

ZH_OBERGERICHT SB120411 vom 10. Juli 2013

ZH Obergericht, 2013-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120411

FR: ZH_OBERGERICHT SB120411 du 10 juillet 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB120411 del 10 luglio 2013

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist ein von der Beschuldigten verfasster Artikel, welcher gemäss Ankläger im C._____ vom tt.mm.2008 und mit weitgehend identischem Text in der Online-Ausgabe des C._____s vom tt.mm.2008 sowie auf den Internetseiten www.....ch und www.....ch am tt.mm.2008 erschienen sei (Urk. 2/2/1 S. 2): "Gescheiterter Jetsetter baut Casinos Notizen zu Namen, who is who in Zürich Von A._____ Finanzjongleur B._____ (C._____) bewegte sich in den luftigen Höhen des Jetset, bis er eine Megapleite hinlegte und seinen Status verlor. Jetzt ist er wieder aktiv. Zwar kann er selbst nicht mehr in die Schweiz einreisen, aber seine Frau E._____ zeigt sich überall. B._____ ist in F._____ beschäftigt. Dort baut er Casinos. Es soll ein zweites Las Vegas werden. G._____ soll den Deal eingefädelt haben. Diese Achse läuft über H._____ (Bild), die B._____ von I._____ kennt und die auch für ihren Ex-Mann J._____ organisiert hat, dass er von G._____ mit einem Federstrich begnadigt wurde. B._____ war immer eine undurchsichtige Figur. Er schien an einem unversiegbaren Geldstrom angeschlossen, und alle fragten sich, woher das Geld kam. Als er in K._____ eine Villa an der ...-Strasse kaufte und für 18 Millionen drei Jahre lang umbauen liess, sprachen alle von purer Dekadenz. Schon bald mussten die B._____s den Palast verkaufen. Heute haben sie nur noch eine Luxuswohnung neben dem ..., wo ein Butler und eine Putzfrau beschäftigt sind, obwohl die Herrschaft nie zu Hause ist. B._____ hielt sich stets bedeckt, was seine Geschäfte anging. Seine Firma C._____ ging 2001 in Bausch und Bogen pleite. In der Bankrott-Erklärung steht lapidar alles. Nachteile: pure Kapitalvernichtung, Vorteile: keine. C._____ hatte

- 3 - Aktienfonds im asiatisch-pazifischen Raum und verwaltete (nach eigenen Angaben im Internet) über 20 Milliarden Dollar Vermögen. B._____ war ein wegen seines Vermögens begehrter Junggeselle, hatte immer eine halbseidene Lady an jedem Arm. Dann heiratete er E._____, eine ... [Angehörige des Staates L._____]. Sie versteht was vom Geldausgeben. Mit Freundinnen flog sie schnell mal im Privatjet zum Ladies' Lunch nach Kurz vor dem Fiasko sagte die Kaffekönigs-Gattin M._____ bei einem privaten Dinner zu B._____: 'Dir muss es schlecht gehen, dass du deinen Privatjet verkauft hast.' Er dementierte, und es gab einen wüsten Streit. Der eskalierte, und M._____, N._____ und O._____ (Uhrenhändler-Witwe) schnappten ihre Handtaschen und verliessen empört die Party. Recherchen zu den Casino-Plänen in F._____ gestalten sich schwierig, da B._____ in unerreichbaren Sphären schwebt. Doch sein Bruder B1._____ sitzt in P._____ und nimmt das Telefon ab. Er hat ein Buch über Q._____ geschrieben, komponiert und dirigiert. 'Beten Sie! Tun Sie jeden Tag ein gutes Werk!' So seine kryptische Antwort auf alle Fragen zu seinem Bruder. B1._____ wurde von Papst Benedikt XVI. im Jahr yyyy zum Ritter ernannt. Er erhielt die Würde des 'Komturs des Heiligen Gregorius des Grossen'."

