überzeugungen sind gerade in und wegen ihrer Subjektivität und Irrationalität schützenswert, weil der "sich im Irrationalen preisgebende Mensch"[21] erfahrungsgemäss besonders verletzlich ist. Mit anderen Worten verbietet sich eine Wertung religiöser Gefühle durch das Recht[22]: Bildlich gesprochen zieht das Recht einen Zaun um sie herum, um sie nicht nur vor der Beeinträchtigung durch Dritte, sondern auch vor dem Recht selbst zu schützen.

4.2 Spuren des Konflikts in der Lehre

In der Lehre zu den Glaubensdelikten finden sich deutliche Spuren des Konflikts zwischen zu schützenden subjektiven Befindlichkeiten und der notwendigen Objektivierung einer Strafnorm: Schon vor Erlass des StGB stellte SCHRAG fest, dass Gefühle nur mit Schwierigkeiten und immer nur im Einzelfall zu werten seien, der Richter dies aber nicht tun dürfe, weil er sonst über Kultur und Moral zu befinden hätte[23]. Anders ausgedrückt: Religiöse Gefühle sind der Wertung von aussen kaum zugänglich (das vorher angesprochene Nachweisproblem) und dürfen von einem Aussenstehenden auch nicht gewertet werden.

Weitere Spuren des Konflikts finden sich in der Dogmatik zu Art. 261 StGB: Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des "Beschimpfens oder Verspottens" wird verlangt, dass die Gefühlsverletzung durch einen in religiöser Hinsicht toleranten Menschen nachvollziehbar sein müsse[24]. Subjektivität wird hier durch Intersubjektivität im Konnex mit bestimmten Anforderungen an die Eigenschaft der beurteilenden Person (religiöse Toleranz) substituiert.

Im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal "in gemeiner Weise" wird oft versucht, das Problem durch das Abstellen auf ein Durchschnittsempfinden zu entschärfen: Die ältere Rechtsprechung zu Art. 261 StGB stellte auf das Empfinden eines durchschnittlichen Anhängers des angegriffenen Glaubens ab[25], um die Schwere der Verletzung

---

wie die Informationsfreiheit der Empfänger (Leser, Zuhörer etc.).

15 Für einen praktisch schrankenlosen Schutz besonderer Empfindlichkeit eines Betroffenen im Rahmen von Art. 28 ff. ZGB ist REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rz. 145 ff.

16 Nach konstanter Rechtsprechung beurteilt sich die Legitimität einer Ungleichbehandlung nach den "herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen": z.B. BGE 131 V 107, E. 3.4.2. Kritisch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, 401.

17 DENIS BARRELET, La liberté religieuse et le droit de critiquer, Medialex 2006, 5.

18 Mit Bezug auf das ähnlich gelagerte Problem des Nachweises natürlicher Kausalität von Information kommt GASSER zum Schluss, dass die Beweisproblematik so bedeutend ist, dass daraus eine normative Frage wird (URS GASSER, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, München 2002, 138–141).

19 DETLEF KRAUSS, Der strafrechtliche Konflikt zwischen Glaubensfreiheit und Kunstfreiheit, in: HAUSER/REHBERG/STRATENWERTH (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 209 ff., 220 f.

20 Zu den entsprechenden theoretischen und praktischen Problemen siehe StGB-DELNON/RÜDI, Art. 180 N 18–21 und Art. 181 N 31 f. sowie STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Zürich 1997, Art. 181 N 5.

21 KRAUSS (FN 19), 220. Anderer Auffassung ist V. SCHWANDER, Religionsdelikte (FN 11), 73 f.: Es sei durchaus möglich, kraft des Verstandes Glaubenswahrheiten zu entwickeln. Ähnlich wie hier betont AEBI-MÜLLER (FN 15), Rz. 147, der wesentliche Zweck des Art. 28 ZGB bestehe gerade (auch) im Schutz des 'zerbrechlichen', hilfsbedürftigen Individuums".

22 In diesem Sinne postuliert DRUEY, dass der rechtlichen Annäherung an innere Sachverhalte allgemein normative Grenzen gesetzt sein müssen: JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, 77 f.

23 CARL HERBERT SCHRAG, Gefühlszustände als Rechtsgüter im Strafrecht, Bern 1936, 122 f.

24 StGB-FIOLKA, Art. 261 N 18.

25 BGE 86 IV 19, E. 4 in fine ("Fahrner"). Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) verfolgt diese Praxis auch heute, vgl. Entscheid vom 23. August 2002 ("Swissair-Beichte"), E. 7.5.

zu beurteilen, was teils heftig kritisiert wurde[26]. Die neuere Lehre legt die Wendung "in gemeiner Weise" dagegen als Verweis auf die geltenden sozialen Normen betreffend den Diskurs über religiöse Inhalte aus, gemäss denen die Verletzung als besonders verwerflich anzusehen sein müsse[27]. Dabei komme es auf den Durchschnittsempfänger des konkret angesprochenen Publikums an[28]. Auch bei der "Entkleidungsmethode", die auf satirische Äusserungen angewandt wird[29], wird auf das Verständnis des Empfängerkreises einer Satire abgestellt[30].

Einen anderen Weg geht schliesslich SCHUBARTH: Aus der Tatsache, dass die Empfindlichkeit der Angehörigen verschiedener Gruppen in verschiedenen Kontexten äusserst variabel ist, schliesst er, dass die Tatbestandsmerkmale "öffentlich und in gemeiner Weise" als Einheit aufzufassen seien und sich einer abstrakten Umschreibung weitgehend entzögen[31]. Damit komme alles auf die Umstände an, was hohe Anforderungen an das richterliche Judiz stelle[32].

