

## Art. 261<sup>bis</sup> StGB und die Meinungsäusserungsfreiheit

### I. Meinungsäusserungsfreiheit und ihre Einschränkungen

Seit es die Strafbestimmung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB gibt, wird immer wieder gegen sie vorgebracht, sie schränke die Meinungsäusserungsfreiheit ein. Das soll natürlich nicht bestritten werden. Nur müsste eben mit einigem Erstaunen gefragt werden, was denn daran so speziell sei.

Natürlich könnte man sogleich vorbringen, dass die Meinungsäusserungsfreiheit sich aus der Menschenwürde herleitet und es deshalb keinen Sinn ergeben kann, die Strafbarkeit von Äusserungen zu kritisieren, welche die Menschenwürde *anderer* tangieren oder gar negieren (und nur dies ist ja nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB strafbar), indem man sich für diese Kritik auf seine eigene Menschenwürde beruft. Das nämlich hiesse ja im Endeffekt nichts anderes, als dass die eigene Würde bedeutsamer sei als diejenige der Anderen, was als Resultat unmittelbar dem eigentlichen Konzept der Menschenwürde zuwiderliefe. Aber sei's drum. Und natürlich könnte man auch vorbringen, dass kein Grundrecht uneingeschränkt bestehe, dass mithin die Feststellung, *dass* eine Regelung ein Grundrecht einschränke, nicht ausreichen kann, um ihre Legitimität in Frage zu stellen. Die Frage muss also nicht dahin gehen, ob eine Einschränkung bestehe, sondern immer, ob diese Einschränkung adäquat sei, d.h. ob sie als angemessen erscheint. Und das ist wohl letztlich auch gemeint mit dem Argument der Meinungsäusserungsfreiheit. Die Frage der Angemessenheit einer Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit, ist keine Frage der Verhältnismässigkeit, sondern eine politische Entscheidung. Die Frage der Legitimation einer Strafnorm lässt sich nicht nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit beantworten, weil es für die politische Wertung keinen objektiven Massstab gibt. Wenn ein bestimmtes Gut für eine Rechtsgemeinschaft sehr bedeutsam ist, dann lässt sich dagegen nicht einwenden, dies sei nicht begründet oder gerechtfertigt. Die Wertentscheidungen einer Rechtsgemeinschaft sind eben ihre Wertentscheidungen, und zwar auch dort, wo sie anderen nicht unbedingt einleuchten.

Wird also behauptet, Art. 261<sup>bis</sup> StGB schränke die Meinungsäusserungsfreiheit ein, so können wir nicht einfach überprüfen, ob Art. 261<sup>bis</sup> StGB die Meinungsäusserungsfreiheit einschränke (das tun ja viele andere Normen auch). Wird zudem behauptet, sie tue dies übermässig, so müssen wir Grund und Mass dieser Einschränkung analysieren. Wie eben ausgeführt lässt sich die Intensität der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit nicht durch eine Verhältnismässigkeitsprüfung feststellen, weil es für die Wertentscheidungen einer Rechtsgemeinschaft keinen Vergleichsmassstab gibt. Die Analyse kann also nicht *in abstracto* erfolgen, sondern muss in den Kontext der übrigen Rechtsordnung gestellt werden. Symptomatisch ist ja, dass ein erheblicher Teil der Kritik an Art. 261<sup>bis</sup> StGB sich jeweils auf ausschliesslich diese Norm konzentriert, ohne auch nur grobe Vergleiche oder Bezüge zu anderen Strafnormen herzustellen. Das bewirkt vielfach, dass an der Antirassismus-Strafnorm Aspekte kritisiert werden, die als Spezifikum dieser Bestimmung behandelt oder dargestellt werden, die aber ganz allgemein für jede Strafnorm Geltung beanspruchen können. Alle Erkenntnis aber ergibt sich aus Unterscheidungen, aus Differenz. Wir wollen deshalb im Folgenden versuchen, die Anti-Rassismus-Strafnorm ins Verhältnis zu setzen mit anderen Strafnormen, die ebenfalls die Meinungsäusserungsfreiheit tangieren.

Dabei erscheint als erste und offensichtlichste Norm natürlich Art. 261 (Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit) nicht alleine der Nähe wegen, sondern auch seiner Ausrichtung nach.

### 1. Art. 261 Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit

Die Norm lautet wie folgt:

*Wer öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt,*

*wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet,*

*wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt,*

*wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.*

Die Bestimmung findet sich seit jeher im StGB, also seit 1942. Ebenso wie Art. 261<sup>bis</sup> StGB werden nur öffentliche Äusserungen erfasst. Es werden zum einen Äusserungen mit Strafe bedroht, die religiöse Überzeugungen anderer Personen *beschimpfen oder verspotten* (Abs. 1), zum anderen Äusserungen, die Kultushandlungen *stören oder verspotten* (Abs. 2; eine Verunehrung i.S.v. Abs. 3 alleine durch Meinungsäusserung ist kaum vorstellbar). Strafbar ist mithin das Beschimpfen oder Verspotten religiöser Überzeugungen sowie das Stören und Verspotten von Kultushandlungen. Beide Absätze kennen eine Einschränkung: Das Beschimpfen oder Verspotten muss „in gemeiner Weise“ erfolgen, das Stören oder Verspotten „böswillig“. Leicht erkennbar ist, dass der Wahrheitsgehalt der Äusserung unbeachtlich bleibt, ebenso wie die Wirkung bei den unmittelbar Betroffenen oder deren Reaktion. Anders als in Art. 261<sup>bis</sup> StGB, wo die Betroffenen selbst angesprochen sind (über ihre Zugehörigkeit zu einer Gruppe), setzt in Art. 261 StGB die Strafbarkeit schon bei ihren Überzeugungen ein. Auch müssen Handlungen nach Art. 261 StGB nicht die Intensität einer Verletzung der Menschenwürde erreichen wie in Art. 261<sup>bis</sup> StGB, vielmehr reicht bereits ein Sich-Lustig-Machen. Trotz des engeren Schutzbereiches (nur Religion, nicht auch Rasse und Ethnie; nur Überzeugungen der Betroffenen, nicht die Betroffenen selbst), setzt die Strafbarkeit bereits auf einer tieferen, weniger intensiven Ebene ein: verlangt ist nicht eine Verletzung der Menschenwürde durch eine Herabsetzung oder Diskriminierung (wie bei Art. 261<sup>bis</sup> StGB), es reicht bereits Spott.<sup>1</sup> Die berühmten dänischen Mohammed-Karikaturen etwa, die die Welt umgetrieben haben, wären unter dem Blickwinkel von Art. 261<sup>bis</sup> StGB unproblematisch, aber höchstwahrscheinlich strafbar nach Art. 261 StGB.

Wenn wir bei den Delikten des 12. Titels des StGB und dem Beschimpfen bleiben, dann wäre als nächstes Art. 262 StGB zu erwähnen.

### 2. Art. 262 Störung des Totenfriedens

Die Norm lautet wie folgt:

1. *Wer die Ruhestätte eines Toten in roher Weise verunehrt,*

*wer einen Leichenzug oder eine Leichenfeier böswillig stört oder verunehrt,*

*wer einen Leichnam verunehrt oder öffentlich beschimpft,*

*wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

2. *Wer einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Toten wider den Willen des Berechtigten wegnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

Durch blosser Meinungsäusserung erfüllt werden können sowohl das *Verunehren* als auch das *Beschimpfen*, wobei das Verunehren ähnlich verstanden wird wie im eben diskutierten Art. 261. Auch die Strafbarkeit für Tathandlungen nach Art. 261 StGB setzt deutlich schneller ein, als diejenige nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB. Tangiert wird auch hier nicht die Menschenwürde (die ja nur Lebenden zukommen kann), sondern schon das Pietätsgefühl (der Überlebenden) gegenüber dem Toten. Wie in Art. 261 StGB reicht bereits ein Verunehren oder gar ein blosses Stören. Im Vergleich zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB setzt die Strafbarkeit also auch hier (ebenso wie bei Art. 261 StGB) deutlich früher ein. Zudem muss durch die Tathandlung auch

<sup>1</sup> Vgl. G. Fiolka, Art. 261 N 22 in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), StGB, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

nicht die Menschenwürde tangiert werden, vielmehr reichen bereits Angriffe auf das Pietätsgefühl.<sup>2</sup> Die Norm beschlägt also nicht die Verstorbenen selbst, sondern die Überlebenden, also die Verwandten, Freunde etc. des Toten (ganz analog zur Leugnung von Völkermord in Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB). Die konkrete Verletzung der Gefühle einer konkreten Person nicht Voraussetzung (auch dies analog zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB). Auch die Wahrheit der fraglichen Äusserungen bleibt gänzlich irrelevant.

Im Vergleich mit Art. 261<sup>bis</sup> StGB erscheinen mithin sowohl Art. 261 als auch Art. 262 StGB als erheblichere Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit.

### 3. Weitere Delikte des 12. Titels

Im 12. Titel finden sich noch weitere Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit, namentlich Art. 258 StGB, der denjenigen mit Strafe bedroht, der durch Androhen oder Vorspiegeln einer Gefahr für Leib und Leben oder Eigentum die Bevölkerung in Schrecke versetzt, oder Art. 259 StGB, der die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeiten unter Strafe stellt. In beiden Fällen wird ein Verhalten unter Strafe gestellt, das – anders als die Anstiftung nach Art. 24 StGB – nicht voraussetzt, dass die Äusserungen bewirken, dass entsprechende Handlungen oder Delikte auch nur versucht werden. Die Strafbarkeit setzt aufgrund der entsprechenden Äusserungen selbst ein.

### 4. Ehrverletzungen (Art. 173 ff. StGB)

Die nächste Gruppe von Delikten, die es zu erwähnen gilt, sind die Ehrverletzungsdelikte. Die wichtigsten Bestimmungen lauten:

#### **Art. 173 Üble Nachrede**

*1. Wer jemanden bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt, wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung weiterverbreitet, wird, auf Antrag, mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.*

[...]

#### **Art. 174 Verleumdung**

*1. Wer jemanden wider besseres Wissen bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt, wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung wider besseres Wissen verbreitet, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

[...]

Sowohl bei der Üblen Nachrede gemäss Art. 173 StGB als auch bei der Verleumdung gemäss Art. 174 StGB wird die ehrenrührige Äusserung bestraft. Ehrenrührig ist dabei jede Äusserung, die den Anspruch darauf, als Mensch ohne besonderen sittlichen Makel behandelt zu werden, anzugreifen, oder einfach (und natürlich) verkürzend gesagt, die die Geltung als anständiger Mensch beeinträchtigen.<sup>3</sup> Art. 173 und Art. 174 StGB unterscheiden sich nur darin, dass der Täter bei der Verleumdung um die Unwahrheit des Behaupteten weiss, dieweil dies bei Art. 173 StGB nicht nötig ist. Strafbar macht sich nach beiden Bestimmungen, wer Entsprechendes nicht selbst erfindet, sondern es nur weitererzählt, selbst wenn er relativierend hinzufügt, er selbst wisse ja nicht, ob das Gesagte zutreffe (wobei nach Art. 174 natürlich wiederum das Wissen um die Unwahrheit vorausgesetzt ist).

