Urteilskopf

114 IV 116

34. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 20. September 1988 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
1. Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde.

Der öffentliche Ankläger des Kantons kann mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde die Frage aufwerfen, ob die kantonale Vorinstanz bei einem Freispruch Bundesrecht zu Unrecht als EMRK-widrig nicht angewendet habe (E. 1c/bb).

2. Art. 204 StGB; unzüchtige Veröffentlichung.

Art. 204 StGB und dessen Auslegung durch das Bundesgericht halten vor der in Art. 10 EMRK garantierten Meinungsäusserungsfreiheit stand (E. 4).

Regeste (fr):
1. Qualité pour former un pourvoi en nullité.

L'accusateur public du canton peut agir par la voie du pourvoi en nullité de droit fédéral, pour faire juger le point de savoir si c'est à tort ou à raison que l'autorité cantonale a écarté l'application du droit fédéral, jugé par elle contraire à la CEDH, pour libérer l'accusé (consid. 1c/bb).

2. Art. 204 CP; publications obscènes.

L'art. 204 CP et l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence fédérale respectent la liberté d'expression telle qu'elle est garantie à l'art. 10 CEDH (consid. 4).

Regesto (it):
1. Legittimazione a proporre ricorso per cassazione.

L'accusatore pubblico del cantone può sollevare con ricorso per cassazione la questione se, nell'assolvere l'imputato, l'autorità cantonale abbia a torto rinunciato ad applicare il diritto federale, da essa ritenuto contrario alla CEDU (consid. 1c/bb).

2. Art. 204 CP; pubblicazioni oscene.

L'art. 204 CP e l'interpretazione fornitane dal Tribunale federale rispettano la libertà d'espressione quale garantita dall'art. 10 CEDU (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 117

X. war verantwortlicher Inhaber eines sex-shops in Zürich. Im November 1983 zeigte er in einem separaten 12plätzigen Vorführraum, der jedem Interessenten nach der Bezahlung eines Eintrittes von Fr. 15.– oder nach dem Kauf von Sex-Heften im Wert von mindestens Fr. 50.– sowie nach der Abgabe eines Kundenausweises offenstand, mehrmals das Videoband "New York City". Der Film besteht aus häufig in Nahaufnahme gezeigten homosexuellen Handlungen zwischen zwei bis vier Partnern. Am 27. Juni 1984 sprach der Einzelrichter in Strafsachen am Bezirksgericht Zürich X. von der Anklage der fortgesetzten unzüchtigen Veröffentlichung frei. Auf Appellation der Staatsanwaltschaft büsste die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich X. am 29. Oktober 1986 wegen fortgesetzter unzüchtiger Veröffentlichung (und wegen zweier SVG-Delikte) mit Fr. 4'000.–. Der Gebüsste führte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hob das obergerichtliche Urteil mit Beschluss vom 2. Mai 1988 auf. Es sprach den Angeschuldigten mit Urteil vom selben Datum vom Vorwurf der unzüchtigen Veröffentlichung frei und bestrafte ihn wegen einer der beiden SVG-Widerhandlungen mit einer Busse von Fr. 800.–. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich mit den Anträgen, das Urteil des Kassationsgerichts sei aufzuheben, soweit es den Freispruch von der Anklage der unzüchtigen Veröffentlichung betrifft, und die Vorinstanz sei anzuweisen, den Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 1986 zu bestätigen. Die Vorinstanz hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Der Beschwerdegegner beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventualiter seien der bundesgerichtliche Entscheid "gestützt