4.3 Aktualisierung des Konflikts im "Karikaturenstreit"

Der Konflikt zwischen subjektivem Empfinden und dessen objektiver Simulation bleibt so lange latent, als sich die zu beurteilende Äusserung auf eines der unsere Kultur prägenden Glaubensbekenntnisse bezieht. In der Vergangenheit war dies soweit ersichtlich der Fall: Sämtliche publizierten Fälle zu Art. 261 StGB betrafen Darstellungen von Jesus Christus oder anderer Akteure aus der Bibel[33]. Die mit der Beurteilung eines konkreten Sachverhalts zwangsläufig verbundene Verletzung des Aussenwertungsverbots bleibt in solchen Fällen unerkannt, weil die Empfindungen der verletzten Personen von den Mitgliedern des Gerichts wenn nicht geteilt werden, so zumindest aufgrund ihres kulturell-religiösen Hintergrunds nachvollziehbar sind.

Anders wäre die Situation, wenn ein Gericht die zwölf Mohammed-Karikaturen im Lichte von Art. 261 StGB beurteilen müsste: Die Schwere der Gefühlsverletzung lässt sich wie gesagt kaum ermitteln, ohne dass die Wertungen des eigenen kulturell-religiösen Hintergrunds mit einfliessen[34], was eben das in Art. 261 StGB angelegte Aussenwertungsverbot verletzt. Doch selbst wenn man dieses Problem ausblendet und davon ausgeht, dass die zwölf Karikaturen geeignet sind, die Gefühle vieler Muslime "hinreichend" schwer zu verletzen, bleibt das Resultat unbefriedigend: Nach der in Art. 261 StGB enthaltenen Wertung wären die Verletzten zwar schützenswert, doch können die Urheber aus Gründen der Rechtsgleichheit – zu Recht! – nicht verurteilt werden. Damit ist einerseits den verletzten Muslimen nicht geholfen. Andererseits, wichtiger noch, bleibt das Recht hier seinen Beitrag zur Befriedung der Gesellschaft schuldig; dies notabene, obschon es gerade darum "zu Hilfe gerufen" worden ist[35].

Das materielle Strafrecht kann also subjektive Empfindungen nur begrenzt schützen. Nun kann man dies entweder akzeptieren oder aber fragen, wie das Recht seine Befriedungsfunktion anderweitig wahrnehmen kann. Dieser Weg soll im folgenden Abschnitt eingeschlagen werden.

5. Prozedurales Recht als Alternative

5.1 Grundlagen

Informationsrechtlich betrachtet schützt Art. 261 StGB ein Recht gegen Information[36], indem er die Verbreitung bestimmter, als unerwünscht angesehener Informationen unter Strafe stellt.

Das Informationsrecht hat einerseits die Geistesfreiheit und die Freiheit der Kommunikation als vorrechtliche Fakten[37], andererseits die engen Grenzen der Erfassung und materiellen Steuerung von Information hinzunehmen[38]. So genannt prozedurales Recht ermöglicht es dabei, diese Grenzen des Rechts zu erweitern[39], indem es auf eine materielle Entscheidung informationeller Konflikte verzichtet und stattdessen einen objektiven Verfahrensrahmen für subjektive Auseinandersetzungen schafft[40]. Die Schaffung prozeduralen Rechts

26 CORNELIA KRANICH, Schützenswert ist der öffentliche Friede, plädoyer 1/86, 13 ff., 15; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, 3. A., Zürich 2004, 205 f.; differenzierend hingegen STRATENWERTH (FN 9), § 39 N 6.

27 StGB-FIOLKA, Art. 261 N 26; zustimmend DONATSCH/WOHLERS (FN 26), 205.

28 BGer in ZR 1986 N. 44 E. 4 ("Das Gespenst"); BezGer Zürich in SJZ 1984 N. 5 E. 2 ("Mitterrand"); KRANICH (FN 26), 16. Diesbezüglich unklar Urteil des Strafeinzelgerichtes 16, Gerichtskreis VIII Bern-Laupen vom 10. Dez. 1998, Medialex 1999, 120 f. ("Das Liebeskonzil").

29 Dabei wird der "Mantel" aus Übertreibungen, der jede Satire erkennbar umgibt, gedanklich entfernt und nur die so "entkleidete" Äusserung beurteilt: JÜRG-BEAT ACKERMANN, Satire und Strafrecht, in: DERS. (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, 79 ff., 83 f.; StGB-FIOLKA, Art. 261 N 32.

30 ACKERMANN (FN 29), 89.

31 SCHUBARTH (FN 12), Art. 261 N 27–34.

32 SCHUBARTH (FN 12), Art. 261 N 34.

33 SCHUBARTH (FN 12), Art. 261 N 13. Zusammenfassungen der publizierten Fälle bei StGB-FIOLKA, Art. 261 N 37 f.

34 Dies lässt sich daran ablesen, dass Angehörige unseres Kulturkreises in der Regel schwer nachvollziehen können, warum die Karikaturen die Gefühle vieler Muslime verletzt haben.

