

Urteilkopf

146 IV 23

2. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, B. und Verein C. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1114/2018 vom 29. Januar 2020

Regeste (de):

Art. 173 StGB; Zulassung zum Wahrheitsbeweis bei gemischten Werturteilen; üble Nachrede durch Drücken des "Gefällt mir"-Symbols (sog. "Like") und das "Teilen" von Beiträgen auf Facebook.

Das Unterstellen einer antisemitischen oder "braunen" Gesinnung ist dem Wesen nach keiner direkten Überprüfung zugänglich, kann aber als gemischtes Werturteil Gegenstand des Wahrheitsbeweises nach Art. 173 Ziff. 2 StGB bilden (E. 2.2.2).

Den Funktionen "Gefällt mir" und "Teilen" kann grundsätzlich keine über die Weiterverbreitung des entsprechenden Beitrags hinausgehende Bedeutung zugemessen werden, da der inhaltliche Umfang der Bekundung in aller Regel unklar ist. Die Weiterverbreitung im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bedingt, dass die bereits von einem anderen aufgestellte Erklärung einem Dritten mitgeteilt wird. Erst wenn der ehrverletzende Vorwurf des Autors, auf den der Weiterverbreiter mit einem "Gefällt mir" oder einem "Teilen" reagiert, für einen Dritten sichtbar wird und dieser ihn wahrgenommen hat, ist das Delikt vollendet (E. 2.2.3 und 2.2.4).

Regeste (fr):

Art. 173 CP; admission de la preuve de la vérité en cas de jugement de valeur mixte; diffamation liée au fait d'activer les fonctions "j'aime" ("like") ou "partager" d'un contenu publié sur Facebook.

Qualifier des opinions d'antisémites ou de "brunes" ne renvoie pas, de par la nature des propos en cause, à une allégation de fait dont la réalité peut être directement examinée. De tels propos sont toutefois susceptibles de constituer un jugement de valeur mixte qui peut faire l'objet de la preuve de la vérité au sens de l'art. 173 ch. 2 CP (consid. 2.2.2).

En principe, on ne peut attribuer à l'utilisation des fonctions "j'aime" et "partager" une signification qui va au-delà de la propagation du contenu correspondant, étant donné que la portée interne d'une telle manifestation demeure en tous les cas incertaine. La propagation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP suppose que les déclarations préalablement formulées par autrui soient communiquées à un tiers. L'infraction n'est consommée que lorsque les propos attentatoires à l'honneur, auxquels réagit celui qui les propage en utilisant les fonctions "j'aime" ou "partager", sont accessibles à un tiers et que celui-ci en prend connaissance (consid. 2.2.3 et 2.2.4).

Regesto (it):

Art. 173 CP; prova della verità in caso di giudizio di valore misto; diffamazione apponendo "mi piace" (cosiddetto "like") a un post e condividendolo su Facebook.

Per sua natura, l'insinuazione secondo cui una persona ha un'ideologia antisemita o "nazista" non può essere verificata direttamente, ma in quanto giudizio di valore misto può essere oggetto della prova della verità secondo l'art. 173 n. 2 CP (consid. 2.2.2).

Di massima non è possibile attribuire alle funzioni "mi piace" e "condividi" un significato che oltrepassi la divulgazione del relativo post, visto che il contenuto di una simile manifestazione non ha di regola una chiara valenza. La divulgazione giusta l'art. 173 n. 1 cpv. 2 CP presuppone che l'affermazione esternata in precedenza da qualcuno sia comunicata a un terzo. Il reato è consumato unicamente quando il messaggio lesivo dell'onore, a cui reagisce il divulgatore con "mi piace" o "condividi", è visibile a un terzo ed è da questi stato recepito

(consid. 2.2.3 e 2.2.4).

Sachverhalt ab Seite 24

BGE 146 IV 23 S. 24

A. A. wird zusammengefasst vorgeworfen, B. sowie den Verein C. zwischen dem 8. März 2015 und dem 2. Oktober 2016, in überwiegender Beleidigungsabsicht und ohne begründeten Anlass als antisemitisch, rassistisch und menschenfeindlich bezeichnet zu haben.

