

# BGer 6B 69/2019 vom 4. November 2019

Bundesgericht, 2019-11-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_69\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_69_2019)

FR: TF 6B 69/2019 du 4 novembre 2019

IT: TF 6B 69/2019 del 4 novembre 2019

## Regeste

Üble Nachrede, sexuelle Belästigung; Strafzumessung | Straftaten

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst gegen den Schuldspruch wegen übler Nachrede und macht geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, die ihr vorliegenden Beweise zu würdigen. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der objektive Tatbestand von Art. 174 StGB nicht erfüllt sei. Sie habe sich vielmehr mit der Feststellung begnügt, dass die Wahrheit der von den Beschwerdegegnern geäusserten Behauptung naturgemäss nicht festgestellt werden könne. Damit habe sie eine willkürliche Annahme getroffen. Es sei vorliegend offensichtlich, dass die im betreffenden Liedtext geäusserten Behauptungen über die Straflägerin unwahr seien. Hierfür genügten die Angaben der Straflägerin und die Aussagen der Beschwerdegegner. Hätte die Vorinstanz Zweifel an der Unwahrheit gehabt, hätte sie von sich aus Beweise abnehmen müssen.

### E. 1.1

Gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB macht sich der üblen Nachrede unter anderem schuldig, wer jemanden bei einem anderen eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt. Eine Verleumdung gemäss Art. 174 Ziff. 1 StGB begeht demgegenüber, wer die ehrverletzenden Beschuldigungen oder Verdächtigungen wider besseres Wissen erhebt. Im Unterschied zur üblen Nachrede setzt der objektive Tatbestand von Art. 174 StGB voraus, dass die ehrverletzende Tatsachenbehauptung unwahr ist (BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 3. Aufl. 2010, N. 5 zu Art. 174 StGB). Die zu Art. 173 ff. StGB ergangene Rechtsprechung unterscheidet alsdann zwischen Tatsachenbehauptungen sowie reinen und gemischten Werturteilen. Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist danach, ob die ehrverletzende Aussage durch Beweis auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden kann (BGE 118 IV 41 E. 3; Urteile 6B\_683/2016 vom 14. März 2017 E. 1.6; 6B\_498/2012 vom 14. Februar 2013 E. 5.3.1). Ein reines Werturteil bzw. eine Formal- oder Verbalinjurie ist ein blosser Ausdruck der Missachtung, ohne dass sich die Aussage erkennbar auf bestimmte, dem Beweis zugängliche Tatsachen stützt. Bei einem sog. gemischten Werturteil hat eine Wertung demgegenüber einen erkennbaren Bezug zu Tatsachen. Ob ein reines oder ein gemischtes Werturteil vorliegt, muss aus dem ganzen Zusammenhang der Äusserung erschlossen werden (Urteil 6B\_1270/2017 vom 24. April 2018 E. 2.1 mit Hinweisen). Während der Täter im Falle der üblen Nachrede nachzuweisen hat, dass die von ihm vorgetragene Äusserung der Wahrheit entspricht, oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten (Art. 173 Ziff. 2 StGB), müssen bei der Verleumdung die Strafverfolgungsbehörden nachweisen, dass die

behauptete Tatsache unwahr ist (Urteil 6B\_1100/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 4.1 mit Hinweis). Die Unwahrheit muss zur Überzeugung des Gerichts nach den allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung ( Art. 10 StPO ) festgestellt werden. Gelingt der Nachweis nicht, kommt gegebenenfalls Art. 173 StGB in Betracht.

