

1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

1.2 Schwerpunkt Besonderer Teil Accent sur la partie spéciale

Nr. 11 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. November 2019 i.S. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern gegen A., B., D., F. und H. – 6B_69/2019

Art. 173, 174, 177 und 198 Abs. 2 StGB: Ehrverletzungstatabstände; sexuelle Belästigung.

Der objektive Tatbestand von Art. 174 StGB setzt voraus, dass die ehrverletzende Tatsachenbehauptung unwahr ist. Den Nachweis, dass die behauptete Tatsache unwahr ist, hat die Strafverfolgungsbehörde nach den allgemeinen Regeln der Beweismässigkeit zu erbringen. Beim Tatbestand der sexuellen Belästigung nach Art. 198 Abs. 2 StGB ist die räumliche Distanz zwischen Täter und betroffener Person nicht massgebend. Die Bestimmung umfasst nicht nur Ausgesprochenes, sondern auch schriftliche oder bildliche Tatobjekte. Über das Internet verbreitete audiovisuelle Aufnahmen können tatbestandsmässig sein. Es bedarf jedoch einer unmittelbaren Wahrnehmung der Aufnahmen mit belästigendem Charakter durch die betroffene Person. Eine solche liegt nicht vor, wenn die Aufnahmen nicht direkt an die betroffene Person gerichtet sind und sie diese erst anderthalb Jahre nach der Veröffentlichung zur Kenntnis nimmt. (Regeste forumpoenale)

Art. 173, 174, 177 et 198 al. 2 CP: infractions contre l'honneur; désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel.

La réalisation des éléments objectifs constitutifs d'une calomnie au sens de l'art. 174 CP suppose que l'allégation de fait attentatoire à l'honneur soit fausse. La preuve de la fausseté du fait allégué incombe à l'autorité de poursuite pénale, conformément aux principes généraux gouvernant l'appréciation des preuves.

Aux fins de la contravention de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel selon l'art. 198 al. 2 CP, la distance spatiale entre l'auteur et la personne touchée n'est pas déterminante. Cette disposition n'appréhende pas uniquement les propos verbaux, mais également des instruments prenant la forme d'écrits ou d'images. Des enregistrements audiovisuels diffusés sur internet sont susceptibles de satisfaire à l'exigence de

typicité. Il est toutefois nécessaire que la personne touchée perçoive de manière immédiate les représentations lui causant des désagréments. Cette condition n'est pas remplie lorsque les enregistrements ne sont pas directement adressés à la personne touchée et que cette dernière en prend connaissance dix-huit mois seulement après leur publication. (Résumé forumpoenale)

Art. 173, 174, 177 e 198 cpv. 2 CP: delitti contro l'onore; molestie sessuali.

Gli elementi oggettivi della fattispecie dell'art. 174 CP presuppongono che l'allegazione di fatto lesiva dell'onore non sia vera. La prova che il fatto asserito non sia vero deve essere fornita dall'autorità di perseguimento penale conformemente alle regole generali dell'apprézzamento delle prove.

Nel caso della fattispecie delle molestie sessuali secondo l'art. 198 cpv. 2 CP, lo spazio che dista tra l'autore e la persona toccata non è determinante. La disposizione non concerne solo il parlato, ma anche scritti o immagini. Registrazioni audiovisive diffuse mediante Internet possono adempiere i requisiti della fattispecie. La persona toccata deve tuttavia entrare in contatto diretto con le registrazioni a carattere molesto. Tale contatto diretto non sussiste se le registrazioni non sono indirizzate direttamente alla persona toccata e la stessa ne prende atto solo un anno e mezzo dopo la pubblicazione. (Regesto forumpoenale)

Sachverhalt:

Den Beschuldigten A., B., D., F. und H. wird vorgeworfen, sie hätten in einem Titel eines im September 2012 im Internet veröffentlichten Musikalbums wider besseren Wissens behauptet, der politische Erfolg der Straflägerin – es handelt sich dabei um eine damalige Nationalrätin und heutige Zürcher Regierungsrätin – basiere darauf, dass sie Männern «rund um die Uhr» sexuell zu Diensten stehe. Diese jederzeitige sexuelle Verfügbarkeit sei ferner Ursache für ihr Burn-out gewesen. Die Beschuldigten hätten die Straflägerin zudem sexuell belästigt, indem sie diese im Songtext mehrfach explizit in Zusammenhang mit sexuellen Handlungen gestellt respektive sie zu solchen aufgefordert hätten.

Das erstinstanzliche Gericht verurteilte die Beschuldigten einzig wegen Beschimpfung, das OGer BE sprach sie zusätzlich der üblen Nachrede schuldig. In Bezug auf die sexuelle Belästigung erfolgte vor beiden Instanzen kein Schuldspruch. Die StA gelangte mit Beschwerde ans BGer und verlangte Schuldsprüche wegen Verleumdung sowie sexueller Belästigung. Das BGer hiess die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst gegen den Schuldspruch wegen übler Nachrede und macht geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, die ihr vorliegen-

den 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 Strafklägerin unwahr seien. Hierfür genügten die Angaben der Strafklägerin und die Aussagen der Beschwerdegegner. Hätte die Vorinstanz Zweifel an der Unwahrheit gehabt, hätte sie von sich aus Beweise abnehmen müssen.

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 (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.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, dass es sich bei der Aussage, die Strafklägerin habe ihren politischen Erfolg sexu-

ellen 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 [...].

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.



2.

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 geilste 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. [...]

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 [...].

[...]

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 Tatbestand 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.; BRUN, Cyberbullying – aus strafrechtlicher Sicht, recht 34/2016 S. 100 ff.; FONTANIVE/SIMMLER, a. a. O., S. 491 ff.).

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 obszö-

nen 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).

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 [...]. 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.

[...]

Bemerkungen:

I. Das Bundesgericht hatte sich in diesem Entscheid nicht nur mit einem medial eng begleiteten und rege diskutierten Vorkommnis zu befassen, sondern dabei auch Stellung zu grundlegenden Auslegungsfragen hinsichtlich der Art. 173 ff. und 198 StGB zu beziehen. Insbesondere interessierte bei diesem verbalen Angriff hochgradig sexualisierten Inhalts das Verhältnis zwischen dem Schutzgehalt der Ehrverletzungsdelikte und demjenigen der sexuellen Belästigung. Es ist in Anbetracht der zu begrüssenden zunehmenden gesellschaftlichen Intoleranz gegenüber sexistischem Gebaren in der Tat wichtig, die strafrechtliche Erfassung derartiger Verhaltensweisen zu definieren. Ebenso ist es angezeigt festzuhalten, ob und unter welchen Voraussetzungen mittels Onlinekommunikation der Tatbestand der sexuellen Belästigung verwirklicht werden kann. Das Bundesgericht hat die sich mit diesem Fall bietende Chance, diese Fragen detailliert zu erörtern, nur begrenzt genutzt und bleibt in seinen Ausführungen teilweise zu vage.

II. Im Entscheid steht zunächst die Abgrenzung von übler Nachrede und Verleumdung im Zentrum. Diesbezüglich

relevant sind primär der Wahrheitsgehalt der gemachten Aussage sowie das Wissen des Beschuldigten um diesen Wahrheitsgehalt. Beide Artikel sind nur bei Tatsachenbehauptungen oder gemischten Werturteilen anwendbar. Andernfalls kommt einzig eine Beschimpfung infrage. Eine Tatsachenbehauptung liegt vor, wenn die Äusserung auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden kann. Dasselbe gilt bei gemischten Werturteilen, die einen erkennbaren Bezug zu Tatsachen aufweisen (BGer, Urteil v. 24. 4. 2018, 6B_1270/2017 E. 2.1). Bei Art. 174 StGB hat die Strafverfolgungsbehörde die Unwahrheit nachzuweisen, da es sich dabei um ein Element des Tatbestands handelt. Bei Art. 173 StGB kann der Wahrheitsbeweis durch den Beschuldigten erbracht werden. Dieser für die Strafbarkeit relevante Entlastungsbeweis berührt jedoch nicht die Tatbestandsmässigkeit.

Die Eignung der Äusserungen als Tatsachenbehauptungen sowie die Überprüfbarkeit ihres Wahrheitsgehalts beschäftigten denn auch in dieser rechtlichen Auseinandersetzung. Das Bundesgericht hielt wie die Vorinstanz fest, dass es sich bei der Aussage, die Strafklägerin habe ihren politischen Erfolg sexuellen Gefälligkeiten zu verdanken und sei deshalb an einem Burn-out erkrankt, um eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung handle. Diese seien einer selbstständigen Wahrheitsprüfung zugänglich. Das ist soweit korrekt, nehmen die Aussagen doch direkten Bezug auf konkrete und zumindest grundsätzlich nachweisbare Vorgänge.

Diese Beurteilung verkennt allerdings den Umstand, dass die Überprüfbarkeit bloss theoretischer Natur ist. Will eine Behörde dem Wahrheitsgehalt einer solchen Behauptung auf den Grund gehen, bedeutete dies nichts anderes, als Opfer und Dritte zu ihrem Sexualleben zu befragen. Dies muss in diesem Kontext schlicht als unangemessen gelten und kann nicht dem Sinn einer Strafuntersuchung wegen Ehrverletzungsdelikten entsprechen. Die Vorinstanz führt i. d. S. aus, die Unwahrheit könne «nicht objektiv nachgewiesen bzw. der Nachweis naturgemäss nicht erbracht werden». Das Bundesgericht erachtet das als unzutreffend und folgert, die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids könne so nicht beurteilt werden.

Es ist dem Bundesgericht insoweit zuzustimmen, als dass es die unglücklich formulierte Begründung der Vorinstanz als inkonsequent entlarvt. Der Nachweis könnte theoretisch sehr wohl erbracht werden. Daraus soll sich gerade die Qualifikation als Tatsachenbehauptung ableiten. Allerdings übergeht das Bundesgericht die von der Vorinstanz vorgebrachte Problemstellung. Es ist tatsächlich nicht ersichtlich, wie bei dieser Beweisabnahme in der Praxis vorzugehen wäre respektive inwieweit sie verhältnismässig wäre. Bei derart privaten Sachverhalten wird es kaum möglich – und in Anbetracht des Opferschutzes auch nicht wünschenswert – sein, den Wahrheitsgehalt weiter zu erforschen. Eine solche Beweiserhebung führte zu einem unzumutbaren Eingriff in die Intimsphäre der Betroffenen. Es stellt sich deshalb die Frage, wie damit umzugehen ist, dass der Wahr-



heitsgehalt der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung zwar *theoretisch*, in Achtung der Verhältnismässigkeit und Angemessenheit nicht aber auch *praktisch* überprüfbar ist.

Für die Auslegung der Art. 173 ff. StGB wären Ausführungen hilfreich gewesen, inwiefern sich der Umstand einer theoretischen, nicht aber praktischen Möglichkeit (bzw. Angemessenheit) der Überprüfung des Wahrheitsgehalts auf die rechtliche Würdigung auswirkt. Das Bundesgericht übergeht die praktischen Schwierigkeiten stillschweigend. Grundsätzlich verbleiben zwei Varianten: Es könnte einerseits davon ausgegangen werden, es handle sich bei den gemachten Aussagen um überprüfbare Tatsachen, wobei man die rein theoretisch vorhandene Überprüfbarkeit genügen liesse. Dies würde dem Begriff der Tatsachenbehauptung zwar gerechter, hätte aber zur Folge, dass die Unwahrheit der Behauptung in Konstellationen wie der hier besprochenen faktisch nie bewiesen werden kann (bzw. soll). Das führte stets zu einem Freispruch wegen Art. 174 StGB. Andererseits könnte angenommen werden, dass nur theoretisch und nicht auch faktisch überprüfbare Aussagen keine Tatsachenbehauptungen i. S. d. Art. 173 ff. StGB darstellen. Dafür spricht u. a., dass die Nachweishindernisse dazu führen, dass sie wahrscheinlich auch von den adressierten Dritten als per se nicht überprüfbar und schlicht als Beleidigung (d. h. Werturteil) wahrgenommen werden. Die faktische Unzugänglichkeit würde sich bereits auf die Qualifikation als Tatsachenbehauptung auswirken. Bei einem Werturteil käme nur noch Art. 177 StGB infrage.

Die Argumentation der Vorinstanz geht tatsächlich nicht konsequent vom einen oder anderen Standpunkt aus. Es verbliebe natürlich auch der Mittelweg, die Überprüfbarkeit des Wahrheitsgehalts in solchen Fällen allgemein zu bejahen, den Nachweis im konkreten Fall aber als nicht gegeben zu erachten. Eine Verurteilung wegen Art. 173 StGB wäre die Konsequenz. Das wäre eine für viele Fälle sicherlich adäquate Lösung, zugleich aber eine rechtsdogmatisch kaum restlos befriedigende.

III. Die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft rügt eine Verletzung von Art. 198 StGB. Eine sexuelle Belästigung durch Worte könne auch über das Internet erfolgen. Der unmittelbare Kontakt sei nicht ausschlaggebend. Die Vorinstanz hatte hingegen erwogen, dass die Äusserungen vorliegend nicht direkt gegenüber dem Opfer erfolgt seien. Die Aussagen seien an das Publikum der Musiker gerichtet gewesen. Insofern sei die Strafklägerin in ihrer Würde verletzt, nicht jedoch in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung beeinträchtigt worden.

Es ist der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der von Art. 198 StGB erfassten Begehungsarten im Allgemeinen beizupflichten. In Abkehr von der älteren Rechtsprechung und Lehre kann nicht die körperliche Anwesenheit des Täters ausschlaggebend sein. Ein Abstellen auf die körperliche Präsenz würde der Relevanz moderner Kommunikationstechnologien für unser Zusammenleben nicht gerecht.

Selbstverständlich kann jemand online belästigt und in seiner sexuellen Integrität signifikant beeinträchtigt werden. Man denke z. B. an ein Bedrängen mittels anstössiger Videonachrichten oder durch das Hinterlassen von inadäquaten Avancen auf einem Facebook-Profil. Die Anwendbarkeit des Art. 198 StGB auf derartige Belästigungen aus der Distanz im digitalen Zeitalter nicht auszuweiten, würde dem Rechtsgüterschutz sowie einer teleologischen Auslegung nicht gerecht. Zu diesem Schluss kommt auch das Bundesgericht.

Auch wenn die Online-Begehung einen tauglichen Modus Operandi darstellt, bleibt unklar, welche Kriterien ausschlaggebend sind, damit die Tathandlung als sexuelle Belästigung zu würdigen ist. Das Bundesgericht hält einerseits in historischer Auslegung und andererseits mit Blick auf das Schrifttum fest, dass die direkte Konfrontation von Opfer und Täter im Zentrum steht. Umfasst seien deshalb keine Belästigungen, bei denen Tathandlung und Belästigung zeitlich auseinanderfallen. Das Anstössige müsse sich direkt an das Opfer richten und von diesem unmittelbar wahrgenommen werden.

Dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid entnehmen wir, dass Art. 198 StGB aus der Distanz begangen werden kann. Die Belästigung muss vom Opfer allerdings unmittelbar wahrgenommen werden, was bei der Kenntnisnahme eines Liedes anderthalb Jahre nach der Veröffentlichung nicht erfüllt ist. Konsequenterweise liegt im zu beurteilenden Fall kein Verstoß gegen Art. 198 StGB vor, so anstössig der Inhalt des Songtexts auch sein mag. Es verbleibt die Frage, unter welchen Bedingungen derart sexistische Angriffe dennoch unter diesen Tatbestand zu subsumieren wären. Es ist dem Bundesgericht zu folgen, dass es bei Art. 198 StGB – gerade in Abgrenzung zu den Ehrverletzungsdelikten – nicht um Äusserungen gehen kann, die sich an Dritte richten und die erst später vom Opfer wahrgenommen werden. Vielmehr erfasst Art. 198 StGB eigentliche Zweierkonstellationen, bei denen der Täter das Opfer in Bedrängnis bringt. Dafür ist die räumliche Distanz nicht massgeblich, jedoch die Unmittelbarkeit des Kontakts. Das Opfer wird durch die Worte in ihrer sexuellen Integrität verletzt und somit in eine Lage der Bedrängnis versetzt. Es ist in seiner sexuellen Integrität angegriffen und in seinem Recht, selbst über derartige Kontakte bestimmen zu können.

Diese Auslegung mag in Anbetracht schwerer sexistischer Äusserungen in der Öffentlichkeit, wie sie im zu beurteilenden Fall vorlagen, zunächst nicht befriedigen. Es ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, dass sexistische Angriffe diesfalls angemessen durch die Ehrverletzungsdelikte zu erfassen sind. Bei anstössigen, sexualisierten Äusserungen gegenüber Dritten über eine Person (oder auch konkrete Personengruppe) handelt es sich nicht um einen Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung und Integrität einer Person, sondern um einen Angriff auf ihre Ehre sowie um eine Missachtung ihrer Würde. Art. 198 StGB ist keine allgemeine

Anti-Sexismus-Norm. Die Ehrverletzungsdelikte können es aber sein.

IV. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem Bundesgericht im Ergebnis zuzustimmen ist. Wünschenswert wäre es für die Zukunft jedoch, einerseits die Nachweisproblematik bei Tatsachenbehauptungen über derart die Intimsphäre berührende Umstände ernst zu nehmen und ihre Konsequenzen für die rechtliche Würdigung weiter zu diskutieren. Auf der anderen Seite sollten die modernisierten Anforderungen an den Tatbestand der sexuellen Belästigung weiter präzisiert werden, ohne seinen Telos aus den Augen zu verlieren.

Dr. Monika Simmler, Postdoctoral Fellow und
Lehrbeauftragte, Universität St. Gallen