BGE 146 IV 23 S. 25

Solche Beschuldigungen habe er gegenüber der Vizepräsidentin des Vereins C., an einer Zusammenkunft verschiedener Tierrechtsorganisationen sowie auf verschiedenen Facebook-Seiten platziert. Ferner habe er mehrmals von anderen Personen auf verschiedenen Facebook-Seiten platzierte Beiträge (sog. "Posts") bzw. Anschuldigungen mit ähnlichem Inhalt mit "Gefällt-mir" (sog. "Like") markiert und eine davon geteilt (sog. "Share").

B. Am 9. Juni 2017 sprach das Bezirksgericht Zürich A. der mehrfachen üblen Nachrede schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingt aufgeschobenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-. Auf seine Berufung hin sprach das Obergericht des Kantons Zürich A. am 17. August 2018 in einzelnen Anklagepunkten frei, bestätigte aber im Übrigen den Schuldspruch wegen mehrfacher übler Nachrede sowie die vom Bezirksgericht ausgesprochene Geldstrafe.

C. Mit seiner Beschwerde in Strafsachen beantragt A., das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der mehrfachen üblen Nachrede freizusprechen. Ferner ersucht A. um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D. Am 22. Dezember 2018, 18. Januar 2019, 27. März 2019, 10. April 2019 und 7. Oktober 2019 reichten B. bzw. der Verein C. unaufgefordert Eingaben ein. Gleiches tat A. am 14. November 2019. In der Sache hat sich B., auch in Vertretung des Vereins C., vernehmen lassen. Er ersucht dabei um Sicherstellung der Parteientschädigung. Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichteten auf eine Stellungnahme. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut. Es hebt das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. August 2018 auf und weist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. (...)

2.2.1 Gemäss den insoweit unangefochtenen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz verschickte A. (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 6. Juni 2015 eine E-Mail an die Vizepräsidentin des Vereins C. Darin stellte er die Frage: "Wie steht der Verein C. zum Antisemitismus seines Präsidenten?". Alsdann kommentierte der Beschwerdeführer am 7. März 2016 auf der Facebook-Seite von "vegan in Zürich und Umgebung" einen Eintrag eines Dritten mit "braune Scheisse drückt leider immer wieder durch die Ritzen" und auf seiner

BGE 146 IV 23 S. 26

eigenen Seite einen geteilten Eintrag mit "die braune Scheisse dampft leider auch im veganen Grün". Schliesslich setzte der Beschwerdeführer auf der Facebook-Seite "vegan in Zürich und Umgebung" im Zeitraum vom 10. Juli 2015 bis 7. März 2016 insgesamt sechsmal unter Beiträge von verschiedenen Personen eine "Gefällt mir"-Markierung, in denen B. und dem Verein C. im Wesentlichen vorgeworfen wurde, rechtes, "braunes" sowie antisemitisches Gedankengut zu vertreten und zu verbreiten. Gleiches tat er am 16. und 17. Juni 2016 auf der Facebook-Seite von "Indyvegan". In rechtlicher Hinsicht verneint die Vorinstanz zunächst eine überwiegende Beleidigungsabsicht. Sie hält anschliessend fest, dass es sich bei den vom Beschwerdeführer selbst gemachten Aussagen und den von ihm "gelikten" bzw. geteilten Äusserungen um Tatsachenbehauptungen handle. Soweit der Beschwerdeführer diese mit "Gefällt mir" markiere, verknüpfe er sie mit einer wertenden Komponente. Die Aussage "Gefällt mir" als Wertung stütze sich aufgrund der Markierung erkennbar auf die markierte Tatsachenbehauptung. Folglich sei die "Gefällt mir"-Angabe zusammen mit der markierten Tatsachenbehauptung als gemischtes Werturteil zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer werfe B. und dem Verein C. dabei offensichtlich eine Sympathie

im Sinne einer gewissen Nähe zum nationalsozialistischen Regime vor. Ein derartiger Vorwurf sei grundsätzlich ehrverletzend. In Bezug auf die Tathandlung ist dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen, dass die Äusserungen in der E-Mail sowie in den beiden Kommentaren den objektiven Tatbestand von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ohne weiteres erfüllen würden. Zudem habe der Beschwerdeführer mit dem "Teilen" und dem "Like" gewisser Beiträge den darin enthaltenen ehrverletzenden Vorwurf im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB weiterverbreitet.