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz erwägt, dass es sich bei der Aussage, die Strafklägerin habe ihren politischen Erfolg sexuellen Gefälligkeiten gegenüber den Politikern M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ zu verdanken, was denn auch zu ihrem (öffentlich bekannten) Burnout geführt habe, zweifelsohne um eine Tatsachenbehauptung handle, die auch ehrenrührig sei. Die Behauptung, sexuelle Gefälligkeiten zu erbringen, um einen persönlichen Vorteil zu erlangen, indiziere die Käuflichkeit der Strafklägerin. Dass der Song primitive und frauenfeindliche Beschimpfungen umfasse, schliesse nicht aus, dass darin auch "ernst zu nehmende" Tatsachenbehauptungen enthalten seien. Es sei aufgrund der Stellung der Strafklägerin als demokratisch gewählte Politikerin auch nicht offensichtlich, dass sie sich ihren Erfolg nicht durch sexuelle Gefälligkeiten erkaufen könnte. Denn eine politische Karriere hänge massgeblich von der Unterstützung der Partei und wichtigen Parteimitgliedern ab. Diese hätten beispielsweise Einfluss darauf, ob die betreffende Person zur Wahl aufgestellt werde und auf welchem Listenplatz sie antreten dürfe. Die Behauptung, die Strafklägerin habe ihren politischen Erfolg sexuellen Gefälligkeiten zu verdanken, könne daher nicht als abwegig bezeichnet werden. Dies habe umso mehr zu gelten, als die Strafklägerin wie die Politiker M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ der Zürcher O.\_\_\_\_\_ angehöre und damit offensichtlich eine Nähe und Zusammenarbeit bestehe. Die Eignung der Tatsachenbehauptung, die Ehre der Strafklägerin zu verletzen, sei daher gegeben. Der objektive Tatbestand der üblen Nachrede sei erfüllt. Hingegen sei vorliegend "die Unwahrheit der Behauptung nicht objektiv nachgewiesen" bzw. der "Nachweis [könne] naturgemäss nicht erbracht werden". Der objektive Tatbestand der Verleumdung sei daher nicht erfüllt (angefochtener Entscheid S. 17 f.).

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz geht zu Recht von einer Tatsachenbehauptung aus, da es sich bei den beschriebenen parteiinternen Vorgängen um Geschehnisse handelt, die einer selbstständigen Überprüfung zugänglich sind. Das Geäusserte kann zum Gegenstand einer Wahrheitsprüfung gemacht werden. Die hieran anknüpfende Überlegung, dass der objektive Tatbestand der Verleumdung gleichwohl nicht erfüllt sei, da im vorliegenden Fall die Unwahrheit der Behauptung "nicht objektiv nachgewiesen bzw. der Nachweis naturgemäss nicht erbracht werden" könne, steht allerdings im Widerspruch zur Qualifikation der inkriminierten Verdächtigung als Tatsachenbehauptung. Die Vorinstanz gibt auch nicht näher zu erkennen, inwiefern die negative Darstellung der Strafklägerin generell nicht nachprüfbar sein soll. Dies ist auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass es namentlich die im Recht liegenden (und allenfalls von Amtes wegen zu erhebenden) (Personal-) beweise zu würdigen gilt. Die Vorinstanz verletzt Art. 174 StGB , indem sie die Wahrheitsprüfung unterlässt. Dem Bundesgericht ist es insofern auch nicht möglich, den angefochtenen Entscheid auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 198 StGB. Diese Bestimmung führe zwei Tatbestandsvarianten auf, wobei die Belästigung durch Worte auch durch das Telefon oder über das Internet erfolgen könne. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz könne der unmittelbare Kontakt zwischen Täter und Opfer bei einer verbalen sexuellen Belästigung nicht das Kriterium sein, welches über die Tatbestandsmässigkeit entscheide. Es treffe zwar zu, dass sich das Lied in erster Linie nicht an die Strafklägerin, sondern an die Fanggemeinde richte. Die Strafklägerin werde aber im Liedtext an verschiedenen Stellen direkt angesprochen, so z.B. "Du bisch mit Abstand die geilsti Sau", "Nimm mi Sowjet-Gurt, polier der Stärn", "Bach mir e Gratin, chum mir al Stund cho blowe". Mit Blick auf den Schutzgedanken von Art. 198 StGB müsse allerdings genügen, wenn die sexuell anstössigen Äusserungen an Dritte gerichtet seien. Die im Schrifttum vertretene Ansicht, dass in diesem Fall das Opfer zumindest anwesend sein müsse, könne im heutigen Zeitalter des Internets bzw. der Digitalisierung nicht mehr gelten. Es sei kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb eine sexuelle Belästigung eintreten soll, wenn das Opfer direkt physisch anwesend sei, nicht aber, wenn das Opfer die belästigenden Äusserungen über das Internet wahrnehme. Dabei sei auch zu bedenken, dass die Anonymität des Internets das Überschreiten von Grenzen begünstige, die im direkten Kontakt mit dem Opfer eine Hemmschwelle darstellen würden. Die sexuelle Belästigung über das Internet seien für den Täter einfacher und bequemer. Gleichzeitig habe sie schwerwiegendere Auswirkungen auf das Opfer als die "klassische" Belästigung. Es sei der Strafklägerin faktisch auch unmöglich gewesen, sich den verbreiteten Äusserungen einfach zu entziehen. Die Intensität der Einwirkung auf das Opfer über das Internet sei letztlich dieselbe wie bei der "Face-to-Face-Kommunikation".