35 Siehe vorne, Abschnitt 3 initio.

36 Zur Typologie der informationsrechtlichen Ansprüche DRUEY (FN 22), 114.

37 DRUEY (FN 22), 84.

38 DRUEY (FN 22), 213.

39 DRUEY (FN 22), 213.

40 Der Ansatz kann somit als (informations-)phänomenologisch begründeter Anwendungsfall prozeduraler Gerechtigkeitstheorien verstanden werden. Eine Übersicht zu diesen bietet ARTHUR KAUFMANN, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: ARTHUR KAUFMANN/WINFRIED HASSEMER/ULFRIED

wurde bisher vor allem für die Abwicklung von Informationsansprüchen propagiert[41], doch kann prozedurales Recht, wie zu zeigen sein wird, auch die Chance einer Genugtuung für informationelle Verletzungen eröffnen und soziale Normen in jenen Bereichen stärken, wo sie notorisch schwach wirksam sind. Ferner kann die Prozeduralisierung des Rechts als Antwort auf die Umstrittenheit materieller Wertungen in einer pluralistischen Gesellschaft verstanden werden[42]. Es bietet sich also mit Blick auf den Schutz religiöser Gefühle an, die Option einer Prozeduralisierung ernsthaft zu erwägen.

Gegenüber der materiellen, zivil- oder strafrechtlichen Sanktionierung unerwünschter Meinungsäusserungen ist das prozedurale Recht ein milderes Mittel dagegen, weil es lediglich die Äusserungen der Teilnehmer an der informationellen Prozedur reflektiert und nur insofern in die Freiheit der Kommunikation eingreift, als die Teilnehmer gezwungen werden, sich auf ein Gespräch einzulassen. Schon aus diesem Grund sollte die Prozedur gegenüber dem materiellen Informationsrecht Vorrang haben[43], und konsequenterweise müsste eigentlich das materielle Recht in Art. 261 StGB seine Existenz gegenüber einer prozeduralen Lösung legitimieren, nicht umgekehrt. Der Grund, warum im Folgenden trotzdem aus der Warte der Prozedur argumentiert wird, liegt schlicht darin, dass nach dem allgemeinen Trägheitssatz in der Jurisprudenz die Begründungslast bei demjenigen liegt, der den Status quo ändern will.

5.2 Skizze einer Prozedur

Anstelle von Art. 261 StGB könnte der folgende Behelf geschaffen werden: Wer sich durch eine öffentliche Äusserung in seinen religiösen Gefühlen ernstlich verletzt fühlt[44] (und deswegen heute Strafanzeige einreichen würde), sollte bei einer bestehenden oder zu schaffenden, staatlichen Instanz eine Diskussion mit dem Äussernden beantragen können, die im Folgenden "Palaver"[45] genannt wird. Der aus der Ethnologie und der Rechtsanthropologie stammende und von JEAN NICOLAS DRUEY in die Rechtsprache eingeführte[46] Begriff des Palavers ist keineswegs negativ zu verstehen, denn das Palaver ist bei den Stämmen, die es praktizieren, eine wichtige Institution der friedlichen Konfliktbeilegung[47].

Die Charakterisierung als Palaver bedeutet, dass das Recht weder den Inhalt noch den Gang der Diskussion steuert[48]. Die Teilnehmer trifft lediglich eine Einlassungspflicht, d.h. der Verletzer darf nicht jegliches Gespräch verweigern, sondern muss eine allfällige Verweigerung begründen. Das Palaver wird durch einen Vertreter der Institution moderiert, der sich jedoch mit eigenen Beiträgen stark zurückhält und lediglich einen ordentlichen Ablauf sowie die Einhaltung der Einlassungspflicht garantiert[49]. Wie der inhaltliche Gang des Gesprächs vom Moderator nicht gesteuert wird, fällt am Ende auch kein Urteilsspruch[50].

5.3 Details zur Prozedur

a) Forum

Weil die Instanz mit gewisser Zwangsgewalt ausgestattet sein muss, sollte sie eine staatliche sein, jedoch kein Gericht: Insbesondere sollten sich die Moderatoren daneben nicht richterlich betätigen, weil sie sonst von den Beteiligten zu Unrecht als Richter wahrgenommen werden könnten und die Moderatoren auch Gefahr laufen könnten, sich im Palaver unbewusst gemäss ihrer sonst autoritären Rolle zu verhalten.

b) Einbezug der Öffentlichkeit

Die wichtigste Funktionsvoraussetzung des Palavers ist der direkte Kontakt zwischen den Parteien von Angesicht

---

NEUMANN (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. A., Heidelberg 2004, 26–147, 137 ff. Zum Konzept der Prozeduralisierung des Rechts im Besonderen siehe DRUEY (FN 22), 181 ff., sowie die Hinweise auf die deutsche Lehre bei URS GASSER, Entgrenzung der Information – Grenzen des Rechts?, in: MARTIN IMMENHAUSER/JÜRG WICHTERMANN, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998: Vernetzte Welt – globales Recht, Stuttgart etc. 1999, 105–126, 122 in FN 109.

41 DRUEY (FN 22), 196.

42 IVO SCHWANDER, Mediation und Rechtssystem, in: ALEX VON SINNER/MICHAEL ZIRKLER (Hrsg.), Hinter den Kulissen der Mediation, Bern etc. 2005, 63–75, 70 f. und 75.

43 DRUEY (FN 22), 195 f., stellt andere Gründe für den Vorrang der Prozedur in den Vordergrund, die sich auf die Abwicklung von Informationsansprüchen beziehen.

44 Genaueres zu den Verfahrensvoraussetzungen hinten, Abschnitt 5.3c).

45 Das Wort "Palaver" ist dem "Diskurs" vorzuziehen, da letzterer nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die im vorliegenden Fall wichtige emotionale Komponente eines Gesprächs ausblendet und ausserdem einen engeren Zusammenhang des hier vertretenen Ansatzes mit der Habermas'schen Philosophie suggeriert als tatsächlich gegeben (siehe hinten FN 50).

