7. Strafrecht/Droit pénal

7.3. Strafrecht – Besonderer Teil – allgemein/ Droit pénal – Partie spéciale – en général

7.3.3. Straftaten gegen Ehre, Geheim- und Privatbereich/Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou privé

BGer 6B_1114/2018: Üble Nachrede auf Facebook

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1114/2018 (zur Publikation vorgesehen), A. *gegen* Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, B. und Verein C., mehrfache üble Nachrede, Willkür, rechtliches Gehör etc.



Monika Simmler*

Das Bundesgericht weist ein vielbeachtetes Urteil des Zürcher Obergerichts zur Neubeurteilung zurück, da der Beschuldigte zu Unrecht vom Wahrheitsbeweis i.S.d. Art. 173 Ziff. 2 StGB ausgeschlossen wurde. Beim Vorwurf, jemand sei antisemitisch und vertrete «braunes» Gedankengut, handelt es sich um ein gemischtes Werturteil, das in Bezug auf die ihm zugrunde liegenden Tatsachen einer Überprüfung zugänglich ist. Ferner beschäftigte sich das Bundesgericht mit der rechtlichen Qualifikation des «Likens» und «Teilens» auf Facebook und hielt fest, dass diese Verhaltensweisen im Allgemeinen eine tatbestandsmässige Weiterverbreitung ehrverletzender Inhalte darstellen könnten, jedoch eine Beurteilung im Einzelfall erforderlich sei.

I. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Dem Beschuldigten A. wird vorgeworfen, B. sowie den Verein C. zwischen dem 8. März 2015 und dem 2. Oktober 2016 in Beleidigungsabsicht und ohne begründeten Anlass als antisemitisch, rassistisch und menschenfeindlich bezeichnet zu haben. Solche Beschuldigungen habe er an einer Zusammenkunft verschiedener Tierrechtsorganisationen sowie auf verschiedenen Facebook-Seiten platziert. Ferner habe er mehrmals verschiedene Beiträge auf Facebook (sog. «Posts») mit ähnlichem Inhalt mit einem «Gefällt mir» (sog. «Like») markiert und einen davon geteilt (sog. «Share»).

* Monika Simmler, Dr. iur., Postdoctoral Fellow und Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen; Juristische Mitarbeiterin bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen.

Das Bezirksgericht Zürich sprach den Beschuldigten am 9. Juni 2017 der mehrfachen üblen Nachrede schuldig. Auf seine Berufung hin sprach ihn das Obergericht am 17. August 2018 in einzelnen Anklagepunkten frei, bestätigte im Übrigen aber den Schuldspruch wegen mehrfacher übler Nachrede. Mit seiner Beschwerde in Strafsachen beantragte der Beschuldigte nun beim Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Der Beschwerdeführer hatte eine E-Mail an die Vizepräsidentin des Vereins C. geschickt und darin die Frage gestellt, wie der Verein «zum Antisemitismus seines Präsidenten» stehe. Alsdann kommentierte er auf einer Facebook-Seite einen Eintrag eines Dritten mit «braune Scheisse drückt leider immer wieder durch die Ritzen». Auf seiner eigenen Seite hatte er einen geteilten Eintrag mit «die braune Scheisse dampft leider auch im veganen Grün» kommentiert. Schliesslich setzte er auf zwei Facebook-Seiten mehrere Male unter Beiträge von verschiedenen Personen eine «Gefällt mir»-Markierung, in denen B. und dem Verein C. im Wesentlichen vorgeworfen wurde, «braunes» sowie antisemitisches Gedankengut zu vertreten und zu verbreiten (E. 2.2.1).

Der Beschwerdeführer rügt in erster Linie, dass die Vorinstanz in Verletzung von Art. 173 StGB zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass er nicht zum Wahrheitsbeweis zuzulassen sei. Sie habe ihn verurteilt, obwohl er den Nachweis erbracht habe, dass die von ihm vorgebrachten und weiterverbreiteten Äusserungen der Wahrheit entsprächen. Das Bundesgericht führt diesbezüglich zunächst aus, dass der Tatbestand der üblen Nachrede den Ruf schütze, ein ehrbarer Mensch zu sein. Unter den Ehrbegriff falle ein Recht auf Achtung, das durch jede Äusserung verletzt werde, die geeignet sei, die betroffene Person als Mensch verächtlich zu machen.[1] Der Vorwurf, jemand hege Sympathien für das nationalsozialistische Regime oder vertrete dessen Ideologien, sei i.d.S. ehrverletzend (E. 2.1.1).[2]