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwägt unter Hinweis auf die herrschende Lehre, dass sich die verbale Belästigung direkt an das Opfer richten müsse, wobei auch Äusserungen gegenüber Drittpersonen den Tatbestand erfüllen könnten, wenn das Opfer zugegen sei. Solche Bemerkungen seien diesfalls als direkte Äusserungen gegenüber dem Opfer zu beurteilen. Die Äusserung sei vorliegend nicht direkt gegenüber dem Opfer erfolgt. Zwar hätten die Beschwerdegegner die Möglichkeit gekannt, dass mit der Veröffentlichung des Songs im Internet eine breite Öffentlichkeit und damit auch die Strafklägerin selbst Kenntnis des Songs erlangen könnte. Die Beschwerdegegner hätten sich mit ihrer Botschaft jedoch nicht an die Strafklägerin, sondern an ihr Publikum wenden wollen. Es bestehe kein Anlass für eine extensivere Auslegung des Tatbestands. Eine solche hätte denn auch zur Folge, dass sich der Anwendungs- und Schutzbereich von Art. 198 Abs. 2 StGB und den Ehrverletzungsdelikten überschneiden würde. Die Strafklägerin sei durch den Text zwar beleidigt und in ihrer Würde verletzt worden. Ihre sexuelle Integrität und die Selbstbestimmung seien aber unbeeinträchtigt geblieben. Das zeige sich etwa an der Tatsache, dass es ihr möglich gewesen wäre, sich dem Text zu entziehen. Der objektive Tatbestand der sexuellen Belästigung sei damit nicht erfüllt (angefochtener Entscheid S. 19 f.).

### **E. 2.3.1**

Gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB macht sich der sexuelle Belästigung schuldig, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Die als Übertretung ausgestaltete Bestimmung erfasst geringfügigere Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität, bei denen im Einzelnen zweifelhaft sein kann, ob sie noch eine eigentliche

Verletzung der Selbstbestimmung darstellen, die aber mit solchen Eingriffen immerhin vergleichbar sind, indem sie die betroffene Person jedenfalls ohne ihren Willen mit Sexualität konfrontieren ( BGE 137 IV 263 E. 3.1 S. 265). Die grobe verbale Belästigung stellt eine Form der unerwünschten Zumutung sexueller Art dar. Unklar ist allerdings, ob die Wendung "durch Worte" auch schriftliche (bejahend ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl. 2018, S. 588; ablehnend TRECHSEL/BERTOSSA, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 7 zu Art. 198 StGB und JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie spécial, 2009, S. 962 Rz. 3276; differenzierend BERNHARD ISENRING, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2018, N. 24 zu Art. 198 StGB und KATHRIN KUMMER, Sexuelle Belästigung, 2001, S. 84 f.) oder wie hier audiovisuelle Äusserungen mitumfasst. Sodann ist zu prüfen, ob die Veröffentlichung eines Videos mit grob obszönen sexuellen Aufforderungen im Internet geeignet ist, jemanden im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB sexuell zu belästigen.

### **E. 2.3.2**

Der Wortlaut von Art. 198 Abs. 2 StGB spricht von "Worten" ("paroles", "parole"), umfasst aufgrund seiner Mehrdeutigkeit nicht nur Ausgesprochenes, sondern auch schriftliche oder bildliche Tatobjekte. Demgegenüber weist Art. 177 Abs. 1 StGB in systematischer Hinsicht darauf hin, dass schriftliche oder bildliche Belästigungen nicht tatbestandsmässig sind. Denn diese Bestimmung lässt neben dem Wort ausdrücklich auch eine Beschimpfung durch Schrift und Bild zu. Entsprechendes gilt für die Pornografie nach Art. 197 StGB . In Bezug auf das Merkmal der direkten Konfrontation des Opfers erweist sich der Wortlaut als ergebnisoffen. Während die tätliche Belästigung begriffsimmanent eine körperliche Präsenz des Täters bedingt, ist dies bei der verbalen Tatbegehung nicht zwingend der Fall.