46 DRUEY (FN 22), 189.

47 DRUEY (FN 22), 189.

48 DRUEY (FN 22), 189 f.

49 Der Beitrag des Moderators ist also ein völlig anderer als die richterliche Prozessleitung.

50 Das Konzept ist von JÜRGEN HABERMAS' Theorie des kommunikativen Handelns, der Basis der Diskursethik und der Diskurstheorie, beeinflusst. (Zur Diskursethik siehe JÜRGEN HABERMAS, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 8. A., Frankfurt a.M. 2001. Zur Diskurstheorie siehe JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung, 3. A., Frankfurt a.M. 1998 und WALTER OTT/KLAUS MATHIS, Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas: Die wichtigsten Thesen im Überblick, ZSR 2001 I 399–418, sowie DIES., Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas: Eine kritische Würdigung, ZSR 2002 I 203–219.) Im Gegensatz zum Habermas'schen Diskurs bezweckt das Palaver jedoch nicht unbedingt die konsensuelle Formulierung einer moralischen oder rechtlichen Norm durch die Gesprächsteilnehmer.

zu Angesicht[51]. Eine aktive Teilnahme der (Medien-)Öffentlichkeit an der Diskussion ist daher nicht notwendig. Aus praktischer Sicht ist es indes weder realistisch noch notwendig, dass sämtliche Personen, die sich durch eine öffentliche Äusserung verletzt fühlen, am Palaver aktiv teilnehmen: Der Aufwand, einen Antrag zu stellen, ist nicht zu vernachlässigen und wird sicher von denjenigen Verletzten nicht betrieben, welche für eine Diskussion mit dem Verletzer nicht eloquent genug sind. Diesen Verletzten ist es einmal unbenommen, dem Palaver als Zuschauer vor Ort beizuwohnen – das Palaver sollte öffentlich (analog zur Gerichtsöffentlichkeit) sein. Andererseits ist zu erwarten, dass die Medien über das Palaver umso eher berichten werden, je mehr Personen sich je tiefer von der Äusserung verletzt fühlen. Durch die mediale Verarbeitung des Ereignisses werden sich die Verletzten so Genugtuung verschaffen können, auch wenn sie nicht am Palaver teilnehmen.

Ist aber eine Publizität des Palavers zu erwarten, sieht sich der Verletzte möglicherweise mit einer Ausprägung des grundsätzlichen Problems konfrontiert, dass die Bekämpfung missbilligter Information deren Verbreitung oft noch ankurbelt und die Erinnerung an die betreffende Äusserung erst recht wach hält[52]. Gleich wie bei Persönlichkeitsverletzungen obliegt es auch hier dem einzelnen Verletzten, dies gegen die erzielbare Genugtuung abzuwägen, bevor er oder sie einen Antrag stellt. Wenngleich das Palaver hier keine Verbesserung gegenüber der heutigen Situation bieten kann, so ist immerhin gegenüber dem Status quo keine Verschlechterung ersichtlich.

c) Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen

Leider kommt auch der vorgeschlagene prozedurale Konfliktlösungsmechanismus nicht gänzlich ohne eine objektive Simulation subjektiver Sachverhalte aus: Aus rechtsstaatlichen Gründen wie auch aus der Gefahr heraus, dass der Behelf querulatorisch eingesetzt wird, muss die Instanz, welche den Antrag auf ein Palaver beurteilt, eine ernsthafte Verletzung der religiösen Gefühle des Antragstellers zumindest nachvollziehen können[53]. Das Problem ist hier zwar nicht theoretisch, aber doch in ihren praktischen Auswirkungen deutlich entschärft, weil nicht wie bei Art. 261 StGB die strafrechtliche Verurteilung einer Person auf dem Spiel steht, sondern nur über die Durchführung des Palavers zu entscheiden ist. Deswegen kann auch der Massstab für die Einberufung eines Palavers weniger streng sein als für eine Anklageerhebung gestützt auf Art. 261 StGB, denn heute nimmt es das Recht auch in Kauf, dass jemand eine Strafuntersuchung oder sogar einen Prozess dulden muss, obwohl er schliesslich mangels Tatbestands freigesprochen wird. Insofern stellt der vorgeschlagene Ansatz gegenüber heute zumindest keinen Rückschritt dar. Aus demselben Grund ist auch in Kauf zu nehmen, dass die erzwungene Teilnahme an einem Palaver vom Verletzer als strafähnliche Sanktion empfunden werden könnte.

d) Mehrzahl von Antragstellern

Jede verletzende Äusserung kann nur ein einziges Mal Gegenstand eines Palavers werden – dies verlangt schon der Grundsatz "ne bis in idem", der auch hier zu gelten hat. Angesichts der Tatsache, dass die Äusserung in der Öffentlichkeit erfolgt sein muss, ist zumindest nicht auszuschliessen, dass sogar eine grosse Zahl von Personen eine solche Diskussion beantragt. In solchen Fällen wird es aus praktischen Gründen notwendig sein, dass sich die Antragsteller auf einen (oder allenfalls einige wenige) Sprecher einigen.

e) Kosten

Es erscheint fair, wenn jede Partei ihre gegebenenfalls anfallenden Anwaltskosten selber trägt. Die Verfahrenskosten werden nicht mehr als ein paar hundert Franken ausmachen, da keine Strafuntersuchung stattfindet, praktisch kein Aktenstudium notwendig ist und die staatliche Instanz kaum Korrespondenzen zu führen hat. Während es daher nicht sonderlich darauf ankommt, wie die Verfahrenskosten aufgeteilt werden, darf unter keinen Umständen der Moderator die Kosten nach Ermessen verteilen, weil dadurch der zentrale Wesenszug des Verfahrens, dass es nicht in einem Entscheid endet, zerstört würde.