Beweist der Beschuldigte, dass die Äusserung der Wahrheit entspricht oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten, so ist er nicht strafbar. Der Wahrheitsbeweis ist erbracht, wenn die Tatsachenbehauptung im Wesentlichen der Wahrheit entspricht (E. 2.1.2). Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen Tatsachenbehauptungen sowie reinen und gemischten Werturteilen. Die erhobene Unterstellung, jemand vertrete «braunes Gedankengut», könne i.A. als gemischtes Werturteil betrachtet werden, das in Bezug auf die ihm zugrunde liegenden Tatsachen wie eine Tatsachenbehauptung zu behandeln sei.[3] Gleiches gelte auch beim Vorwurf einer antisemitischen Gesinnung (E. 2.1.3).

Das Bundesgericht folgt der Vorinstanz also in der Feststellung, dass die Vorwürfe geeignet seien, den Betroffenen als Mensch zu verachten, und dass es sich bei der E-Mail, den Kommentaren sowie den «gelikten» bzw. «geteilten» Beiträgen um gemischte Werturteile handle, die auf einem dem Beweis zugänglichen Tatsachenfundament gründen (E. 2.2.2). Soweit die Vorinstanz davon ausgeht, dass auch das Drücken des «Gefällt mir»-Symbols zusammen mit der von den Autoren übermittelten Botschaft ein gemischtes Werturteil darstelle, kann ihr gemäss Bundesgericht in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. Anders als bei der Kommentar-Funktion erfolge das «Liken» oder das «Teilen» grundsätzlich wertungsoffen. Während mit dem «Teilen» überhaupt keine Bewertung verbunden sei, bleibe die Bedeutung der «Gefällt mir»-Bekundung diffus. Neben einer Gefallensäusserung könne es sich auch um einen Beifall zur entsprechenden Formulierung oder zur Beziehung zur Autorenschaft handeln. Gemäss Bundesgericht kann den Funktionen «Gefällt mir» und «Teilen» insofern grundsätzlich keine über das Weiterverbreiten des entsprechenden Posts hinausgehende Bedeutung zugemessen werden. Denkbar seien höchstens Fälle, in denen sich der Wiedergebende die fremde Äusserung für einen Dritten zweifelsfrei erkennbar zu eigen mache. Ob sich die blosse Markierung des «Gefällt mir»-Symbols und das «Teilen» vorliegend für sich allein zur Ehrverletzung eigneten, könne allerdings offenbleiben, da die inkriminierten Handlungen ohnehin objektiv tatbestandsmässig seien (E. 2.2.3).

Das Bundesgericht erwägt weiter, dass sowohl das Drücken des «Gefällt mir»-Symbols wie auch das «Teilen» zur besseren Sichtbarkeit und damit zur Verbreitung des markierten Beitrags im sozialen Netzwerk führen. Die Weiterverbreitung stelle eine eigenständige Tatbestandsvariante dar. Die weitreichenden Verbindungen innerhalb der sozialen Netzwerke würden gar die «virale», d.h. die massenhafte und rapide Verbreitung fremder Beiträge erlauben. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung[4] spiele es keine Rolle, dass der Weiterverbreiter die Anzeige des Beitrags auf einem fremden Newsfeed nicht beeinflussen könne. Ob das «Liken» oder «Teilen» eine Weiterverbrei-

---

[1] Mit Hinweis auf BGE 137 IV 313 E. 2.1.1 und BGE 128 IV 53 E. 1a.

[2] Vgl. auch BGE 137 IV 313 E. 2.1.1 und 2.3.1; BGE 121 IV 76 E. 2a/bb.

[3] Bestätigung von BGE 121 IV 76 E. 2a/bb; BGer, 6B_43/2017, 23.6.2017, E. 2.5.3.

[4] Rafael Studer, Straflosigkeit des Likens – Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook, recht 2018, 176 ff., 181.

tung darstelle, bedürfe einer Einzelfallbetrachtung. Die Weiterverbreitung bedinge es, dass die bereits aufgestellte Erklärung einem Dritten mitgeteilt und von diesem wahrgenommen werde. Dies hänge namentlich von der Pflege des Newsfeeds bzw. dem Algorithmus des sozialen Netzwerkdienstes einerseits, und den persönlichen Einstellungen der betreffenden Nutzer andererseits ab (E. 2.2.4). Durch die «Gefällt mir»-Bekundung und das «Teilen» von fremden Beiträgen sei im zu beurteilenden Fall der ursprünglich anvisierte Empfängerkreis erheblich erweitert worden, indem die ehrverletzenden Nachrichteninhalte durch die inkriminierte Handlung an Personen gelangt seien, die nicht dem Abonnentenkreis des Ursprungsautors angehört hätten. Der objektive Tatbestand der Weiterverbreitung sei deshalb ebenfalls erfüllt (E. 2.2.5).

In Bezug auf den Entlastungsbeweis war die Vorinstanz zur Auffassung gelangt, dass der Wahrheitsbeweis bei einem gemischten Werturteil nicht erbracht werden könne. Der Beweis des guten Glaubens gelinge ebenfalls nicht (E. 2.3.1). Gemäss Bundesgericht ist der Beschuldigte jedoch angesichts der erhobenen Vorwürfe zu Unrecht vom Wahrheitsbeweis ausgeschlossen worden. Die transportierte Tatsachenbehauptung (bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus bzw. gegenüber Juden) sei ohne Weiteres einer Wahrheitsprüfung zugänglich (E. 2.3.2). Das Bundesgericht hat deshalb die Beschwerde gutgeheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

III. Anmerkungen

Der objektive Tatbestand der üblen Nachrede gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB ist erfüllt, wenn der Täter gegenüber einem Dritten eine Tatsachenbehauptung aufstellt oder weiterverbreitet, die geeignet ist, den Ruf des Opfers zu schädigen. Während im vorliegenden Fall unstrittig war, dass der Vorwurf einer antisemitischen und «braunen» Gesinnung das Schutzgut der Ehre tangiert, boten einerseits die Frage der Qualifikation des «Likens» und «Teilens» im sozialen Medium Facebook als tatbestandsmässiges Weiterverbreiten (III.A.) und andererseits diejenige der Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises (III.B.) Anlass zur Auseinandersetzung.

A. «Liken» und «Teilen» als Weiterverbreitung i.S.v. Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB

Die Form der Mitteilung spielt bei Ehrverletzungsdelikten grundsätzlich eine untergeordnete Rolle.[5] Zweifellos können Ehrverletzungsdelikte auch im Internet begangen werden und dort auf sehr verschiedene Weisen erfolgen. Dem Bundesgericht sowie der Vorinstanz ist entsprechend zunächst zuzustimmen, dass das aktive Verfassen und Veröffentlichen eines «Posts» oder Kommentars auf Facebook i.A. eine taugliche Tathandlung darstellt. Wer in eigenen Worten einen ehrverletzenden Inhalt niederschreibt und ihn in einem sozialen Medium platziert, beabsichtigt die Wahrnehmung der entsprechenden Aussagen. Adressiert ist dabei allermindestens eine Person, im Normalfall – und insbesondere bei politischen Äusserungen – soll jedoch bewusst ein grosser Kreis an Personen erreicht werden. Handelt es sich allerdings nicht um ein selbständiges Verfassen des Inhalts, sondern um das «Sharen» oder «Liken» eines bereits bestehenden (ehrverletzenden) Beitrags, bereitet diese Subsumtion jedoch mehr Schwierigkeiten.

Der Tatbestand der üblen Nachrede kann gemäss Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch durch das Weiterverbreiten einer Beschuldigung oder Verdächtigung erfüllt werden. Es handelt sich dabei um eine selbständige Teilnahmeform.[6] Wird ein Beitrag geteilt und so aktiv reproduziert, ist – wie die gerichtlichen Instanzen richtig feststellen – grundsätzlich von einem Weiterverbreiten i.S.d. Tatbestands auszugehen. Es ist in diesem Fall eine eigentliche Vervielfältigung beabsichtigt, die den Inhalt einem weiteren Personenkreis zugänglich machen soll. Durch das Teilen macht sich eine Nutzerin einen fremden Beitrag i.d.R. also insofern zu eigen, als sie möchte, dass ihre eigenen «Freunde» oder «Follower» diesen auch zur Kenntnis nehmen. Eine andere Würdigung des «Teilens» scheint nur dann – allerdings nicht in Bezug auf die Tathandlung, sondern auf den damit transportierten Inhalt – angezeigt, wenn der Weiterverbreiter beim Teilen des Beitrags einen eigenen Kommentar hinzufügt, in welchem Distanz zum ehrverletzenden Inhalt hergestellt wird oder dieser explizit kritisiert wird. Den Ausführungen des Bundesgerichts, dass mit dem «Teilen» keine Bewertung verbunden sei, ist entsprechend nicht ohne Weiteres zuzustimmen. Wird ein ehrverletzender Inhalt geteilt, ohne diesen «Repost» distanzierend zu kommentieren, ist i.d.R. eine üble Nachrede in der Tatbestandsvariante des Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anzunehmen. Jedenfalls ist der subjektive Tatbestand des «Teilenden» weiter zu ergründen.