2.2.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die vom Beschwerdeführer gemachten Vorwürfe geeignet sind, den Betroffenen als Mensch zu verachten. Soweit die Vorinstanz im Zusammenhang mit der E-Mail vom 6. Juni 2015 von einer Tatsachenbehauptung ausgeht, ist dies im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die darin vom Beschwerdeführer gestellte Frage "Wie steht der Verein C. zum Antisemitismus seines Präsidenten?" weist neben dem tatsächlichen auch einen wertenden Charakter auf. Die Verortung eines Menschen als Antisemit ist zwar ihrem Wesen nach keiner direkten Überprüfung zugänglich, doch kann das Vorliegen einer antisemitischen Gesinnung als innere Tatsache gleichwohl Gegenstand eines Beweisverfahrens bilden. Bei BGE 146 IV 23 S. 27

den Kommentaren "braune Scheisse drückt leider immer wieder durch die Ritzen" sowie "die braune Scheisse dampft leider auch im veganen Grün" handelt es sich wiederum um gemischte Werturteile im Sinne der dargelegten Rechtsprechung. Die vom Beschwerdeführer "gelikten" bzw. "geteilten" Beiträge beinhalten schliesslich ebenfalls sowohl tatsächliche als auch wertende Bestandteile. Die entsprechenden Autoren bezeichnen B. und den Verein C. darin entweder ausdrücklich als antisemitisch bzw. nationalsozialistisch (z.B. "antisemitischer Verein"; "wegen Rassendiskriminierung verurteilt"; "Kontakte zur Neonazi-Revisionistszene") oder legen ihnen wertend eine antisemitische bzw. nationalsozialistische Gesinnung nahe (z.B. "braunes Gedankengut"; "braune Scheisse"). Auch diese (fremden) Äusserungen gründen auf einem dem Beweis zugänglichen Tatsachenfundament.

2.2.3 Soweit die Vorinstanz davon ausgeht, dass auch das Drücken des "Gefällt mir"-Symbols zusammen mit der von den Autoren übermittelten Botschaft ein gemischtes Werturteil (seitens des Beschwerdeführers) darstellt, kann ihr in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. Bei Facebook handelt es sich laut Vorinstanz um einen sozialen Netzwerkdienst, der darauf ausgerichtet ist, eine schnelle und weitreichende Kommunikation zu ermöglichen. Es gilt dabei als Erfahrungstatsache, dass für dessen Nutzerinnen und Nutzer das "Gefällt mir" und das "Teilen" von zentraler Bedeutung sind. Sie ermöglichen - neben der Kommentar-Funktion - die Verbreitung von Informationen (vgl. SELMAN/SIMMLER, "Shitstorm" - strafrechtliche Dimensionen eines neuen Phänomens, ZStrR 136/2018 S. 261 f.). Anders als bei der Kommentar-Funktion erfolgt die Markierung eines "Gefällt mir" oder das "Teilen" jedoch grundsätzlich wertungslos. Während mit dem "Teilen" überhaupt keine Bewertung verbunden ist, bleibt die Bedeutung der "Gefällt mir"-Bekundung trotz des "Daumen hoch" diffus bzw. ohne verbindliche Resonanz des betreffenden Inhalts. Neben der inhaltlichen Gefallensäusserung kann es sich auch um einen schlichten Beifall zur entsprechenden Formulierung oder zur Beziehung zur Autorenschaft handeln. So führen einzelne Beiträge nicht selten zu einem (ir)rationalen Herdenverhalten des sozialen Netzkollektivs. Phänotypisch sind etwa Eltern, die jeden Beitrag ihrer Söhne oder Töchter kritiklos "likern". Die näheren Gründe oder Motive für das "Gefällt mir" bleiben dabei verborgen (RAFAEL STUDER, Straflosigkeit des Likens - Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook, recht