5.4 Wirkungsweise der Prozedur

a) Anwendung des Kodex des Gesprächs

Die "informationsrechtliche 'List der Vernunft'"[54] einer solchen Prozedur ist die Herstellung von Gegenwart zwischen den Parteien des informationellen Konflikts, in unserem Falle Verletzer und Gläubigen. Dadurch erlangen die sozialen Normen und Vorstellungen über den zwischenmenschlichen Informationsaustausch, von DRUEY als "Kodex des Gesprächs" bezeichnet, unmittelbare Geltung und werden sozusagen zur Prozessordnung des Palavers[55].

Konkret wird der Antragsteller wohl zu Beginn des Gesprächs erklären, warum er sich in seinen religiösen Gefühlen verletzt fühlt. Er wird sich in aller Regel auch ernsthaft und in guten Treuen[56] darum bemühen, beim Verletzer

51 Siehe hinten, Abschnitt 5.4a).

52 Darauf wies im Zusammenhang mit Art. 261 StGB schon SCHWANDER, Religionsdelikte (FN 11), 109, hin.

53 Daneben wird der Antragsteller den Inhalt der Äusserung sowie deren Öffentlichkeit beweisen müssen, was aber unproblematisch ist.

54 DRUEY (FN 22), 189.

55 DRUEY (FN 22), 213 und 439.

56 Der Begriff wurde bewusst gewählt, denn Art. 2 ZGB kann als Einfallstor der sozialen Normen der zwischenmenschlichen Kommunikation ins Recht gesehen werden: DRUEY (FN 22), 315 f.; URS GASSER, Variationen über "Informationsqualität", in: SCHWEIZER/BURKERT/GASSER (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 727 ff., 752.

Verständnis für seine Position zu wecken, schliesslich ist das Palaver die einzige rechtliche Möglichkeit für den Antragsteller, für die Verletzung seiner Gefühle Genugtuung zu erhalten. Sucht der Antragsteller dagegen die Konfrontation, indem er z.B. nur polemisch argumentiert, wird der Verletzer sein Gegenüber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht ernst nehmen, was nicht nur eine sozialadäquate Reaktion ist, sondern auch zu Recht verhindern wird, dass der Antragsteller im Gespräch Genugtuung findet.

Theoretisch schwieriger ist es, den Verletzer zur Erfüllung seiner Einlassungspflicht zu bewegen, denn schliesslich wurde ihm das Gespräch aufgezwungen. Eine totale Gesprächsverweigerung liesse sich einmal informationell, mittels gezielter Provokationen seitens der anderen Teilnehmer, bekämpfen, und als ultima ratio fiele auch eine Ordnungsstrafe in Betracht. Der damit – und überhaupt mit der Anwesenheitspflicht – verbundene Eingriff in die negative Kommunikationsfreiheit des Verletzers, also die Freiheit, sich nicht auf Kommunikation einzulassen, erscheint gerechtfertigt: Erstens hat er den Anlass dazu mit seiner Äusserung selber gesetzt; zweitens ist auch in einem Strafverfahren – der Alternative zum vorgeschlagenen Palaver – der Angeklagte zur Teilnahme an der Verhandlung verpflichtet[57]; drittens greift auch das klassische Prozessrecht durch zahlreiche Mitwirkungspflichten selbst unbeteiligter Dritter häufig in die negative Kommunikationsfreiheit ein.

Die praktische Dimension einer Verletzung der Einlassungspflicht darf indes auch nicht überschätzt werden, denn der Verletzer hat sich schon vorher freiwillig und öffentlich über Glaubensinhalte geäussert und wollte damit – so legen es die meisten zu Art. 261 StGB publizierten Fälle nahe – zumindest bis zu einem gewissen Grad provozieren. Deshalb wird der Verletzer die erzwungene Diskussion viel eher als Gelegenheit sehen, seine Position zu vertreten und zu erklären.

Das Palaver kann mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen enden: Stellt sich beispielsweise heraus, dass der Antragsteller die Äusserung des Verletzers falsch verstanden hat, kann das Missverständnis ausgeräumt werden[58]. Sieht umgekehrt der Verletzer, dass er die Gefühle des Antragstellers unbeabsichtigt stark verletzt hat, steht es ihm frei, sich für seine Äusserung zu entschuldigen. Beides wäre das bestmögliche Ergebnis der Prozedur und ist nur zu erreichen, wenn jeglicher Zwang fehlt. Das Instrument des Palavers nützt auch nur Personen, die sich im Gespräch nach Treu und Glauben verhalten[59]: Beispielsweise verletzt ein Antragsteller, der sich als "Hardliner" jedem konstruktiven Gespräch verschliesst, die sozialen Gesprächsnormen; es entspricht darum dem Gerechtigkeitsgefühl, wenn dieser keine Befriedigung aus dem Palaver erhält.

