

Oberlandesgericht Graz

9 Bs 304/00 – Urteil vom 24. November 2000

Gründe:

„Mit dem angefochtenen Urteil, es enthält auch einen rechtskräftigen Teilfreispruch und eine Teilabweisung des Verfallsantrages, wurde der Angeklagte N. N. des Vergehens nach § 1 Abs 1 lit a, b und c PornG schuldig erkannt und hierfür gemäß dem Abs 2 des § 1 PornG in Anwendung des § 37 Abs 1 StGB zur Geldstrafe von 200 Tagessätzen ä 5 200,--, im Uneinbringlichkeitsfall zu 100 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe, und gemäß § 389 Abs 1 StPO zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens verurteilt. Gemäß § 3 Abs 1 PornG erkannte das Erstgericht auf den Verfall der im Rahmen des Schuldspruchs bezeichneten Videokassetten einschließlich ihrer Schutzhüllen.

Nach dem Spruch des Erstgerichtes hat der Angeklagte zwischen Dezember 1996 und 11.9.1998 in Graz als Betreiber eines Videogeschäftes im Rahmen einer Einzelfirma „XY“ in gewinnstüchtiger Absicht unzüchtige Laufbilder, nämlich Videofilme mit Darstellungen harter Pornografie zum Zwecke der Verbreitung vorrätig gehalten, in das Bundesgebiet eingeführt sowie anderen angeboten und überlassen, und zwar Filme mit Darstellungen von Unzuchtsakten mit Personen des gleichen Geschlechtes (homosexueller und lesbischer Natur), teilweise zusätzlich verbunden mit Darstellungen sexueller Gewalttätigkeiten, mit Unzuchtsakten mit Tieren und fäkal-pornografischen Darstellungen, wobei die wie folgend betitelten Videokassetten solche Darstellungen harter Pornografie enthalten, und zwar von Unzuchtsakten

(A) von Personen desselben Geschlechts homosexueller oder lesbischer Natur mit intensivem sexualbezogenem Stimulieren der Geschlechtsorgane samt gleichzeitiger zentraler, exzessiver, verzerrender und auf die geschlechtliche Handlung allein reduzierter sowie teilweise abstoßender Darstellung dieser geschlechtlichen Handlungen (es folgt die Auflistung von Videofilmen nach einer laufenden Nummer und unter Angabe des Filmtitels);

(B) von Personen desselben Geschlechts homosexueller oder lesbischer Natur mit intensivem sexualbezogenem Stimulieren der Geschlechtsorgane samt gleichzeitiger zentraler, exzessiver, verzerrender und auf die geschlechtliche Handlung allein reduzierter sowie teilweise abstoßender Darstellung dieser geschlechtlichen Handlungen, verbunden mit Darstellungen sexueller Gewalttätigkeiten, von Unzuchtsakten mit Tieren und mit fäkal-pornografischen Darstellungen, wobei die wie folgend betitelten Videokassetten solche Darstellungen derartiger harter Pornografie enthalten, und zwar (es folgt die Auflistung von Videofilmen nach einer laufenden Nummer und unter Angabe des Filmtitels).

Gegen das Urteil meldete der Angeklagte rechtzeitig die Berufung wegen Nichtigkeit sowie wegen des Ausspruches über die Schuld und die Strafe an. Die Ausführung der Berufung erfolgte verspätet.

Auf die Berufung des Angeklagten wegen vorliegender Nichtigkeitsgründe war dem § 467 Abs 2 StPO gemäß keine Rücksicht zu nehmen, da er weder bei der Anmeldung der Berufung noch in einer rechtzeitigen Berufungsschrift ausdrücklich erklärte, welche Nichtigkeitsgründe er geltend machen wolle.

Die Berufung wegen des Ausspruches über die Schuld bleibt erfolglos.