Selbst wahre Äusserungen können Art. 173 StGB erfüllen und damit bestraft werden (natürlich nicht Art. 174, denn dort weiss der Täter ja, dass seine Behauptung nicht wahr ist). Die relevante Passage in Art. 173 StGB lautet:

<sup>2</sup> Vgl. G. Fiolka, Art. 262 N 6 in Niggli/Wiprächtiger, StGB, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

<sup>3</sup> Vgl. G. Fiolka, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, Jusletter 24.7.2006, Rz. 29 ff.

2. *Beweist der Beschuldigte, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht, oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten, so ist er nicht strafbar.*

3. *Der Beschuldigte wird zum Beweis nicht zugelassen und ist strafbar für Äusserungen, die ohne Wahrung öffentlicher Interessen oder sonst wie ohne begründete Veranlassung, vorwiegend in der Absicht vorgebracht oder verbreitet werden, jemandem Übles vorzuwerfen, insbesondere, wenn sich die Äusserungen auf das Privat- oder Familienleben beziehen.*

Einfach gesagt, kann der Täter seine ehrverletzende (aber wahre) Äusserung nach Art. 173 Ziff. 2 StGB dadurch rechtfertigen, dass er deren Wahrheit beweist bzw. zumindest beweist, dass er sie aus guten Gründen für wahr gehalten hatte. Zu diesem sogenannten Wahrheitsbeweis allerdings wird er nach Art. 173 Ziff. 3 StGB nicht zugelassen, wenn die Äusserung nicht öffentliche Interessen wahrt (z.B. weil die fragliche Person ein öffentliches Amt bekleidet oder eine amtliche Funktion), wenn sich die Äusserungen vorwiegend mit der Absicht vorgebracht werden, jemandem zu schaden, so besonders bei Äusserungen, die sich auf das Privat- oder Familienleben beziehen.<sup>4</sup>

Die Strafbarkeit nach den Ehrverletzungsdelikten setzt keinen Angriff auf die Menschenwürde voraus, ausreichend ist ein Angriff auf den Ruf als anständiger Mensch. Das kann bereits durch blosser Beschimpfung (Art. 177 StGB) geschehen, aber selbst Tatsachenbehauptungen, die ehrenrührig sind, können strafbar sein und zwar selbst dann, wenn sie wahr sind. Der Täter muss diese Behauptungen auch nicht selbst aufstellen, es reicht aus, wenn er sie weiterverbreitet. Auch die Ehrverletzungsdelikte schränken damit die Meinungsäusserungsfreiheit deutlich stärker ein als Art. 261<sup>bis</sup> StGB.

##### 5. *Weitere Delikte im Strafgesetzbuch*

Neben diesen Delikten findet sich im Strafgesetzbuch eine Vielzahl von weiteren Delikten, welche die Meinungsäusserungsfreiheit einschränken. Dazu gehören etwa (wir nennen nur die Wichtigsten und nur jeweils die für die Meinungsäusserungsfreiheit relevanten Aspekte):

- **Art. 180 StGB Drohung:** Bestraft wird, wer jemanden durch schwere Drohung in Schrecken oder Angst versetzt;
- **Art. 135 StGB Gewaltdarstellungen:** Bestraft wird, wer Aufnahmen oder Abbildungen etc., die „*grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen*“, herstellt, einführt oder sonst in Verkehr bringt oder zugänglich macht.
- **Art. 197 StGB Pornographie:** Bestraft wird einerseits, wer „*pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren verbreitet oder sonst zugänglich macht* (Abs. 1), und wer sie öffentlich ausstellt oder zeigt etc. (Abs. 2). Eingeschränkt ist die Meinungsäusserungsfreiheit nur im Bereich des Jugendschutzes. Interessanter für uns ist die sog. harte Pornographie, d.h. sexuelle Handlungen mit Tieren, Gewalttätigkeiten und Minderjährigen (Abs. 4 und 5; Fäkalpornographie, die ursprünglich auch als harte Pornographie qualifiziert wurde, ist seit 2014 nicht mehr erfasst). Das Gesetz unterscheidet zwischen „*tatsächlichen*“ und „*nicht-tatsächlichen*“ sexuellen Handlungen mit Minderjährigen, was wir vorliegend nicht erläutern wollen. Abs. 4 bedroht mit Strafe alle Formen des Verbreitens, Abs. 5 sogar den Besitz. Für die Frage der Meinungsäusserungsfreiheit höchst interessant ist die Strafbarkeit der Darstellung von sexuellen Handlungen mit Gewalt unter Erwachsenen. Die Handlungen selbst nämlich sind völlig legal, sofern die Beteiligten zustimmen und freiwillig handeln. Das Filmen solcher legaler Handlungen aber wird mit Strafe bedroht, und nicht nur die Verbreitung, sondern sogar der Besitz. Damit also wird der Besitz von bildlichen Darstellung gänzlich legaler Handlungen selbst dort bestraft, wo niemand anderer als die Beteiligten involviert ist. Einen schärferen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit kann man sich schlicht nicht vorstellen.
- **Art. 296 StGB Beleidigung eines fremden Staates:** Bestraft wird, wer einen fremden Staat (Staatsoberhaupt, Regierung, diplomatische Vertreter oder offizielle Delegierte an einer diplomatischen Konferenz in der Schweiz etc.) öffentlich beleidigt. Die Norm kommt *zusätzlich* zu den Ehrverletzungsdelikten zur Anwendung, d.h. es geht hier gerade nicht um Angriffe auf eine konkrete Person.

<sup>4</sup> Vgl. F. Riklin, Art. 173 N 26 ff., in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), StGB, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

- **Art. 297 StGB Beleidigung zwischenstaatlicher Organisationen:** Bestraft wird, wer eine in der Schweiz „niedergelassene oder tagende zwischenstaatliche Organisation oder Abteilung einer solchen in der Person eines ihrer offiziellen Vertreter öffentlich beleidigt“. Auch hier kommt die Norm zusätzlich zu den Ehrverletzungsdelikten zur Anwendung.
- **Art. 298 Tätlicher Angriff auf fremde Hoheitszeichen:** Bestraft wird, „wer Hoheitszeichen eines fremden Staates, die von einer anerkannten Vertretung dieses Staates öffentlich angebracht sind, namentlich sein Wappen oder seine Fahne böswillig wegnimmt, beschädigt oder beleidigende Handlungen daran verübt“. Interessanterweise werden nur Angriffe erfasst auf Zeichen, die vom fremden Staat selbst angebracht wurden, aber auch hier wird deutlich, dass eigentlich Individualdelikte wie Diebstahl, Sachbeschädigung oder Ehrverletzungsdelikte bestünden. Die Norm aber beschlägt die internationalen Beziehungen der Schweiz, und zwar nicht deren Beschädigung, sondern bereits deren Gefährdung.
- **Art. 320 StGB Amtsgeheimnis / Art. 321 StGB Berufsgeheimnis:** Beide Normen beschränken die Meinungsäusserung dadurch, dass unter Strafandrohung über bestimmte Dinge nicht kommuniziert werden darf, wenn eine entsprechende Geheimnispflicht besteht. Als Teilnehmer bestraft werden können dabei sogar Personen, die gar nicht unter diesen Geheimhaltungspflichten stehen.
- **Art. 293 StGB Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen:** Bestraft wird, „wer, ohne dazu berechtigt zu sein, aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde im Rahmen ihrer Befugnis als geheim erklärt worden sind, etwas an die Öffentlichkeit bringt“. Wesentlich ist, dass die Frage danach, ob die fragliche Information geheim ist oder nicht, irrelevant bleibt. Wesentlich ist einzig, ob sie als geheim erklärt worden ist.<sup>5</sup>

Ohne dass sämtliche, oder auch nur die meisten Strafnormen unseres Rechts auch nur summarisch dargestellt werden (dies wäre sehr umfangreich), soll abschliessend nur eine Bestimmung noch erwähnt werden, und zwar eine die sich im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) findet. Es ist vielleicht nicht ganz sinnlos den Wortlaut der Bestimmung wiederzugeben, damit auch klar wird, wie umfangreich die Einschränkungen sind:

**Art. 3 UWG Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten:**

<sup>1</sup> Unlauter handelt insbesondere, wer:

a. andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt;

b. über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt;

c. unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen verwendet, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken;

d. Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen;

e. sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt;

f. ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht; Täuschung wird vermutet, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen liegt; weist der Beklagte den tatsächlichen Einstandspreis nach, so ist dieser für die Beurteilung massgebend;

g. den Kunden durch Zugaben über den tatsächlichen Wert des Angebots täuscht;

<sup>5</sup> Vgl. G. Fiolka, Art. 293 N 26 f. in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), StGB, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013. Es ist indes fraglich, wie weit ein rein formeller Geheimnisbegriff mit Art. 10 EMRK zu vereinbaren ist, vgl. EGMR, 21.1.1999, 29183/95, Fressoz/Roire v. Frankreich, §§ 54 ff.

*h. den Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt;*

*i. die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht;*

*k. es bei öffentlichen Auskündigungen über einen Konsumkredit unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen oder den Nettobetrag des Kredits, die Gesamtkosten des Kredits und den effektiven Jahreszins deutlich anzugeben;*

*l. es bei öffentlichen Auskündigungen über einen Konsumkredit zur Finanzierung von Waren oder Dienstleistungen unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen oder den Barzahlungspreis, den Preis, der im Rahmen des Kreditvertrags zu bezahlen ist, und den effektiven Jahreszins deutlich anzugeben;*

*m. im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit einen Konsumkreditvertrag anbietet oder abschliesst und dabei Vertragsformulare verwendet, die unvollständige oder unrichtige Angaben über den Gegenstand des Vertrags, den Preis, die Zahlungsbedingungen, die Vertragsdauer, das Widerrufs- oder Kündigungsrecht des Kunden oder über sein Recht zu vorzeitiger Bezahlung der Restschuld enthalten;*

*n. es bei öffentlichen Auskündigungen über einen Konsumkredit (Bst. k) oder über einen Konsumkredit zur Finanzierung von Waren oder Dienstleistungen (Bst. l) unterlässt, darauf hinzuweisen, dass die Kreditvergabe verboten ist, falls sie zur Überschuldung der Konsumentin oder des Konsumenten führt;*

*o. Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet;*

*p. mittels Offertformularen, Korrekturangeboten oder Ähnlichem für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge wirbt oder solche Eintragungen oder Anzeigenaufträge unmittelbar anbietet, ohne in grosser Schrift, an gut sichtbarer Stelle und in verständlicher Sprache auf Folgendes hinzuweisen:*

- 1. die Entgeltlichkeit und den privaten Charakter des Angebots,*
- 2. die Laufzeit des Vertrags,*
- 3. den Gesamtpreis entsprechend der Laufzeit, und*
- 4. die geografische Verbreitung, die Form, die Mindestauflage und den spätesten Zeitpunkt der Publikation;*

*q. für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge Rechnungen verschickt, ohne vorgängig einen entsprechenden Auftrag erhalten zu haben;*

*r. jemandem die Lieferung von Waren, die Ausrichtung von Prämien oder andere Leistungen zu Bedingungen in Aussicht stellt, die für diesen hauptsächlich durch die Anwerbung weiterer Personen einen Vorteil bedeuten und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Waren oder Leistungen (Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystem);*

*s. Waren, Werke oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet und es dabei unterlässt:*

- 1. klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen,*
- 2. auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hinzuweisen,*
- 3. angemessene technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können,*
- 4. die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen;*

*t. im Rahmen eines Wettbewerbs oder einer Verlosung einen Gewinn verspricht, dessen Einlösung an die Inanspruchnahme einer kostenpflichtigen Mehrwertdienstnummer, die Leistung einer Aufwandsentschädigung, den Kauf einer Ware oder Dienstleistung oder an die Teilnahme an einer Verkaufsveranstaltung, Werbefahrt oder einer weiteren Verlosung gebunden ist;*

*u. den Vermerk im Telefonbuch nicht beachtet, dass ein Kunde keine Werbemitteilungen von Dritten erhalten möchte und dass seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen.*

[...]

