Urteilskopf

117 IV 457

80. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 6. Dezember 1991 i.S. F. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 204 StGB; unzüchtige Veröffentlichungen, Sexshop.

Das Anbieten, Vorrätighalten und Verbreiten von Erzeugnissen der sogenannten weichen Pornographie in einem besonderen, als solchem gekennzeichneten Sexshop, in dem keine anderen Waren als pornographische Erzeugnisse angeboten werden, erfüllt den Tatbestand nicht, sofern für den Sexshop nicht öffentlich - etwa durch Ausstellung pornographischer Bilder oder Gegenstände im Schaufenster - Werbung betrieben und Jugendlichen unter 18 Jahren der Zutritt verwehrt wird.

Regeste (fr):
Art. 204 CP; publications obcènes, sex-shop.

La mise en vente, la détention et la diffusion de produits relevant de la pornographie douce dans un lieu particulier connu et désigné comme un sex-shop, dans lequel ne sont offertes que des marchandises pornographiques, ne réalisent pas l'infraction réprimée par cette disposition, à condition que ces produits ne contribuent pas à la publicité du magasin - par l'exposition en vitrine d'images ou d'objets pornographiques - et que celui-ci ne soit pas ouvert aux moins de 18 ans.

Regesto (it):
Art. 204 CP; pubblicazioni oscene, sex shop.

L'offerta, la detenzione e la diffusione di prodotti di pornografia leggera in un locale a ciò destinato, conosciuto e indicato come sex shop, in cui sono offerte esclusivamente merci pornografiche, non adempiono la fattispecie legale dell'art. 204 CP, sempreché tali prodotti non contribuiscano - mediante l'esposizione in vetrina di immagini o di oggetti pornografici - alla pubblicità del negozio e che a quest'ultimo non abbiano accesso persone minori di 18 anni.

Sachverhalt ab Seite 458

BGE 117 IV 457 S. 458

A.- F. führte in der Zeit vom 12. Januar bis 1. Februar 1989 den Erotikshop "T." in R., in welchem Lokal er Filme und Schriften pornographischen Inhalts zum Verkauf oder zur Vermietung anbot. Mit Strafbefehl vom 16. August 1989 verurteilte das Bezirksamt Aarau F. gemäss Art. 204 Ziff. 1 StGB zu einer Busse von Fr. 1'000.–. Die beschlagnahmten Schriften und Filme wurden gemäss Art. 58 StGB eingezogen. Dagegen erhob F. Einsprache. Mit Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 31. Januar 1990 wurde er von Schuld und Strafe freigesprochen. In Gutheissung einer von der Staatsanwaltschaft geführten Berufung hob das Obergericht des Kantons Aargau das vorinstanzliche Urteil auf, sprach F. der unzüchtigen Veröffentlichung im Sinne von Art. 204 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 1'000.–. Die beschlagnahmten Filme und Magazine zog es gemäss Art. 58 in Verbindung mit Art. 204 Ziff. 3 StGB ein.

B.- F. erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu seiner Freisprechung zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Beschwerdeführer hat in dem von ihm betriebenen Erotikshop unbestrittenermassen Videokassetten und Magazine feilgeboten, die sich allesamt auf die Darstellung ungehemmter sexueller Praktiken beschränkten. Nach den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts werden in den Filmen und Zeitschriften meist in Nah- und Detailaufnahmen primäre und sekundäre Geschlechtsteile sowie der Geschlechtsakt in verschiedensten Variationen dargestellt. Die Vorinstanz hält ferner unter Verweisung auf das Urteil des Bezirksgerichts Aarau fest, in den

fraglichen Filmen und Magazinen würde "durchwegs die ganz normale menschliche Sexualität, wie sie von einem Grossteil der Bevölkerung praktiziert werde", gezeigt; jegliche Szenen abnormer menschlicher Sexualität (Perversion), d.h. solche mit Kindern, Tieren und unter Gewaltanwendung, fehlten. b) Nach Auffassung des Obergerichts verletzen die fraglichen Filmkassetten und Schriften in krasser Weise das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen, so dass keinem Zweifel unterliegen könne, dass es sich dabei um derbe Pornographie und mithin um unzüchtige Gegenstände im Sinne von Art. 204 StGB handle. c) Der Beschwerdeführer macht demgegenüber zunächst geltend, Massstab für die Entscheidung der Frage, was als unzüchtig im Sinne von Art. 204 StGB zu verstehen ist, sei das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Bürgers. Dieser Massstab habe sich im Laufe der Zeit gewandelt. Insbesondere sei heute die Toleranz grösser geworden und es werde vieles heute als normal empfunden, was früher als unzüchtig gegolten habe. Unter diesen Umständen erschienen die von ihm verkauften und vorrätig gehaltenen Waren für den Durchschnittsbürger längst nicht mehr als anstössig, sondern seien mittlerweile zu gewöhnlichen Konsumgütern geworden.

