Das Bundesgericht weitet die strafrechtliche Verantwortung im digitalen Raum erheblich aus

Gemäss BGE 146 IV 23 (6B_1114/2018) kann das «Sharen» und «Liken» von ehrverletzenden Facebook-Beiträgen strafrechtliche Folgen haben

David Hug und Markus Prazeller, Rechtsanwälte

Résumé: Le Tribunal fédéral avait à décider si l'utilisation des fonctions «like» et «share» des réseaux sociaux représente, en soi, une variante indépendante de la diffamation (art. 173 CP). Il a répondu par l'affirmative et, ainsi, étendu considérablement la responsabilité pénale dans l'espace numérique. Bien que les considérations du jugement ne soient pas convaincantes sur tous les points, ce verdict est susceptible d'avoir d'importantes conséquences pour les utilisatrices et utilisateurs des réseaux sociaux, de même que pour les autorités de poursuite pénale.

Zusammenfassung: Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob das «Liken» und «Sharen» eines ehrverletzenden Beitrages auf Facebook für sich eine eigenständige Tatbestandsvariante der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) darstellt. Das oberste Gericht bejaht diese Frage und weitet damit die strafrechtliche Verantwortung im digitalen Raum erheblich aus. Obschon die Erwägungen des Bundesgerichts nicht in allen Punkten überzeugen, dürften sie für Social-Media-NutzerIinnen und Strafverfolgungsbehörden dennoch weitreichende Konsequenzen haben.

Sachverhalt:

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. 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.

Erwägungen:

1.
Die von den Parteien unaufgefordert eingereichten Eingaben beziehen sich auf Tatsachen, die aus einer Zeit nach dem vorinstanzlichen Entscheid stammen. Sie haben auf Grund des absoluten Verbots, im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht echte Noven beizubringen, unbeachtlich zu bleiben (BGE 140 V 543 E. 3.2.2.2; 139 III 120 E. 3.1.2). Auf diese Eingaben ist somit nicht weiter einzugehen.

2.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 173 StGB. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein gemischtes Werturteil nicht dem Wahrheitsbeweis zugänglich sei. Sie habe ihn zudem verurteilt, obwohl er den Nachweis erbracht habe, dass die von ihm vorgebrachten und die von ihm weiterverbreiteten Äusserungen, soweit sie ehrverletzend sind, der Wahrheit entsprechen würden. In diesem Zusammenhang wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz auch vor, den Sachverhalt willkürlich festgestellt und das rechtliche Gehör verletzt zu haben. Sie sei ausserdem ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nachgekommen (Beschwerde S. 6 ff.).

2.1. Nach Art. 173 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer jemanden bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt (Abs. 1) oder wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung weiterverbreitet (Abs. 2).

2.1.1. Art. 173 Ziff. 1 StGB schützt den Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein, d.h. sich so zu benehmen, wie nach allgemeiner Anschauung ein charakterlich anständiger Mensch sich zu verhalten pflegt. Unter der vom Strafrecht geschützten Ehre wird allgemein ein Recht auf Achtung verstanden, das durch jede Äusserung verletzt wird, die geeignet ist, die betroffene Person als Mensch verächtlich zu machen (BGE 137 IV 313 E. 2.1.1; 128 IV 53 E. 1a S. 57 f.; je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung einer Äusserung ist grundsätzlich der Sinn

massgebend, welchen ihr der unbefangene durchschnittliche Dritte unter den gesamten konkreten Umständen beilegt (BGE 145 IV 23 E. 3.2; 133 IV 308 E. 8.5.1; je mit Hinweis). Namentlich der Vorwurf, jemand hege Sympathien für das nationalsozialistische Regime oder vertrete dessen Ideologien, ist ehrverletzend. Wer eine solche Gewalt- und Willkürherrschaft billigt oder verherrlicht, die insbesondere für die systematische Vernichtung von Juden verantwortlich war, ist kein ehrbarer Mensch (vgl. BGE 137 IV 313 E. 2.1.1 und 2.3.1; 121 IV 76 E. 2a/bb S. 82 f.; Urteil 6P.174/2004 vom 2. Mai 2005 E. 3.3; RIEBEN/MAZOU, in: Commentaire romand, Code pénal II, 2017, N. 20 zu Intro. aux art. 173 -178). Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfasst nach dem klaren Wortlaut auch die Weiterverbreitung einer solchen Bezichtigung (BGE 118 IV 153 E. 4a S. 160 f.).