Verletzungen von Art. 3 werden nach Art. 23 UWG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Von den vielen Tatbestandsvarianten von Art. 3 UWG sind im vorliegenden Kontext interessant v.a. lit. a und e. Danach wird bestraft, wer nicht Menschen, sondern „Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt“ (lit. a), und wer „sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt“ (lit. e). Strafbar ist also bereits die unnötig verletzende Äusserung über Waren sowie der unnötig herabsetzende Vergleich mit Waren.<sup>6</sup> Die Wahrheit der Äusserung bleibt unbeachtlich. Eine erheblichere Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit lässt sich kaum denken: Nicht die unwahre, sondern auch die wahre Äusserung begründet Strafbarkeit, wenn sie unnötig herabsetzend ist. Noch einmal: Dies alles bezieht sich auf Äusserungen bzgl. Waren, also Sachen, nicht etwa Menschen.

Damit aber soll es genug sein des Vergleichens. Wie das Vorstehende hoffentlich deutlich gemacht hat, sind in unserer Rechtsordnung Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit nicht nur üblich, sie gehen zu einem erheblichen Teil auch deutlich weiter als diejenigen von Art. 261<sup>bis</sup> StGB.

Die Kritik an der Norm, sie schränke die Meinungsäusserungsfreiheit ein, kann also nicht verfangen. Wie erwähnt hilft hier auch keine Prüfung der Verhältnismässigkeit, denn die Entscheidung für (oder eben gegen) einen gesellschaftlichen Wert, lässt sich nicht beurteilen, sondern nur feststellen. Gerade die (sehr verwaltungs- und verfassungsrechtliche) Orientierung auf eine wie immer geartete Verhältnismässigkeit verschleiert und verstellt den Blick auf die massgebliche Frage: Ist der Rechtsgemeinschaft der entsprechende Wert bedeutsam genug, dass sie eine Einschränkung der Meinungsäusserung für angemessen hält. Wer die Meinungsäusserungsfreiheit bzw. ihre Einschränkung als Argument anführt, bestreitet damit schlicht die Legitimation der Strafnorm Art. 261<sup>bis</sup> StGB. Was damit ausgesagt wird, ist nichts anderes, als dass der Wettbewerb (Art. 3 UWG) oder die Religion (Art. 261 und 262 StGB) die Legitimation einer Einschränkung zu bieten vermögen, nicht aber Rasse oder Ethnie. Und wer die Legitimation der Strafbarkeit der Völkermord-Leugnung in Zweifel zieht, erklärt damit natürlich auch, dass er die (nicht in Zweifel gezogene) Strafbarkeit selbst wahrer Aussagen über einen Einzelnen für legitimer hält, als das Leugnen der schlimmsten Verbrechen überhaupt. Das alles kann man natürlich vertreten, aber es sollte wenigstens zugegeben werden.

Was die Referenz auf die Verhältnismässigkeit als Beurteilungsprinzip der Legitimität von Strafe tatsächlich an gänzlich perversen Resultaten bewirkt, lässt sich vielleicht am besten an einem konkreten Fall erkennen, einem Fall zudem, der mit Art. 261<sup>bis</sup> StGB in direktem Zusammenhang steht, nämlich der Leugnung des Völkermordes an den Armeniern durch einen Türken.

## II. Der Entscheid der Grossen Kammer des EGMR i.S. Perinçek

### 1. Zum Verfahren

#### A. Sachverhalt und schweizerische Verfahren

Perinçek, der Präsident der türkischen Arbeiterpartei, leugnete an drei verschiedenen öffentlichen Veranstaltungen in der Schweiz im Jahre 2005, dass im Osmanischen Reich im Jahre 1915 und den folgenden Jahren ein Völkermord am armenischen Volk begangen worden sei. Er qualifizierte diesen Völkermord als „internationale Lüge“. Perinçek stellte nicht in Frage, dass Massaker und Deportationen stattgefunden haben, sondern betrachtete sie als gerechtfertigte Handlungen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts. Die Deportationen seien kein Völkermord, sondern aus Sicherheitsgründen erforderlich gewesen.

<sup>6</sup> Vgl. nur BGE 117 IV 193: Strafbare Behauptung, ein bestimmter Hersteller von Nähmaschinen hinke „nähtechnisch hinterher“.

Perinçek wurde wegen einer Äusserung in Lausanne vom Polizeigericht Lausanne mit Urteil vom 9.3.2007 wegen Rassendiskriminierung i.S.v. Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen und einer Busse von 3000 Franken verurteilt. Ein Rekurs gegen diese Entscheidung wurde vom Kantonsgericht Waadtland mit Urteil vom 13.6.2007 abgewiesen. Auch eine Beschwerde in Strafsachen wurde vom Kassationshof des Bundesgerichts mit Urteil vom 12.12.2007 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (6B\_398/2007).

Mit Blick auf die Qualifikation der Verbrechen an den Armeniern als Genozid führte das Bundesgericht, das diese Frage als Tatfrage betrachtete und einer Willkürprüfung unterzog, aus, dass die Gerichte klären müssten, ob mit Blick auf die historischen Geschehnisse ein mit der Shoa vergleichbarer Konsens bestehe (E. 3.4.3), dass sie also feststellen müssten, ob ein Völkermord in tatsächlicher Hinsicht bekannt und anerkannt sei (E. 4). Das Bundesgericht kam zum Schluss dass die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen sei, indem sie den Genozid an den Armeniern als solchen anerkannte, unabhängig davon, dass der Bundesrat bisher keine offizielle Erklärung in diesem Sinne abgegeben hat und auch unabhängig davon, wie viele Staaten diesen Genozid offiziell anerkannt haben (E. 4.3).

Perinçek reichte in der Folge eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein, worin er einen Verstoss gegen die Meinungsäusserungsfreiheit i.S.v. Art. 10 EMRK rügte.

## **B. Entscheid der 2. Kammer vom 17. Dezember 2013**

Vor der 2. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde die Schweiz mit Entscheidung vom 17. Dezember 2013 mit einer Mehrheit von 5 gegen 2 Stimmen wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK verurteilt.<sup>7</sup>

Die Kammer ging dabei davon aus, dass an der Debatte über die Qualifikation des Genozids an den Armeniern ein öffentliches Interesse bestehe und dass Perinçeks Äusserungen historischer, juristischer und politischer Natur gewesen seien (§ 112). Daraus ergebe sich, dass der Beurteilungsspielraum der schweizerischen Behörden eingeschränkt sei (§ 113).

Die Kammer ging ferner davon aus, dass es keinen allgemeinen Konsens („consensus général“) hinsichtlich der Qualifikation des Genozids an den Armeniern als Genozid gebe (§ 115 ff.). Sie verwies dabei darauf, dass nur ca. 20 Staaten den Genozid an den Armeniern offiziell anerkannt hätten (§ 115). Hinzu komme, dass Perinçek nicht den Sachverhalt der Tötung etc. von Armeniern in Frage gestellt habe, sondern bloss dessen juristische Qualifikation als Genozid (§ 117).

Zwischen dem Genozid an den Armeniern und der Shoa differenzierte die Kammer insofern, als die Verbrechen der Nationalsozialisten aufgrund des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg abgeurteilt worden seien (§ 117).

Sodann äusserte die Kammer Zweifel daran, ob tatsächlich ein dringendes soziales Bedürfnis zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit durch Bestrafung der Leugnung des Genozids an den Armeniern bestehe. Sie begründet dies damit, dass es in vielen anderen Staaten keine vergleichbaren Regelungen gebe (§ 120) und die Verfassungsgerichte in Spanien und Frankreich vergleichbare Regelungen als verfassungswidrig bezeichnet haben (§ 121 ff.).

## **C. Entscheid der Grossen Kammer vom 15. Oktober 2015**

Am 17. März 2014 beantragte die schweizerische Regierung eine Verweisung der Angelegenheit an die Grosse Kammer. Auch die grosse Kammer verurteilte die Schweiz indes wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit i.S.v. Art. 10 EMRK.<sup>8</sup> Diese Verurteilung erfolgte mit einer Mehrheit von 10 gegen 7 Stimmen, wobei aus den abweichenden Meinungen hervorgeht, dass eine Richterin zwar eine Verletzung von Art. 10 EMRK annahm, die Begründung der Mehrheit indes mit deutlichen Worten verworfen hat.<sup>9</sup>

Die Anwendung von Art. 17 EMRK, wonach die Konvention nicht so auszulegen ist, dass sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründe, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen

<sup>7</sup> EGMR, 2. Kammer, 17.12.2013, 27510/08, Perinçek v. Schweiz.

<sup>8</sup> EGMR, Grosse Kammer, 15.10.2015, 27510/08, Perinçek v. Schweiz.

<sup>9</sup> EGMR, Grosse Kammer, 15.10.2015, 27510/08, Perinçek v. Schweiz, Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger, 122 ff.



oder sie stärker einzuschränken als es in der Konvention vorgesehen ist, wurde mit 13 Stimmen gegen 4 Stimmen verworfen, da dies nicht deutlich erwiesen sei (§ 113 ff.).

Die Grosse Kammer stellt zunächst fest, dass der EGMR in der Vergangenheit sowohl bei Aufrufen zu Gewalt bzw. „hate speech“ (§ 208) als auch bei historische Ereignisse betreffenden Debatten (§ 220) stets stark auf die Umstände des Einzelfalls, die Art der fraglichen Äusserungen und deren Auswirkungen aber auch ihren Kontext abgestellt hat. Verbote von Leugnungen der Shoa wurden dabei regelmässig als mit Art. 10 EMRK vereinbar betrachtet (§§ 209 ff.). Umgekehrt wurde die Türkei wiederholt wegen unstatthafter Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit durch die Anwendung des Tatbestands der „Verunglimpfung des Türkentums“ etwa durch Aussagen betreffend den Genozid an den Armeniern verurteilt (§§ 221 ff.).

Die Grosse Kammer führt sodann aus, dass der EGMR – anders als etwa nationale Verfassungsgerichte – nicht in abstracto zu prüfen habe, ob ein Verbot der Genozidleugnung grundsätzlich gerechtfertigt sei, sondern sich lediglich darüber ausspricht, ob eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit im konkreten Fall „in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich“ gewesen sei (§ 226), was eine Abwägung der Meinungsäusserungsfreiheit mit den durch die Meinungsäusserung verletzten Interessen (Privatleben nach Art. 8 EMRK) voraussetze (§ 228). Der EGMR untersucht mithin in erster Linie eine spezifische Äusserung und nicht die Gesetzgebung.

Die Grosse Kammer kam wie die 2. Kammer zum Ergebnis, dass die Äusserungen eine Frage von öffentlichem Interesse betroffen habe. Sie führte aus, dass Äusserungen über historische Fragen grundsätzlich von öffentlichem Interesse seien (§ 230) und dass dem Staat daher nur ein reduzierter Beurteilungsspielraum bezüglich der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zukomme (§ 241).