E. 2

Eventualiter sei die Beklagte wegen übler Nachrede im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen;

E. 3

Subeventualiter sei die Beklagte wegen Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen;

- 4 -

E. 3.1

In der Folge ist ein Entscheid über die Zulassung der Anklage unterblieben, obschon dieser formelle Zulassungsentscheid aufgrund von § 305 StPO-ZH vorgeschrieben ist. Der Vorsitzende der Kollegialabteilung lud vielmehr direkt zur Hauptverhandlung am 4. Juli 2012 vor (Urk. 3). Die Zulassung der Anklage und die entsprechende Mitteilung an den Angeklagten gemäss § 305 StPO-ZH ist bei Ehrverletzungen durch Medien eine Gültigkeitsvorschrift (ZR 39 [1940] Nr. 63; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, S. 345 Rz 896; Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 1 zu § 305; anders bei gewöhnlichen Ehrverletzungsdelikten, wo das Gesetz kein zweistufiges Zulassungsverfahren kennt; vgl. § 313 f. StPO-ZH). Das Obergericht schrieb im besagten Entscheid: "Diese Gesetzesbestimmung ist eine strenge Verfahrensvorschrift. Die endgültige Zulassungsverfügung stellt eine Essentialia des Verfahrens bei Ehrverletzungen, begangen durch die Presse, dar. § 305 StPO kann daher auch in denjenigen Fällen nicht umgangen werden, in denen die Parteien keine Einwendungen gegen die Unterlassung der endgültigen Zulassungsverfügung erheben. Unterbleibt sie wie im vorliegenden Fall, so ist das Verfahren nichtig. Demnach hat eine gültige Hauptverhandlung im vorliegenden Falle nicht stattgefunden. Unter diesen Umständen ist der Prozess als solcher, nicht nur die Akten, an die Vorinstanz zur Fällung eines neuen Urteils zurückzuweisen."

E. 3.2

An dieser Auffassung ist festzuhalten. Bei der Anklagezulassung handelt es sich nicht um ein blosses Formerfordernis ohne praktische Bedeutung. Sie dient der Prüfung, ob die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind oder nicht. Aus rechtsstaatlichen Gründen kommt ihr eine unverzichtbare Funktion zu, da hier ein Privater und nicht der Staatsanwalt als Ankläger auftritt (vgl. Irma Baumann, Der gewöhnliche Ehrverletzungsprozess gemäss Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1988, S. 161).

- 7 -

E. 3.3

Der Vertreter des Anklägers bringt vor, das Bezirksgericht habe mit Verfügung vom 31. Januar 2012 die Untersuchung geschlossen und damit sehr wohl über die definitive Zulassung der Anklage entschieden (Urk. 44 S. 4). Diese Feststellung bedarf dreier Korrekturen bzw. einer Bemerkung: Zum einen hat mit Verfügung vom 31. Januar 2012 nicht das Bezirksgericht entschieden, sondern der Untersuchungsrichter. Weiter handelt es sich beim Abschluss der Untersuchung und der Anklagezulassung um zwei ganz klar getrennte Prozessschritte, weshalb der Abschluss der Untersuchung nicht sinngemäss die Anklagezulassung beinhaltet. Schliesslich stammt die Verfügung vom 31. Januar 2012 vom Untersuchungsrichter, welcher nach Strafprozessordnung gar nicht befugt wäre, über

die Zulassung zu entscheiden (Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, a.a.O., N 1 zu § 305). Die Trennung zwischen Untersuchungsrichter und Zulassungsbehörde gilt nicht nur im Ehrverletzungsverfahren, sondern generell im zürcherischen Strafprozessrecht. Sie ist Bestandteil des sogenannten Akkusationsprinzips (vgl. § 165 StPO-ZH für das ordentliche Verfahren).

E. 3.4

Gemäss § 305 StPO-ZH entscheidet über die definitive Anklagezulassung der Bezirksgerichtspräsident, wobei diese Kompetenz aufgrund gerichtsinthener Geschäftsordnungen häufig der Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Spruchkörpers im Erkenntnisverfahren übertragen wird. Der Vertreter des Anklägers anerkennt diese funktionale Zuständigkeit ausdrücklich (Urk. 44 S. 4 Rz 18). Insofern argumentiert er widersprüchlich, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, es liege ein definitiver Zulassungsentscheid vor (Urk. 44 S. 4 Rz 15).