2.1.2. 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 (Art. 173 Ziff. 2 StGB). Der Beschuldigte ist grundsätzlich zum Entlastungsbeweis zuzulassen (BGE 132 IV 112 E. 3.1). Die beiden kumulativen Voraussetzungen für den Ausschluss des Entlastungsbeweises (Art. 173 Ziff. 3 StGB) sind einerseits das Fehlen einer begründeten Veranlassung für die Äusserung und andererseits die überwiegende Absicht, jemandem Übles vorzuwerfen (BGE 132 IV 112 E. 3.1; Urteil 6B 1270/2017 vom 24. April 2018 E. 2.2 mit Hinweisen). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Es liegt indessen am Beschuldigten zu entscheiden, ob er den Entlastungsbeweis erbringen will (BGE 137 IV 313 E. 2.4.2 mit Hinweisen). Der Wahrheitsbeweis ist erbracht, wenn die Tatsachenbehauptung, soweit sie ehrverletzend ist, in ihren wesentlichen Zügen der Wahrheit entspricht. Verhältnismässig unbedeutende Übertreibungen und Ungenauigkeiten sind unerheblich (Urteil 6B 877/2018 vom 16. Januar 2019 E. 2.2 mit Hinweisen). Zum Beweis kann sich der Beschuldigte auch auf Umstände stützen, die ihm erst nach der inkriminierten Äusserung bekannt werden oder sich im Laufe einer späteren Abklärung ergeben (BGE 124 IV 149 E. 3a S. 150 f. mit Hinweisen, in: Pra 1998 Nr. 141 E. 3b S. 767 f.; 102 IV 176 E. 1c S. 181 f.). Der Gutglaubensbeweis ist

wiederum erbracht, wenn der Beschuldigte die nach den konkreten Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen zumutbaren Schritte unternommen hat, um die Wahrheit seiner ehrverletzenden Äusserung zu überprüfen und für gegeben zu erachten. Er darf nicht blind den Äusserungen eines Dritten vertrauen. Beim Gutglaubensbeweis darf nur auf die Umstände abgestellt werden, von denen der Beschuldigte Zeit seiner gemachten Äusserungen Kenntnis hatte. Später entdeckte Begleitumstände oder sich ereignende Tatsachen dürfen nicht berücksichtigt werden (BGE 124 IV 149 E. 3b S. 151 f. mit Hinweisen, in: Pra 1998 Nr. 141 E. 3b S. 769).

2.1.3. Die zu Art. 173 ff . StGB ergangene Rechtsprechung unterscheidet 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; 74 IV 98 E. 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 (Urteil 6B 1270/2017 vom 24. April 2018 E. 2.1 mit Hinweis). Die erhobene Unterstellung, jemand vertrete "braunes Gedankengut" kann als gemischtes Werturteil betrachtet werden, das in Bezug auf die ihm zugrunde liegenden Tatsachen wie eine Tatsachenbehauptung zu behandeln ist (BGE 121 IV 76 E. 2a/bb S. 82 f. "braune Mariette"; Urteil 6B 43/2017 vom 23. Juni 2017 E. 2.5.3 "braunes Pack"). Das gilt auch beim Vorwurf einer verächtlichen Eigenschaft wie einer antisemitischen Gesinnung (vgl. BGE 138 III 641 E. 3 f. zum "verbalen Rassismus"; Urteil 5A 75/2008 vom 28. Juli 2008 E. 2.1). Bei der Frage, ob eine Äusserung ihrem Schwerpunkt nach als reines Werturteil, als Tatsachenbehauptung oder als gemischtes Werturteil zu beurteilen ist, kommt es entscheidend auf den Gesamtzusammenhang der Äusserung an (BGE 121 IV 76 E. 2a/bb S. 82 f.; Urteil 6B 1270/2017 vom 24. April 2018 E. 2.1 mit Hinweis).

2.2.

2.2.1. Gemäss den insoweit unangefochtenen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz verschickte der Beschwerdeführer am 6. Juni 2015 eine E-Mail an die Vizepräsidentin des Beschwerdegegners 3. 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 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 den Beschwerdegegnern 2 und 3 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" (angefochtener Entscheid S. 5 ff.). 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 den Beschwerdegegnern 2 und 3 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 (angefochtener Entscheid S. 9 ff. und S. 15 ff.).