Ein Fall von „hate speech“, also der Aufstachelung zu Hass oder Intoleranz liege nicht vor (§ 234), was auch damit begründet wird, dass Perinçek sich nicht abfällig über die Armenier geäussert habe (§ 233). Anders als bei der Leugnung der Shoa, mit der ganz regelmässig antidemokratische und antisemitische Werthaltungen und Zielsetzungen verbunden seien, könne dies bei den fraglichen Äusserungen nicht vermutet werden, und es ergäben sich auch im vorliegenden Fall keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür (§ 234).

In der Folge würdigt die Grosse Kammer die Notwendigkeit eines dringenden sozialen Bedürfnisses eines Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit anhand verschiedener Facetten des Kontexts der Äusserungen Perinçeks.

Die historischen Erfahrungen verschiedener Staaten können nach Auffassung des EGMR die Würdigung der Erforderlichkeit eines Eingriffs massgeblich beeinflussen (§ 242). Dies gelte insbesondere für die Shoa. Für den EGMR rechtfertige sich die Kriminalisierung der Leugnung nicht so sehr, weil es sich um ausser Zweifel stehende historische Ereignisse handle, sondern vielmehr, weil die Leugnung der Shoa – selbst im Gewand sich unvoreingenommen gebender historischer Forschung – stets eine antidemokratische und antisemitische Ideologie zum Ausdruck bringe. Die Leugnung der Shoa sei in zweierlei Hinsicht gefährlich, insbesondere in Staaten, die die nationalsozialistische Schreckensherrschaft erfahren haben und die eine besondere moralische Verantwortung der Distanzierung der durch diese Staaten oder mit deren Unterstützung begangenen massenhaften Greuelthaten haben, insbesondere durch ein Verbot der Leugnung (§ 243).

Demgegenüber bestehe allerdings kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Schweiz und dem Genozid an den Armeniern. Einziger möglicher Zusammenhang wäre die armenische Gemeinschaft in der Schweiz. Hierzu stellt die Grosse Kammer fest, dass kein Risiko der Verschlechterung der Beziehungen zwischen Türken und Armeniern in der Schweiz bestanden habe und dass die Äusserungen auch auf die Armenier in der Türkei keinen Einfluss gehabt habe (§ 244 ff.).

Als weiteres mögliches Differenzierungskriterium erkennt der EGMR den Zeitablauf zwischen den fraglichen Ereignissen und der Äusserung. Er geht davon aus, dass die Diskussion neuerer Ereignisse u.U. bei der Bevölkerung stärkere Reaktionen hervorrufen und diese allenfalls traumatisieren könnte. Die Grosse Kammer weist darauf hin, dass die Ereignisse ab 1915 im Verfahrenszeitpunkt ca. 80 Jahre zurücklagen, und dass die Notwendigkeit einer Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit mit der Zeit stark abnehme (§ 250).

Nach Ansicht der Grossen Kammer hätten die Äusserungen Perinçeks weder die Würde der beim Völkermord ermordeten Armenier noch Würde und Identität ihrer Nachkommen dergestalt beeinträchtigt, dass eine Strafe erforderlich sei (§ 252). Begründet wird dies damit, dass sich Perinçeks Äusserungen nicht gegen die Armenier selbst, sondern gegen imperialistische Mächte gerichtet hätten. Hinzu komme,

dass Perinçek nicht die Massaker und Deportationen an sich geleugnet habe, sondern lediglich deren Qualifikation als Genozid (§ 253).

Hinsichtlich der schweizerischen Regelung weist die Grosse Kammer darauf hin, dass sie im Vergleich mit den Regelungen anderer europäischer Länder, die teilweise nur die Leugnung spezifischer Genozide (insbesondere der Shoa) unter Strafe stellen, zu den einschneidenderen Regelungen zähle (§ 257). Verneint wird zudem, dass die schweizerische Regelung durch die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen geboten sei (§ 258 ff.).

Die Grosse Kammer stellt ferner fest, dass die schweizerischen Behörden keine Abwägung zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und den durch die Norm geschützten Interesse vorgenommen haben (§§ 274 ff.).

Nach einer Gesamtwürdigung all dieser Umstände kommt die Grosse Kammer zum Ergebnis, dass es in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig sei, Perinçek für seine Äusserungen strafrechtlich zu verfolgen. Vielmehr hätten die schweizerischen Behörden Perinçek für die Äusserung einer von den in der Schweiz herrschenden Auffassungen abweichenden Meinung zensuriert (§ 280).

## 2. *Weite Auslegung der Meinungsäusserungsfreiheit*

Sowohl die 2. Kammer als auch die Grosse Kammer des EGMR gehen von einer sehr weiten Konzeption der Meinungsäusserungsfreiheit aus. Ganz allgemein wird darauf hingewiesen, dass die Meinungsäusserungsfreiheit grundsätzlich nicht nur Äusserungen schütze, die mit Wohlwollen oder Gleichmut entgegengenommen werden, sondern auch solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen, was sich aus Pluralismus, Toleranz und Offenheit ergebe, ohne die eine demokratische Gesellschaft nicht bestehen könne.<sup>10</sup> Entsprechend eng wird demnach der Spielraum verstanden, den die Staaten bei der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit haben. Ganz besonders gilt dies im Bereich der politischen Auseinandersetzung oder des Diskurses betreffend Fragen von allgemeinem Interesse.

Bei der Lektüre dieser Entscheide entsteht der Eindruck, dass die Meinungsäusserungsfreiheit letztlich nur in seltenen Ausnahmefällen eingeschränkt werden dürfe und dass Meinungsäusserungen gleich welcher Art an sich ein hohes Gut seien, das durch mögliche Einschränkungen in Gefahr gebracht würden. Diese Vorstellung gemahnt an eine Vorstellung der Meinungsäusserungsfreiheit US-amerikanischer Prägung, die grundsätzlich nur hinsichtlich extremer Phänomene („fighting words“ bzw. „hate speech“) eingeschränkt werden darf und der die Idee eines Marktes der Ideen zugrunde liegt, auf den jeder einmal grundsätzlich werfen darf, was und wieviel ihm beliebt.

Diese Sichtweise kontrastiert indes mit Art. 10 Abs. 2 EMRK, der eine ganze Liste möglicher Einschränkungen bereit hält: „Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

Art. 10 Abs. 2 EMRK hält mithin ein breites Spektrum an Einschränkungsgründen bereit, bis hin zum Schutz der „Moral“ oder – ganz abstrakt gesprochen – „der Rechte anderer“. Art. 10 Abs. 2 EMRK macht zwar deutlich, dass die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit an einen Zweck gebunden sein muss, enthält jedoch eine Vielzahl bisweilen recht vage gefasster möglicher Zwecke. Die Lektüre von Art. 10 Abs. 2 EMRK legt einen relativ breiten Ermessensspielraum der Staaten bei Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit nahe.

Dass nun die Genozidleugnung punktuell als Beispiel für eine unzulässige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit herhalten muss, erscheint insofern problematisch, weil die schweizerische Rechtsordnung – wie eingangs dargestellt – eine Vielzahl von Äusserungsdelikten enthält, die mit einer weit gefassten Meinungsäusserungsfreiheit nicht zu vereinbaren sind. Solange sich aber strafbar macht, wer sagt, eine bestimmte Nähmaschine sei nähtechnisch nicht auf dem neuesten Stand,<sup>11</sup> leuchtet nicht recht ein, warum die Leugnung eines Genozids straflos bleiben muss.

<sup>10</sup> EGMR, Grosse Kammer, 15.10.2015, 27510/08, Perinçek v. Schweiz, § 197.

<sup>11</sup> BGE 117 IV 193.

### 3. *Einschränkung des staatlichen Beurteilungsspielraums*

Sowohl die 2. Kammer als auch die Grosse Kammer gingen vom Vorliegen eines Falles aus, bei dem der Beurteilungsspielraum der Staaten eingeschränkt sei, weil an der Debatte über historische Ereignisse ein öffentliches Interesse bestehe.

Der EGMR unterscheidet mithin zwischen Fallgestaltungen, in denen den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird und solchen, in denen dieser Beurteilungsspielraum stark verengt wird.

Mit Blick auf den Schutz der Moral führte der EGMR etwa aus: „dass den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten keine einheitliche europäische Konzeption der Moral zu entnehmen sei. Die diesbezüglichen Ansichten variieren nach Zeit und Ort, insbesondere in einem Bereich, der durch schnellen und tiefgreifenden Wandel der Meinungen gekennzeichnet sei. Aufgrund ihres direkten und dauernden Kontakts mit den gesellschaftlichen Verhältnissen in ihren Ländern seien die staatlichen Behörden grundsätzlich in einer besseren Position um zu beurteilen, welche Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit in ihren Staaten erforderlich seien. Aus diesen Gründen räume Art. 10 Abs. 2 den staatlichen Behörden einen Beurteilungsspielraum ein.“<sup>12</sup> Gestützt auf diese Erwägungen erachtete der EGMR etwa Strafverfahren wegen des Vertriebs eines Aufklärungsbuches mit Schilderungen sexueller Praktiken<sup>13</sup> oder wegen als obszön betrachteter Kunstwerke<sup>14</sup> als mit der Meinungsäusserungsfreiheit vereinbar. In letzterem Fall ging es um den Tatbestand der unzüchtigen Veröffentlichungen nach Art. 204 aStGB, der „unzüchtige Schriften, Bilder“ etc. zum Gegenstand hatte.

Auch hinsichtlich des Schutzes religiöser Gefühle wird den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum zuerkannt. So erblickte der EGMR in der Beschlagnahme und Einziehung des Films „Das Liebeskonzil“ (basierend auf dem Stück von Oskar Panizza), durch die u.a. dessen Vorführung in Innsbruck verhindert wurde, keinen Verstoss gegen Art. 10 EMRK. Er begründete dies damit, dass die überwältigende Mehrheit der Tiroler katholischen Glaubens seien und dass die österreichischen Behörden mit der Beschlagnahme des Films den religiösen Frieden in der Region schützen und verhindern wollten, dass manche Menschen sich in ihren religiösen Gefühlen in beleidigender Weise verletzt sehen könnten. Es liege in erster Linie an den örtlichen Behörden, die dazu besser in der Lage seien als ein internationales Gericht, zu beurteilen, inwiefern eine solche Massnahme angesichts der örtlichen Umstände erforderlich sei.<sup>15</sup>

Auch ein Anwendungsfall des sehr weit gefassten Tatbestands der Blasphemie (der auch die Beleidigung des Propheten umfasst) im türkischen Recht wurde als vereinbar mit der Meinungsäusserungsfreiheit betrachtet. Im konkreten Fall ging es um ein religionskritisches Buch, das eine Passage enthielt, wonach manche Worte des Propheten durch (sexuelle) Erregung in Aishas Armen inspiriert worden seien und dass der Prophet sein Fasten durch Geschlechtsverkehr nach dem Nachtessen und vor dem Gebet gebrochen habe, und dass er auch den Geschlechtsverkehr mit toten Menschen oder lebendigen Tieren nicht verboten habe. Der Verfasser des Buches wurde zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt, die dann allerdings in eine Geldstrafe von seinerzeit umgerechnet 16 USD umgewandelt wurde. Der EGMR machte sich hier die Sichtweise zu eigen, dass es hier nicht nur um eine provokante Äusserung gehe, sondern um einen beleidigenden Angriff auf den Propheten des Islam. Unabhängig davon, dass in der Türkei eine gewisse Toleranz hinsichtlich der Religionskritik bestehe und der Staat dem Prinzip der Säkularität verpflichtet sei (2005), könnten Gläubige sich berechtigterweise durch derartige Äusserungen in ihren religiösen Gefühlen verletzt fühlen.<sup>16</sup>

Eine Verurteilung des später ermordeten Journalisten Hrant Dink wegen Herabwürdigung des Türkentums („Türklük“) aufgrund von Artikeln, die das Verhältnis von Armeniern und Türken zum Gegenstand hatten, wurde demgegenüber als Verstoss gegen Art. 10 EMRK gewertet. Der EGMR führte dazu aus, dass die Konvention keinen Raum lasse für Einschränkungen in politischen Diskussionen oder bei Fragen von allgemeinem Interesse. Bei Kritik an Einzelnen, ggf. auch Politikern seien weitergehende Einschränkungen zulässig als bei Kritik an der Regierung. Der Beurteilungsspielraum des Staats sei hinsichtlich Äusserungen, in denen zu Gewalt aufgerufen werden, erweitert.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> EGMR, 7.12.1976, 5493/72, Handyside v. UK, § 48.

