

Gesetzesanwendung nicht oder höchstens vorfrageweise auszusprechen; eigentlicher Gegenstand ihrer Prüfung ist die behauptete Willkür. Die Entscheidung hierüber könnte von einer weiteren Instanz nur kontrolliert werden, indem auch sie wieder bloss die behauptete Willkür (der ersten Instanz) prüfte. Würde sie die Rechtsanwendung überhaupt prüfen, so würde sie in Wirklichkeit nicht den Rechtsmittelentscheid, sondern den Sachentscheid (des ersten Richters) kontrollieren. Um dies zu ermöglichen, müsste aber dieser selbst an sie weitergezogen sein, und zwar in den für *seine* Weiterziehung geltenden Fristen. Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof, welche die uneingeschränkte Überprüfung der eidgenössischen Rechtsfrage bringt, ist daher gegen das Urteil jener kantonalen Instanz zu richten, die als letzte gleiche Rechtsanwendungsbefugnis hatte, d.h. der die Rechtsanwendung schlechthin oblag, ungeachtet einer gegen ihr Urteil noch offenstehenden kantonalen Beschwerde wegen Willkür (Verletzung klaren Rechts). Dadurch werden die Parteien nicht um die kantonale Willkürbeschwerde gebracht, sondern sie können von ihr neben der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde Gebrauch machen, wenn ihnen an der unnötigen Häufung der Rechtsmittel gelegen ist. Werden beide eingelegt, so wird der Kassationshof gemäss Art. 275 BStrP seine Entscheidung bis zur Erledigung dieses Beschwerdeverfahrens aussetzen, da im Falle der Gutheissung der kantonalen Beschwerde die Nichtigkeitsbeschwerde gegenstandslos wird.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

Vgl. auch Nr. 45, 48. — Voir aussi n^{os} 45, 48.

STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

53. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 7. Dezember 1945 i. S. Müller gegen Rossi.

1. *Art. 28 ff. StGB.* Im Verfahren, in welchem nach zürcherischem Recht durch die Presse begangene Ehrverletzungen verfolgt werden, liegt der Strafantrag schon in der vorläufigen Anklage im Sinne des § 295 StrPO (Erw. 1).
2. *Art. 173 StGB.*
 - a) Diese Bestimmung schützt nur die persönliche Ehre, nicht auch die Geltung als Künstler (Erw. 2 und 3).
 - b) Subjektiver Tatbestand der üblen Nachrede (Erw. 4).
 - c) Wahrung berechtigter Interessen (Erw. 5).
1. *Art. 28 sv. CP.* Dans la procédure prévue par le droit zurichois pour la poursuite des atteintes à l'honneur commises par la voie de la presse, l'« accusation provisoire » au sens du § 295 CPP constitue déjà plainte pénale (consid. 1).
2. *Art. 173 CP.*
 - a) Cette disposition ne protège que l'honneur personnel de l'individu, non sa valeur d'artiste (consid. 2 et 3).
 - b) Conditions subjectives de la diffamation (consid. 4).
 - c) Sauvegarde d'intérêts légitimes (consid. 5).
1. *Art. 28 e seg. CP.* Nella procedura prevista dal diritto zurigano in materia di delitti contro l'onore commessi per mezzo della stampa, l'accusa provvisoria a' sensi del § 295 CPP è già una querela penale (consid. 1).
2. *Art. 173 CP.*
 - a) Questa disposizione protegge soltanto l'onore personale dell'individuo, non il suo valore d'artista (consid. 2 e 3).
 - b) Condizioni soggettive della diffamazione (consid. 4).
 - c) Salvaguardia d'interessi legittimi (consid. 5).

A. — In der im Mai 1943 herausgegebenen Nummer 5 der « Kunst-Zeitung » erschien unter der Überschrift « 'Königliches' Motta-Denkmal » folgender vom Kunsthistoriker Dr. W. Y. Müller verfasste und mit dessen Namen versehene Artikel:

« In Genf steht, in den herrlichen Quai-Anlagen am See, seit dem Jahre 1939 auf hohem Steinsockel die schöne