E. 3.5

Wie das Obergericht im zitierten Entscheid festgehalten hat, hat die fehlende Anklagezulassung die Nichtigkeit des nachfolgenden Verfahrens zur Folge. Es handelt sich deshalb entgegen der Ansicht des Vertreters des Anklägers um einen wesentlichen Verfahrensmangel, weshalb nur eine Rückweisung möglich ist und auch keine Interessenabwägung stattzufinden hat (Urk. 44 S. 5). Die vom Vertreter aufgeführten Bundesgerichtsentscheide sind in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung: In BGE 132 V 390 ging es um die Frage einer Rückweisung zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs, im Entscheid BGE 133 I 205 um die Frage der unterbliebenen Eröffnung eines Entscheids.

- 8 -

E. 3.6

Das Berufungsgericht kann gemäss klarem Wortlaut nicht über die definitive Anklagezulassung entscheiden, da § 305 StPO-ZH nicht von Verfahrensleitung, sondern ausdrücklich vom Bezirksgerichtspräsidenten spricht. Aus diesem Grund ist ein solcher Mangel auch nicht durch die Berufungsinstanz heilbar und das Verfahren ist an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 44 S. 2). 4. Verletzung des Anklagegrundsatzes

E. 4

Der Entscheid wurde mündlich eröffnet (Prot. I S. 19). Am 24. August 2012 (Poststempel 23. August 2012) meldete die Beschuldigte rechtzeitig innert der 10-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO Berufung an (Urk. 24). Das begründete Urteil wurde dem Vertreter der Beschuldigten am 6. September 2012 zugestellt (Urk. 28/1). Die Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO wurde rechtzeitig innert der 20-tägigen Frist am 26. September 2012 bei der Post aufgegeben und ging am 27. September 2012 hierorts ein (Urk. 30). Der Ankläger erhob innerhalb der mit Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2012 angesetzten 20-tägigen Frist (Erhalt am 1. November 2012, Urk. 35/2) am 22. November 2012 (Poststempel 21. November 2012) Anschlussberufung (Urk. 37). Die Oberstaatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 36).

E. 4.1

Der Vertreter des Anklägers macht geltend, eine Rückweisung sei zu formalistisch, da mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Gerichtspräsident die Anklage definitiv

zugelassen hätte (Urk. 44 S. 5). Wie bereits erwähnt, hat die fehlende Anklagezulassung die Nichtigkeit des nachfolgenden Verfahrens zur Folge, was bereits per se einen wesentlichen, im Berufungsverfahren unheilbaren Mangel darstellt. Die "Prognose" des Vertreters des Anklägers wäre deshalb nicht zu prüfen, rechtfertigt aber trotzdem einige Erwägungen.

E. 4.2

Die allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung gelten auch im Ehrverletzungsverfahren, sofern nicht abweichende Vorschriften bestehen. Die zusätzlichen Vorschriften von § 309 Abs. 1 StPO-ZH gelten nicht für Ehrverletzungen durch Medien. Das bedeutet, dass im Ehrverletzungsprozess grundsätzlich die §§ 161 ff. StPO-ZH über die Anklagezulassung und die Anforderungen an die Anklageschrift Anwendung finden (Entscheid des Kassationsgerichts Zürich vom

E. 4.3

Der Anklagegrundsatz ist ein wichtiges Element eines rechtsstaatlichen Strafprozesses und hat Verfassungsrang (BGE 120 IV 353; 116 Ia 458; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 141 f.; Robert Hauser / Erhard Schweri / Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel u.a. 2005, § 50 N 6 f.). Das Anklageprinzip verlangt einerseits eine personelle Trennung der Ankläger- und Richterrolle; andererseits wird aus ihm gefolgert, dass der Gegenstand des Gerichtsverfahrens von der Anklage bestimmt und fixiert wird, weshalb in der Anklageschrift die Person des Angeklagten (heute: Beschuldigten) und der Sach-