<sup>13</sup> EGMR, 7.12.1976, 5493/72, Handyside v. UK.

<sup>14</sup> EGMR, 24.5.1988, 10737/84, Müller et al. v. Schweiz.

<sup>15</sup> EGMR, 20.9.1994, 13470/87, Otto-Preminger-Institut v. Österreich, § 56.

<sup>16</sup> EGMR, 13.9.2005, 42571/98, İ.A. v. Türkei, § 29.

<sup>17</sup> EGMR, 14.9.2010, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7027/09 und 7124/09, Dink v. Türkei, § 132.

Letzterer Entscheid macht deutlich, worin das Grundproblem einer Differenzierung des staatlichen Beurteilungsspielraums zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit nach Massgabe des jeweiligen Kontextes bzw. Diskurses der fraglichen Äusserung besteht: Der EGMR wirft eine Vielzahl weitgehend unverbundener, einander teilweise aber auch überschneidender Kriterien in die Runde, einem Kind gleich, das einen grossen Kübel Bauklötze verschiedenster Formen und Farben auf dem Boden auskippt, um einen Turm zu bauen. Wenn das Kind es halbwegs geschickt anstellt, wird es immer einen Turm hinbekommen – möglicherweise einen schiefen und unregelmässigen, einen Turm aber allemal. Und so wird es auch dem EGMR gelingen, aus den verschiedenen Begründungsbausteinen eine Verengung des staatlichen Beurteilungsspielraums und daraus folgend eine Verletzung von Art. 10 EMRK zusammenzuzimmern, wenn er denn möchte. Wenn er nicht möchte, wird sich umgekehrt kaum je verlässlich angeben lassen, warum der Beurteilungsspielraum in einem konkreten Fall hätte verengt werden sollen. Die verschiedenen Elemente der Begründung sind alle ihrerseits wertungsbedürftig und basieren auf einer Würdigung von Äusserungen, aber auch kontextueller Elemente.

Der engere oder weitere Zuschnitt des staatlichen Beurteilungsspielraums ist mithin ein Begründungsschritt, der das Ergebnis der Würdigung (Annahme einer Verletzung von Art. 10 EMRK) massgeblich mitbestimmt, der aber bei der einlässlichen Würdigung einer Verletzung als vorgegeben dargestellt und wahrgenommen wird. Zunächst wird anhand relativ schwammiger Konzepte eine Verengung des Beurteilungsspielraums verfochten, die nachher bei der Würdigung der konkreten Äusserung nicht mehr hinterfragt wird.

Im Fall Perinçek wurde davon ausgegangen, dass Diskurse über historische Ereignisse von öffentlichem Interesse seien und dass sich daraus eine Verringerung des staatlichen Beurteilungsspielraums ergebe. Letztlich wird das aber nicht näher begründet. Dies dürfte auch damit zu tun haben, dass historische Ereignisse wie der Genozid an den Armeniern regelmässig gewisse politische Implikationen haben, die bis in die Gegenwart wirken. Die Annahme eines gesteigerten öffentlichen Interesses am Diskurs über historische Ereignisse ist mithin ein Nebeneffekt der Privilegierung von Äusserungen im politischen Meinungskampf. Man geht davon aus, dass es in einem demokratischen Staatswesen funktional ist, dass sich alle frei über politische Fragen äussern und dabei ggf. auch unbequeme Positionen vertreten.

Problematisch ist dann allerdings zunächst einmal, dass sich Fragen der Politik, der Religion und der Moral letztlich nicht trennen lassen.<sup>18</sup> Auch ein blasphemischer Film oder ein pornographisches Gemälde können eine politische Dimension haben. Es gibt wohl kaum eine Äusserung, der Bezüge zum Zusammenleben der Menschen a priori abgehen. Gerade in grenzwertigen Äusserungen, die u.U. gesetzliche Verbote überschreiten, ist immer zugleich die politische Frage mit enthalten: Wer ein pornographisches Bild auf die Strasse hängt, stellt damit – ob er will oder nicht – die Frage, was denn daran nun so schlimm sei und ob demokratische Gesellschaften derartige Äusserungen nicht aushalten müssen.

Wer religiöse Lehren kritisiert, kritisiert ganz regelmässig auch deren Anwendung im Sozialleben. Deutlicher noch als im Bereich der Sittlichkeit wird dies im Bereich der Religion insgesamt, weil sowohl die Religion als auch das Recht mit normativen Regeln und Sinngehalten operieren. Ein religiöses Gebot richtet sich grundsätzlich einmal an alle. Der Gläubige wird diesen universellen Geltungsanspruch auch so empfinden und entsprechend irritiert sein, wenn andere das religiöse Gebot anzweifeln oder lächerlich machen.

Aufschlussreich ist insofern die zitierte Rechtsprechung des EGMR betreffend Prophetenbeleidigung. Die Behauptung, der Prophet habe zu unziemlichen Zeiten Sex gehabt oder keine besonderen Einwände gegen Sex mit Tieren, unterscheidet sich für den Ungläubigen kaum von derjenigen, das fliegende Spaghettimonster habe im Himmel gar keine Stripperinnenfabrik errichtet oder aber, es sei bei der Erschaffung der Welt stocknüchtern gewesen. Unterschiede ergeben sich lediglich aus der unterschiedlichen Bereitschaft der Gläubigen, aus ihrer Sicht falsche und glaubensunfreundliche Aussagen mit Gleichmut hinzunehmen. Die Annahme eines „beleidigenden Angriffs auf den Propheten des Islam“ setzt letztlich ein Minimum an Glauben an diesen Propheten voraus (sei es in religiöser, sei es mindestens in historischer Manier). Demjenigen, der über keinen entsprechenden Glauben verfügt, verbleibt nur eine glaubensemulierende Form der Empathie. Die Bereitschaft, Äusserungen zu verbieten, weil sich jemand in religiösen Gefühlen verletzt fühlen könnte, wirkt unmittelbar in die Sphäre des Politischen hinein, denn die Errichtung von Äusserungstabus beeinflusst gesellschaftliche Diskurse, die unweigerlich auch eine politische Dimension haben.

Darüber, welches Mass an Blasphemie oder Verletzung religiöser Gefühle zulässig sein soll oder nicht, ist mit alledem aber noch nichts ausgesagt. Man kann weiterhin besonders zartfühlend mit dem umgehen,

was man bei seinen Mitmenschen als religiöse Gefühle identifiziert oder ihnen kühl erklären, dass ihr Glaube auch Beleidigungen auszuhalten habe. Man kann indes dabei nicht so tun, als habe dies alles nichts mit Politik zu tun. Die Unterscheidung zwischen politischen Diskursen bzw. Diskursen von öffentlichem Interesse einerseits und Diskursen sittlichen bzw. religiösen Gehalts lässt sich nicht halten. Damit ist auch einer sinnvollen Differenzierung des Beurteilungsspielraums der Staaten je nach Kontext einer Äusserung die Grundlage entzogen. Im Ergebnis operiert der EGMR hier nicht mit trennscharfen oder sonst irgendwie verlässlichen Kriterien, sondern mit clichéhaften Worthülsen, die auf einzelne typische Konstellationen passen mögen, zugleich aber eine sinnvolle Diskussion in allen anderen Fällen verstellen. Aus Topoi wie „Presse als public watchdog“ oder „Offener politischer Diskurs als Fundament der Demokratie, immer und überall“ einerseits und „keine gesamteuropäische Konzeption der Moral“ andererseits lässt sich für die Frage, ob denn nun eine Einschränkung der Leugnung von Genoziden zulässig sei, nichts ableiten.

Insgesamt besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Vorstellung, dass die Meinungsäusserungsfreiheit Äusserungen beliebigen Inhalts gleichermaßen schützen soll und der Differenzierung des Beurteilungsspielraums der Staaten nach Massgabe des Kontextes einer Äusserung. Die Differenzierung führt unweigerlich dazu, dass der Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit für ein pornographisches Bild oder einen religionskritischen Text weniger weit geht als für irgendwelche Äusserungen, die der EGMR in einem politischen Kontext oder einem Diskurs von allgemeinem Interesse verortet. Einerseits wird so getan, als ob grundsätzlich alle Äusserungen durch die Meinungsäusserungsfreiheit erfasst seien, andererseits wird dieser Schutz dann für manche Kategorien für Äusserungen über den Zuschnitt des staatlichen Beurteilungsspielraums wieder verengt. Dabei gerät aus dem Blickfeld, dass sich der Inhalt einer Äusserung von deren Kontext schwerlich lösen lässt: Im Bereich der Religion werden überwiegend religionskritische Äusserungen Gegenstand staatlicher Eingriffe bilden, im Bereich der Moral werden es vielfach Äusserungen über eher physische Aspekte menschlichen Beisammenseins sein. Die Vorsortierung über den Kontext der Äusserung bzw. allfällige Schutzobjekte staatlicher Massnahmen birgt unvermeidlich einen inhaltlichen Bias in sich, der dann das Ergebnis der inhaltlichen Würdigung von Äusserungen und Verboten prägt und sich so besehen mit der behaupteten inhaltlichen Neutralität der Meinungsäusserungsfreiheit nicht verträgt.

#### **4. Kriterien der fallweisen Beurteilung von Eingriffen**

##### **A. Charakter der Äusserungen**

Bei der fallweisen Beurteilung von Äusserungen kommt der Interpretation derselben beträchtliche Bedeutung zu. Die kleine Kammer hatte festgestellt, dass die Äusserungen historischen, juristischen und politischen Charakter hatte. Die Grosse Kammer rückte nun den politischen Gehalt der Äusserung in den Vordergrund, ohne alles andere zu verwerfen. Sie stellte fest, dass es sich um politische Äusserungen vor überwiegend Gleichgesinnten gehandelt habe (§ 231). Dies wird noch mit der Feststellung verknüpft, dass politische Auseinandersetzungen naturgemäss etwas heftiger und polemischer ausfallen können, was das öffentliche Interesse daran allerdings nicht mindere.

Daran fällt auf, dass das Ergebnis eigentlich in beiden Fällen ähnlich ausfällt. Geht man – wie die 2. Kammer von einem gemischt politisch-wissenschaftlich-juristischen Kontext aus, lässt sich der Äusserung der Anschein nobler Zurückhaltung im Dienste unvoreingenommener Erkundung der Wahrheit verleihen. Rückt man den politischen Charakter in den Vordergrund, bleibt der schützenswerte Charakter der Äusserung gleichermaßen intakt, weil freie Rede in der Politik an sich von höchster Bedeutung ist und es da halt auch einmal etwas ruppiger zu und her gehen kann.