Plastik einer jungen Frau, die dem Winde entgegenschreitet. Ihr Bick geht auf den See, über den, von Lausanne her, die Bise heranfegt. Der Wind weht ihre Locken zurück und legt das Gewand so fest an den jungen Mädchenkörper, dass dieser sich in seiner ganzen Schönheit prachtvoll plastisch herausarbeitet. Das Gewand weht nach hinten, und die linke Hand greift in den Stoff, dass der Rock nicht allzusehr aufgeblasen werde. Dieses Bewegungsmotiv ist sinnvoll und dient dem Bildhauer noch dazu, den gesamten Körper nach vorn zu drücken, dem Wind und dem Gefühl des frischen Lebens preisgegeben. Der Profilkontur, vorn von besonderer Schönheit, fliesst auch im Rücken in harmonischen Kaskaden des Gewandes herab. Die Figur ist von Henri König, einem Deutschschweizer Bildhauer, der in Genf wirkt, geschaffen (Abbildung 2 und 3). — Der Bildhauer Remo Rossi, der kürzlich den *ersten* Preis für seinen Entwurf zum Mottadenkmal erhielt (Abbildung 1), kam, wie eingeweihte Genfer Kreise zu erzählen wissen, ursprünglich mit einem ganz andern Projekt für das Denkmal nach Genf. Dort wurde er augenscheinlich so nachhaltig beeindruckt von dem Werke Königs, dass er auf einen eigenen, starken Einfall verzichtete und sich offenbar an das bereits von einem andern glücklich Erschaffene und praktisch Erprobte hielt. Die Verwandtschaft von Rossis Mottadenkmal-Entwurf mit der 'Brise' von König ist frappant. Besonders handgreiflich wird die Anregung im Gewandzapfen, den sie mit der Linken hält. Im übrigen sind natürlich das fallende Gewand und die wehenden Hüllen nicht in inhaltliche Beziehungen zu Bundesrat Motta zu bringen. Die Gewanddrapierung als solche an sich scheint der künstlerischen Requisitenkammer eines Schaufensterdekorateurs zu entstammen. — In Fachkreisen spricht man darum von einem 'Königlichen' Motta-Denkmal und fragt sich, ob die zuständigen Instanzen das Denkmal Rossis noch für tragbar erachten.»

Der Artikel war begleitet von einer Abbildung des Entwurfes zu einem Motta-Denkmal von Rossi und von zwei

Abbildungen der « Bise » (nicht « Brise ») von König, welche beide diese Plastik vom gleichen Aufnahmeort aus zeigen. Müller stützte seine im Artikel ausgedrückte Meinung einzig auf die Vergleichung dieser photographischen Aufnahmen und die Mitteilung des Genfer Kunsthändlers Kasper, wonach König diesem erzählt habe, Rossi sei mit einem andern Projekt nach Genf gekommen.

B. — Am 29. Juli 1943 reichte Rossi beim Bezirksgerichtspräsidium Zürich im Sinne des § 295 zürch. StrPO vorläufige Anklage wegen Ehrverletzung durch die Presse ein mit den Anträgen auf Ermittlung und Bestrafung des Verfassers oder der für die Veröffentlichung des erwähnten Artikels verantwortlichen Personen. Nachdem der Untersuchungsrichter die Untersuchung durchgeführt hatte, setzte er Rossi gemäss § 303 StrPO Frist, « um endgültige Anklage gegen eine bestimmte Person einzureichen, unter der Androhung, dass sonst Abstand von der Klage angenommen würde ». Binnen der Frist reichte Rossi am 13. März 1944 gegen Dr. Müller « endgültige Anklage » wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) ein.

Am 26. März 1945 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich als Appellationsinstanz Müller dieses Vergehens schuldig und verurteilte ihn zu Fr. 200.— Busse.

C. — Dr. Müller hat gegen das Urteil des Obergerichts die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Sache sei zur Freisprechung, eventuell zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Die Willenserklärung des Verletzten, dass die Strafverfolgung stattfinden solle, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann Strafantrag, wenn sie nach dem anwendbaren Prozessrecht die Strafverfolgung in Gang bringt und das Verfahren ohne weitere Erklärung des Antragstellers seinen Lauf nehmen lässt. Daher anerkennt das Bundesgericht ein Sühnebegehren nicht als Strafan-