Fälle völligen Scheiterns, namentlich wegen einer Eskalation, werden indessen selten vorkommen: Neben den oben erwähnten Anreizen, den Dialog in guten Treuen zu führen, hat der Moderator immer die Möglichkeit zu intervenieren und im äussersten Fall die Diskussion abzubrechen. Zudem muss, wer die Konfrontation sucht, seitens des anderen Diskussionsteilnehmers mit Retorsion rechnen, getreu nach dem Sprichwort: "Wie man in den Wald ruft, so tönt es zurück."

b) Kanalisierung von Emotionen

Die wichtige Satisfaktions- und Befriedungsfunktion des Rechts gebietet es diesem, Emotionen zu kanalisieren, was nur durch Verfahren zu erreichen ist. Materielles Recht ist insofern weitgehend irrelevant: Eine materielle Rechtsposition ohne ein Verfahren zur Durchsetzung ist gänzlich unnütz oder sogar kontraproduktiv, weil geeignet, beim Individuum grosse Frustration auszulösen. Ein Verfahren ohne materiellrechtliches Thema hingegen ist, wie hier gezeigt wird, möglich und kann die Emotionen durch Anwendung des Kodex des Gespräches sogar besser kanalisieren als ein Entscheidungsverfahren, wo aus Gründen der – im Zeichen des materiellen Recht stehenden – prozessualen Fairness der Verfahrensablauf "künstlich" gesteuert werden muss. Einzig der Triumph der obsiegenden Partei – welche es dann auch immer sei – bleibt bei dem vorliegenden Vorschlag aus, was uns nicht zu kümmern braucht, denn in diesem Fall kanalisiert nicht ein Verfahren vorbestehende Emotionen, sondern das materielle Recht schafft sie erst.

c) Stärkung sozialer Normen

Art. 261 StGB schützt zwar das Individualgut der religiösen Gefühle, ist aber nur auf öffentliche Äusserungen anwendbar, was auf den ersten Blick widersprüchlich erscheint. Die Rechtsprechung überbrückt diese Diskrepanz dadurch, dass sie die Störung des öffentlichen Friedens als Massstab der Schwere einer Verunglimpfung und damit ihrer Strafwürdigkeit betrachtet[60]. Der Sinn einer Beschränkung auf öffentliche Äusserungen lässt sich indes auch ohne Rückgriff auf das Rechtsgut des öffentlichen Friedens, welches selbst nicht unumstritten ist[61], begründen: Die sozialen Normen, welche die zwischenmenschliche Kommunikation regeln, sind nämlich bei der Kommunikation in der Öffentlichkeit viel weniger effektiv als in einem Gespräch unter Anwesenden: Jemandem etwas "ins Gesicht" zu sagen, fällt gemeinhin schwerer, als es in einem Weblog oder einer Zeitung zu äussern. Art. 261 StGB greift mithin subsidiär zu den sozialen Normen dort ein, wo der Gesetzgeber diese für zu schwach hielt, um unerwünschte Äusserungen zu unterbinden. Ganz ähnlich hat VITAL SCHWANDER schon vor einem halben Jahrhundert gefordert, dass, wer eine religiöse Überzeugung kritisiert, sich an die Regeln von Treu und

57 Z.B. Art. 197 des st. gallischen Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999 (sGS 962.1).
58 Das Problem der materiellrechtlichen Behandlung von Missverständnissen wird von ACKERMANN (FN 29), 89 besonders hervorgehoben.
59 Siehe vorne FN 56.
60 Vgl. BGE 120 Ia 220, E. 3c ("Scientology Kirche Zürich").
61 Kritisch diesbezüglich StGB-FIOLKA, Art. 261 N 8.

Glauben halten müsse[62], was mit der neueren Auffassung in einer Linie steht, dass die sozialen Normen der Kommunikation über Art. 2 ZGB ins Recht einfliessen[63]. In eine ähnliche Richtung weist auch die neuere Lehre zu Art. 261 StGB, die sich im Zusammenhang mit dem Tatbestandselement "in gemeiner Weise" ausdrücklich auf die sozialen Normen über den Diskurs in Glaubensdingen bezieht[64].

Statt wie Art. 261 StGB die betreffenden sozialen Normen zu ersetzen, versucht der Palaver-Ansatz diese zu stärken: Steht jemand davor, sich in der Öffentlichkeit in einer Art zu äussern, von der er annehmen muss, dass sie religiöse Gefühle verletzt, wird der Betreffende die Möglichkeit, zu einer Diskussion verpflichtet zu werden, womöglich antizipieren und sich freiwillig den sozialen Normen des Gesprächs unter Anwesenden unterwerfen. Auch prozedurales Recht kann in diesem Sinne eine generalpräventive Wirkung haben, indem es quasi als Transmissionsriemen die Wirkungskraft der sozialen Normen des direkten Gesprächs auf die mediale Kommunikation in der Öffentlichkeit überträgt.

Es liesse sich hier argumentieren, dieser präventive Effekt sei weniger stark als im Falle einer Strafnorm, weil die Rechtsfolge einer Verletzung hier viel weniger gravierend ist. Dem wäre zu entgegnen, dass Art. 261 StGB in vielen Fällen, darunter jenem der Mohammed-Karikaturen, eine leere Drohung ausspricht und insoweit gar keinen Abschreckungseffekt hat.

Umgekehrt liefe auch ein Einwand, der Palaver-Ansatz würde die Selbstzensur fördern, ins Leere: Selbstzensur – oder, positiv formuliert, freiwillige Zurückhaltung beim Gebrauch der Meinungsäusserungsfreiheit – beruht in dieser Konstellation auf sozialen Normen, deren Inhalt das Recht kaum beeinflussen kann und auch nur in besonders begründeten Fällen beeinflussen sollte[65].