Sodann widmet sich die Grosse Kammer eingehend der Frage, ob die Äusserungen Perinçeks eine rassistische Zielsetzung gehabt hätten. Sie erkennt zwar, dass sich die Armenier durch die Leugnung des Genozids betroffen fühlen, deutet die Äusserungen Perinçeks jedoch so, dass sie sich nicht gegen die Armenier an sich, sondern gegen die imperialistischen Grossmächte richteten, die den Konflikt zwischen Armeniern und Türken instrumentalisiert hätten, um das osmanische Reich zu schwächen (§ 233).

Im Ergebnis verwirft die Grosse Kammer, dass es sich bei den Äusserungen Perinçeks um Aufrufe zu Hass gehandelt habe (§ 239). Insgesamt taucht der EGMR die Äusserungen Perinçeks in ein mildes Licht. Dass es sich hier nicht um „hate speech“ im klassischen Sinne handelt, bestreitet indes wohl kaum jemand. Bereits hier wird indes das Ergebnis ein Stück weit vorweggenommen: Wenn im Bereich politischer Rede aufgrund einer sehr weiten Konzeption der Meinungsäusserungsfreiheit nur gravierendere Aufrufe zu Hass o.dgl. mit Strafe bedroht werden dürfen, werden die Fälle, in denen die Leugnung von Genoziden mit Strafe bedroht werden darf, zu seltenen Ausnahmefällen.

Das Kriterium des Charakters der Äusserung verspricht letztlich nur sehr begrenzten Erkenntnisgewinn: Nach der „Vorsortierung“ über den Zuschnitt des staatlichen Beurteilungsspielraums ist insofern der Mist nämlich bereits geführt: In einem politischen Kontext werden vorwiegend Äusserungen (irgendwie) politischer Natur auftreten, denen der Staat nur mit grosser Zurückhaltung entgegen treten darf. Wenn schon von vornherein geklärt ist, dass an einem Diskurs an sich ein hohes öffentliches Interesse besteht, wird man nur in Ausnahmefällen („hate speech“) einzelne Äusserungen aus diesem Diskurs unterdrücken dürfen.

Dem Umstand, dass Perinçek sich gleichsam als Missionar betätigt und sich für seine Äusserung eigens in einen der relativ wenigen Staaten begeben hat, wo diese strafbar ist, schenkt der EGMR keine Beachtung. Im konkreten Fall geht es ja nicht um eine Konstellation, wo jemand in seiner alltäglichen Lebensgestaltung durch ein rigides Meinungsklima oder irgendwelche „Denkverbote“ eingeschränkt wäre, sondern die Äusserung ist letztlich Ausdruck eines politischen Kräftespiels. Perinçek genügte es nicht, sich in der Türkei oder sonst irgendwo zu äussern, sondern er provozierte wohl mehr oder weniger bewusst ein Strafverfahren in der Schweiz, um sich als Zensurpfer in Szene zu setzen und zu dokumentieren, dass er seine Thesen letztlich überall verbreiten kann.

## B. Geographische, historische und zeitliche Faktoren

Die Grosse Kammer bezieht geographische und zeitliche Faktoren in die Würdigung der Zulässigkeit der Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit ein. Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sind eher zulässig, wenn ein engerer Bezug zwischen dem Gegenstand der Äusserung und der betroffenen Gesellschaft besteht. Parameter dieses Bezug sind die räumliche Nähe zwischen Ort der Äusserung und den Betroffenen historischer Ereignisse und die Zeit, die zwischen Gegenstand der Äusserung und der Äusserung selbst verstrichen ist. Bei Äusserungen betreffend räumlich weit entfernte oder schon lange vergangene Sachverhalte wird ein geringeres Interesse an der Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit angenommen.

Diese Kriterien sind letztlich ein Abglanz des öffentlichen Friedens. Obwohl der öffentliche Friede als Kriterium nicht genannt wird, wird doch deutlich, dass den Staaten die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit in erster Linie im Zusammenhang mit der Wahrung von Ruhe und Ordnung zugestanden werden soll. Damit handelt man sich allerdings eine Reihe von Problemen ein: Der öffentliche Friede ist letztlich kein probates Mittel zur Beurteilung der Einschränkung von Kommunikationsgrundrechten. Zunächst sind Fälle, in denen es zu öffentlichem Aufruhr aufgrund einer Äusserung kommt, relativ selten. In diesen wenigen Fällen käme man wohl in den allermeisten Fällen auch mit dem Argument der „hate speech“ zum Ergebnis, dass eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zulässig ist. Zum Schutz der Interessen ihrer Bürger können Staaten indes auch in Fällen, wo nicht gerade Aufruhr verhindert werden soll, ein Interesse an der Reglementierung der Kommunikation haben. Insofern ist die Orientierung am öffentlichen Frieden hinsichtlich der staatlichen Entscheidungsspielräume wohl zu restriktiv.

Der öffentliche Friede taugt jedoch insgesamt nicht zur Beurteilung von Eingriffen in Kommunikationsgrundrechte, weil er durch verschiedene Gruppen nicht gleichermassen beeinträchtigt werden kann. Ist die durch eine Äusserung betroffene Gruppe klein, werden auch Äusserungen, die die Gruppe in gravierendster Weise verletzen, kaum je einen Aufruhr zur Folge haben. Wenn eine Gruppe durch einen Genozid bereits erfolgreich dezimiert wurde, werden selbst übelste Schmähungen der Überlebenden den öffentlichen Frieden nicht tangieren (jedenfalls solange es der betroffenen Gruppe nicht gelingt, hinreichende und handfeste Solidaritätsbekundungen durch die Mehrheit zu erwirken). Umgekehrt ist durchaus denkbar, dass eine grosse oder wehrhafte Bevölkerungsgruppe durch beliebige Äusserungen verärgert einige Unruhe stiften kann. Dass es konkret gesagt den Armeniern (nur schon aufgrund ihrer geringeren Anzahl) weniger gut gelingt, wegen der Leugnung des Völkermords an den Armeniern gewalttätige Demonstrationen zu organisieren als etwa manchen muslimischen Gemeinschaften wegen Mohammedkarikaturen, kann für sich genommen keinen sinnvollen Unterschied zwischen der Rechtfertigung der Unterdrückung entsprechender Äusserungen begründen. Stellt man allein auf den öffentlichen Frieden ab, so sind letztlich Gruppen bevorteilt, die sich leicht in Rage versetzen lassen und dann Unruhe stiften, während die Interessen kleinerer und besonnenerer Gruppen unberücksichtigt bleiben. Mit dem impliziten Abstellen auf den öffentlichen Frieden wird das Grundproblem der Legitimation von Eingriffen in die Meinungsäusserungsfreiheit verfehlt und das Pferd vom Schwanz her aufgezümt: Die Rechtfertigung wird von der Frage der eigentlich zu schützenden Interessen von Gruppen und Individuen weg verlagert, hin zu einer Beurteilung der gesellschaftlichen Konsequenzen von Äusserungen.

Konsequenterweise müsste die Leugnung eines Genozids jedenfalls dann erlaubt sein, wenn er besonders erfolgreich war, denn nach einem erfolgreichen Genozid wird es nur noch wenige Überlebende geben, und diese wenigen werden kaum je eine glaubwürdige Bedrohung des öffentlichen Friedens abgeben.

Hinzu kommt, dass die zeitlichen und räumlichen Faktoren zwar das Risiko einer Friedensstörung beeinflussen, dass sie aber auch mit dem Interesse am Diskurs zusammenhängen können. Bei räumlich und zeitlich nahen Ereignissen wird das öffentliche Interesse an Äusserungen regelmässig höher sein als bei Diskussionen um Entferntes und lange Vergangenes. Es scheint inkonsequent, einerseits auf dem öffentlichen Interesse an einem Diskurs zu beharren (weil politisch), gleichzeitig aber die Interessen direkt Betroffener mit dem Argument kleinzureden, es sei ja alles schon lange her und Armenien sei ja auch ziemlich weit weg. Letztlich wird hier ganz abstrakt die Bedeutung eines Diskurses betont, während die Interessen Betroffener an demselben Diskurs negiert werden. Konsequenterweise müsste man aber wohl davon ausgehen, dass bei gesamtgesellschaftlich bedeutsamen Diskursen auch die Interessen Einzelner daran bedeutsam sind – ganz unabhängig von Zahl oder Mobilisierungspotential dieser Einzelnen. Wer so wie der EGMR sagt, dass der Diskurs an sich gesellschaftlich bedeutsam sei und gleichzeitig behauptet, die Interessen betroffener Einzelner seien es nicht, der opfert letztlich diese Interessen Einzelner dem behaupteten gesellschaftlichen Interesse am Diskurs.

Der Einbezug historischer Faktoren wird zur Begründung der differenzierten Behandlung der Shoa und anderer Genozide herangezogen (§ 243). Die Behauptung, die Leugnung der Shoa bringe unweigerlich auch antisemitische und antidemokratische Werthaltungen zum Ausdruck und Staaten hätten allenfalls eine gewisse historische Verantwortung, sich vom Genozid zu distanzieren, wozu auch ein Leugnungsverbot gehören könne, erlaubt indes bei Lichte besehen keine sinnvolle und verallgemeinerungsfähige Differenzierung zwischen der Shoa und anderen Genoziden (vgl. unten). Letztlich wird hier nur die Grundlage für die Negativaussage gelegt, wonach die Schweiz mit dem Genozid an den Armeniern eigentlich gar nicht viel zu tun habe.

Im Ergebnis führt die Berücksichtigung geographischer und zeitlicher Faktoren mithin in die Irre. Sie lenkt von einer materiellen Betrachtung der Äusserungen ab hin zu einer oberflächlichen Würdigung deren gesellschaftlicher Auswirkungen. Im Falle der Armenier lässt sich das Ergebnis dergestalt zusammenfassen, dass weder der Genozid noch dessen Leugnung in der Schweiz letztlich Fragen von zentraler Bedeutung seien, weil das ja alles schon lange her sei und auch nicht gerade viel mit der Schweiz und der schweizerischen Gesellschaft zu tun habe. Letztlich wird gesagt, dass sich die Armenier nicht so haben sollen mit der Geschichte und entsprechende Äusserungen hinnehmen müssen.

Die Konsequenzen einer solchen Sichtweisen wurden vom EGMR nicht näher ausgeleuchtet. Sie sind letztlich einigermassen unbefriedigend: Ist es wirklich richtig, dass das Interesse an einem Genozid bzw. dessen Unbestrittenheit mit den Jahren verblasst? Verhält es sich damit tatsächlich so ähnlich wie mit dem Urheberrecht, dessen Schutz nach Art. 29 Abs. 2 lit. b URG 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers erlischt? Eine solche Lösung erscheint als einigermassen unbefriedigend, geht es beim „kollektiven Gedächtnis“ einer Gruppe letztlich doch um überindividuelle Interessen daran, dass die durch einen Genozid einerseits fragilisierte, andererseits aber auch konsolidierte Gruppenidentität durch die Leugnung nicht weiter fragilisiert wird. Dieses Interesse verblasst nicht, sondern bleibt im Zeitablauf (mindestens) gleich stark.