auf Art. 16 OG nicht ohne Mitwirkung der beiden Öffentlichrechtlichen Abteilungen zu fällen" und die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. In seiner Stellungnahme ans Bundesgericht behauptet der Beschwerdegegner, es sei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich verwehrt, gegen den Entscheid des Kassationsgerichts eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde zu führen, weshalb auf das Rechtsmittel nicht einzutreten sei. a) Die Staatsanwaltschaft rügt vor Bundesgericht, der angefochtene Entscheid des kantonalen Kassationsgerichts "erfolgte in Verletzung der Art. 204 und 203 StGB, sowie in einer unrichtigen Anwendung und Auslegung von Art. 10 EMRK"; es sei zu prüfen, "ob Art. 204 StGB, bzw. dessen Anwendung gemäss Praxis des Bundesgerichts, sich mit der Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 EMRK vereinbaren lässt". b) Die Vorinstanz trat auf das kantonale Rechtsmittel ein, da X. nicht das Problem einer konventionskonformen Auslegung von Art. 204 StGB aufgeworfen, sondern eine unmittelbare Verletzung von Art. 10 EMRK behauptet habe; sie kam zur Aufhebung des obergerichtlichen Urteils, da "im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Bestrafung im Lichte der EMRK nicht gegeben" seien, bzw. da die Verurteilung "vor Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht Bestand" habe. In der Begründung ihres Freispruches liess die Vorinstanz demgegenüber die Frage offen, "ob dies (der Freispruch) in konventionsgemässer Auslegung von Art. 204 StGB erfolgt oder - sofern eine solche nicht möglich sein sollte - unter Nichtanwendung von Art. 204 StGB im Hinblick auf die derogierende Kraft höherrangigen Konventionsrechts"; es sei jedoch festzuhalten, "dass eine konventionsgemässe Auslegung von Art. 204 StGB im vorliegenden Fall als durchaus möglich" erscheine; eine derartige Auslegung müsse "die Anwendung von Art. 204 StGB auf Fälle beschränken, in denen die konkrete Gefahr besteht, dass unbeteiligte Dritte zufällig und somit ohne ihren Willen mit der Darstellung unzüchtiger Handlungen konfrontiert werden". c) aa) Ihren eigenen Freispruch begründete die Vorinstanz damit, dieser sei mit einer konventionskonformen Auslegung des Art. 204 StGB zu vereinbaren.

Nach ständiger Rechtsprechung

BGE 114 IV 116 S. 119

betrifft die konventionskonforme Auslegung einer Bestimmung des StGB die Anwendung eidgenössischen Rechts, weshalb diese Frage durch den Kassationshof im vorliegenden Verfahren geprüft werden kann. Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ist insoweit einzutreten. Ob das Kassationsgericht des Kantons Zürich jedoch tatsächlich zur Prüfung der konventionskonformen Auslegung von Art. 204 StGB befugt war, bestimmt sich demgegenüber nach dem kantonalen Prozessrecht, welches im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht diskutiert werden darf (Art. 269 Abs. 1 und 273 Abs. 1 lit. b BStP). In diesem Punkt ist auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht einzutreten. bb) Die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids begründete das Kassationsgericht damit, die Verurteilung gemäss Art. 204 StGB halte vor der EMRK nicht stand. Die Vorinstanz hat also eine Bestimmung des eidgenössischen materiellen Rechts nicht angewendet, da sie (bzw. ihre Auslegung durch die Gerichtspraxis) gegen die EMRK verstosse. Im vorliegenden Verfahren steht damit die Anwendung einer bundesrechtlichen Strafbestimmung zur Diskussion. Die Frage aber, ob eine kantonale Instanz bei einem Freispruch Bundesrecht zu Recht nicht angewendet hat, da dieses sich angeblich als EMRK-widrig erweist, betrifft das Bundesrecht und kann mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfen werden. Dies ergibt sich schon aus der Funktion der Nichtigkeitsbeschwerde, welche sicherstellen soll, dass eidgenössisches Recht einheitlich angewendet wird. Eine entsprechende Kontrolle wäre dem Bundesgericht in Fällen der vorliegenden Art sonst verunmöglicht, weil die staatsrechtliche Beschwerde der Anklagebehörde nicht zur Verfügung steht und das Bundesgericht den Freispruch einer kantonalen Instanz nicht überprüfen könnte.

4. a) Das Kassationsgericht und die Beschwerdeführerin gehen davon aus, der in Frage stehende Film sei als unzüchtig im Sinne von Art. 204 StGB einzustufen. aa) Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid zusammenfassend wie folgt: Nach Art. 10 Ziff. 1 EMRK habe jedermann Anspruch auf freie Meinungsäusserung. Der Begriff "Meinung" sei weit zu fassen, und es seien darunter auch "das Kunstschaffen und dessen Hervorbringungen zu verstehen". Genau genommen sei die "Äusserungsfreiheit schlechthin" bzw. die "umfassende Freiheit individueller Kommunikation" garantiert. Da es sich vorliegend um

BGE 114 IV 116 S. 120

einen Film handle, sei auch bei unzüchtigem Inhalt "grundsätzlich von einem Kunstwerk im weitesten Sinn auszugehen". Einschränkungen müssten nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, eines der in der zitierten Bestimmung genannten Ziele verfolgen (z.B. Schutz der Gesundheit und Moral) und zudem zur Erreichung dieses Zieles notwendig (m. a. W. verhältnismässig) sein. Eine Notwendigkeit sei nur gegeben, wenn die Beschränkung einem dringenden sozialen Bedürfnis entspreche. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, da keine Gefahr bestanden habe, dass eine Person gegen ihren Willen mit dem eingeklagten Film hätte konfrontiert werden können. Wenn es also nur darum gehe, erwachsene Personen, welche in Kenntnis des Inhaltes den fraglichen Film sehen wollten, "durch strafrechtliche Verfolgung des Beschwerdeführers indirekt daran zu hindern", so könne ein dringendes soziales Bedürfnis für ein solches Vorgehen nicht erkannt werden. Insbesondere lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die sogenannte weiche Pornographie eine verrohende Wirkung auf die Bevölkerung (z.B. in Form einer Zunahme von Sittlichkeitsdelikten) hätte. Die Verurteilung habe somit vor Art. 10 EMRK nicht Bestand. Im übrigen lasse sich der Freispruch auch mit einer konventionskonformen Auslegung von Art. 204 StGB vereinbaren; dies ergebe sich u.a. aus den