### **E. 2.3.3**

Historisch betrachtet ersetzte Art. 198 StGB die aArt. 203 (öffentlich unzüchtige Handlung) und aArt. 205 StGB (unzüchtige Belästigung). Während die früheren Bestimmungen als Delikte gegen die (öffentliche) Sittlichkeit ausgestaltet waren, schützt Art. 198 StGB die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung (Botschaft vom 10. September 1985 über die Änderung des StGB und des MStG, BBl 1985 II 1092) und damit individuelle Rechtsgüter. Nachdem die Expertenkommission im Rahmen der Gesetzesrevision die unzüchtige Belästigung (aArt. 205 StGB) zunächst noch ersatzlos streichen wollte, war die vom Bundesrat eingesetzte Arbeitsgruppe der Auffassung, dass der Tatbestand in irgendeiner Form beibehalten werden müsse. Der Entwurf des Bundesrats beschränkte daraufhin die Strafbarkeit als Ergänzung zum Exhibitionismus auf geschlechtliche Handlungen, die vor jemandem vorgenommen werden. Verbale Belästigungen sollten indes durch Art. 177 StGB abgedeckt werden. In den Kommissionen wurde anschliessend kritisiert, dass die bloss verbale Belästigung - etwa durch das Telefon oder auf der Strasse - im Unterschied zur früheren Rechtslage straflos bleiben würde. Erfasst werden sollte einmal das direkte Anfassen, zum anderen die direkte verbale Belästigung. Wie bei der tätlichen Belästigung stellte der Gesetzgeber damit die unmittelbare Konfrontation von Opfer und Täter ins Zentrum seiner Überlegungen (BBl 1985 II 1092; Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 16. Februar 1987 S. 84 f. und vom 28./29. Januar 1991, S. 44 f.; Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 15. Mai 1990 S. 459 ff. und vom 28. August 1990 S. 549 ff.; dazu auch KUMMER, a.a.O., 2001, S. 83). Dementsprechend wird auch im Schrifttum die

Auffassung vertreten, dass sich das Anstössige direkt an das Opfer richten muss (DONATSCH, a.a.O., S. 589; CORBOZ, a.a.O., N. 15 zu Art. 198 StGB ; ISENRING, a.a.O., N. 22 zu Art. 198 StGB ; KUMMER, a.a.O., S. 83 ff.; FONTANIVE/SIMMLER, Gefahr im Netz: Die unzeitgemässe Erfassung des Cybergroomings und des Cyberharassments im schweizerischen Sexualstrafrecht - Zur Notwendigkeit der Modernisierung von Art. 198 StGB , ZSR 135/2016 S. 500 f.). Ist das Opfer hingegen nicht anwesend, sind die Äusserungen nicht tatbestandsmässig (QUELOZ/ILLÀNEZ, in: Commentaire romand, Code pénal II, 2017, N. 23 zu Art. 198 StGB ; HURTADO POZO, a.a.O., S. 961 f. Rz. 3275). Art. 198 Abs. 2 StGB umfasst damit keine Belästigungen, soweit Tathandlung und Belästigung zeitlich auseinanderfallen. Das nachträgliche Bekanntwerden genügt nicht. Daran ändert entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nichts, dass sich Belästigungen im Internet zu einem Massenphänomen entwickelt haben sollen (vgl. Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 "Rechtliche Basis für Social Media" vom 10. Mai 2017, S. 34 ff.; MARCEL BRUN, Cyberbullying - aus strafrechtlicher Sicht, recht 34/2016 S. 100 ff.; FONTANIVE/SIMMLER, a.a.O., S. 491 ff.).