Auch die Vorstellung, dass historische Ereignisse gleichermaßen ein geographisches Epizentrum haben, wo sie von höchster Bedeutung sind, und dass sich diese Bedeutung dann zur Peripherie hin verflacht, mutet eigenartig an. Die geistigen Auswirkungen historischer Ereignisse sollten nicht vorschnell mit deren physischen Auswirkungen gleichgestellt werden. Nur weil man auf die Entfernung den Einschlag einer Bombe nicht spüren und den Geruch verbrannten Fleisches nicht riechen kann, verliert ein Ereignis nicht zwingend an Bedeutsamkeit. Auch wenn der Anblick eines durch Bomben zerstörten Gebäudes oder etwa der Stätten von Treblinka oder Auschwitz dem Bewusstsein um historische Ereignisse auch nach Jahren noch eine sinnliche Dimension hinzufügen, erschöpft sich deren Bedeutung darin nicht. Ein Genozid ist letztlich nicht nur ein historisches Erbe eines bestimmten Volkes, sondern der ganzen Menschheit. In der Vorstellung, ein Genozid lasse sich lokalisieren und gehe uns Entferntere ja eigentlich nicht so viel an, mag einiges an Trost wohnen – ähnlich wie in der Vorstellung, es sei ja alles schon länger her und Zeit heile Wunden –, sie ist aber wohl eher eine Form kollektiven Selbstbetrugs. Die Bedeutung eines Genozids bzw. des Umgangs mit vergangenen Genoziden entzieht sich als strukturelles Phänomen menschlicher Gesellschaften insgesamt einer Lokalisierung. Wer die Bedeutung eines Genozids lokalisieren möchte, handelt in etwa so sinnvoll, wie jemand, der einen Furz im Küchenschrank einsperren möchte. Im Ergebnis bleibt unabweisbar, dass ein Genozid für manche Menschen und in manchen Gegenden eine besondere, konkrete Bedeutung haben kann, dass es einen Unterschied begründet, wenn die eigenen Vorfahren, Nachbarn oder nur schon vormaligen Bewohner des Hauses im Rahmen eines Genozids ermordet wurden. Dieser positive Befund herausgehobener Bedeutung lässt sich aber nicht ohne weiteres dahingehend umkehren, dass die Bedeutung schwinde, bloss weil keine unmittelbare Beziehung zwischen Opfern und Gesellschaft bestehe.

Dass die angeführten kontextuellen Faktoren letztlich nicht sehr hilfreich sind, lässt allerdings das Problem ungelöst, dass das Verbot der Genozidleugnung tatsächlich auch sehr entfernte historische Ereignisse erfasst. Die Geschichte der Kolonisierung etwa, aber auch der Kriege im Mittelalter ist voll von Ereignissen, die sich durchaus als Genozid begreifen liessen. Grundsätzlich müsste wohl auch die Leugnung der Genozide an den nord- und südamerikanischen Ureinwohnern nach der Entdeckung dieser Gebiete durch die Europäer durch Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfasst sein.

### C. Interessen der Betroffenen

An der Argumentation des EGMR fällt auf, dass die Interessen der Betroffenen am Verbot von Genozidleugnung kaum angesprochen werden. Die Grosse Kammer anerkennt zwar, dass an der Gruppenidentität bzw. am Ansehen der Vorfahren ein gewisses Interesse bestehen kann (§ 200 ff.), analysiert die Frage indes nicht näher. Diese Interessen werden dem Schutz des Privatlebens zugeordnet und tauchen letztlich nur auf, soweit der EGMR die seines Erachtens unzureichende Interessenabwägung zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und den Interessen zur Beschränkung derselben anspricht (§ 274).

An alledem ist letztlich eigenartig, dass es dem EGMR gelingt, eine Interessenabwägung zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit und durch den Schutz des Privatlebens erfassten Interessen vorzunehmen, ohne dass er diesen Interessen vorher genauere Konturen verliehen hätte. Auf diese Weise werden die Interessen durch Genozidleugnung Betroffener zu einem relativ schwachen Gegengewicht für eine sehr weit verstandene Meinungsäusserungsfreiheit, man könnte auch sagen: Zu einem sehr leichten Gegner. Während die Meinungsäusserungsfreiheit denkbar weit definiert und ihre Einschränkung an qualifizierte Voraussetzungen geknüpft wird, bleiben die Interessen der Armenier vage und blass, so dass man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, es handle sich letztlich um Empfindlichkeiten Empfindlicher.

Der Umstand, dass die Leugnung eines Genozids die Gruppenidentität insgesamt tangiert und für die Angehörigen der betroffenen Gruppe i.S. einer sekundären Viktimisierung verletzend sein kann, wird nicht näher betrachtet. Damit bleibt auch unbeleuchtet, dass Staaten ein durchaus legitimes Interesse haben können, Gruppen vor derartigen Angriffen zu schützen und aus negationistischen Äusserungen entstehende Risiken für das Verhältnis zwischen Gruppen, aber auch für das Ansehen und die Konstitution der Gruppen selber zu minimieren. Die Sensibilität, die der EGMR wiederholt für religiöse Gefühle und sittliche Befindlichkeiten aller Art an den Tag gelegt hat, vermisst man hier völlig. Der EGMR zeigt sich nicht nur den Interessen der Betroffenen gegenüber unempfindlich, sondern verwehrt mit seiner Entscheidung auch den Staaten ihre hinreichende Berücksichtigung.

### D. Zwischenergebnis

Dem EGMR war die Klärung der Frage aufgegeben, ob ein Verbot der Leugnung des Genozids an den Armeniern „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist „für die nationale und öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ (Art. 10 Abs. 2 EMRK).

Das Ergebnis seiner Bemühungen ist nun in erster Linie auf die öffentliche Ordnung ausgerichtet. Es überrascht insgesamt wenig, dass die Leugnung des Genozids an einer zahlenmässig kleinen und insgesamt eher friedfertigen Gruppe die öffentliche Ordnung nicht tangiert. Der insofern interessantere und vielversprechendere Aspekt des Schutzes der Rechte anderer bleibt vage und unterbelichtet.

Die Kriterien, die der EGMR präsentiert – Charakter der Äusserung, geographischer und historischer Kontext und Zeitablauf sind letztlich für eine einlässliche und halbwegs seriöse Beurteilung der Notwendigkeit der Reglementierung einer Äusserung völlig untauglich. Diese Kriterien sind nicht nur einigermaßen unpräzise und ausfüllungsbedürftig, sondern letztlich kontingenten Äusserlichkeiten verhaftet. Dadurch wird im Ergebnis der Beurteilungsspielraum – man könnte auch sagen: Die Deutungshoheit – des EGMR erweitert. So wenig die angesprochenen Gesichtspunkte eine verlässliche Würdigung der Notwendigkeit der Reglementierung von Äusserungen ermöglichen, so sehr entziehen sie sich selber und auf sie gegründete Würdigungen auch der Kritik.

## 5. Zur Würdigung von Genoziden

### A. Genozid als blinder Fleck in der Rechtsprechung

Anders als die 2. Kammer vermeidet es die Grosse Kammer nach Kräften, zum Genozid an den Armeniern Stellung zu beziehen. Dies mag realpolitisch nachvollziehbar sein, erschwert aber die Beantwortung der Frage, ob eine Leugnung mit Strafe bedroht werden darf. An der Bestrafung der Leugnung nachweis-



lich falscher Sachverhalte wird in einer demokratischen Gesellschaft wohl kaum je ein vergleichbares öffentliches Interesse bestehen wie an der Bestrafung der Leugnung erwiesenermassen wahrer Sachverhalte. Indem der EGMR sich um eine klare Stellungnahme zum Genozid an den Armeniern herumdrückt, tut er letztlich so, als ob alles grundsätzlich einmal offen sei und zur Disposition stehe. Deutlich wird dies etwa dann, wenn der EGMR schreibt, die Strafbarkeit der Leugnung der Shoa rechtfertige sich nicht so sehr, weil es sich um ein klar erwiesenes historisches Ereignis handle, sondern vielmehr, weil die Holocaustleugnung stets durch antisemitische und antidemokratische Werthaltungen getragen sei.<sup>19</sup>

Diese vornehme Zurückhaltung – man könnte auch sagen: Feigheit – bei der juristischen Beurteilung historischer Ereignisse, die die Grosse Kammer an den Tag legt, ist aber immerhin ein Fortschritt gegenüber der Vorgehensweise der 2. Kammer, die bei der Frage, ob ein Genozid vorliege, darauf abstellt, ob ein hinreichender allgemeiner Konsens hinsichtlich der Qualifikation der Ereignisse ab 1915 im osmanische Reich als Genozid bestehe und dies letztlich mit dem Argument verneint, dass nur relativ wenig Staaten diesen Genozid anerkannt hätten. Dieses Vorgehen ist bereits im Ansatz verfehlt, weil die Feststellung, ob bestimmte Ereignisse einen Genozid darstellen, Ergebnis eines juristischen Subsumtionsprozesses ist und nicht etwa einer demokratischen Ausmarchung. Auf die Anzahl anerkennender Staaten oder Parlamente kommt es in dieser Frage so wenig an wie auf eine Umfrage auf der Website von „20 Minuten“ oder die Befragung von Passanten in der Marktgasse durch das Lokalfernsehen.<sup>20</sup>

Die Weigerung, zur sachlichen Frage des Genozids, die der ganzen Argumentation letztlich zugrunde gelegt werden müsste, Stellung zu nehmen, wirft kein sehr günstiges Licht auf den EGMR, da die Beurteilung, ob ein vorliegendes Geschehen einen Genozid darstelle, letztlich eine ureigenste Aufgabe von Richtern darstellt. Es geht nämlich nicht um die Erkundung historischer Ereignisse an sich, sondern um deren rechtliche Bewertung als Genozid nach Massgabe des Völkerrechts.

Die Reichweite der Erwägungen des EGMR bleibt auch da noch begrenzt. Der EGMR ist letztlich ja nicht berufen, Genozide an sich anzuerkennen oder eben nicht, sondern er muss sich lediglich darüber aussprechen, ob eine bestimmte Verurteilung durch staatliche Gerichte gestützt auf eine staatliche Strafbestimmung mit Art. 10 EMRK vereinbar ist. Der EGMR müsste sich mithin nur durch den Filter der nationalen Rechtsanwendung mit dem Genozid selbst auseinandersetzen. Ganz ohne eine solche Auseinandersetzung hängt die Argumentation indes in der Luft.

## **B. Differenzierung zwischen Shoa und anderen Genoziden**

Sowohl der 2. Kammer als auch der Grossen Kammer war es augenscheinlich ein Anliegen, dass ihr Spruch allfällige Verbote der Leugnung der Shoa nicht betreffen sollte.

Die 2. Kammer argumentierte hierzu anknüpfend an die (allerdings bereits im Ansatz verfehlt) Frage, ob ein allgemeiner Konsens betreffend des Völkermordes an den Armeniern bestehe, dass die Shoa durch ein internationales Gericht, nämlich das Nürnberger Kriegsverbrechertribunal abgeurteilt worden sei, was beim Genozid an den Armeniern nicht der Fall sei. Diese Argumentation ist unhaltbar. Umgekehrt wäre es richtig, denn der Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess hatte die Shoa nicht bzw. nur ganz am Rande zum Gegenstand, während in den Prozessen von Konstantinopel durchaus Täter des Genozids an den Armeniern verurteilt wurden.