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 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 die Beschwerdegegner 2 und 3 darin entweder ausdrücklich als antisemitisch bzw. nationalsozialistisch (z.B. "antisemitischer Verein"; "wegen Rassendiskriminierung verurteilt"; "Kontakte zur Neonazi-Revisionistenszene") 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, in: ZStR 136/2018 S. 261 f.). Anders als bei der Kommentar-Funktion erfolgt die Markierung eines "Gefällt mir" oder das "Teilen" jedoch grundsätzlich wertungsoffen. 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 "liken". Die näheren Gründe oder Motive für das "Gefällt mir" bleiben dabei verborgen (RAFAEL STUDER, Straflosigkeit des Likens - Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook, in: recht 2018, S. 176; STÉPHANIE MUSY, La Répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, in: 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 Veröffentlichen eines Kommentars. Ob die blosse Markierung des "Gefällt mir"-Symbols und das "Teilen" eines Posts vorliegend für sich allein geeignet waren, die Beschwerdegegner 2 und 3 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, Band 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: Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, Donatsch et al. [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 17 zu Art. 173 StGB; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Straftaten gegen Individualinteressen, 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" 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-Mailversand vom 6. Juni 2015 sowie das Kommentieren der (fremden) Facebook-Beiträge fest, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner 2 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 die Beschwerdegegner 2 und 3 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.

2.3.
2.3.1. Die Vorinstanz gelangt in einem weiteren Schritt zur Auffassung, dass der Beschwerdeführer zum Entlastungsbeweis zuzulassen sei, der Wahrheitsbeweis allerdings bei einem gemischten Werturteil nicht erbracht werden könne, da eine Überprüfung auf den Wahrheitsgehalt "naturgemäss" nicht möglich sei. Beim Gutglaubensbeweis sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer wiederholt äusserst schwere Vorwürfe gemacht habe. Ferner sei der Verbreitungsgrad mit der Veröffentlichung auf diversen Facebook-Seiten erheblich gewesen, weshalb ihm eine besonders grosse Informations- und Sorgfaltspflicht oblegen habe. Dieser sei er in keiner Weise nachgekommen. Er habe sich bloss auf sein Gefühl verlassen, dass die Verfasser der von ihm geteilten, "gelikten" oder kommentierten Beiträge oder Inhalte selbst vertrauenswürdig seien. Der Beweis des guten Glaubens gelinge nicht (angefochtener Entscheid S. 25 ff.).

2.3.2. Im Lichte der oben dargelegten Grundsätze hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer angesichts der erhobenen Vorwürfe, den Beschwerdegegnern 2 und 3 sei eine antisemitische Gesinnung zuzuerkennen bzw. diese würden "braunes Gedankengut" vertreten, zu Unrecht vom Wahrheitsbeweis ausgeschlossen. Die dabei transportierte Tatsachenbehauptung (bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus bzw. gegenüber Juden) ist ohne Weiteres einer Wahrheitsprüfung zugänglich. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer die

Äusserung teilweise in eine wertende Form gekleidet hat. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung von Wahrheits- und Gutglaubensbeweis kann - entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner 2 und 3 (Vernehmlassung S. 4 ff.) - auch nicht ohne Weiteres von den Überlegungen zum Gutglaubensbeweis auf das Misslingen des Wahrheitsbeweises geschlossen werden. Ob es sich, wie die Beschwerdegegner 2 und 3 geltend machen, um ein Versehen der Vorinstanz ohne Auswirkung auf das Urteil handelt, kann nicht beurteilt werden. Die Vorinstanz verletzt jedenfalls Bundesrecht, indem sie den Beschwerdeführer nicht zum Wahrheitsbeweis zulässt.

3.
Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Meinungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 2 BV geltend macht (Beschwerde S. 22), kann offenbleiben, ob diese Rechtsrüge der prozessordnungsgemässen Darstellung entspricht. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob Facebook als Medium im Sinne von Art. 28 StGB zu qualifizieren ist und der Beschwerdeführer als Weiterverbreiter insofern vom Medienprivileg profitieren würde. Die Frage ist bislang ungeklärt (vgl. statt vieler etwa MUSY, a.a.O., S. 14 f.; RIKLIN, a.a.O., N. 4 zu Art. 173 StGB; Christian Schwarzenegger, Twibel - "Tweets" und "Retweets" mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Andreas Donatsch, Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers [Hrsg.], 2017, S. 217 ff.), braucht angesichts des vorliegenden Verfahrensausgangs aber nicht geprüft zu werden.