gegenwärtig laufenden Bestrebungen zur Revision des Sexualstrafrechts. bb) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist zunächst die vorinstanzliche Annahme falsch, bei einem unzüchtigen Film sei grundsätzlich von einem Kunstwerk im weitesten Sinn auszugehen. Aber selbst wenn Objekte rein unzüchtigen Charakters von der Äusserungsfreiheit erfasst wären, würde durch Art. 204 StGB und dessen Auslegung durch das Bundesgericht "die gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK im Prinzip erlaubte Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit" nicht verletzt. Es sei einem demokratischen Staatswesen erlaubt, "gewisse moralische Schranken im Bereich der öffentlichen Sittlichkeit aufzustellen und das Überschreiten dieser Schranken zu bestrafen". Die in der Schweiz geltenden Schranken ständen im Einklang mit dem Vorbehalt gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK. b) Ob ein pornographischer Film als Meinungsäusserung (bzw. als "Kunstwerk im weitesten Sinn") angesehen werden muss, kann offenbleiben (vgl. aber immerhin die Beispiele in FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 1985, N 5-10 zu Art. 10 EMRK).

Wie auch die Vorinstanz anerkennt, setzt Art. 10 Ziff. 2 EMRK der Meinungsäusserungsfreiheit Schranken, deren Voraussetzungen nach Ansicht des Kassationsgerichts jedoch in casu nicht gegeben sind. aa) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützt Art. 204 StGB primär die öffentliche Sittlichkeit als einen Teil der öffentlichen Ordnung; m. a. W. sollen die für eine Gemeinschaft wesentlichen sittlichen Werte nicht durch unzüchtige Veröffentlichungen gefährdet werden (BGE 100 IV 236). Dies aber besagt nichts anderes, als dass es um den in Art. 10 Ziff. 2 EMRK ausdrücklich erwähnten Schutz der Moral geht. Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass es einen nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK berechtigten Zweck darstelle, die Moral der Jugend zu schützen (Fall Handyside, EuGRZ 1977 S. 45). Es ist nicht einzusehen, wieso nicht auch die Moral erwachsener Personen (unter denen sich ebenfalls labile und leicht beeinflussbare Menschen befinden) und damit die gesamtgesellschaftliche Moral schützenswert sein sollten. Jedenfalls liegt diese Ansicht im Rahmen des vom Europäischen Gerichtshof den Vertragsstaaten eingeräumten Ermessens, welches den verschiedenen Standpunkten Rechnung trägt, die in einer demokratischen Gesellschaft hinsichtlich der Erfordernisse des Schutzes der Moral vorherrschen können. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Entscheid vom 24. Mai 1988 i.S. Müller (Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 133) festgestellt, gestützt auf Art. 204 StGB, ziele die Verurteilung des Betroffenen auf den Schutz der Moral; man suche diesbezüglich in den Rechts- und Sozialordnungen der verschiedenen Vertragsstaaten vergeblich nach einem einheitlichen Begriff; die Vorstellungen, die sich die Staaten vom Begriff "Moral" machten, veränderten sich im Verlaufe der Zeit und von Gegend zu Gegend; dies besonders in unserer Zeit, die charakterisiert sei durch eine tiefgreifende Entwicklung der auf diesem Gebiet herrschenden Auffassungen; dank ihrer direkten und ständigen Kontakte mit den bestehenden Strömungen im eigenen Land seien die staatlichen Behörden grundsätzlich besser als der internationale Richter in der Lage, sich zum genauen Inhalt des Begriffs "Moral" zu äussern (Entscheid i.S. Müller Ziff. 35; vgl. ferner FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 1985, N 31 zu Art. 10 EMRK).
bb) Die Vorinstanz verneint die Notwendigkeit bzw. das dringende soziale Bedürfnis zum strafrechtlichen Eingreifen, wenn

sichergestellt sei, dass niemand gegen seinen Willen mit den unzüchtigen Veröffentlichungen konfrontiert wird. Diese Auffassung ist nach der feststehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung unhaltbar. Der Europäische Gerichtshof hat sich in seinem bereits zitierten Entscheid i.S. Müller auch mit der Frage der Notwendigkeit von Massnahmen befasst und festgestellt: Dank ihrer engen Kontakte mit den bestehenden Anschauungen im eigenen Land seien die staatlichen Behörden nicht nur grundsätzlich besser als der internationale Richter in der