Dem Rechtsmittel zuwider konnte das Erstgericht ohne Verstoß gegen Denkgesetze und die allgemeinLebenserfahrung die Annahme des subjektiven Tatbestandes auch bezüglich der Videokassetten mit sodomitischem Inhalt auf die schriftlichen Aufzeichnungen des Angeklagten, die Preisbezeichnungen und darauf stützen, dass ein „Durchrutschen“ dieser Kassetten im Zuge eines Umtauschs gegen andere, nicht tierpornografische Kassetten unwahrscheinlich ist. Insofern die Beweisrüge gegen den vom Erstgericht angenommenen Beginn des Tatzeitraumes (Dezember 1996) remonstriert, tangiert sie keine entscheidungswesentliche Feststellung.

Aus Anlass der Berufung musste sich das Rechtsmittelgericht davon überzeugen, dass der Schuldspruch des Erstgerichtes zu (A) und teilweise auch zu (B) mit dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO behaftet ist. Da die materielle Nichtigkeit zum Nachteil des Angeklagten ausschlägt, war sie dem § 477 Abs 1 StPO gemäß von Amts wegen aufzugreifen.

Das Erstgericht wendete das Strafgesetz insoferne unrichtig an, als es den objektiven Tatbestand des § 1 Abs 1 a, b und c auch bezüglich der vom Freispruch des Berufungsgerichtes umfassten Videokassetten als erfüllt ansah.

Pornografie an sich ist eine exzessiv aufdringliche, anreißerisch verzerrte und nur das Obszöne betonende, den Wertvorstellungen der Gesellschaft in geschlechtlicher Hinsicht gröblich widersprechende Darstellung von Geschlechtsakten (OGH vom 13.9.1988, 15 Os 100/88). Solches ist bei sämtlichen Videokassetten der Fall, die dem Schuldspruch des Erstgerichtes zugrundeliegen. Dass eine Darstellung in diesem Sinne pornografisch ist, sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob Unzüchtigkeit im Sinne des § 1 PornG vorliegt, ist doch die Auslegung dieses vom Gesetz nicht näher beschriebenen normativen Begriffes im Wandel der Zeiten und der gesellschaftlichen Anschauungen mancherlei Änderungen unterworfen. Konsequenz dessen, war (jedenfalls bislang) eine Verabsolutierung dessen, was nach dieser Gesetzesstelle toleriert und was nicht toleriert ist, nicht möglich (vgl OGH (verst. Senat) vom 6.6.1977, 13 Os 39/77 - EvBl 1977/186)

An der Gültigkeit dieser vom Höchstgericht dokumentierten Kategorien hat sich nichts geändert. Das ebenfalls in der zitierten Entscheidung enthaltene Interpretationspostulat, dass nämlich auch hier das Strafrecht erst dann einzugreifen hat, wenn ein Verhalten vorliegt, das das Zusammenleben grob stört, hat uneingeschränkte Gültigkeit. Legt man, davon ausgehend, den normativen Begriff der Unzüchtigkeit im Sinne des § 1 PornG den (aktuellen) Wertvorstellungen der Gesellschaft, den Schutzzwecken des Gesetzes und den Erfordernissen der Rechtssicherheit Rechnung tragend aus (OGH vom 22.11.1988, 11 Os 76/88) und bemüht sich dabei um eine EMRK-konforme Vorgangsweise, so gelangt man ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen, die im Zuge der teilweisen Beweiswiederholung durch Besichtigung von vier Videokassetten keine Ergänzung zu erfahren haben, zu folgender Beurteilung der Rechtsfrage (OGH vom 25.10.1990, 13 Os 87/90), bezüglich welcher verfahrensgegenständlicher Videokassetten das Tatbestandsmerkmal „unzüchtig“ erfüllt ist bzw. nicht erfüllt ist:

Vorweg genommen sei, dass zufolge der durch BGB1 599/1988 per 1. Jänner 1989 geänderten Zuständigkeit für den Vollzug des Pornografiegesetzes eine Befassung des Obersten Gerichtshofes im ordentlichen Rechtszug seit dieser Zeit nicht mehr möglich war, was das Nichtvorhandensein höchstgerichtlicher Judikatur seit etwa einem Jahrzehnt erklärt.