4.
Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Sache ist an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung zurückzuweisen. Mit der Gutheissung ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos geworden. Das gilt auch für das von den Beschwerdegegnern 2 und 3 gestellte Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben. Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Anmerkungen:

1

Mit seinem Facebook-Urteil hat das Bundesgericht einen weiteren Anlauf genommen, Fragen der Verantwortlichkeit im digitalen Raum zu klären. Im konkreten Fall ging es um ehrenrührige Aussagen auf Facebook und die Funktionsweise der Social-Media-Plattform. Konkret hatten die BundesrichterInnen zu beurteilen, ob die Markierung eines ehrverletzenden Beitrags mit der Funktion «Gefällt mir» («Liken») sowie das Teilen eines solchen Beitrages («Sharen») für sich betrachtet tatbestandsmässige Handlungen im Sinne von Art. 173 ff. StGB darstellen. Ausgangspunkt war ein Streit unter Tierschützern, der darin gipfelte, dass der Beschuldigte über Facebook ehrenrührige Beiträge («Posts») zulasten des anderen Tierschützers sowie eines Tierschutzverbandes verbreitete und Beiträge Dritter, welche eine ähnlichen Inhalt aufwiesen, mit einer «Gefällt-mir-Markierung» versah. Das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten mit Urteil vom 17. August 2018 (SB170428-O) wegen mehrfacher übler Nachrede im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB. Dagegen erhob der Beschuldigte Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zurück an die Vorinstanz.

2

Die wesentlichen Erkenntnisse des Bundesgerichts lassen sich wie folgt zusammenfassen: Das «Liken» und «Sharen» von Beiträgen auf Facebook erfüllt den Tatbestand der üblen Nachrede, da dadurch die Beiträge auf Facebook besser sichtbar werden und damit zur Weiterverbreitung des ehrenrührigen Inhalts im sozialen Netzwerk führen. Immerhin: Für die Beurteilung, ob letztendlich eine strafbare Weiterverbreitungshandlung vorliegt, kommt es auf den konkreten Einzelfall an. Der “gelikte” oder geteilte Beitrag muss einem Dritten mitgeteilt und von diesem auch effektiv zur Kenntnis genommen werden. Ob dies der Fall ist, hängt

einerseits von der Pflege des Newsfeeds bzw. dem Algorithmus des sozialen Netzwerkes ab, andererseits von den persönlichen Einstellungen der NutzerInnen, sagt das Bundesgericht.

3

Zunächst ist es zu begrüssen, dass sich das Bundesgericht detailliert mit den einzelnen Funktionsweisen von sozialen Medien, hier Facebook, auseinandersetzt. Zu Recht wird unterschieden zwischen der Funktion des «Likens» (Drücken des «Gefällt-mir-Buttons») und des Teilens eines Beitrages («Sharen»), da mit diesen Funktionen unterschiedliche Ziele erreicht werden sollen. Unverständlich ist es hingegen, dass sich diese Unterscheidung nach Auffassung des Bundesgerichts im Ergebnis offenbar als bedeutungslos erweist (E. 2.2.3. und 2.2.4.). Das Bundesgericht sieht in beiden Interaktionen eine eigenständige Tatbestandsvariante der üblen Nachrede (Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Das erscheint als nicht sachgerecht. Es steht ausser Frage, dass das aktive «Teilen» eines Beitrages als Weiterverbreitung angesehen wird. Mit dem Teilen wird der Beitrag auf der eigenen «Facebook-Chronik» veröffentlicht und somit bewusst und aktiv an einen anderen Adressatenkreis gerichtet. Sinn und Zweck des «Teilens» ist die Sichtbarmachung des Beitrags für bisher unwissende Dritte, was sich im Übrigen bereits aus den Worten «teilen» und «sharen» ableiten lässt. Kommt man demnach zum Schluss, dass Facebook kein Medium im Sinne von Art. 28 StGB ist und damit das «Liken» und «Sharen» strafrechtlich nicht privilegiert werden soll (vgl. dazu Anmerkung Nr. 7), ist es konsequent, im «Teilen» eines ehrverletzenden Beitrags eine eigenständige und tatbestandsmässige Weiterverbreitung zu sehen, wie dies das Bundesgericht tut.

4

Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf das «Liken» eines Beitrages (Markierung mit «Gefällt mir»). Hier wird ein Beitrag durch die NutzerInnen mit einer Markierung versehen, die – gemäss Wortlaut – zum Ausdruck bringen soll, dass den

Nutzer*innen dieser Beitrag gefällt. Es handelt sich damit zunächst einmal um eine Wertung des Beitrages (vgl. auch die Anmerkungen Nr. 6). Ob diese Wertung tatsächlich weiterverbreitet wird, kann nur sehr beschränkt von den Nutzer*innen gesteuert werden. Selbst das Bundesgericht anerkennt in seinem Urteil, dass die Weiterverbreitung auch von einem den Nutzer*innen unbekannten Algorithmus abhängig ist. Der Entscheid, ob der ehrverletzende Beitrag tatsächlich im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB weiterverbreitet wird, liegt damit gewissermassen in den Händen von Facebook und damit ausserhalb des Machtbereichs des Betroffenen. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht darauf nicht weiter eingeht, obschon diese Frage in der von ihm zitierten Lehrmeinung aufgeworfen wird. So kommt Studer zum Schluss, dass die objektive Zurechnung eines strafbaren Weiterverbreitens bei «Liken» eines Facebook-Beitrages zumindest als fraglich erscheint (Studer, Straflosigkeit des Likens – Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook, in: recht 2018, S. 181). Diesen Zweifeln schliessen sich die Verfasser an. Dort, wo der Taterfolg hauptsächlich von Dritten oder vom Zufall abhängig ist, fehlt es an einer objektiven, dem Betroffenen zurechenbaren Tathandlung. Folglich ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt (Seelmann/Geth, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 46 f.). Es spricht unseres Erachtens viel dafür, das «gewöhnliche Liken» eines Beitrages unter dem Aspekt der objektiven Zurechnung zu beurteilen, zumindest dort, wo die Nutzer*innen keine gesonderten Verbreitungshandlungen vornehmen.

5

Unbesehen aller dogmatischen Überlegungen: Die Erwägungen des Bundesgerichts dürften für Social-Media-NutzerInnen und Strafverfolgungsbehörden zumindest vorerst weitreichende Konsequenzen haben. Gemäss der nunmehr bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt das «Liken» und «Sharen» von ehrverletzenden Beiträgen auf Facebook (und Twitter) in der

Regel selbst eine tatbestandsmässige Ehrverletzung darf. Damit stützt das Bundesgericht die Auffassung des Zürcher Obergerichts in einem der zentralen Punkte des angefochtenen Urteils. Der Grund, dass das Bundesgericht das Urteil dennoch aufgehoben hat, liegt in der – beinahe schon eklatanten – Unbedarftheit der vorinstanzlichen Ausführungen zum Wahrheitsbeweis. Gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB ist der Beschuldigte dann nicht strafbar, wenn er beweist, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht. In einem ersten Schritt hat das Obergericht den Beschuldigten zwar formell zum Entlastungsbeweis zugelassen, jedoch nur, um anschliessend festzuhalten, dass im vorliegenden Fall ein gemischtes Werturteil vorliege, jedoch keine Tatsachenbehauptung. Dessen Überprüfung auf den Wahrheitsgehalt sei «naturgemäss unmöglich», so der Schluss, mit dem sich die Vorinstanz ihrer gesetzlichen Pflicht zur aufwändigen und (möglicherweise) angreifbaren Wahrheitsüberprüfung zu entledigen versuchte. Mit dieser Auffassung steht das Obergericht jedoch gänzlich allein da. Rechtsprechung und ein gewichtiger Teil der Lehre – auf Letztere verweist das Obergericht in seinem Urteil sogar ausdrücklich – sind sich einig, dass es sich bei gemischten Werturteilen um Wertungen mit erkennbarem Bezug zu Tatsachen handelt, deren Tatsachenkern dem Wahrheitsbeweis zulässig ist (BGE 121 IV 76 E. 2a; BSK StGB-Riklin, Vor Art. 176, N 46). Wenig überraschend hat das Bundesgericht daher das vorinstanzliche Urteil aufgehoben. Es hält fest, dass der erhobene Vorwurf, den Beschwerdegegnern sei eine «antisemitische Gesinnung zuzuerkennen bzw. diese würden ‘braunes Gedankengut’ vertreten», dem Wahrheitsbeweis zugänglich sei. Mit der Tatsachenbehauptung werde eine «bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus bzw. gegenüber Juden» transportiert, die «ohne Weiteres» auf ihre Wahrheit überprüft werden könne, sagt das Bundesgericht (E. 2.3.2). Das Obergericht muss hier nochmals über die – von ihm selbst zitierten – Bücher.