Betreffend die Betätigung des «Gefällt mir»-Buttons ist die Würdigung sowohl in Bezug auf die Art der damit

---

[5] Vgl. Art. 176 StGB und auch BGE 119 IV 297 E. 3b, wonach eine unwahre Tatsache sogar konkludent durch Schweigen behauptet oder verbreitet werden könne, falls eine Aufklärungspflicht bestehe; dazu bereits Sine Selman/Monika Simmler, «Shitstorm» – strafrechtliche Dimensionen eines neuen Phänomens, ZStrR 2018, 248 ff., 260.

[6] Vgl. z.B. BSK StGB I-Forster, Art. 25 N 65, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019.

einhergehenden Stellungnahme als auch auf die Qualifikation als tatbestandsmässige Weiterverbreitung komplexer. Die Vorinstanz hatte hinsichtlich ersterer Frage festgehalten, dass ein «Like» als kommunizierte Zustimmung aufzufassen sei. Das Bundesgericht hingegen erachtete die mit dem Drücken des «Gefällt mir»-Symbols zum Ausdruck gebrachte Bewertung als «diffus». In der Tat kann eine derartige Bekundung kaum einheitlich gewürdigt werden. Dennoch ist bekannt, dass ein «Liken» im Regelfall eine Zustimmung impliziert, sich entsprechend also grundsätzlich durchaus als Bekräftigung einer Ehrverletzung eignet. Dabei ist für die Zukunft insbesondere zu beachten, dass mindestens seit der Erweiterung der Facebook-Funktionen im Frühjahr 2016 die «Diffusität» des «Gefällt mir»-Drückens nicht mehr gleichermassen anzunehmen ist. Seither stehen nämlich nicht mehr nur ein «Daumen hoch» zur Verfügung, sondern daneben auch fünf weitere sog. Emoticons. So können Nutzerinnen unter einen Beitrag mittlerweile auch ein Herz platzieren sowie einen lachenden, einen staunenden, einen wütenden oder einen traurigen Smiley.[7] Durch diese Erweiterung kann differenzierter erfasst und beurteilt werden, wie sich ein Nutzer zu einem Beitrag stellt und ob er eine Äusserung gutheisst oder nicht. Dennoch ist bei einem «Like» nach wie vor von einer sehr niederschwelligen Kundgabe auszugehen, die kaum einer generalisierenden Würdigung zugänglich ist. Die Feststellung, dass «Liken» i.A. wertungsfrei sei, wäre jedoch inadäquat.

Die Frage, ob das «Liken» und «Teilen» tatbestandsmässige Weiterverbreitungen darstellen, kommentierte das Bundesgericht dahingehend, dass sich mit der «Gefällt mir»-Bekundung «der ursprünglich anvisierte Empfängerkreis erheblich erweitert» habe, differenzierte dabei aber nicht weiter zwischen den beiden Handlungsweisen. In der Tat wäre jedoch anzuerkennen, dass das «Liken» eines Beitrags auf Facebook nur in sehr geringem Masse direkt zu seiner eigentlichen Weiterverbreitung beiträgt. Durch den Algorithmus werden Beiträge, bei denen oft «Gefällt mir» gedrückt wird, zwar tendenziell häufiger angezeigt, weshalb im rein technischen Sinne von einer Weiterverbreitung ausgegangen werden kann. Diese Form der Weiterverbreitung ist jedoch äusserst niederschwellig und deutlich weniger intensiv als das Teilen eines Beitrags.[8] Der «Like» kann also theoretisch durchaus zur Verbreitung einer Ehrverletzung beitragen, indem er die Wahrscheinlichkeit für die Anzeige des Beitrags auf dem Newsfeed (in unbekanntem Ausmass) erhöht und dessen Verfasser über den «Like» informiert wird. Ob der «gelikte» Beitrag aber tatsächlich anderen Personen angezeigt bzw. von diesen wahrgenommen wird, kann der Absender des «Likes» allerdings kaum direkt beeinflussen.[9]

