Urteilskopf

109 IV 121

33. Urteil des Kassationshofes vom 30. Mai 1983 i.S. I. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 204, 58 Abs. 4 StGB; unzüchtige Veröffentlichung, Ersatzforderung des Staates.

1. Eine zurückhaltende Anwendung des Art. 204 Ziff. 1 StGB ist nur für diejenigen Fälle angezeigt, die nicht unter die eigentliche Pornographie fallen (E. 1).

2. Soweit die Einziehung der unzüchtigen Gegenstände nicht mehr möglich ist, steht dem Staat eine Ersatzforderung in der Höhe des Bruttoertrages aus dem "Pornohandel" zu (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 204, 58 al. 4 CP; publications obscènes, créance compensatrice de l'Etat.

1. Une application restrictive de l'art. 204 ch. 1 CP ne s'impose que pour les cas ne relevant pas de la pure pornographie (consid. 1).

2. Lorsque la confiscation des objets obscènes n'est plus possible, l'Etat possède une créance compensatrice égale au résultat brut du commerce illicite (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 204, 58 cpv. 4 CP; pubblicazioni oscene, pretesa risarcitoria dello Stato.

1. Un'applicazione restrittiva dell'art. 204 n. 1 CP s'impone soltanto nei casi in cui non si tratti di pornografia vera e propria (consid. 1).

2. Ove la confisca degli oggetti osceni non sia più possibile, spetta allo Stato una pretesa risarcitoria pari al reddito lordo risultante dal commercio illecito (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 121

A.- I. betreibt seit Ende Juni 1979 in S. ein und seit Anfang Oktober 1979 in Z. zwei weitere Geschäfte, in denen er Sexartikel, insbesondere pornographische Filme, Kassetten, Magazine und Bücher sowie künstliche Geschlechtsteile und andere Manipulierinstrumente zum Verkauf anbot. Auch wurden in seinen Ladenlokalen pornographische Filme vorgeführt. Die Erzeugnisse bezog I. grösstenteils aus dem Ausland und lagerte sie ausser in den drei Geschäften an seinem Wohnort in A. sowie vorübergehend in einem Lokal in B. Von Ende Juni 1979 bis Ende Dezember 1980 erzielte I. aus dem von ihm betriebenen Pornohandel einen Bruttoertrag

von Fr. 377'000.– und einen Nettogewinn von mindestens Fr. 38'400.–.

B.- Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte I. am 19. November 1982 wegen fortgesetzter unzüchtiger Veröffentlichung im Sinne von Art. 204 Ziff. 1 StGB zu einer Busse von Fr. 7'000.–. Es verpflichtete ihn überdies, vom deliktisch erlangten Vermögensvorteil den Betrag von Fr. 250'393.– an den Kanton Zürich abzuliefern, und beschloss die Einziehung der von der Bezirksanwaltschaft am 1. Juli 1980 und 8. Januar 1982 sichergestellten Gegenstände sowie die Verwertung der Projektoren samt Zubehör und Zuleitung des Erlöses an die Staatskasse bzw. die Vernichtung des übrigen Materials.