trag, wenn nicht die Strafverfolgung nach fruchtlosem Verlauf des Sühneversuchs von Amtes wegen fortzusetzen ist. (BGE 69 IV 195). Im Zivilprozess, wo die Fortführung des Verfahrens weitgehend dem Kläger obliegt, wird im Sühnebegehren nur dann ein Strafantrag erblickt, wenn es den Streit rechthängig macht; andernfalls gilt erst die Klage als Strafantrag, denn dieser, so sagt das Bundesgericht, bedürfe nach seinem ganzen Sinn und Zweck mehr als einer erstmaligen, vorläufigen Anrufung der Strafverfolgungsbehörden; die Anrufung müsse endgültig und unbedingt sein (BGE 71 IV 65). Auf diese Rechtsprechung beruft sich der Beschwerdeführer zur Begründung seines Standpunktes, dass im Verfahren, in welchem nach zürcherischem Recht durch die Presse begangene Ehrverletzungen verfolgt werden, erst die endgültige Anklage im Sinne des § 303, nicht schon die vorläufige Anklage im Sinne des § 295 StrPO den Strafantrag enthalte.

Nach § 295 Abs. 1 StrPO wird die « Anklage », in § 298 als « vorläufige Anklage » bezeichnet, beim Bezirksgerichtspräsidenten durch Einreichung einer Anklageschrift anhängig gemacht. Der Bezirksgerichtspräsident entscheidet vorläufig über ihre Zulassung und ordnet die Untersuchung an (§ 296). Ist in der vorläufigen Anklage keine bestimmte Person als verantwortlicher Verfasser genannt, so hat sich die Untersuchung in erster Linie mit der Ermittlung dieser Person zu befassen (§ 298 Satz 1). Darin erschöpft sich jedoch ihr Zweck nicht; sie dient nicht nur der Ermittlung der zu verfolgenden Person, sondern auch der weiteren Abklärung der Sache, was sich unter anderem aus § 302 ergibt, wonach die Parteien bei Vermeidung von Ordnungsbussen verpflichtet sind, ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel schon im Untersuchungsverfahren vorzulegen und zu bezeichnen. Wenn die Untersuchung durchgeführt ist, wird dem Ankläger vom Untersuchungsrichter Frist angesetzt, um endgültige Anklage gegen eine bestimmte Person einzureichen, unter der Androhung, dass sonst Abstand angenommen würde. Wenn nun auch diese

Bestimmung es dem Antragsberechtigten anheimstellt, ob das Verfahren seinen Fortgang nehmen soll, so fasst doch das Gesetz den unbenützten Ablauf der Frist nicht als Verzicht auf die Strafverfolgung, sondern als « Abstand » auf. Abstand aber setzt voraus, dass die Sache rechthängig ist, nicht erst mit der « endgültigen Anklage » rechthängig wird. Dafür spricht auch, dass die vorausgegangene Untersuchung ausser der Ermittlung der zu verfolgenden Person dem gleichen Zwecke dient und den gleichen Vorschriften untersteht wie jede Untersuchung, mit welcher nach zürcherischem Strafprozessrecht die Verfolgung von Verbrechen und Vergehen beginnt (vgl. § 286 und II. Abschnitt der StrPO). Die « endgültige Anklage » im Sinne des § 303 erfüllt die Aufgabe der Anklage, die der Staatsanwalt oder der Privatstrafkläger bei Verfolgung von Verbrechen oder Vergehen überhaupt nach Abschluss der Untersuchung erheben und mit deren Zulassung das Hauptverfahren anfängt. Die « vorläufige Anklage » im Sinne des § 295 dagegen entspricht dem der Untersuchung vorausgehenden *Strafantrag*, mit welchem gemäss § 24 die Verfolgung anderer Antragsdelikte als der Ehrverletzungen durch die Presse eingeleitet wird. Sie enthält wie dieser die unbedingte und vorbehaltlose Willenserklärung, dass die Strafverfolgung stattfinden solle, denn in der Untersuchung, welche der « vorläufigen Anklage » folgt und welche im Unterschied zum Sühneversuch der Abklärung des Tatbestandes und damit der Vorbereitung des Hauptverfahrens dient, liegt bereits ein Teil der Strafverfolgung. Wenn der « vorläufige Ankläger » die « endgültige Anklage » nicht erhebt, macht er nach Auffassung des zürcherischen Gesetzgebers lediglich von dem Rechte Gebrauch, das gemäss Art. 31 StGB als Recht zum Rückzug des Strafantrages bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz jedem Strafantragsteller zusteht und die erneute Anhebung der Verfolgung selbst dann ausschliesst, wenn die dreimonatige Frist des Art. 29 StGB noch nicht abgelaufen ist. Dass die zu verfolgende Person oft erst

durch die Untersuchung ermittelt wird und in der « vorläufigen Anklage » nicht genannt zu werden braucht, hindert nicht, in letzterer Prozesshandlung den Strafantrag zu erblicken, denn dieser kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch gegen einen unbekanntem Täter gestellt werden (BGE 68 IV 101).

Liegt der Strafantrag schon in der Einreichung der vorläufigen Anklage, so ist er im vorliegenden Falle rechtzeitig gestellt worden.

2. — Nach Art. 173 StGB ist strafbar, wer jemanden bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt oder eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung weiter verbreitet. Das Verhalten oder die anderen Tatsachen, welche Gegenstand der Beschuldigung oder Verdächtigung bilden, müssen unehrenhaft sein, den Ruf des Betroffenen als eines ehrbaren Menschen schädigen können. Eignen sie sich bloss, seine Fähigkeiten als Künstler in ein ungünstiges Licht zu rücken, nicht aber, ihn als Mensch verächtlich zu machen, so ist der, welcher ihm jenes Verhalten oder jene Tatsachen nachredet, nicht strafbar. Art. 173 will nur die persönliche Ehre, nicht auch die Geltung als Künstler schützen. Daher steht es unter dem Gesichtspunkt dieser Bestimmung jedem frei, den Wert eines Kunstwerkes vor Drittpersonen anzuzweifeln oder das Werk als wertlos hinzustellen, ja sogar zu behaupten, der Künstler habe sich vom Werke eines andern beeinflussen lassen. Solche Kritik, selbst wenn sie allgemeiner Anschauung nicht standhält oder objektiv falsch ist, ist nicht üble Nachrede. Sie muss aber den Ruf des Betroffenen als eines ehrbaren Menschen unangetastet lassen. Wenn sie nach Inhalt oder Form nicht nur seine Fähigkeiten als Künstler und den Wert seines Werkes herabsetzt, sondern sich auch eignet, ihn als Mensch der Verachtung auszusetzen, enthält sie insoweit einen Angriff auf die strafrechtlich geschützte Ehre (vgl. auch BGE 33 II 237 /238).

Ein solcher Angriff liegt hier vor. Nach dem Gesagten besteht er entgegen der Auffassung des Obergerichts nicht darin, dass der Beschwerdeführer geschrieben hat, Rossi habe auf einen eigenen starken Einfall verzichtet. Der Artikel lässt es aber nicht bei einer Vergleichung der beiden Werke und bei der Verdächtigung bewenden, Rossi habe Ideen vom Werke Königs übernommen, sondern geht nach seinem Tone und seiner ganzen Aufmachung darauf aus, den Beschwerdegegner als Mensch herunterzumachen. Das geht aus der sensationellen Schilderung hervor, wonach Rossi, wie eingeweihte Genfer Kreise zu erzählen wüssten, ursprünglich mit einem ganz andern Projekt für das Denkmal nach Genf gekommen sei, dort aber augenscheinlich so nachhaltig vom Werke Königs beeindruckt worden sei, dass er auf einen eigenen starken Einfall verzichtet und sich offenbar an das bereits von einem andern glücklich Erschaffene und praktisch Erprobte gehalten habe. Diese Ausführungen sind nicht sachliche Kritik am Werke, sondern sollen den Eindruck erwecken, der Beschwerdeführer habe zuerst einen andern Entwurf gehabt und habe diesen deshalb fallen lassen, weil er in der Nachbildung der « Bise » ein Mittel gefunden habe, mit geringem Aufwand eigener schöpferischer Kraft zum Erfolg zu kommen. Wäre Rossi so vorgegangen, so hätte er als ein mit einem Charakterfehler behafteter Mann gelten müssen.

3. — Thema des Wahrheitsbeweises im Sinne des Art. 173 Ziff. 2 StGB ist nicht die geringere oder grössere Ähnlichkeit der beiden Werke, sondern die Frage, ob der Entwurf, mit welchem der Beschwerdegegner am Wettbewerb teilgenommen hat, in der geschilderten, seinen Schöpfer verächtlich machenden Weise zustande gekommen ist. Diese Behauptung stellt der Beschwerdeführer selber nicht mehr auf. Nach den vom angefochtenen Urteil auf Grund des Gutachtens hervorgehobenen Unterschieden zwischen den beiden Werken sowie nach der verbindlichen Feststellung des Obergerichts, wonach sich der Beschwerdegegner von der « Bise » überhaupt nicht

habe beeinflussen lassen, erscheint denn auch der erwähnte Vorwurf als unhaltbar.