2. a) Gemäss Art. 204 Ziff. 1 StGB wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer unzüchtige Schriften, Bilder oder andere unzüchtige Gegenstände unter anderem herstellt, verkauft, verbreitet oder sonstwie in Verkehr bringt. Der Begriff "unzüchtig" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der wertender Auslegung durch den Richter bedarf (BGE 109 IV 122, BGE 103 IV 97, BGE 100 Ib 386 E. 4a). Die Interpretation eines solchen Begriffs durch die kantonale Instanz als Frage des Bundesrechts wird vom Bundesgericht grundsätzlich in freier Kognition überprüft. In Grenzfällen weicht das Bundesgericht aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. dazu BGE 116 IV 314 f. zum Begriff des besonders gefährlichen Raubes). b) Art. 204 StGB schützt primär die öffentliche Moral und Sittlichkeit als Teil der öffentlichen Ordnung (BGE 114 IV 24 /5, BGE 100 IV 236, BGE 89 IV 137). Die für eine Gemeinschaft wesentlichen sittlichen Werte sollen durch unzüchtige Veröffentlichungen nicht gefährdet werden. Nach der Rechtsprechung gilt als unzüchtig, was den geschlechtlichen Anstand verletzt, indem es in nicht leichtzunehmender

Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen verstösst; für die Grenzziehung zwischen unzüchtigen Darstellungen und solchen, die gewagt, aber noch erlaubt sind, ist das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Bürgers, der weder besonders empfindsam noch sittlich verdorben ist, massgebend (BGE 100 IV 236, BGE 96 IV 69, BGE 89 IV 197 /8, BGE 87 IV 74, BGE 86 IV 19, 83 IV 24/5, BGE 79 IV 126/7). Bei der Beurteilung des Charakters einer Veröffentlichung sind die gesamten Begleitumstände wie der Ort und die Art der Veröffentlichung sowie der Kreis der Personen, für den sie bestimmt ist, zu berücksichtigen (BGE 96 IV 69). Nach der Rechtsprechung ist schliesslich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich die Anschauungen der Allgemeinheit über Sitte und Moral und damit auch über den Begriff des Unzüchtigen im Laufe der Zeit geändert haben; der Strafrichter hat sich demnach in Fällen, die nicht unter die eigentliche Pornographie fallen, Zurückhaltung aufzuerlegen und Art. 204 Ziff. 1 StGB erst anzuwenden, wenn die Darstellung geschlechtlicher Vorgänge eindeutig den von der überwiegenden Mehrheit des Volkes getragenen sittlichen Vorstellungen zuwiderläuft und somit als Störung oder Belästigung der sozialen Ordnung angesehen werden muss (BGE 96 IV 70 f.). In einem neueren Entscheid (BGE 117 IV 276; vgl. auch BGE 117 IV 283) hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorherrschenden Anschauungen der Allgemeinheit über Sitte und Anstand nicht mit exakter Sicherheit feststellen liessen. Die beispielsweise in einem Gesetzes- oder Revisionsentwurf enthaltenen Grundgedanken könnten aber als Ausdruck der allgemeinen "Entwicklungstendenz" auf einem bestimmten Rechtsgebiet gewürdigt und in diesem Sinn - mit der notwendigen Zurückhaltung - übernommen werden (BGE 117 IV 279 ff. E. 3c mit Verweisungen). Gestützt auf den Umstand, dass die Tatbestände des Sexualstrafrechts, zu denen die Bestimmung über die unzüchtige Veröffentlichung gehört, geändert und den heutigen kriminalpolitischen Bedürfnissen und den veränderten gesellschaftlichen Auffassungen angepasst werden sollten (Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II S. 1011 und 1064), ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass aufgrund der veränderten Anschauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte sexuell betonte Darstellungen, jedenfalls sofern sie ein bestimmtes Mass nicht überschritten, nicht

mehr als strafwürdig empfunden würden. Dementsprechend hat es erkannt, dass den veränderten Anschauungen jedenfalls insoweit Rechnung zu tragen sei, als in Analogie zu Art. 197 des Revisionsentwurfs beziehungsweise der Referendumsvorlage sogenannte weiche Pornographie nicht mehr in jedem Fall unter Art. 204 StGB fallen muss. Bei Kinovorführungen sei dies zu verneinen, wenn gewährleistet sei, dass der Kinobesucher im voraus über Gegenstand und Charakter des Films aufgeklärt werde und noch nicht 18jährigen Personen der Zutritt untersagt sei (BGE 117 IV 281 f. E. 3e). Daran ist auch zum heutigen Zeitpunkt, da die eidgenössischen Räte die Gesetzesänderung am 21. Juni 1991 unter dem Vorbehalt des fakultativen Referendums verabschiedet haben (BBl 1991 II 1490), festzuhalten. Dass in der Zwischenzeit gegen die Gesetzesvorlage das Referendum ergriffen worden ist (BBl 1991 IV 530), vermag ein Abweichen von der neuen Rechtsprechung nicht zu rechtfertigen, da die Gesetzesänderung alle strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität umfasst und daher nicht ersichtlich ist, gegen welche Bestimmungen sich das Referendum zur Hauptsache richtet. Im übrigen trifft auch bei dieser Sachlage zu, dass der Umstand, wonach der Vorlage jedenfalls hinsichtlich der neuen Pornographiebestimmung im breit abgestützten Vernehmlassungsverfahren und im Parlament keine Opposition erwachsen ist, ein deutlicher Ausdruck der veränderten "sozialethischen Auffassungen ist, die im Sexualstrafrecht Milderungen angezeigt erscheinen lassen" (BGE 117 IV 281 E. 3c a.E. mit Hinweis auf SCHULTZ, ZSR 110/1991 S. 183).

3. a) Die für die Vorführung von Sexfilmen in Kinos entwickelten Grundsätze gelten auch für den Verkauf von pornographischen Schriften und Gegenständen in sogenannten Sexshops. Mit der neuen Pornographiebestimmung in der noch dem Referendum unterworfenen Fassung vom 21. Juni 1991 (Art. 197 Ziff. 1 StGB), deren Grundgedanken nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für das geltende Recht bedeutsam sind, verfolgt das Strafrecht drei Hauptaufgaben: Zunächst sollen junge Menschen vor der Konfrontation mit jeglicher pornographischer Darstellung bewahrt werden; ferner soll verhindert werden, dass jemand gegen seinen Willen Darstellungen sexuellen Inhalts wahrnimmt; schliesslich soll harte Pornographie schlechthin verboten werden. Rechtsgut des neu vorgesehenen Art. 197 Ziff. 1 StGB ist die ungestörte sexuelle Entwicklung Jugendlicher. Dem Schutz

dieser Entwicklung dient auch das gänzliche Verbot der Verbreitung jeglicher Art von Pornographie durch Radio und Fernsehen, da sich der Empfängerkreis bei diesen Medien nicht begrenzen lässt (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1089; ähnlich die deutsche Regelung in § 184 dtStGB). b) Die Vorinstanz hat unter Verweis auf das Bezirksgericht Aarau festgestellt, die im vom Beschwerdeführer geführten Erotikshop feilgebotenen Magazine und Videokassetten zeigten ausschliesslich die "ganz normale Sexualität, wie sie von einem Grossteil der Bevölkerung praktiziert wird"; Darstellungen harter Pornographie fänden sich im Angebot nicht. Nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die betreffenden Schriften bei dieser Sachlage entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht in jedem Fall als unzüchtige Veröffentlichungen im Sinne von Art. 204 StGB zu werten. c) Bei der Beurteilung des Charakters der Veröffentlichung sind auch Art und Ort derselben sowie der Kreis der Personen, für den sie bestimmt ist, zu berücksichtigen. Diese Begleitumstände sind im Zusammenhang mit den genannten Zweckgedanken der Pornographiebestimmung zu sehen. Im zu beurteilenden Fall hat der Beschwerdeführer die pornographischen Erzeugnisse in einem sogenannten Sexshop feilgehalten. Derartige Lokale, in welchen ausschliesslich weiche Pornographie abgesetzt wird, genügen dem Schutzgedanken der Pornographiebestimmung, wenn sie folgende Bedingungen erfüllen: Sie müssen eindeutig als Sexshops gekennzeichnet sein, sie dürfen nicht öffentlich, etwa durch Zurschaustellung pornographischer Abbildungen oder Gegenstände im Schaufenster, Werbung betreiben, und schliesslich muss Jugendlichen unter 18 Jahren - in Anlehnung an Art. 204 Ziff. 2 StGB und noch nicht nach der Grenze von 16 Jahren nach dem noch dem Referendum unterliegenden Art. 197 - der Zutritt verwehrt werden. Unter diesen Bedingungen ist der Jugendschutz in genügendem Masse gewährleistet und auch sichergestellt, dass niemand unfreiwillig mit Darstellungen pornographischen Inhalts konfrontiert wird. Zu unterstreichen ist, dass dies nur gilt, wenn in den betreffenden Lokalen keine harte Pornographie gehandelt wird. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist den veränderten Anschauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte insofern Rechnung zu tragen, als das Anbieten, Vorrätighalten

und Verbreiten von Erzeugnissen der sogenannten weichen Pornographie in besonderen, als solche gekennzeichneten Sexshops, die keine anderen Waren als pornographische Erzeugnisse anbieten, grundsätzlich nicht mehr unter Art. 204 StGB fällt. d) Die kantonalen Entscheide setzen sich ausschliesslich mit dem Begriff des unzüchtigen Gegenstandes auseinander. Darüber, ob der vom Beschwerdeführer betriebene Erotikshop als solcher ausdrücklich gekennzeichnet war und ob er durch Schaufensterauslagen auf die darin angebotenen Erzeugnisse aufmerksam gemacht hat, finden sich keine Ausführungen. Ebenfalls keine Feststellungen getroffen

hat das Obergericht hinsichtlich einer Zutrittsbeschränkung für Jugendliche. Hingegen ergibt sich aus den kantonalen Untersuchungsakten ein entsprechender Hinweis. Es wird festgehalten, dass die Schaufensterscheiben des Ladenlokals bis obenhin verdeckt seien, so dass zufällig vorbeispazierende Passanten keinen Einblick in den Sexshop erhielten. An der Ladentüre sei zudem der Vermerk angebracht, dass der Zutritt erst ab 18 Jahren erlaubt sei.