- 9 - verhalt, welcher unter die ihm zur Last gelegten Delikte subsumiert werden soll, so präzise zu umschreiben sind, dass die erhobenen Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich hinreichend konkretisiert werden (BGE vom 11. Februar 2005, 1P.547/2004; BGE 126 I 21, 120 IV 353 f.; Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 146; Robert Hauser / Erhard Schweri / Karl Hartmann, a.a.O., § 50 N 6 f.). Um die Verteidigungsrechte des Beschuldigten zu schützen, wird Letzteres auch von Art. 32 Abs. 2 BV und von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK garantiert (BGE 126 I 21, 120 IV 354; Stefan Trechsel, Die Verteidigungsrechte in der Praxis der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 96 [1979], S. 343; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, S. 322 f., N 504; Hauser / Schweri / Hartmann, a.a.O., S. 198, § 50 N 7; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 148; Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, a.a.O., § 162 N 2). Die Anklageschrift erfüllt damit eine doppelte Funktion: Zum einen dient sie der Bestimmung und Begrenzung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion), zum andern vermittelt sie dem Beschuldigten die zur Verteidigung notwendigen Informationen (Informations- oder Verteidigungsfunktion); beides wird erreicht, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat darin hinreichend bestimmt dargestellt wird (BGE 126 I 21, 120 IV 354; Kass.-Nr. 99/197 S, Entscheid vom 10. November 1999 i.S. M. c. StA, Erw. II./1.3.).

E. 4.4

Gemäss § 295 Abs. 1 StPO-ZH ist bei Ehrverletzungen durch die Medien das betreffende Medienerzeugnis der Anklageschrift beizulegen. Vorliegend wurde lediglich eine Kopie des betreffenden Artikels im C._____ eingereicht (Urk. 4/2). Dieser Kopie ist nicht einmal zu entnehmen, an welchem Datum der Artikel erschienen ist. Es wird lediglich behauptet, dass der Artikel am tt.mm.2008 erschienen sei. Im Widerspruch dazu reicht der Ankläger eine Kopie der ersten Seite des C._____s vom tt.mm.2008 ein, wobei unklar bleibt, welche

Rolle die Printausgabe dieses Datums vorliegend spielt (Urk. 4/8).

E. 4.5

Ob diese auszugsweise Kopie im Sinne von § 295 Abs. 1 StPO-ZH genügt oder ob vielmehr ein Original verlangt ist, wie es der Gesetzestext zumindest für Printmedien nahe legt, muss wie erwähnt vorliegend nicht entschieden werden (vgl. dazu Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, a.a.O., N 7 zu § 295). Immerhin

- 10 - wäre darüber im Rahmen der Anklagezulassung zu entscheiden gewesen und man hätte dem Ankläger allenfalls eine Nachfrist ansetzen müssen.

E. 4.6

Der Wortlaut von § 295 Abs. 2 StPO-ZH bestimmt klar, dass die eingeklagten Stellen des inkriminierten Artikels genau zu bezeichnen sind. Diese Vorschrift bezweckt, dass der Beschuldigte und das Gericht zweifelsfrei feststellen können, welche Äusserungen als ehrverletzend betrachtet werden und welche nicht (Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, a.a.O., N 6 zu § 295). Diese Bestimmung konkretisiert somit die Umgrenzungsfunktion der Anklage und tangiert die Verteidigungsrechte.

E. 4.7

Der Ankläger ist diesem Erfordernis nicht nachgekommen. In solchen Fällen ist es auch nicht Sache des Gerichts und im Lichte des Anklageprinzips und der Unparteilichkeit problematisch, wenn das Gericht in Interpretation der 27-seitigen Anklageschrift selbst in eigener Regie die beanstandeten Passagen durch Fettdruck im Sinne von § 295 Abs. 2 StPO-ZH festlegt, wie es die Vorinstanz getan hat (Urk. 29 S. 4). Abgesehen davon muss die Anklage die genauen Vorwürfe im Zeitpunkt der Erhebung exakt bezeichnen und umgrenzen. Die nachträgliche Korrektur oder Präzisierung im Endentscheid wäre ohnehin zu spät. Selbstverständlich können alle Umstände, welche zur Interpretation einer ehrverletzenden Äusserungen dienen, vom Gericht berücksichtigt werden, ja selbst solche, welche in der Anklageschrift nicht im Detail enthalten sind. Insofern ist die Anklageschrift nicht zu rügen. Das entbindet aber einerseits den Ankläger nicht von der Pflicht, gemäss § 295 Abs. 2 StPO-ZH die ehrverletzenden Passagen genau zu bezeichnen und andererseits das Gericht, im Urteil jene Worte oder angeklagten Passagen genau zu bezeichnen, welche ehrverletzend und somit unzulässig sind und welche nicht. 5. Fazit Mangels definitiver Zulassung der Anklage im Sinne von § 305 StPO-ZH kann keine Entscheidung in der Sache ergehen, weshalb das Verfahren zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Diese wird zu prüfen haben, inwieweit die Verjährung eingetreten ist, da das erstinstanzliche Urteil wie erwähnt an

- 11 - einem Nichtigkeitsgrund leidet. Wird dies verneint, ist zu entscheiden, ob der Untersuchungsrichter dem Ankläger eine Frist zur endgültigen Anklage anzusetzen hat und hernach wäre ein Entscheid über die Anklagezulassung im Sinne von § 305 StPO-ZH zu fällen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolge Die Beschuldigte dringt mit ihrem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils durch, wogegen der Ankläger mit seiner Anschlussberufung unterliegt (Urk. 30 S. 2 und Urk. 37 S. 2). Gestützt auf Art. 428 StGB hat deshalb der Ankläger die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen und der Beschuldigten eine Prozessentschädigung für die Rechtsvertretung vor zweiter Instanz zu bezahlen. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen hinsichtlich der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens wird die Vorinstanz zu befinden haben. V. Rechtsmittel

Gegen einen Rückweisungsbeschluss ist gemäss Art. 93 BGG ein Rechtsmittel nur gegeben, wenn die Rückweisung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Diese Voraussetzungen sind gemäss Literatur und Rechtsprechung in den seltensten Fällen gegeben, was aber nicht von der Angabe des Rechtsmittels entbindet (BSK StPO-Luzius Eugster, N 2 zu Art. 409; BGE 133 IV 139; Bundesgerichtsentscheid vom 22. Oktober 2007, 6B_516/2007 Erw. 1.3).

- 12 - Es wird beschlossen:

E. 5

Nach Eingang der Akten an der hiesigen Kammer wurde zur Berufungsverhandlung am 19. März 2013 vorgeladen. Diese Ladung wurde mit Beschluss vom 11. März 2013 wieder abgenommen und gleichzeitig den Parteien eine Frist zur

- 5 - Stellungnahme zur Frage der fehlenden Anklagezulassung und einer Rückweisung an die Vorinstanz angesetzt (Urk. 41). Die Parteien liessen sich mit Eingaben vom 22. März 2013 und 25. März 2013 vernehmen (Urk. 44 und 45) bzw. zu den jeweiligen Stellungnahmen der Gegenpartei mit Eingaben vom 4. April 2013 und 8. Mai 2013 (Urk. 48 und 53). II. Anwendbares Recht Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Gestützt auf Art. 456 StPO war das vorliegende Privatstrafklageverfahren in Ehrverletzungssachen bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens nach bisherigem kantonalem Recht durchzuführen. Für das Berufungsverfahren gilt somit *in contrario* neues Prozessrecht, wobei sich die Gültigkeit früherer prozessualer Handlungen nach dem damals geltenden Recht beurteilt (Art. 448 Abs. 2 StPO). III. Prozessuale Mängel 1. Vorläufige Zulassung der Anklage Gemäss § 294 StPO-ZH wird eine Anklage wegen Ehrverletzung durch die Medien durch das Bezirksgericht beurteilt. Der Bezirksgerichtspräsident entscheidet vorläufig über die Zulassung der Anklage und ordnet die Untersuchung an (§ 296 Abs. 1 StPO-ZH). Dies erfolgte vorliegend mit Verfügung vom 20. November 2008 (Urk. 2/2/5). 2. Fristansetzung zur Abfassung der endgültigen Anklage Gemäss § 303 Abs. 1 StPO-ZH wird dem Ankläger nach durchgeführter Untersuchung vom Untersuchungsrichter Frist angesetzt, um endgültig Anklage gegen eine bestimmte Person einzureichen, unter der Androhung, dass sonst Abstand genommen würde. Der Untersuchungsrichter hat vorliegend auf ausdrücklichen An-

- 6 - trag des Anklägers hin auf diese Fristansetzung verzichtet, trotz gegenteiligem Antrag des Vertreters der Beschuldigten (Urk. 2/2/94 und 2/2/98). 3. Fehlende Anklagezulassung

E. 7

Mai 2004, ZR 104/2005 S. 3, Erw. 2.2.; Entscheid der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. April 2006, ZR 105/2006 S. 231; Irma Baumann, a.a.O., S. 162).

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