Urteilskopf

133 IV 31

4. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.355/2006 vom 7. Dezember 2006

Regeste (de):
Art. 197 Ziff. 3 StGB; Pornographie, Nacktbilder von Kindern.

Schnappschüsse von einem in einem Liegestuhl sitzenden nackten Mädchen, auf welches bei der Aufnahme nicht eingewirkt worden ist, erfüllen den Tatbestand der Pornographie mit Kindern nicht (E. 6).

Regeste (fr):
Art. 197 ch. 3 CP; pornographie, images d'enfants nus.

Des photographies prises au vol d'une fillette assise nue sur une chaise longue, sans aucune participation demandée à l'enfant, ne réalisent pas l'infraction de pornographie avec des enfants (consid. 6).

Regesto (it):
Art. 197 n. 3 CP; pornografia, immagini di fanciulli nudi.

Le fotografie di una bambina nuda seduta su una sedia a sdraio, scattate approfittando di un momento di spontaneità della piccola, non adempiono la fattispecie legale di pornografia con fanciulli (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 31

BGE 133 IV 31 S. 31

A. Das Bezirksgericht Zürich erklärte X. mit Urteil vom 25. November 2005 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB (Dias Nr. 31 und 32) sowie der Tätlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu 12 Monaten Gefängnis unter Anrechnung des

BGE 133 IV 31 S. 32

ausgestandenen Polizeiverhafts und unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Probezeit von 3 Jahren. Von der Anklage der mehrfachen Pornographie bezüglich der Dias Nr. 26 und 29 sowie der sexuellen Handlungen mit Kindern in einem Fall ("sich Entblössen vor Kindern") sprach es ihn frei. Ferner verpflichtete es X. grundsätzlich, seiner geschädigten Tochter Ersatz für den aus den beurteilten Delikten entstandenen Schaden zu bezahlen, und verurteilte ihn zur Bezahlung einer Genugtuung in der Höhe von Fr. 4'000.-. Schliesslich entschied es über die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände.

Eine vom Beurteilten erhobene Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zürich teilweise gut und setzte die Freiheitsstrafe auf 8 Monate Gefängnis herab, unter Anrechnung des ausgestandenen Polizeiverhafts und mit bedingtem Strafvollzug unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren. Im Schuldpunkt bestätigte es das erstinstanzliche Urteil. Die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Geschädigten wies es ab.

B. X. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, verschiedene Ziffern des angefochtenen Dispositivs seien aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Nichtigkeitsbeschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...) Im Weiteren stellt die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer habe im Juni 2002 bei einem Ferienaufenthalt in der Toskana seine Tochter, welche mit gespreizten Beinen auf einem Liegestuhl sass, so dass deren Genitalbereich klar und somit sexuell motiviert ersichtlich gewesen sei, zwei Mal abfotografiert. In Bezug auf ein weiteres Foto sah die Vorinstanz den Tatbestand im Gegensatz zur ersten Instanz nicht als erfüllt an. (...)

5.

5.1

5.1.1 In Bezug auf den Vorwurf der Pornographie nimmt die Vorinstanz in objektiver Hinsicht an, die Dias Nr. 31 und 32 rückten den Genitalbereich der fotografierten Tochter derart in den Vordergrund, dass diese auf ihr blosses Sexualorgan reduziert werde. Diese Darstellung des Kindes sei klar geeignet, pädosexuell veranlagte

Betrachter sexuell aufzureizen. Da es sich bei Art. 197 Ziff. 3 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle und auch der Aspekt des indirekten Missbrauchs von Kindern zu berücksichtigten sei, sei der Einwand, die Aufnahmen stellten Schnappschüsse dar, unbehelflich. Die erste Instanz nahm in diesem Punkt an, der Genitalbereich des Mädchens sei derart in den Mittelpunkt des Bildes gerückt, dass dem übrigen Bildinhalt keinerlei Bedeutung zukomme. Es handle sich nicht mehr bloss um das fotografische Einfangen nackter Kinder. Der Beschwerdeführer habe seine Tochter in der eindeutigen Stellung belassen und sie fotografiert. Die Darstellung läge ausserhalb des sozial akzeptierten Rahmens und könne der sexuellen Erregung pädosexuell veranlagter Personen dienen. Der Zusammenhang mit dem Ferienaufenthalt in der Toskana fehle auf den Dias. Es sei auf den Bildern keine Aktion wie Umkleiden, Spielen, Spass machen oder ähnliches zu erkennen. Lediglich die Genitalien des Mädchens stünden im Mittelpunkt der Bilder und die Nacktheit sei aus dem Zusammenhang gerissen.

5.1.2 In subjektiver Hinsicht hält die Vorinstanz fest, es komme nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer die Aufnahmen aus sexuellen Motiven hergestellt habe. Vielmehr genüge das Wissen, dass eine Darstellung landläufig nach laienhafter Sicht als unzüchtig beurteilt werde. Dem Beschwerdeführer habe aufgrund seiner