5.5 Verwandtschaft mit der Strafmediation

Die hier vorgeschlagene Prozedur trägt gewisse Züge der Strafmediation (in Deutschland "Täter-Opfer-Ausgleich" genannt[66]): Dieses Mediationsverfahren in strafrechtlich relevanten Fällen ist in zahlreichen europäischen Ländern schon länger bekannt und hält derzeit auch in der Schweiz Einzug[67]. Exemplarisch sei die Regelung von Art. 317 E-StPO[68] zusammengefasst: Gestützt darauf kann die Staatsanwaltschaft jederzeit, unabhängig von der Schwere der vorgeworfenen Straftat[69] und mit Einverständnis des Beschuldigten und der geschädigten Person eine Mediation in die Wege leiten (Abs. 1). Der Mediator oder die Mediatorin ist völlig unabhängig von der Staatsanwaltschaft, soll unparteilich sein und, ohne Druck auszuüben, "auf eine zwischen den Beteiligten frei verhandelte Lösung hinarbeiten" (Art. 317 Abs. 3 E-StPO). Die Strafbehörden haben dem Ergebnis der Mediation angemessen Rechnung zu tragen (Abs. 5), beispielsweise durch die Einstellung des Verfahrens oder eine Strafmilderung[70].

Die Gemeinsamkeiten zwischen Palaver und Mediation sind somit das Fehlen von äusserem Druck auf die Parteien[71], der Beizug einer neutralen Mediatorin[72] bzw. Moderatorin und die Ergebnisoffenheit des Verfahrens. Mediation und Palaver haben auch darin eine gemeinsame Grundlage, dass sie im Gegensatz zum Gerichtsprozess das Bestehen einer objektiven Wahrheit[73] nicht fingieren, sondern darauf abzielen, dass die Parteien das Nebeneinander ihrer divergierenden subjektiven Wahrheiten akzeptieren[74].

Es bestehen indes deutliche Unterschiede: Die Mediation bezweckt eine echte individuelle Auseinandersetzung zwischen Menschen, die einen Konflikt auf dem Weg der Mediation lösen möchten, was impliziert, dass die Mediation ergebnisorientiert und freiwillig[75] sein muss[76], was beim Palaver nicht der Fall ist. Ein wichtiger Grundsatz der Mediation ist auch, Sache und Beziehung zu trennen und Interessen und nicht Positionen zum Ausgangspunkt der Verhandlung zu machen[77]. Bei rein informationellen Sachverhalten wie dem vorliegenden, wo die Legitimität einer nicht rückgängig zu machenden Äusserung umstritten ist, lassen sich Sache und Beziehung, Interessen und Positionen hingegen nicht wirklich voneinander unterscheiden. Ausserdem gliedert sich die Mediation in mehrere Phasen[78], während der Verlauf des Palavers völlig offen ist. Die Rolle des Palaver-Moderators ist dazu noch weiter eingeschränkt als jene des Mediators, der – unter anderem – zumindest

62 V. Schwander, Religionsdelikte (FN 11), 109.
63 Nachweise in FN 56.
64 Vgl. vorne vor der FN 27.
65 Ein Beispiel für den Versuch des Rechts, soziale Normen zu ändern, ist der Gleichstellungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3). Die grossen Probleme bei dem Unterfangen, besonders im Hinblick auf die Herstellung von Lohngleichheit, sind bekannt.
66 Vgl. § 46a D-StGB.
67 Z.B. Art. 8 des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Jugendstrafgesetzes (JStG), SR 311.1. Für eine Übersicht über die Entwicklungen im In- und Ausland siehe Antrag des Zürcher Regierungsrats vom 21. September 2005 für ein Gesetz über Änderungen im Strafverfahren (Nr. 4278), http://www.kantonsrat.zh.ch/Dokumente/Geschäfte/2005/4278.pdf, 7.
68 BBl 2006 1487. Vgl. auch Art. 18 E-JStPO und Erläuterungen, BBl 2006 1566 und 1363.
69 BBl 2006 1269.
70 BBl 2006 1270.
71 Caroline Bono-Hörler, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, Zürcher Diss., s.l. 1998, 64.
72 Bono-Hörler (FN 71), 65 f.
73 Der Begriff ist weit zu verstehen und erfasst auch Meinungen und Weltanschauungen.
74 So zur Mediation I. Schwander (FN 42), 66. Zu den rechtstheoretischen Grundlagen dieser Sichtweise siehe die Hinweise in FN 50.
75 Freilich scheint die fehlende Freiwilligkeit empirisch dem Erfolg von Mediationen nicht entgegenzustehen: Bono-Hörler (FN 71), 64 m.H.
76 Esther Haas/Toni Wirz, Mediation, 2. A., Zürich 2006, 14–16.
77 Statt vieler: I. Schwander (FN 42), 73.
78 Vgl. Bono-Hörler (FN 71), 73–82.

auf die Schaffung eines Vertrauensklimas hinwirken muss[79]. Beim Palaver verhält es sich anders, denn einerseits wäre es schwierig, Vertrauen zu schaffen, weil der Verletzer unter Umständen nicht freiwillig am Palaver teilnimmt und somit die fundamentale Vertrauensbasis der beiderseits freiwilligen Kontaktaufnahme fehlt. Andererseits ist ein Vertrauensverhältnis zwischen den Palaver-Teilnehmern auch keine Voraussetzung dafür, dass der Verletzte aus dem Verfahren Genugtuung erzielt. Der markanteste Unterschied zur hier vorgeschlagenen Prozedur liegt jedoch darin, dass die Strafmediation das traditionelle, ganz auf eine materielle Beurteilung ausgerichtete Strafverfahren nur ergänzen[80] und nicht ersetzen möchte.

Trotz aller Unterschiede bietet sich die Strafmediation als pragmatische Lösung des in Abschnitt 4 beschriebenen Problems an – nicht zuletzt, weil davon auszugehen ist, dass eine Streichung von Art. 261 StGB politisch chancenlos wäre.