Ganz allgemein ist ein solches Vorgehen insofern nicht zielführend, als es schlicht aus unterschiedlichsten Gründen an Urteilen internationaler Gerichte bzw. überhaupt an Verurteilungen wegen Völkermordes durch Gerichte gebrechen kann. So ist denkbar, dass die Tatverdächtigen versterben, bevor es überhaupt zu einem Prozess kommen kann oder dass die Strafverfolgung aufgrund politischer Interessen u.U. auch von Drittstaaten nicht in Gang kommt. Strafurteile wegen Genozids oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind insofern durchaus Anzeichen dafür, dass tatsächlich ein Genozid stattgefunden hat, ohne dass sich aus ihrem Fehlen zur Frage des Genozids etwas ableiten könnte.

Die Grosse Kammer enthält sich nun ganz der Würdigung historischer Ereignisse und stellt fest, dass die Leugnung der Shoa derart unweigerlich durch antisemitische und antidemokratische Werthaltungen getragen sei, dass sich ein Verbot rechtfertigen lasse, insbesondere durch Staaten mit nationalsozialistischer Geschichte.

Durch beide Begründungsstrategien wird der Shoa letztlich eine Sonderstellung verliehen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt und die die Juden auf unangemessene Art und Weise exponiert. Letztlich

<sup>19</sup> EGMR, Grosse Kammer, 15.10.2015, 27510/08, Perinçek v. Schweiz, § 243.

<sup>20</sup> Vgl. G. Fiolka, forumpoenale 2014, 82.

wird so wieder einmal ein „Sonderrecht“ für die Juden geschaffen, das diskriminiert, wo es der Diskriminierung entgegen wirken soll.

Die Begründung der Grossen Kammer erschöpft sich bei näherer Betrachtung in einer blossen Behauptung. Nur aus dem Umstand, dass im dem EGMR bislang vorgelegten (und möglicherweise in seiner Zusammensetzung überhaupt nicht repräsentativen) Fallmaterial Holocaustleugnung und Antisemitismus regelmässig Hand in Hand gingen, lässt sich die Notwendigkeit dieser Allianz nicht ableiten. Vielleicht sind Fälle, in denen unvoreingenommene politische Diskussion und historische Wahrheitssuche als Triebfedern negationistischen Gedankenguts wirken, dem Gerichtshof schlicht noch nicht zu Gesicht gekommen. Mit etwas Phantasie und gutem Willen gelänge es möglicherweise auch bei der Leugnung der Shoa, ein Narrativ zu konstruieren, das sich nicht gegen die Juden richtet, sondern gegen Verschwörer vom Planeten Melmac. Letztlich ist es für die Gruppe der Opfer aber nicht weniger problematisch, wenn der an der Gruppe verübte Genozid geleugnet wird, um ausserirdische Schurken in ein schlechtes Licht zu rücken, als wenn imperialistische Mächte angeschwärzt werden sollen. Das Abstellen auf mit Äusserungen assoziierte Werthaltungen und Zielsetzungen vergrössert im Ergebnis einmal mehr den Beurteilungsspielraum des EGMR.

Nach Auffassung des EGMR würde die Shoa völlig anders behandelt als alle anderen Völkermorde, eine Alleinstellung und Aussonderung, die der schweizerische Gesetzgeber und insbesondere auch die jüdische Gemeinde der Schweiz ausdrücklich abgelehnt hatten; sie würde nämlich – anders als andere Völkermorde – weitgehend immun gegen die historischen, zeitlichen und geographischen Kontextfaktoren, denen die Würdigung anderer Genozide unterworfen ist. Die Shoa könnte mit den Jahrzehnten auch nicht verblassen wie andere Genozide. Einzig bei ihr käme es nicht darauf an, ob ein enger Bezug zur betroffenen Gesellschaft bestünde oder nicht, sie wäre auf Bora Bora so wichtig wie in Bielefeld. So weit her kann es mit diesen Kriterien dann allerdings doch nicht sein, wenn der EGMR sie sogleich angesichts eines Einzelfalles wieder in den Hintergrund rücken lässt.

Im Ergebnis lassen sich also keine überzeugenden Gründe für eine Differenzierung zwischen der Leugnung der Shoa und derjenigen anderer Genozide finden. Das von der 2. Kammer aufgeworfene Differenzierungskriterium internationaler Aburteilung ist sachlich unrichtig, das von der Grossen Kammer präsentierte Argument der Leugnung der Shoa als blosses Transportmittel antisemitischen und antidemokratischen Gedankenguts bleibt einerseits blosses Behauptung, erbringt andererseits aber keine Abgrenzungsleistung, denn auch die Leugnung anderer Genozide kann Vehikel derartigen Gedankengutes sein.

Es liegt nahe, dass die Differenzierung zwischen Shoa und anderen Genoziden in erster Linie auf realpolitische Gründe zurückzuführen ist. Wer den Juden nicht wohlgesonnen ist, wird sie noch so gerne auf Machtansprüche des Weltjudentums zurückführen. Man wird indes eher davon ausgehen müssen, dass der EGMR mit dieser Differenzierung Staaten, die spezifische Tatbestände der Leugnung der Shoa kennen, und die derzeit in Europa realpolitisch einiges Gewicht haben, schonen wollte. Der Hinweis auf die historische Verantwortung dieser Staaten mag auch darauf hindeuten, welcher Staat da in erster Linie gemeint sein könnte. Dass der pflegliche Umgang des EGMR mit dem deutschen Recht nun dazu führt, dass die Juden nun einmal mehr exponiert werden, mutet allerdings etwas pervers an.

Im Ergebnis liesse sich sowohl ein Entscheid, wonach die Bestrafung der Leugnung beliebiger Genozide im Ermessen der Staaten liegt, als auch einer, wonach die Leugnung historischer Tatsachen insgesamt nicht mit Strafdrohungen belegt werden darf, besser begründen als die vom EGMR getroffene Differenzierung.

### C. Armenien? Rwanda? Weitere?

Insgesamt scheint der EGMR recht hohe Anforderungen an Verurteilungen wegen Leugnung von Genoziden zu stellen. Abgesehen von der Shoa, für die all dies nicht zu gelten scheint, kann eine Strafnorm wohl dann zulässig sein, wenn es sich um ein Ereignis der neueren Geschichte handelt, das einen engen Bezug zur Gesellschaft des betroffenen Staats aufweist, etwa aufgrund der Anwesenheit vieler Personen, die aus dem „Konfliktgebiet“ stammen. Dies dürfte bei der Leugnung des Genozids in Srebrenica wohl noch gerade zu bejahen sein, sind die Ereignisse derzeit doch erst ca. 20 Jahre her und leben in vielen europäischen Staaten Menschen aus dem ehemaligen Jugoslawien. Bei Rwanda sind da schon grössere Zweifel angebracht, denn so viele Rwander – insbesondere Tutsi – werden in Europa wohl nicht anzutreffen sein. Bei Verboten der Leugnung anderer Völkermorde besteht wohl ein Risiko des Verstosses gegen Art. 10 EMRK.

## 6. *Nur am Rande: Von der heiklen Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihren möglichen Konsequenzen*

Der Entscheid der Grossen Kammer wurde mit einer denkbar knappen Mehrheit gefällt, mit 7 zu 10 Stimmen. Hinsichtlich der materiellen Verletzung von Art. 10 EMRK wären es sogar nur 8 zu 9 Stimmen gewesen, verwarf Richterin Nussberger doch deutlich die Argumentation der Mehrheit, nahm jedoch aufgrund einer – nur vage fassbaren – Verletzung prozessualer Aspekte von Art. 10 EMRK eine Verletzung von Art. 10 EMRK an und stimmte mit der Mehrheit.

An sich ist aus schweizerischer Sicht bereits schwer nachvollziehbar, warum es einem kleinen Grüppchen von Personen anheim gestellt werden soll, in einem demokratischen Verfahren, allenfalls sogar in einer Volksabstimmung erlassene Rechtsnormen umzustossen. Selbst wenn man sich berufen fühlt, Recht und Rechtsstaatlichkeit vor der Tyrannei der Mehrheit beschützen zu wollen, bleibt indes – gerade mit Blick auf den EGMR – ein schaler Beigeschmack.

Vorab: Es kann nicht darum gehen, die Qualifikation der Richter oder ihre Herkunft in Zweifel zu ziehen. Argumentierte man, dass Richter aus Staaten mit zweifelhaftem demokratischem Hintergrund im EGMR faktisch über Gesetzgeber, Behörden und Gerichte aus Staaten mit langer und tadelloser demokratischer Tradition zu Gericht sässen, so übersähe man: Diese Richter sind im dafür vorgesehenen, auf Übereinkunft der Staaten basierenden Verfahren eingesetzt und zur Auslegung der EMRK berufen. Sie sind Richter. Das ist ihre Funktion, und das genügt bereits.

Strukturell besteht indes beim EGMR mehr als bei nationalen Verfassungsgerichten das Problem, dass die Richter vielfach über Sachverhalte entscheiden, die ihnen nicht vertraut sind, weil sie die politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen in den entsprechenden Staaten gar nicht kennen (können) und auch keine Rückmeldung über Rezeption und Auswirkungen ihrer Rechtsprechung erhalten. Es ist nicht sehr wahrscheinlich, dass sie im behaglichen Strassburg intensiv z.B. mit negativer Presseberichterstattung über ihre Entscheide konfrontiert werden. Insofern gibt es wohl auch ein Übermass an richterlicher Unabhängigkeit, das den Blick für die tatsächlichen sozialen Verhältnisse und die Auswirkungen von Entscheiden trüben kann.

Es stimmt indes skeptisch, dass der EGMR sich nicht scheut, auch mit denkbar dünnen Mehrheiten Staaten zu verurteilen. Die knappe Mehrheit belegt, dass die Frage in Europa durchaus unterschiedlich gesehen werden kann und dass die Begründungsansätze sehr weit auseinander liegen. Es stünde dem Gerichtshof in solchen Zweifelsfragen wohl gut an, Zurückhaltung walten zu lassen und im Zweifel keine Konventionsverletzung anzunehmen. Dies entspricht letztlich auch der Philosophie der bisherigen Rechtsprechung, wonach den Staaten bei der Beurteilung von Verletzungen von Art. 10 EMRK in heiklen Bereichen (z.B. Moral, Religion) ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wurde. Sinnvoll wäre insofern etwas mehr Zurückhaltung des EGMR in Zweifelsfällen.

Vor diesem Hintergrund leuchtet durchaus ein, dass Staaten allenfalls auch in ihrem nationalen Recht zur Einführung von Richterquoren und qualifizierten Mehrheiten bei Verfassungsgerichten gelangen können. Über solche Erfordernisse kann allenfalls sichergestellt werden, dass demokratische Entscheide nur in Fällen umgestossen werden, in denen die Verletzung übergeordneten Rechts (Verfassung oder EMRK) deutlich feststeht und über Parteigrenzen hinweg anerkannt werden kann. Letztlich erscheint eher das Demokratieverständnis desjenigen zweifelhaft, der behauptet, durch solche Quoren und qualifizierte Mehrheiten würden Verfassungsgerichte lahmgelegt. Verfassungsgerichte wie auch der EGMR stellen ein Risiko für demokratische Entscheidungsstrukturen dar, das bereichsweise durch richterliche Zurückhaltung oder formelle Regelungen wie etwa Quoren oder qualifizierte Mehrheiten verringert werden kann.

*Freiburg, im Februar 2016*