C.- I. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, Urteil und Beschluss des Obergerichts Zürich seien aufzuheben und es sei die Sache zu seiner Freisprechung und zur Freigabe der beschlagnahmten Gegenstände an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was I. auf den Seiten 6 bis 20 seiner Rechtsschrift vorbringt, ist nichts anderes als die wörtliche Wiedergabe der Ausführungen seines Verteidigers vor Obergericht. Das auf den Seiten 21 bis 24 als "persönliche und spontane Äusserungen des Beschwerdeführers zu einzelnen vorinstanzlichen Argumenten" Vorgetragene erschöpft sich teils in tatsächlichen Behauptungen oder Bestreitungen (z.B. den Vorsatz), wofür in der Nichtigkeitsbeschwerde kein Raum ist, teils in der Wiederholung vom Verteidiger in anderer Form schon im kantonalen Verfahren erhobener Einwendungen. Soweit sie rechtlicher Natur sind, betreffen sie zur Hauptsache die Begriffe des Unzüchtigen und des Öffentlichen. Mit allen diesbezüglichen Vorbringen haben sich jedoch die kantonalen Instanzen eingehend befasst. Da ihre Erwägungen den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Auslegung jener Rechtsbegriffe ausgebildeten Kriterien folgen (insbes. BGE 100 IV 236, BGE 96 IV 68 E. 2, BGE 89 IV 134 E. 4) und kein Anlass besteht, von der bisherigen Praxis abzugehen, ist die Beschwerde insoweit unter Verweisung auf die Gründe der Vorinstanz zu verwerfen.
Ergänzend sei lediglich vermerkt, dass der im Gesetz enthaltene Begriff des Unzüchtigen ein normativer Begriff ist (BGE 103 IV 97 E. 2b, BGE 99 IV 59 E. 1b), der seiner Natur nach wertender Auslegung durch den Richter bedarf. Indem dieser einen solchen Begriff nach Sinn und Zweck der Norm auslegt, überschreitet er keineswegs

seine Kompetenz und masst sich nicht widerrechtlich Befugnisse des Gesetzgebers an (s. BGE 98 Ib 481). Der Einwand, die Begriffe des Unzüchtigen und des Öffentlichen befänden sich nicht unter den Legaldefinitionen des Art. 110 StGB, ist unbehelflich. Es gibt im StGB zahlreiche Begriffe, die in Art. 110 StGB nicht umschrieben sind, dennoch aber zu ihrer Anwendung der Auslegung durch den Richter bedürfen. Gegen Art. 1 StGB verstösst der Richter nur, wenn er in freier Rechtsfindung einen neuen Straftatbestand schafft, nicht aber, wenn er einen im Strafgesetz enthaltenen Begriff auslegt, mag es sich dabei auch um extensive Auslegung handeln (BGE 103 IV 129, BGE 95 IV 73). Im Rahmen des Art. 204 StGB hat der Kassationshof übrigens nicht

schlechthin eine zurückhaltende Anwendung des Gesetzes nahegelegt, sondern dies nur für Fälle gefordert, "die nicht unter die eigentliche Pornographie fallen" (BGE 96 IV 71 oben; s. auch BGE 97 IV 101). Entsprechend ist denn auch die Toleranzgrenze nur dort etwas weiter zu ziehen, wo es sich um Grenzfälle handelt (BGE 100 IV 236). Das jedoch trifft hier in keiner Weise zu. Geht man von den Beschreibungen der beschlagnahmten Bücher, Schriften, Filme und Gegenstände durch die Polizei aus, so kann nicht der geringste Zweifel darüber bestehen, dass es sich um Pornographie, ja zum überwiegenden Teil um harte Pornographie handelt. Der Beschwerdeführer und seine Gehilfen hatten denn auch beispielsweise vor den Zollbehörden ohne weiteres anerkannt, dass sie pornographisches Material eingeführt hatten, und vor erster Instanz hatte sich I. ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, sogenannte Pornographika entsprächen einem menschlichen Urbedürfnis, das er mit seinem Handel befriedige (vgl. Urteil des Kassationshofes vom 16.12.1977 i.S. W. und Kons.).

2. Bleibt es aber bei der Verurteilung des Beschwerdeführers nach Art. 204 StGB, dann war auch die Einziehung als notwendige Voraussetzung der in Art. 204 Ziff. 3 StGB obligatorisch vorgesehenen Vernichtung der unzüchtigen Gegenstände geboten (BGE 97 IV 100 E. 2a). Soweit aber diese Einziehung nicht mehr möglich war, weil der Beschwerdeführer die unzüchtigen Schriften usw. bereits abgesetzt hatte, ist die Vorinstanz mit Recht gemäss Art. 58 Abs. 4 StGB verfahren; nach dieser Bestimmung steht nämlich dem Staat gegen denjenigen, der durch die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte einen unrechtmässigen Vorteil erlangt hat und bei dem sie einzuziehen gewesen wären, eine Ersatzforderung in der Höhe des unrechtmässigen Vorteils zu. In

Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das Obergericht diesen Vorteil in casu im Bruttoertrag aus dem von I. in der fraglichen Zeit betriebenen "Pornohandel" gesehen. Hiergegen wendet sich die Beschwerde mit dem Einwand, Vorteil könne nur sein, was aus Geschäften netto hervorgehe, und eine extensive Auslegung gegen den üblichen Sprachgebrauch sei unzulässig. a) Der Gesetzestext ist wohl Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung. Selbst der klare Wortlaut bedarf aber der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht den wirklichen Sinn des Gesetzes wiedergibt. Massgeblich ist nicht der Buchstabe, sondern der Sinn der Norm, wie er sich aus den ihr zugrundeliegenden Zwecken und Wertungen ergibt (BGE 95 IV 73 E. 3a). b) Wie der Kassationshof in BGE 103 IV 143 grundsätzlich entschieden hat, erlaubt nichts die Annahme, es könnten von den nach Art. 58 Abs. 1 StGB einzuziehenden Vermögenswerten die Gewinnungskosten abgezogen werden. Da aber der Gesetzgeber mit dem Erlass von Absatz 4 der genannten Bestimmung denjenigen, der die an sich einzuziehenden Gegenstände nicht mehr besitzt, demjenigen gleichstellen wollte, der sie noch hat (BGE 106 IV 337 E. 3b, 104 IV 5 E. 2), widerspräche es der ratio legis, dem ersteren bei Bemessung des an den Staat zu leistenden Ersatzes die Gewinnungskosten in Abzug zu bringen, dem letzteren aber den vollen Vermögenswert zu konfiszieren. So entscheiden hiesse den bevorzugen, welcher, schlau die Rechtslage ausnützend, den erlangten Vermögensvorteil möglichst schnell verbraucht, um dem Zugriff des Staates zuvorzukommen. Diese Folge kann nur vermieden werden, wenn die Einziehung unabhängig davon ausgesprochen wird, ob der Täter zur Zeit des Urteils noch bereichert ist oder nicht (SCHULTZ, ZBJV 112/1976 S. 441). Diese Lösung erscheint jedenfalls immer dann als unbedenklich, wenn der vom Täter erlangte Vorteil die Frucht einer unrechtmässigen Handlungsweise ist. Das aber war hier der Fall. I. hatte zugestandenermassen die pornographischen Schriften und Gegenstände gekauft, um sie entgegen dem Verbot des Art. 204 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Verkehr zu bringen. Indem er mit deren Verkauf seine Auslagen wieder einbrachte, verschaffte er sich Deckung für einen Betrag, welchen er in Durchführung eines sittenwidrigen Geschäfts ausgegeben hatte. Art. 58 StGB verbaut ihm den Weg dazu, diesen Betrag erlaubterweise wieder zu erhalten (s. auch SCHULTZ, a.a.O. S. 440 unten). In der dennoch erlangten Deckung liegt der unrechtmässige Vorteil.

c) Dass die auf Fr. 250'393.– bemessene Ersatzforderung des Staates (das Obergericht hatte diese aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht auf den erst in seiner Instanz ermittelten höheren Bruttoertrag von Fr. 337'000.– festlegen können) seine Wiedereingliederung erheblich erschweren würde, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Es stellt sich deshalb die Frage nicht, ob allfällige Zahlungserleichterungen zu gewähren seien (BGE 105 IV 22 E. 1a) oder die Ersatzforderung ermässigt werden müsse (BGE 106 IV 10). Schliesslich ist die Massnahme auch sonst nicht unverhältnismässig; denn abgesehen davon, dass Art. 58 Ziff. 4 StGB die Abschöpfung obligatorisch vorsieht und damit dem Ermessen des Richters ausser in den vorgenannten Fällen keinen Raum gibt, wurde die Ersatzforderung in casu aufgrund einer Buchexpertise bemessen, die einen Bruttoertrag von Fr. 337'000.– ergab.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.