#### **E. 2.3.4**

Die sexuelle Belästigung knüpft zwar an das Kriterium der unmittelbaren Wahrnehmung an, setzt allerdings nicht zwingend die gleichzeitige körperliche Präsenz von Täter und Opfer voraus. Vielmehr kann das Opfer nach der Rechtsprechung auch auf andere Art und Weise durch Worte belästigt werden, namentlich durch Anrufe mit grob obszönen sexuellen Aufforderungen und Fragen über das eigene Sexualleben (Urteil 6B\_75/2009 vom 2. Juni 2009 E. 3.1.2). Die räumliche Distanz ist insofern unbeachtlich. Das gilt gleichermassen für audiovisuelle Aufnahmen mit belästigendem Charakter, soweit sie das Opfer zeitlich direkt erreichen (z.B. Webcam). Selbst wenn aus der Gesetzessystematik geschlossen werden könnte, audiovisuelle Belästigungen seien nicht tatbestandsmässig, so ergibt sich aus dem offenen Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie aus Sinn und Zweck des Gesetzes, dass Art. 198 Abs. 2 StGB auch Handlungen umfasst, die mittels technischer Vorgänge übertragen und vom Opfer unmittelbar wahrgenommen werden. Aufgrund der fehlenden Präsenz des Täters ist der Unrechtsgehalt gegenüber der direkten mündlichen Belästigung jedoch in aller Regel geringer (KUMMER, a.a.O., S. 84; DONATSCH, a.a.O., S. 588 f.), soweit sich das Opfer der Belästigung entziehen kann (vgl. BGE 137 IV 263 E. 3.1 S. 267).

#### **E. 2.4**

Inhaltlich stellt der inkriminierte Song zweifellos einen groben verbalen Angriff dar. Die Beschwerdegegner wandten sich mit der Veröffentlichung des Songs im Internet allerdings nicht direkt an die Strafklägerin, sondern an ein dieser gegenüber kritisch eingestelltes Publikum. Die Vorinstanz stellt verbindlich fest, die Beschwerdegegner hätten zu keinem Zeitpunkt Bemühungen unternommen, den Song bzw. das Video der Strafklägerin zukommen zu lassen. Diese habe davon erst eineinhalb Jahre nach der Veröffentlichung Kenntnis erhalten (angefochtener Entscheid S. 19 f.). Damit fehlt es am Kriterium der unmittelbaren Wahrnehmung durch das Opfer. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie die Beschwerdegegner vom Vorwurf der sexuellen Belästigung freispricht.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich die Strafzumessung. Da sie diese im Wesentlichen mit den zusätzlichen Schuldsprüchen begründet, ist darauf ausgangsgemäss nicht näher einzugehen. Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz allerdings vorwirft, bei der Strafzumessung des Beschwerdegegners 1 die in Rechtskraft erwachsene Beschimpfung wegen der Bezeichnung der Strafklägerin als "Fotze" nicht berücksichtigt und damit Art. 49 Abs. 1 StGB verletzt zu haben, erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Bezeichnung als "Fotze" nicht unabhängig als selbstständige Tat zu würdigen war. Sowohl Anklage (kant. Akten pag. 181 und 184) wie auch die kantonalen Instanzen (kant. Akten pag. 379 und 381; angefochtener Entscheid S. 9 und 23) gehen offensichtlich von einem tateinheitlich begangenen Delikt aus, nicht aber von mehreren Beschimpfungen. Die "zusätzliche Festsetzung einer Strafe" bzw. eine Asperation dieser Beschimpfung nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist unter diesen Umständen ausgeschlossen. Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang das objektive Tatverschulden falsch gewichtet haben soll, rügt die Beschwerdeführerin dagegen nicht.

#### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich teilweise als begründet. Sie ist im Übrigen aber abzuweisen. Die Sache ist zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegner im kantonalen Verfahren sind als unentgeltliche Rechtsbeistände gemäss Art. 64 Abs. 2 BGG einzusetzen. Ihnen ist aus der Gerichtskasse eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen, wobei die weitgehend wortgleichen Rechtsschriften der Beschwerdegegner 1 und 2 vorliegend nicht zu einer doppelten Remuneration führen (vgl. Art. 2, Art. 6 und Art. 10 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006; SR 173.110.210.3).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.