Seit der, den damaligen Änderungen der gesellschaftlichen Anschauungen im sexuellen Bereich Rechnung tragenden Entscheidung des verstärkten Senates des Obersten Gerichtshofes vom 6.6.1977, 13 Os 39/77, wird zwischen absoluter Unzüchtigkeit (harter Pornografie) und relativer Pornografie unterschieden. In diesem Judikat werden (neben hier nicht aktuellen pornografischen Darstellungen von Unzuchtsakten mit Unmündigen) pornografische Darstellungen sexueller Gewalttätigkeiten und von Unzuchtsakten mit Personen des gleichen Geschlechtes oder mit Tieren der absoluten Unzüchtigkeit zugeordnet. Bei sonstigen pornografischen Darstellungen ist der Begriff der strafbaren Unzucht im Sinne des § 1 PornG relativ auf den Schutzzweck des Gesetzes abzustellen und dann nicht tatbestandsmäßig im Sinne der zitierten Gesetzesstelle, wenn die pornografische Darstellungen nur einem bestimmt angesprochenen Interessentenkreis erwachsener Personen vorbehalten sind und durch die Art ihrer Präsentation auch die abstrakte Möglichkeit der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses oder der Gefährdung Jugendlicher ausgeschlossen ist.

Nach den erstgerichtlichen Feststellungen reduziert sich die aktuelle Rechtsfrage darauf, ob und welche der Videokassetten der harten Pornografie zuzuordnen sind.

Jene Videokassetten, die gleichgeschlechtliche Unzuchtsakte ohne sexuelle Gewalttätigkeit und ohne Beteiligung von Tieren zum Inhalt haben, sind nach Ansicht des erkennenden Senates nicht mehr als absolut unzüchtig im Sinne des § 1 PornG zu beurteilen. Dies deshalb, weil der allgemeine Auffassungswandel bezüglich der Gleichgeschlechtlichkeit, auf den auch der Gesetzgeber, wie darzustellen sein wird, mehrfach reagierte, im Bemühen um eine zeitgemäße Interpretation zu einem Abgehen von der dargestellten Judikatur veranlasst

Die Beurteilung, dass anreißerisch verzerrte, exzessive, von Zusammenhängen mit anderen Lebensäußerungen losgelöste, auf sich selbst reduzierte, also pornografische Darstellungen gleichgeschlechtlicher Unzuchtsakte absolut unzüchtig seien, rekurriert in den meisten Judikaten (OGH vom 22.11.1988, 11 Os 76/88, vom 18.4.1989, 11 Os 169/88, vom 25.10.1990, 13 Os 87/90 uva) auch darauf, dass für solche gleichgeschlechtliche Unzuchtsakte das die Missbilligung der Gesellschaft ausdrückende Werbeverbot des § 220 StGB bestehe, wobei jedenfalls in zwei Judikaten (OGH (verst. Senat) vom 24.11.1980 12 Os 111/80 = SSt 51/51, und vom 27.6.1985, 12 Os 55/85) explizit allein aus diesem Argument heraus („daher“, „deshalb“) die absolute Unzüchtigkeit abgeleitet wird.