Lage, sich zu den herrschenden Moralvorstellungen zu äussern, sondern auch zur Notwendigkeit von Sanktionen oder Einschränkungen (Ziff. 35; vgl. ferner FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 1985, N 31 zu Art. 10 EMRK). Auch hinsichtlich dieser Frage räumt der Europäische Gerichtshof den Vertragsstaaten einen erheblichen Ermessensspielraum ein (s. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 1985, N 27 zu Art. 10 EMRK). Im Fall Müller kam der Europäische Gerichtshof zum Schluss, die Verurteilung verletze Art. 10 EMRK nicht. Zur Beurteilung standen unzüchtige Gemälde, die der Maler anlässlich der "Fri-Art 81" ausgestellt hatte (vgl. Ziff. 36). Der Unterschied zum heute zu beurteilenden Fall besteht darin, dass in casu keine Erwachsenen gegen ihren Willen und keine Jugendlichen mit dem inkriminierten Film "New York City" konfrontiert wurden. Aber auch in Fällen dieser Art ist eine Bestrafung zulässig. Wie oben dargelegt, geht es beim Art. 204 StGB um den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Moral. Es soll verhindert werden, dass unzüchtige Gegenstände verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden können. Um dieses Ziel zu erreichen, wurde eine Verbotsnorm aufgestellt und diese mit strafrechtlichen Sanktionen ausgestattet. Eine solche Strafnorm ist notwendig, weil der angestrebte Schutz auf andere Weise gar nicht (oder jedenfalls nicht in gleich wirksamer Weise) erreicht werden könnte. cc) Die hier vertretene Auffassung rechtfertigt sich um so mehr, als vorliegend ein Film zur Beurteilung steht, den als Meinungsäusserung zu betrachten ohnehin fragwürdig erscheint. Die Europäische Menschenrechtskommission hat sich in einem ähnlich gelagerten Entscheid nicht näher mit dem Begriff der Moral und dem Inhalt eines beschlagnahmten pornographischen Buches befasst, da sie darauf hinweisen konnte, dass es sich jedenfalls nicht um ein Werk mit künstlerischem oder wissenschaftlichem Anspruch handle (Entscheid Nr. 5777/72 vom 5. April 1974,

veröffentlicht in: Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights, Bd. 45, S. 87 ff. und insbesondere S. 88 unten). Im übrigen erscheint es als rechtsmissbräuchlich, sich auf die Meinungsäusserungsfreiheit als Grundrecht unserer Gesellschaft zu berufen in einem Fall, in dem es dem Täter in Wirklichkeit gar nicht um eine Äusserung zu wissenschaftlichen, politischen oder gesellschaftlichen Belangen oder um eine künstlerische Aussage, sondern offensichtlich einzig um handfeste finanzielle Gewinne aus dem Sexgeschäft geht. dd) Es besteht kein Anlass, auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil zur geplanten Revision des Sexualstrafrechts einzugehen, da die Verurteilung des Beschwerdegegners nach dem Gesagten nicht im Widerspruch mit der EMRK steht. c) Die Nichtanwendung von Art. 204 StGB mit dem Argument, eine Bestrafung sei nicht konform mit Art. 10 Ziff. 2 EMRK, verletzt somit Bundesrecht. Es kann bei dieser Sachlage offenbleiben, ob die rechtsanwendenden Behörden Bundesgesetze überhaupt daraufhin überprüfen dürfen, ob sie mit der EMRK im Einklang stehen (vgl. dazu ARTHUR HAEFLIGER in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, S. 39 mit Hinweisen). Der angefochtene Entscheid ist demnach antragsgemäss aufzuheben, soweit er den Freispruch von der Anklage der unzüchtigen Veröffentlichung betrifft. Da der Kassationshof in diesem Urteil keine Rechtsfrage abweichend von einem früheren Entscheid einer anderen Abteilung oder mehrerer Abteilungen oder des Gesamtgerichts beurteilt hat, ist ein Vorgehen nach Art. 16 OG nicht notwendig.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich wird gutgeheissen, der Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Mai 1988 aufgehoben, soweit er den Freispruch von der Anklage der unzüchtigen Veröffentlichung betrifft, und die Sache zur Ausfällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückgewiesen.