



15 Os 71/20k, 15 Os 72/20g,
15 Os 127/20w-10

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat am 19. Februar 2021 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Lendl und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Mag. Fürnkranz und Dr. Mann in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Pateisky in der Medienrechtssache des Antragstellers [REDACTED] gegen den Antragsgegner Karl Öllinger wegen § 6 MedienG, AZ 111 Hv 84/19i des Landesgerichts für Strafsachen Wien, über die von der Generalprokuratur gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Februar 2020, AZ 18 Bs 9/20k, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes sowie über den Antrag des Karl Öllinger auf Erneuerung des Verfahrens gemäß § 363a StPO nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Erste Generalanwältin Dr. Wachberger, des Antragsgegners Karl Öllinger, seiner Vertreterin Dr. Windhager und des Antragstellervertreeters Dr. Schilchegger zu Recht erkannt:

In der Medienrechtssache des Antragstellers [REDACTED] gegen den Antragsgegner Karl Öllinger wegen § 6 MedienG, AZ 111 Hv 84/19i des Landesgerichts für Strafsachen Wien, verletzt das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Februar 2020, AZ 18 Bs 9/20k, § 3 Abs 1 und Abs 2 zweiter Satz, § 55 Abs 1 und Abs 2 StPO iVm § 467 Abs 1 (iVm § 489 Abs 1 StPO und § 41 Abs 1 MedienG).

Dieses Urteil wird aufgehoben und es wird dem Oberlandesgericht Wien die neuerliche Entscheidung über die Berufung des Antragsgegners Karl Öllinger aufgetragen.

Mit seinem Erneuerungsantrag wird der Antragsgegner auf diese Entscheidung verwiesen.

G r ü n d e :

[1] In der Medienrechtssache des Antragstellers [REDACTED] gegen den Antragsgegner Karl Öllinger verpflichtete das Landesgericht für Strafsachen Wien den Antragsgegner mit Urteil vom 19. September 2019, GZ 111 Hv 84/19i-9, nach § 6 Abs 1 MedienG zur Zahlung einer Entschädigung an den Antragsteller, weil durch die von Karl Öllinger am 25. Jänner 2019 auf der Website www.facebook.com/karloellinger veröffentlichte Mitteilung des Inhalts, „Das sind die, die sich heute beim Burschi-, äh Akademikerball der FPÖ versammeln. Zum Kotzen!“ samt zweier Lichtbilder, die den Antragsteller mit ausgestrecktem Arm zeigen, in Bezug auf [REDACTED] der objektive Tatbestand der üblen Nachrede hergestellt wurde.

[2] Das Erstgericht traf dazu im Wesentlichen folgende Feststellungen (US 2 ff):

[3] Am Abend des 24. Jänner 2019, dem Vorabend des Wiener Akademikerballs in der Hofburg, zog die sogenannte „Donnerstagsdemonstration“, die sich gegen die Politik der [damaligen] Regierungsparteien ÖVP und FPÖ richtete, durch die Schlösselgasse in 1080 Wien, wo sich auch die „Bude“ der Burschenschaft „Gothia“ befindet. Der Antragsteller, der seinerzeit nicht Mitglied der „Gothia“ war, hielt sich an diesem Abend in diesem Gebäude auf. Von einem Fenster der Burschenschaft winkte er den Demonstranten provokativ zu. Dies wurde von einem Anwesenden fotografiert; in den sozialen Medien wurden anschließend jene Bilder der Fotostrecke verbreitet, die den Antragsteller mit

„ausgestrecktem rechtem Arm“ zeigen, wobei gemutmaßt wurde, dass damit der „Hitlergruß“ gezeigt worden wäre.

[4] Aus der vom Fotografen der Staatsanwaltschaft Wien übergebenen Lichtbildstrecke ist eindeutig erkennbar, dass der Antragsteller den Demonstranten „normal“ zugewunken hat. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Antragsteller tatsächlich den „Hitlergruß“ gezeigt hat oder sein Winken Anlass dazu gegeben hat, dies zu vermuten bzw diesbezüglich einen Verdacht zu begründen.

[5] Der Antragsteller stellte am 25. Jänner 2019 eine Erklärung auf seine Facebook-Seite, die in der Folge auch über die APA verbreitet wurde: Darin erklärt er, er habe keinen „Hitlergruß“ gezeigt. Das Foto sei entstanden, als er den Demonstranten zugewunken habe. Es handle sich um eine Momentaufnahme des Zuwinkens, ausgesucht mit dem offensichtlichen Ziel, ihn in dem beschriebenen Sinn zu diskreditieren.

[6] Der Antragsgegner erlangte Kenntnis von dieser Erklärung des Antragstellers, schenkte ihr jedoch keinen Glauben und erwähnte sie daher nicht in seinem am 25. Jänner 2019 auf der Website www.facebook.com/karloellinger veröffentlichten Beitrag mit dem Text: *„Das sind die, die sich heute beim Burschi-, äh Akademikerball der FPÖ versammeln. Zum Kotzen!“*. Dem waren zwei Lichtbilder angeschlossen, die den Antragsteller mit gerade ausgestrecktem rechtem Arm an einem Fenster stehend zeigen.

[7] Der Leser aus dem Kreis politisch interessierter, politisch links eingestellter Personen versteht diese Veröffentlichung dahin, dass der Antragsteller im Verdacht stehe, anlässlich des bevorstehenden Akademikerballs aus einem Fenster den „Hitlergruß“ gezeigt zu haben.

[8] Ein gegen den Antragsteller wegen des Verdachts der Begehung des Verbrechens nach § 3g Verbotsg eingeleitetes Ermittlungsverfahren wurde von der Staatsanwaltschaft Wien am 6. Mai 2019 gemäß § 190 Z 1 StPO eingestellt.

[9] Die Feststellungen zum Geschehensablauf am 24. Jänner 2019 gründete das Erstgericht auf den Inhalt des in Kopie beige-schafften Ermittlungsaktes der Staatsanwaltschaft Wien, AZ 504 St 18/19x, sowie die Erklärung des Antragstellers vom 25. Jänner 2019. Insbesondere aus den – in Schwarz-Weiß-Kopie – im Ermittlungsakt befindlichen Lichtbildern von dem Vorfall ergebe sich eindeutig, dass der Antragsteller „normal“ aus dem Fenster gewunken und zu keinem Zeitpunkt den „Hitlergruß“ gezeigt habe; sein Verhalten habe auch nicht Anlass für einen derartigen Verdacht gegeben.

[10] In rechtlicher Hinsicht erachtete das Erstgericht den objektiven Tatbestand der üblen Nachrede in einem Medium (§ 6 Abs 1 MedienG) dadurch verwirklicht, dass durch die Behauptung, der Antragsteller sei verdächtig, den „Hitlergruß“ gezeigt zu haben, der Verdacht der Begehung einer unehrenhaften Handlung, geäußert worden sei (US 6 f).

[11] Den Wahrheitsbeweis (§ 6 Abs 2 Z 2 lit a MedienG) sah das Erstgericht für nicht erbracht an, weil „der Antragsgegner die Verdachtslage trotz Kenntnis der Erklärung des Antragstellers nicht korrekt wiedergegeben, sondern diese entlastenden Umstände bewusst verschwiegen hat“ (US 7).

[12] Dagegen erhob der Antragsgegner fristgerecht Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe (ON 13).

[13] Im Berufungsverfahren brachte die Vertreterin des Antragsgegners am 21. Februar 2020 einen schriftlichen Beweis-antrag beim Berufungsgericht ein (ON 16). Unter

Punkt 2./ begehrte sie die „Einsichtnahme in das Videomaterial“, weil sich dadurch entgegen der Negativfeststellung des Erstgerichts der Eindruck, der Antragsteller habe wiederholt den „Hitlergruß“ zumindest andeuten und sich mit dieser Anspielung „einen Spaß erlauben“ wollen, erhärte. Aus „dem“ Video ergebe sich jedenfalls, dass der Antragsteller keine „normale Winkbewegung“ ausgeführt habe.

[14] Diesen Beweisantrag trug die Vertreterin des Antragsgegners in der Berufungsverhandlung vor (ON 17 S 1).

[15] Mit Urteil vom 27. Februar 2020, AZ 18 Bs 9/20k (ON 18), gab das Oberlandesgericht Wien der Berufung des Antragsgegners nicht Folge.

[16] Es erachtete – soweit hier von Relevanz – die Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld für nicht überzeugend, weil die in Kopie im Akt befindlichen Lichtbilder als aneinandergereihte Momentaufnahmen den vom Antragsteller durchgeführten Bewegungsablauf des Winkens zweifelsfrei erkennen ließen. Indem der Antragsgegner demgegenüber ein einzelnes Standbild dieser mittels Fotostrecke dokumentierten Winkbewegung herausgegriffen habe, habe er den Medienkonsumenten ein verfälschtes Bild vermittelt, nämlich suggeriert, der Antragsteller habe nur diese Bewegung, nämlich das Strecken des rechten Armes (zum „Hitlergruß“) durchgeführt, den tatsächlichen Geschehensablauf des Zustandekommens dieses Bildes aber verschwiegen (US 9 ff).

[17] Die vom Antragsgegner beantragte Beweiswiederholung, insbesondere durch Beischaffung des bezughabenden Strafaktes und „Einsichtnahme in das Videomaterial“, hielt das Berufungsgericht für „entbehrlich“,

weil „den erstgerichtlichen Feststellungen keine Bedenken begegnen“ (US 11).

[18] Das Oberlandesgericht erachtete solcherart den Wahrheitsbeweis im Ergebnis nicht für erbracht, weil die inkriminierte Publikation eine bloße Momentaufnahme des gesamten, tatsächlich andersartigen Bewegungsablaufs wiedergebe und das Weglassen der Erklärung des [REDACTED] [REDACTED] (nur) gewunken zu haben, „eine Manipulation der Verdachtslage“ darstelle (US 14).

[19] Dieses Urteil des Oberlandesgerichts steht – wie die Generalprokuratur in ihrer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend aufzeigt – mit dem Gesetz nicht im Einklang.

[20] Nach § 6 Abs 1 MedienG hat der Betroffene gegen den Medieninhaber (ua) Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung, wenn in einem Medium der objektive Tatbestand der üblen Nachrede hergestellt wird. Nach Abs 2 Z 2 lit a leg cit besteht in einem solchen Fall der Anspruch nach Abs 1 nicht, wenn die Veröffentlichung wahr ist.

[21] Als Prototyp eines im Sinn des Tatbestands der üblen Nachrede (§ 111 Abs 1 StGB) unehrenhaften Verhaltens gilt die Begehung einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Vorsatztat. Tatbestandsmäßig ist aber nicht nur der Vorwurf der Begehung einer eine gerichtlich strafbare Handlung verwirklichenden Tat, sondern schon die Äußerung eines dementsprechenden Tatverdachts, mithin die Behauptung, es gäbe Anhaltspunkte dafür, dass der Betreffende eine solche Tat begangen habe. Denn auch ein solcherart abgeschwächter Tatvorwurf ist geeignet, die allgemeine Wertschätzung, die ein Mensch erfährt, erheblich herabzusetzen (15 Os 106/10t).

[22] Gegenstand des Wahrheitsbeweises sind in Ansehung der Äußerung eines Tatverdachts (nur) die Tatsachenbehauptungen, auf welchen dieser Verdacht fußt. Es sind daher Umstände nachzuweisen, die eine Schlussfolgerung auf die berichtete Verdachtslage in nachvollziehbarer Weise zulassen. Dabei ist auf die (objektive) Beweislage zum Zeitpunkt der Verdachtsäußerung abzustellen (15 Os 106/10t; *Rami* in WK² StGB § 111 Rz 29/2; *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Koukal* MedienG⁴ § 6 Rz 13a).

[23] Nach § 8 Abs 3 MedienG hat das Vorliegen der Ausschlussgründe des § 6 Abs 2 MedienG der Medieninhaber zu beweisen. Beweise darüber sind nur aufzunehmen, wenn sich der Medieninhaber auf einen solchen Ausschlussgrund beruft. Durch die Berufung auf einen Ausschlussgrund, also durch eine entsprechende Prozessklärung, wird aber die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsforschung ausgelöst und das Beweisthemenverbot beseitigt (vgl *Rami* in WK² MedienG § 8 Rz 13/1).

[24] Gemäß § 55 Abs 1 StPO, der das in Art 6 Abs 3 lit d MRK verfassungsmäßig verankerte Beweisantragsrecht des Angeklagten auf einfachgesetzlicher Ebene umsetzt, ist der Beschuldigte berechtigt, die Aufnahme von Beweisen zu beantragen. Dabei sind Beweisthema, Beweismittel und die für die Durchführung der Beweisaufnahme erforderlichen Informationen zu bezeichnen; soweit dies nicht offensichtlich ist, ist zu begründen, weswegen das Beweismittel geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären. § 55 Abs 2 StPO nennt die Gründe, aus denen eine vom Beschuldigten beantragte Beweisaufnahme unterbleiben darf.

[25] Unzulässig ist bei der Abweisung eines Beweisantrags eine vorgreifende Beweiswürdigung, also die Ablehnung der Beweisaufnahme mit der Begründung, dass das

Gericht vom Gegenteil des genannten Beweisthemas bereits überzeugt sei, oder deswegen, weil das behauptete Resultat der Beweisaufnahme von vornherein als unglaubwürdig anzusehen sei (vgl. *Danek/Mann*, WK-StPO § 238 Rz 11; RIS-Justiz RS0099523). Das Gericht ist demnach nicht berechtigt, einen Beweisantrag über eine rechtserhebliche Tatsache nur deshalb abzuweisen, weil es aufgrund anderer Beweise schon zur Annahme des gegenteiligen Sachverhalts gelangt ist (*Fabrizy/Kirchbacher*, StPO¹⁴ § 55 Rz 16).

[26] Auch mit Blick auf den in § 3 Abs 1 und Abs 2 zweiter Satz StPO normierten Verfahrensgrundsatz der materiellen Wahrheitsforschung dürfen Beweismittel, die der Wahrheitsfindung in entscheidungswesentlichen Punkten dienlich sein können, nicht ungenützt bleiben. Erst wenn von einem solchen Beweismittel Gebrauch gemacht wurde, ist das Gericht in der Lage, sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen, ob und inwieweit ihm ein Beweiswert zukommt; es geht daher nicht an, einen Entlastungsbeweis mit der Begründung abzulehnen, dass das Gericht die Sachlage aufgrund der vorliegenden Belastungsbeweise für ausreichend geklärt halte (vgl. 11 Os 161/10a mwN). Das gilt auch für das Berufungsgericht.

[27] Im vorliegenden Fall hat sich der Antragsgegner ausdrücklich auf den Ausschlussgrund nach § 6 Abs 2 Z 2 lit a MedienG berufen (ON 4 S 7).

[28] Im Hinblick auf den – nach den Feststellungen zum Bedeutungsinhalt der inkriminierten Publikation – vom Antragsgegner medial geäußerten Tatverdacht, der Antragsteller habe öffentlich den „Hitlergruß“ ausgeführt, ist die vom Antragsteller tatsächlich am Vorfallstag öffentlich vorgenommene Geste Gegenstand des Wahrheitsbeweises; dies unbeschadet der diesbezüglich vom Antragsteller zeitnah

abgegebenen (subjektiven) Erklärung, er habe den vor dem Haus der Burschenschaft anwesenden Demonstranten lediglich (provokativ) zugewunken. Denn diese kann durch den unmittelbaren Eindruck vom tatsächlichen Geschehen korrigiert oder entkräftet werden.

[29] Geht es um die Beurteilung der Bedeutung einer Geste – wie hier in Form einer oder mehrerer mehr oder weniger großräumiger Bewegungen des rechten Armes und der rechten Hand einer Person – so stellt jede Filmaufnahme, die diese Bewegung(en) zeigt, jedenfalls ein dafür taugliches Beweismittel dar.

[30] Fallbezogen hat das Oberlandesgericht Wien die zum Beweis des vom Antragsteller gegenüber auf der Straße befindlichen Demonstranten zumindest mehrfach angedeuteten „Hitlergrußes“ beantragte Einsichtnahme in das Videomaterial – ersichtlich gemeint jenes, das Gegenstand der zu AZ 504 St 18/19x der Staatsanwaltschaft Wien geführten strafrechtlichen Ermittlungen, auf die sich die Gerichte auch in diesem Verfahren stützten, war [ON 2 S 3 in ON 2] – unter Hinweis darauf abgelehnt, dass gegen die gegenteilige, nämlich nur ein Winken des Antragstellers annehmende Beweiswürdigung des Erstgerichts keine Bedenken bestünden. Damit hat es aber durch im Ergebnis vorgreifende Beweiswürdigung gegen die – im Hinblick auf die Berufung des Antragsgegners auf die Wahrheit seiner Behauptung bestehende – Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung verstoßen, zumal bei der Ausführung der Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld gemäß § 467 Abs 1 iVm § 489 Abs 1 StPO (hier iVm § 41 Abs 1 MedienG) auch neue Beweismittel beantragt werden dürfen.

[31] Die aufgezeigte Gesetzesverletzung war daher festzustellen. Da nicht auszuschließen ist, dass sich diese zum

Nachteil des Antragsgegners auswirkte, sah sich der Oberste Gerichtshof veranlasst, seine Entscheidung mit konkreter Wirkung zu verbinden und das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben.

[32] Demzufolge wird das Oberlandesgericht neuerlich über die Berufung des Antragsgegners zu entscheiden haben. Art 1 des 1. ZPMRK steht dem in Hinblick auf den fristgerechten Erneuerungsantrag (§ 363a StPO) des Antragsgegners nicht entgegen (vgl RIS-Justiz RS0124838 [T4]).

[33] Mit seinem – im Übrigen nicht an der Entscheidung des Oberlandesgerichts Maß nehmenden (vgl aber RIS-Justiz RS0124359, RS0128393) – Erneuerungsantrag war der Antragsgegner auf diese Entscheidung zu verweisen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 19. Februar 2021
Dr. K i r c h b a c h e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