Nach Aufhebung des § 210 StGB, der die gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht pönalisierte, durch die Strafgesetznovelle 1989, BGBI 1989/243 per 1. Juli 1989, kam es durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBI 1996/762 per 1. März 1997 zur Ausscheidung der §§ 220, 221 StGB aus dem Rechtsbestand, die (soweit aktuell) die Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts in Druckwerken, Laufbildern oder sonst öffentlich sowie Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht unter Strafe gestellt hatten. Damit ist das Argument des strafgesetzlichen „Werbeverbots“ für die absolute Unzüchtigkeit der gleichgeschlechtlichen Pornografie in Wegfall geraten. Die den Haltungswandel der Gesellschaft gegenüber der Gleichgeschlechtlichkeit dokumentierenden Änderungen der Gesetzeslage waren damit nicht zu ende. Das Strafrechtsänderungsgesetz 1998, BGBI 1998/153, brachte per 1. Oktober 1998 die materiellrechtliche und damit auch prozessrechtliche Gleichstellung der gleich-geschlechtlichen mit der verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft, wobei unter dem Gesetzesbegriff „Lebensgemeinschaft“ eine auf eine längere Dauer ausgerichtete Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft verstanden wird (vgl Leukauf/Steininger, Komm³ § 72 RJSI 15 und dort zitierte Judikatur). Betrachtet man diese legistische Entwicklung, so muss nicht nur von einer revidierten Einstellung des Gesetzgebers gegenüber der Gleichgeschlechtlichkeit ausgegangen werden, sondern auch davon, dass sich die Einstellung der primär heterosexuell orientierten Gesellschaft gegenüber der Homosexualität wandelte, kann man doch dem demokratischen Gesetzgeber nicht unterstellen, gesellschaftlich kontraindiziert vorgegangen zu sein. Diesem Befund, nämlich einer doch wesentlich geänderten gesellschaftlichen Haltung gegenüber der Homosexualität, entspricht die im Alltag insbesondere auch medial zu beobachtende Toleranz bishin zur Akzeptanz in vielen Bereichen.

Im Lichte der gesellschaftlichen und rechtlich geänderten Verhältnisse ist das für die Annahme einer absoluten Unzüchtigkeit im Sinne des § 1 PornG allein verbleibende Kriterium der Gleichgeschlechtlichkeit nicht mehr ausreichend.

Diese Auslegung entspricht auch dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK, der eine unterschiedliche Behandlung des Heterosexuellen gegenüber dem Homosexuellen dann als diskriminierend ansieht, wenn sie keine objektive und sachliche Rechtfertigung aufweist, also kein legitimes Ziel verfolgt, oder wenn zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht (vgl Urteile des EGMR vom 21.12.1999 NLOO/1/8 im Verfahren Da Silva Mouta gegen Portugal sowie vom 1.7.1997, NL97/6/3 im Verfahren Sutherland gegen Großbritannien). Sachlich nicht gerechtfertigt erscheint es, einlassungswilligen Erwachsenen (Besuchern eines als solchen deklarierten Sex-Shops oder Porno-Kinos) strafrechtlichen Schutz gegen eine Konfrontation (auch) mit gleichgeschlechtlicher Pornografie angedeihen zu lassen. Ein die Gleichbehandlung hetero- und homosexueller Pornografie prävalierender Schutzzweck der in Rede stehenden Norm ist hier jedenfalls zu verneinen.

Konsequenz all dessen, war die vom Erstgericht vorgenommene perhorreszierende Beurteilung der unter (A) des Ersturteils angeführten Videokassetten als rechtsirrig anzusehen und der Angeklagte diesbezüglich zu exkulpieren.

Dasselbe gilt für vier vom Schuldspruch zu (B) erfassten Videokassetten (Nr. 23, Tattoo, Nr. 26, Männersache 15, Nr. 30, Männersache 6 und Nr. 263, Whiz Kids), die weder Gewalt- noch sodomitische Pornografie zum Inhalt haben. Während der Film Nr. 26 eines diesbezüglichen relevanten Inhaltes entbehrt, enthalten die Videofilme mit der Nr. 23, 30 und 263 allerdings gleichgeschlechtliche Fäkalpornografie. Nach der Judikatur (OGH vom 23.2.1983, 11 Os 155/82 und vom 3.7.1984, 11 Os 82/84) ist Fäkalpornografie im Allgemeinen nicht absolut unzüchtig. Nur dann, wenn die fäkalpornographische Unzuchtshandlung so dargestellt wird, dass sie ohne oder gegen den Willen eines (in der Regel passiv) Beteiligten erfolgt, ist von absoluter Unzüchtigkeit auszugehen (in diesem Sinne OGH vom 9.9.1999, 8 ObA 218/99), wird doch dabei eine meist auch strafrechtlich pönalisierte Verletzung der willentlichen und/oder körperlichen Integrität eines Menschen dargestellt. Beim konkreten Material hat die teilweise Beweiswiederholung Derartiges nicht ergeben, sodass nach den oben entwickelten Überlegungen zur Gleichstellung von heterosexueller oder homosexueller Pornografie diese Videokassetten ebenfalls als (bloß) relativ pornografisch zu beurteilen waren.