4. — Der Beschwerdeführer hat den Artikel mit Wissen und Willen geschrieben und hat gewusst, dass das Geschriebene sich nach Ton und Inhalt eignete, den Ruf des Beschwerdegegners als Mensch zu schädigen. Er hat somit vorsätzlich gehandelt. Dass die erhobene Verdächtigung unwahr sei, brauchte er nicht zu wissen; das Bewusstsein der Unwahrheit gehört zum Tatbestand der Verleumdung, nicht zu dem der üblen Nachrede. Für die Frage des Vorsatzes kommt auch nichts darauf an, ob der Beschwerdeführer sein Urteil über die Ähnlichkeit der beiden Werke und über den Grund der vermeintlichen frappanten Verwandtschaft bloss leichtfertig gebildet hat. Der Beschwerdeführer braucht ebenfalls nicht beabsichtigt zu haben, den Beschwerdegegner zu beleidigen; da die tatsächliche Schädigung des Rufes nicht zum Tatbestand der üblen Nachrede gehört, braucht der Vorsatz nicht auf eine solche Schädigung gerichtet zu sein.

5. — Der Beschwerdeführer will in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt haben und beruft sich zur Begründung dieses Standpunktes auf die besonderen Aufgaben der Presse und der Kunstkritik. Die Wahrung berechtigter Interessen setzt jedoch voraus, dass das verwendete Mittel das richtige sei. Ob nun überhaupt die Verbreitung wahrheitswidriger rufschädigender Tatsachen jemals das richtige Mittel für die Erfüllung der wohlverstandenen Aufgabe der Presse sein kann — was der Kassationshof schon in BGE 70 IV 20 ohne abschliessende Stellungnahme bezweifelt hat — braucht nicht entschieden zu werden. Von der Verwendung eines richtigen Mittels kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Beschwerdeführer nicht sorgfältig überprüft hat, ob der gegenüber dem Beschwerdegegner erhobene Vorwurf richtig sei. Der Beschwerdeführer hat seine Verdächtigung bloss auf die Vergleichung von je einer photographischen Aufnahme der Werke und auf die Mitteilung des Kunsthand-

lers Kasper gestützt, wonach König diesem erzählt habe, Rossi sei mit einem andern Projekt nach Genf gekommen. Die Beschreibung der « Bise » im eingeklagten Artikel ist denn auch in verschiedener Beziehung falsch, was der Beschwerdeführer bei Betrachtung des Originals, zum Teil sogar schon bei aufmerksamer Betrachtung der Photographie, hätte sehen können. Auf die dürftigen Unterlagen und Angaben hin den Beschwerdegegner in der erwähnten Weise in der Presse herunterzumachen, war leichtfertig und hätte dem Beschwerdeführer schon nach der vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches geltenden Rechtsprechung nicht erlaubt, sich der Strafe durch Berufung auf die Pressfreiheit zu entziehen. Mit den Aufgaben des Kunstkritikers sodann kann die Tat nicht gerechtfertigt werden, weil der Beschwerdeführer — worin gerade seine strafbare Handlung liegt — die Grenzen sachlicher Kritik überschritten hat.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

54. Sentenza 14 dicembre 1945 della Corte di cassazione penale nella causa Alberti contro Corti.

Portata dell'art. 72 cp. 2 CP.

Il ricorso col quale l'imputato, facendo uso d'un diritto accordatogli dalla legge, deferisce all'autorità superiore la sentenza di condanna, dev'essere equiparato ad un interrogatorio ai sensi dell'art. 72 cp. 2 CP e ha quindi forza interruttiva della prescrizione.

Tragweite des Art. 72 Abs. 2 StGB.

Die Beschwerde, mit welcher der Beschuldigte, von einem gesetzlichen Rechte Gebrauch machend, einen verurteilenden Entscheid an die obere Instanz weiterzieht, ist einer Einvernahme im Sinne des Art. 72 Abs. 2 StGB gleichzustellen und unterbricht daher die Verjährung.

Portée de l'art. 72 al. 2 CP.

Le recours par lequel l'inculpé fait usage de la faculté que lui donne la loi de porter un jugement de condamnation devant la juridiction supérieure doit être assimilé à un interrogatoire au sens de l'art. 72 al. 2 CP et interrompt par conséquent la prescription.