Während das Bundesgericht das «Liken» im vorliegend besprochenen Urteil eingebettet in einer Reihe weiterer Aktivitäten zu beurteilen hatte und deshalb keine detaillierte Beurteilung der einzelnen «Likes» vornahm, wird es für die Zukunft entscheidend sein, ob bereits diese Online-Aktivität allein als Weiterverbreitung zu qualifizieren wäre. Auch wenn die Grenze kaum ohne Einzelfallwürdigung gezogen werden kann, ist grundsätzlich festzuhalten, dass das «Liken» zwar eine Weiterverbreitung im technischen Sinne darstellt, dass diese jedoch so niederschwellig und von untergeordneter Bedeutung ist, dass – ohne erschwerende Begleitumstände oder weitere Tathandlungen – nicht von einer üblen Nachrede auszugehen wäre. Wird die Qualifikation eines isolierten «Likes» als Vergehen i.S.d. Art. 173 StGB nur auf eine schlichte Analyse des konkreten Algorithmus gegründet, stünde dies in einem Missverhältnis zur ratio legis der Norm sowie deren Strafandrohung. Vor allem stellte dies aber eine zu einseitig grammatikalische Auslegung dar. Soziale Medien eignen sich im Allgemeinen gut für die (exponentielle) Verbreitung von Inhalten. Ob der Newsfeed von Facebook, Instagram oder LinkedIn: Sobald ein Beitrag verfasst, kommentiert, geteilt oder «gelikt» wird, bringt man damit etwas zum Ausdruck, was vom (Online-)Umfeld zur Kenntnis genommen werden soll. Entsprechend ist es richtig, wenn diese modernen Ausdrucksformen mit Blick auf die Ehrverletzungsdelikte als relevant anerkannt werden. Es bleibt dennoch zentral, die jeweilig vorliegende Art der Kommunikation präzise zu würdigen.

B. Antisemitismus und «braunes» Gedankengut als überprüfbare Tatsachen

Grund für die Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesgericht war nicht die Würdigung der Tatbestandsmässigkeit, sondern die Rüge, die Vorinstanz habe den Beschuldigten zu Unrecht vom Wahrheitsbeweis ausgeschlossen. Gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB ist die Strafbarkeit zu verneinen, wenn der Beschuldigte beweisen kann, dass die ehrverletzenden Äusserungen der Wahrheit entsprechen oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten. Gegenstand des Wahrheitsbeweises können grundsätzlich nur Tatsachen sein, d.h. Ereignisse oder Zustände, die äusserlich in Erscheinung treten und dadurch wahrnehmbar und dem Beweis zugänglich werden.[10] Bereits in

[7] Siehe auch Studer (FN 4), 178.
[8] So schon Selman/Simmler (FN 5), 262.
[9] Studer (FN 4), 181, demgemäss deshalb die objektive Zurechnung der Weiterverbreitung fraglich erscheine.
[10] So z.B. BGE 118 IV 41 E. 3.

einem früheren Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass der Wahrheitsbeweis in Bezug auf den Vorwurf der Sympathie für das nationalsozialistische Regime prinzipiell möglich sei und es dabei unerheblich sei, ob die entsprechende Äusserung (damals «braune Mariette») im Gesamtzusammenhang als eine reine Tatsachenbehauptung oder aber als ein gemischtes Werturteil betrachtet werde. Auch bei einem gemischten Werturteil sei der Wahrheitsbeweis erbracht, wenn die enthaltenen Tatsachenbehauptungen wahr und angesichts dieser erwiesenen Tatsache das Werturteil sachlich vertretbar sei.[11] Bei einem gemischten Werturteil wie dem in casu vorliegenden ist also schlicht die zugrunde liegende Tatsachenbehauptung zu beweisen. Nicht zuzulassen zum Entlastungsbeweis ist nur derjenige, dem eine begründete Veranlassung für seine Äusserungen fehlte und der diese zudem in überwiegender Beleidigungsabsicht tätigte.[12] Da nicht feststeht, dass diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, hat das Bundesgericht richtigerweise auf die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises erkannt. Bei den Bezichtigungen, jemand vertrete «braunes» Gedankengut, sei antisemitisch, rassistisch und damit menschenfeindlich, handle es sich um gemischte Werturteile, die auf einer Tatsachenbehauptung gründen. Diese Behauptungen könnten grundsätzlich nachgewiesen werden. Dass die Vorinstanz dies in diesem Kontext als nicht erbringbar erachtete, hat das Bundesgericht zu Recht nicht gestützt. Es ist nun am Beschuldigten, diesen Nachweis zu erbringen.

---

[11] BGE 121 IV 76 E. 2a/bb; vgl. auch BGer, 6B_43/2017, 23.6.2017, E. 2.5.3.

[12] Anstatt vieler z.B. Andreas Donatsch, Strafrecht III, 11. A., Zürich 2018, 402 ff.