6. Schluss

"[Strafrecht] ist die schärfste Waffe, die einer zivilisierten Gesellschaft zur Verfügung steht, wenn es gilt, abweichendes Verhalten zu sanktionieren. Halten wir Sorge dazu, dass diese Waffe nicht stumpf wird."[81]

Wie wir in Abschnitt 4 gesehen haben, ist Art. 261 StGB zu einer stumpfen Waffe geworden, da die Bestimmung ihre Rechtsgüter in wichtigen Fällen nicht schützen kann. Die Waffe ist deshalb zu verschrotten, zumal ein passabler, wenn auch noch unerprobter Ersatz zur Verfügung steht.

Wenn hier einer Abschaffung des strafrechtlichen Schutzes religiöser Gefühle und dessen Ersetzung durch eine Prozedur das Wort geredet wird, geschieht dies nicht unbewusst der Tatsache, dass auch der vorgeschlagene Ansatz theoretische und praktische Schwächen hat. Nimmt man aber den "schrottreifen" Art. 261 StGB als Vergleichsbasis, kann der prozedurale Ansatz zwar längst nicht alle Nachteile beseitigen, doch hat er immerhin die folgenden Vorteile:

- Im Vergleich zu einer Strafe für eine Meinungsäusserung ist die Durchführung eines Palavers ein viel milderes Mittel.
- Das Palaver ist nicht wie ein Verfahren mit materiellrechtlichem Thema auf Konfrontation ausgerichtet, sondern ermöglicht den Dialog.
- Die sozialen Normen, welche die öffentliche Kritik an religiösen Auffassungen beherrschen, werden vom prozeduralen Recht gestärkt, statt durch materielles Recht ersetzt.
- Schliesslich ist die Abhaltung eines Palavers kostengünstiger als ein Strafverfahren.

Vor allem aber ist die Prozedur mindestens so wirksam wie die Strafnorm, weil sie den in ihren Gefühlen Verletzten auch in gewissen Fällen Genugtuung verschaffen kann, wo eine Äusserung heute zu Recht straflos ist.

Wie steht es nun aber mit dem "Karikaturenstreit"? – Gegen die heftigen Emotionen und deren unschöne Manifestationen, die auf dem Höhepunkt des "Karikaturenstreits" die globale Medienöffentlichkeit in Atem hielten, hätte ein Verfahren wie das vorgeschlagene zugegebenermassen wenig, wahrscheinlich sogar gar nichts ausrichten können. Die in den meisten europäischen Ländern zur Verfügung stehenden materiellen Strafnormen[82] konnten dies freilich ebenso wenig. Indessen wäre es möglicherweise gar nicht zur Eskalation gekommen, hätten die dänischen Muslime einen wirksamen Behelf zur Verfügung gehabt, um die Verletzer zu konfrontieren, ihnen die Gründe näherzubringen, warum sie sich gekränkt fühlten, sich nicht zuletzt deren Standpunkt erklären zu lassen und sich dadurch Genugtuung für die Verletzung zu verschaffen.

Wie dem auch sei: Fälle wie dieser sind die grosse Ausnahme im Vergleich zu den unzähligen meinungsbezogenen Delikten, allen voran den Ehrverletzungsdelikten (Art. 173 ff. StGB), mit denen sich unsere Gerichte tagtäglich befassen müssen. Hier könnten neue Verfahren wie das vorgeschlagene einige Verbesserungen bringen und – als Variante der Strafmediation – auch relativ kurzfristig eingeführt werden.

79 BBl 2006 1269. Ähnlich BONO-HÖRLER (FN 71), 83–87.
80 BBl 2006 1269.
81 NIKLAUS OBERHOLZER, Die Rolle des modernen Strafrechts: Kriminalisierung als Mittel für jeden Zweck?, recht 2002, 221 ff., 228.
82 Agence France Presse, Gesetze gegen Religions-Beleidigung in vielen EU-Staaten, Rom, 7./8.2.2006, erhältlich über Lexis-Nexis.

L'immanente subjectivité des sentiments limite la protection de ceux-ci sur le plan du droit matériel: le droit ne doit pas se fonder entièrement sur des éléments subjectifs; et vice-versa, une approche trop objective irait à l'encontre de la protection des sentiments en minimisant l'appréciation des émotions. La problématique est actuelle et s'est posée en relation avec l'art. 261 CP (atteinte à la liberté de croyance et des cultes): la publication de douze caricatures de Mahomet dans le journal danois "Jyllands Posten" a blessé respectivement mis en danger les biens juridiques que cette norme pénale devrait en fait protéger. Ce nonobstant, les auteurs des caricatures demeurent à l'abri de toute sanction.
Dès lors l'art. 261 CP devrait être supprimé et remplacé par un mécanisme procédural de résolution des conflits – des parallèles devant être établis avec la médiation pénale: celui qui, aujourd'hui, déposerait plainte pour violation de l'art. 261 CP devrait, à l'avenir, avoir le droit de réclamer une "palabre" devant une instance étatique, ce qui lui permettrait d'être confronté avec l'auteur de la violation et lui donnerait l'occasion d'entrer en discussion avec celui-ci. Ce procédé permettrait de canaliser favorablement les émotions provoquées par l'atteinte portée aux sentiments. La procédure proposée n'a quasiment pas d'inconvénients et comporte quantité d'avantages par rapport au statu quo qui est insatisfaisant. Elle permettrait, en particulier, de renforcer les normes sociales en relation avec les sentiments religieux des autres, au lieu de les remplacer par du droit pénal matériel.
(trad. LT LAWTANK, Fribourg)