Herkunft, Bildung und Position in der Gesellschaft bewusst sein müssen, dass die Dias nach allgemeiner Anschauung als unzüchtig beurteilt würden.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die fraglichen Dias seien an einem belebten öffentlichen Badestrand in der Toskana in unmittelbarer Gegenwart der Ehefrau aufgenommen worden. Es sei unbestritten, dass er während dieser Aufnahmen in keiner Weise auf seine Tochter eingewirkt habe. Er führt ferner aus, die Darstellung des nackten kindlichen Körpers sei an sich nicht pornographisch, namentlich wenn ihr in keiner Weise entnommen werden könne, dass der Täter bei deren Herstellung auf die Kinder eingewirkt habe. Dies müsse unabhängig davon gelten, ob die Fotos später zur sexuellen Erregung verwendet würden. Im zu beurteilenden Fall erweckten die Schnappschüsse nicht einmal ansatzweise den Gesamteindruck von objektiv auf sexuelle Aufreizung angelegten, primär auf den Genitalbereich konzentrierten, aus jedem realistischen

Zusammenhang gerissenen, kinderpornographischen Erzeugnissen. Im Übrigen sei auch der subjektive Tatbestand nicht erfüllt. Er habe mit seinen Dias nicht in Kauf genommen, irgend jemanden sexuell aufzureizen oder zu erregen. Dies werde ihm auch von der Vorinstanz nicht vorgeworfen. Die Vorinstanz habe daher auch den Vorsatz zu Unrecht bejaht.

6.

6.1 Nach Art. 197 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer pornographische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornographische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet. Gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB, die sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht. Der am 1. April 2002 in Kraft getretene Art. 197 Ziff. 3bis StGB erklärt nunmehr auch den Erwerb, das Sich-Beschaffen sowie den Besitz solcher Darstellungen oder Darbietungen für strafbar, enthält aber eine im Vergleich zu Art. 197 Ziff. 3 StGB herabgesetzte Strafandrohung.

6.1.1 Der Begriff der Pornographie setzt einerseits voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergröbert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; BGE 128 IV 260 E. 2.1, je mit Hinweisen).

6.1.2 Das Verbot der harten Pornographie gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB bezweckt neben der ungestörten Entwicklung Jugendlicher (vgl. Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB; BGE 131 IV 64 E. 10.1.2 mit Hinweisen) zusätzlich den Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse und damit mittelbar die Bewahrung potentieller "Darsteller" vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung. Ein Werk ist schon als kinderpornographisch zu betrachten, wenn daraus erkennbar ist, dass seine vorsätzliche Herstellung in der Schweiz nach Art. 187 StGB strafbar wäre.

Nach der Rechtsprechung ist nicht ausgeschlossen, dass Nacktaufnahmen von Kindern auch ohne besondere Betonung des Genitalbereichs als pornographisch qualifiziert werden können. In jedem Fall erfüllt derjenige den Tatbestand der harten Pornographie gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB, welcher das Kind mit entblösstem Genitalbereich in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung posieren lässt und fotografiert, unabhängig davon, ob er dabei selbst sexuelle Regungen verspürt oder das Kind die sexuelle Bedeutung der Handlung erkennt. Von vornherein als nicht pornographisch sind hingegen Fotos des nackten kindlichen Körpers zu betrachten, denen in keiner Weise entnommen werden kann, dass der Täter bei der Herstellung auf die Kinder eingewirkt hat (z.B. Schnappschüsse am Strand oder in der Badeanstalt). Dies muss unabhängig davon gelten, ob die Fotos später zur sexuellen Erregung verwendet werden (BGE 131 IV 64 E. 11.2; BGE 128 IV 25 E. 3a S. 28 mit Hinweisen).

6.2 Die Vorinstanz erachtet als tatbestandsmässig die beiden Fotos, auf welchen das etwa dreijährige Mädchen an einem Strand nackt mit angewinkelten gespreizten Beinen auf einem Liegestuhl sass, so dass seine Scheide deutlich sichtbar war. Auf dem einen Foto der beiden dieselbe Situation festhaltenden Bilder blickt das Kind mit ernstem Gesichtsausdruck in die Kamera, auf dem anderen lacht es. Mit den Händen hält es sich seitlich am Liegestuhl fest. Die Mutter des Kindes schilderte die Situation um die Entstehung des Bildes in den Untersuchungsakten folgendermassen: Wir waren am Strand. Die Tochter hatte nasse Sachen an und da ich wollte, dass sie etwas Trockenes anzieht, habe ich sie ausgezogen. Sie legte sich dann auf einen Liegestuhl, wobei sie dann die Beine - wie Kinder halt so sind - auseinander hielt. Mein Mann hat dies sofort fotografiert, obwohl ich dies nicht wollte. Daraus wie sich das Bild darstellt und wie es nach der Schilderung der Mutter entstanden ist, erhellt ohne weiteres, dass es sich bei der Aufnahme um eine natürliche Situation handelt. Der Beschwerdeführer hat offensichtlich bei der Herstellung nicht auf das Kind eingewirkt. Weder Gesichtsausdruck noch Pose des Kindes deuten zudem darauf hin, dass das Foto darauf ausgerichtet gewesen wäre, den Betrachter sexuell aufzureizen. Dies ganz im Gegensatz zu anderen Bildern, die das Bundesgericht in früheren Entscheiden zu beurteilen hatte. So namentlich in einem Fall, in welchem Bilder vorlagen, auf welchen ein Mädchen seine Scheide mit den Händen spreizte bzw. seinen Slip zur Seite zog, um den Blick auf die entblösste

Vagina zu ermöglichen (vgl. BGE 128 IV 25 E. 2a; vgl. auch BGE 131 IV 64 E. 10.2 und 11.3). Demgegenüber handelt es sich bei den hier zu beurteilenden Bildern nicht um kinderpornographische Erzeugnisse, sondern um eigentliche Schnappschüsse, die den Tatbestand der Pornographie mit Kindern gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB nicht erfüllen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.