6

Bemerkenswert und weit umstrittener ist das Urteil des Bundesgerichts in einem anderen Punkt, wenn aufgrund des Verfahrensausgangs im Ergebnis auch nicht relevant: In E. 2.2.3. kommt es bezüglich eines möglichen Wertungsgehalts eines «Likes» oder des «Teilens» eines Beitrages zum Schluss, dass dies für die Tatbestandsmässigkeit unerheblich sei. Den beiden Facebook-Funktionen («Gefällt mir/Like» und «Teilen/Share») könne «keine über das Weiterverbreiten des entsprechenden Posts hinausgehende Bedeutung zugemessen» werden. Das Bundesgericht kommt zwar zum richtigen Schluss, dennoch vermögen sein Ausführungen zum Wertgehalt einer «Gefällt-mir-Markierung» u.E. nicht zu überzeugen, zumindest nicht mit der vom Bundesgericht angebotenen Begründung. Die RichterInnen verweisen sehr pauschal und wenig differenziert auf (angeblich) «(ir)rationales Herdenverhalten des sozialen Netzkollektivs» und das «phänotypische» Verhalten von Eltern, die jeden Post «ihrer Söhne oder Töchter kritiklos liken» (angelehnt an Studer, Straflosigkeit des Likens – Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook, in: recht 2018, S. 178, der die Sache aber differenzierter sieht). Hier schliesst das Bundesgericht – wenig überzeugend – von einem überzeichneten Einzelfallverhalten auf die generelle Funktionsweise der sozialen Medien. Während diese Argumentation vielleicht für gepostete Ferienfotos zutreffend sein mag, verfängt sie nicht, wenn es um das «Liken» von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen Dritter geht. Denn selbst wenn beim Setzen einer «Gefällt- mir-Markierung» die näheren Gründe oder Motive nicht weiter ersichtlich sind (so das Bundesgericht), bedeutet dies noch lange nicht, dass diese Aktionen wertungsoffen sind. Zudem darf bezweifelt werden, dass Nutzer*innen Beiträge mit einer «Gefällt-mir-Markierung» versehen, deren Inhalt ihnen tatsächlich zuwider ist. Oder um das Beispiel des Bundesgerichts weiterzuspinnen: Die Mutter wird den Beitrag ihres Sohnes, in dem dieser ehrenrührig über einen

Schulkollegen äussert, kaum je mit einer «Gefällt-mir-Markierung» belohnen. Social-Media-NutzerInnen sind sich bewusst, dass sie mit dem Setzen einer «Gefällt-mir-Markierung», welche nota bene mit einem Daumen-hoch-Symbol dargestellt wird, grundsätzlich mitteilen, dass ihnen der Inhalt eines Beitrags gefällt. Vor diesem Hintergrund vermag die unsubstantiierte bundesgerichtliche These eines wertneutralen «Likens» nicht zu überzeugen. Ohnehin aber bedarf dieser Sachverhalt bei künftigen Fällen einer differenzierteren Beurteilung. So stehen den Nutzer*innen auf Facebook heute mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, wie auf einen Beitrag reagieren werden kann. So ist es seit 2016 insbesondere möglich, mittels «Emoticons» zu reagieren, die klar zum Ausdruck bringen, dass man mit dem Inhalt des zugrundeliegenden Posts einverstanden ist oder eben nicht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Funktionsweise von Facebook ist damit – zumindest in diesem Punkt – bereits heute überholt.

7

Auffallend ist ferner, dass das Bundesgericht ohne konkreten Anlass im Urteil der Vorinstanz die bislang ungeklärte Frage aufwirft, ob Facebook als Medium im Sinne von Art. 28 StGB zu qualifizieren ist und sich die NutzerInnen damit auf das daraus resultierende Medienprivileg berufen könnten (E. 3). Art. 28 Abs. 1 StGB sieht vor, dass alleine der Autor strafbar ist, wenn eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen wird und sich in dieser Veröffentlichung erschöpft. Für den Fall, dass der Autor nicht ermittelt oder nicht vor Gericht gestellt werden kann, sieht Abs. 2 eine Kaskade der haftenden Personen vor. Das Bundesgericht greift diese Frage zwar von sich aus auf, lässt sie aber mit Verweis auf den vorliegenden Verfahrensausgang unbeantwortet. Ein klarstellendes obiter dictum wäre vor allem auch vor dem Hintergrund der Ausführungen des Bezirksgerichts Zürich mit Urteil vom 26. Januar 2016 (GG150250-L) begrüssenswert gewesen. In diesem sog. «Retweet-Urteil» kam das

Bezirksgericht zum Schluss, dass der Kurznachrichtendienst «Twitter» als Medium im Sinne von Art. 28 StGB zu betrachten ist und damit der Urheber, nicht aber der Weiterverbreiter, strafbar ist. Das Urteil wurde breit und kontrovers diskutiert (beispielhaft: Schwarzenegger, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Andreas Donatsch, Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers [Hrsg.], 2017, S. 217 ff. und Studer, Retweet-Urteil: Journalist durch Strafrechts-Richter wegen (zivilrechtlicher) Persönlichkeitsverletzung verurteilt, Medialex 2016, S. 127 ff.). Die diesbezüglichen Unsicherheiten bleiben trotz des jüngsten Facebook-Urteils des Bundesgerichts weiterhin bestehen.

8

Obschon sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid «nur» mit der Strafbarkeit von Verbreitungshandlungen in den sozialen Medien beschäftigt, lohnt sich abschliessend ein Blick auf die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, dies zum einen im Sinne der Kohärenz des Rechts, aber auch weil sich die Akteure in den sozialen Medien nicht nur einem strafrechtlichen Risiko aussetzen, sondern auch nach Massgabe des (zivilrechtlichen) Persönlichkeitsrechts belangt werden können. Als Grundnorm des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes dient Art. 28 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung kann jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz den Zivilrichter anrufen, und zwar «gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt». Das Bundesgericht und einer grosser Teil der Lehre gehen von einem sehr weiten Mitwirkungsbegriff aus. Demnach soll der Abwehranspruch des Verletzten gegenüber jedem bestehen, der objektiv an der Entstehung, Verbreitung und/oder Begünstigung der Verletzung mitwirkt, wobei ein Verschulden des Mitwirkenden nicht erforderlich ist (BGE 126 III 161, E. 5; 103 II 166; BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 37, 55). Wie das Bundesgericht in seinem vielbeachteten Entscheid «Tribune de Genève» mit Blick auf einen Blog-Betreiber festhielt, setzt

die zivilrechtliche Haftung bereits dann ein, wenn dem Tatbeitrag des Betroffenen nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt; selbst wenn sich der Täter seiner Tathandlung gar nicht bewusst ist oder es gar nicht davon wissen kann (BGer 5A_792/2011 vom 14.1.2013, E. 6.2 mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 1982 II 636 ff.). Nach dieser Logik leisten NutzerInnen auf Facebook oder Twitter mit dem «Liken» oder «Teilen/Retweeten» von Beiträgen u.E. zweifellos einen Tatbeitrag zur Verbreitung, Förderung und/oder Begünstigung des ursprünglichen Beitrags, sei es, indem sie dem Beitrag objektiv zu mehr Reichweite oder ihm durch ihre Interaktion zu mehr Aufmerksamkeit verhelfen, wenn auch nur beim ursprünglichen Verfasser selbst. Entsprechend sind sie Mitwirker im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB, was zwangsläufig zu einer zivilrechtlichen (Mit-)Haftung von Beiträgen auf den sozialen Medien führt. Mit dem jüngsten Bundesgerichtsurteil lässt sich demnach in Bezug auf Weiterverbreitungs- und Mitwirkungshandlungen eine gewisse «Gleichschaltung» der straf- und zivilrechtlichen Ehrverletzung feststellen. Ob dies aus rechtlicher Sicht überzeugt, ist zu bezweifeln (vgl. zur Kritik am Mitwirkungsbegriff: Prazeller, Der Mitwirkungsbegriff in Art. 28 Abs. 1 ZGB bedarf einer Einschränkung, Medialex 2017, S. 45 ff.).