Rechtsrichtig als absolut pornografisch sah das Erstgericht hingegen jene Videokassetten an, die pornografische Darstellungen von sexuellen Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben. Diesbezüglich ist weder von einer gegenüber dem Zeitraum der letzten oberstgerichtlichen Judikatur geänderten Gesetzeslage noch von einem gesellschaftlichen Wertewandel auszugehen. Nach wie vor gilt (OGH (verst. Senat) vom

6.6.1977, 13 Os 39/77 EvBl 1977/186, (verst. Senat) vom 24.11.1980, 12 Os 111/80 = SSt. 51/51, vom 21.9.1989, 12 Os 80/89 uva), dass pornografische Darstellungen von Gewalt gegen Personen (insbesondere sadistische und masochistische Handlungen) unter den absoluten Unzuchtigkeitsbegriff fallen, wobei es der Relevanz entbehrt, ob die Darstellungen reale Sexualakte oder bloß zum Zwecke ihrer Abbildung „gestellte“ Szenen enthalten (OGH vom 25.5.1983, 11 Os 197/82). Nicht nur die Veranschaulichung des Eintritts besonderer Schmerzempfindungen ist nicht erforderlich (OGH vom 11.4.1984, 10 Os 8/84), sondern es liegt bereits Tatbestandsmäßigkeit dann vor, wenn die Gewaltanwendung im Einverständnis mit dem „Opfer“ geschieht bzw. gezeigt wird (OGH vom 18.4.1989, 11 Os 169/88). Schließlich kann von einer geänderten gesellschaftlichen Einstellung zur realen Gewalt nicht gesprochen werden, weil diese (ausgenommen die soziale Adäquanz mit Beziehung auf bestimmte Sportarten) nach wie vor als Form der menschlichen Begegnung perhorresziert wird, und zwar auch dann, wenn die Gewaltanwendung keinen Straftatbestand (insbesondere Körperverletzung, Freiheitsentziehung oder Nötigung im weiteren Sinne) erfüllt.

Der harten Pornografie ordnete das Erstgericht zutreffend auch jene Videokassetten zu, die Unzuchtsakte an Tieren beinhalten. Auch da gilt das zur Gewaltpornografie Erörterte. Die im Rechtsmittel reklamierte Differenzierung zwischen absoluter und relativer Tierpornografie, zu der als Parameter die Erfüllung bzw Nichterfüllung des Tatbestandes der Tierquälerei nach § 222 StGB herangezogen wird, geht ins Leere. Sie findet weder im Gesetz noch in der Judikatur- nach wie vor maßgeblich sind die beiden mehrfach zitierten Entscheidungen der verstärkten Senate des Höchstgerichtes- noch in den sonstigen Kriterien für die Auslegung des normativen Begriffs „unzuchtig“ (im Sinne des § 1 PornG) Deckung. Dabei erscheint nicht einmal das Argument, dass bis 1.3.1997 (BGBl 1996/762) der § 220 StGB und seither jener des § 220a StGB die Werbung für Unzucht mit Tieren pönalisiert(e) entscheidend. Wesentlich ist jedenfalls auch in diesem Zusammenhang, dass der sexuelle Übergriff eines Menschen an einem Tier, auch wenn er sich noch nicht als rohe Misshandlung darstellt oder mit der Zufügung von Qualen verbunden ist, den herrschenden Moralvorstellungen des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in einem solchen Maße zuwiderläuft, dass seine Darstellung unabhängig vom angesprochenen Personenkreis (absolut) unerträglich ist und damit die staatliche Intervention durch strafrechtliche Sanktionierung rechtfertigt.

Als Folge des Teilfreispruchs und des damit geringeren Umfanges des Schuldspruchs waren der Strafausspruch und das Verfallserkenntnis im Umfange der Kassation aufzuheben, die Strafe neu zu bemessen und der Verfallsantrag im Umfange der Exkulpierung abzuweisen. (...)“