BGE 146 IV 23 S. 28

36/2018 S. 176; STÉPHANIE MUSY, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019 II S. 12 f.). Den Funktionen "Gefällt mir" und "Teilen" kann insofern grundsätzlich keine über das Weiterverbreiten des entsprechenden Posts hinausgehende Bedeutung zugemessen werden. Denkbar sind höchstens Fälle, in denen sich der Wiedergebende die fremde Äusserung für einen Dritten zweifelsfrei erkennbar zu eigen macht, namentlich durch das gleichzeitige Veröffentlichung eines Kommentars. Ob die blosser Markierung des "Gefällt mir"-Symbols und das "Teilen" eines Posts vorliegend für sich allein geeignet waren, B. und den Verein C. in ihrer Ehre zu verletzen, kann offenbleiben, da sich die inkriminierten Handlungen in objektiver Hinsicht ohnehin als tatbestandsmässig erweisen (vgl. nachstehend E. 2.2.4 f.).

2.2.4 Wie soeben erwähnt, können 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 im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gilt als eigenständige Tatbestandsvariante (SELMAN/SIMMLER, a.a.O., S. 261 f.; FRANZ RIKLIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 173 StGB). Die weitreichenden Verbindungen innerhalb der sozialen Netzwerke erlauben gar die "virale", d.h. die massenhafte und rapide Verbreitung fremder Beiträge (vgl. Urteil 5A_195/2016 vom 4. Juli 2016 E. 5.3). Unerheblich

ist dabei nach der Rechtsprechung, ob dem Dritten die fremde Behauptung bereits bekannt war (BGE 118 IV 160 E. 4a S. 160; 73 IV 27 E. 1). Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (STUDER, a.a.O., S. 181) spielt es für die Strafbarkeit auch keine Rolle, dass der Weiterverbreiter die tatsächliche Anzeige seines "gelikten" oder "geteilten" Beitrags auf einem fremden Newsfeed nicht beeinflussen kann. Ob das Drücken des "Gefällt mir"-Symbols oder das "Teilen" eines Posts eine Weiterverbreitungshandlung darstellt, bedarf jedoch einer Einzelfallbetrachtung. Die Weiterverbreitung im Sinne des Gesetzes bedingt, dass die bereits von einem anderen aufgestellte Erklärung einem Dritten mitgeteilt wird (DONATSCH, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch [...], Donatsch und andere [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 17 zu Art. 173 StGB; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Schweizerisches Strafrecht, 7. Aufl. 2010, § 11 N. 24 und 26). Erst wenn der ehrverletzende Vorwurf des Autors, auf den der Weiterverbreiter mit einem "Gefällt mir" oder einem "Teilen" BGE 146 IV 23 S. 29

reagiert, für einen Dritten sichtbar wird und dieser ihn wahrgenommen hat, ist das Delikt vollendet (vgl. BGE 102 IV 35 E. 2b mit Hinweisen). Dies hängt in Fällen wie dem Vorliegenden namentlich von der Pflege des Newsfeeds bzw. dem Algorithmus des sozialen Netzwerkdienstes einerseits, und den persönlichen Einstellungen der betreffenden Nutzerinnen und Nutzer andererseits, ab (dazu auch STUDER, a.a.O., S.178 f.; MUSY, a.a.O., S. 13).

2.2.5 Die Vorinstanz hält in Bezug auf den E-Mail-Versand vom 6. Juni 2015 sowie das Kommentieren der (fremden) Facebook-Beiträge fest, dass der Beschwerdeführer B. darin als Antisemit bezeichne oder ihm eine Sympathie bzw. besondere Nähe zum Naziregime unterstelle. Hinsichtlich der "Gefällt mir"-Bekundung und des "Teilens" von fremden Beiträgen sei alsdann 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. Diese Feststellungen blieben unangefochten und sind für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen durfte die Vorinstanz unter diesen Umständen zu Recht von einem erfüllten objektiven Tatbestand ausgehen. Der Beschwerdeführer hat B. und den Verein C. einerseits durch eine E-Mail und mittels der Kommentar-Funktion selber eines rufschädigenden Verhaltens bezichtigt, andererseits solche Beschuldigungen von Dritten auf Facebook durch die "Gefällt mir"-Markierung und das "Teilen" weiterverbreitet.