

Unzucht und Anstößigkeit

Rechtliche Rahmenbedingungen der Pornografie

Vortrag anlässlich der Fachtagung „Prostitution und Pornografie“
des Österreichischen Instituts für Familienforschung (ÖIF)
(Wien 10.-11.10.2001)

Der Begriff „Pornografie“ bleibt auch nach dem Studium des Gesetzestextes und der dazu ergangenen Judikatur unscharf. Den Begriff „Pornographie“ selbst kennt das Gesetz gar nicht und die verwendeten Gesetzesbegriffe, wie insb. „Unzucht“ und „Anstößigkeit“, lassen einen (mindestens ebenso) großen Interpretationsspielraum zu, der von den Gerichten noch durch Beurteilungskriterien gefüllt wird, die sich als nicht viel weniger unscharf erweisen als die Gesetzesbegriffe selbst. Ziel dieses Beitrags kann es demnach nicht sein, Sicherheit darüber zu vermitteln, was im Rechtssinne „Pornografie“ ist und was nicht.

Eine solche (Rechts)Sicherheit besteht gegenwärtig in Österreich nicht. Selbst das Justizministerium bestätigt, daß sich

„(d)er für das geltende Pornographiegesetz zentrale Begriff der ‚Unzüchtigkeit‘ ... schon seit geraumer Zeit als zu unbestimmt“ erwiesen habe und „(d)ie veraltete Gesetzeslage ... zu einer Rechtsunsicherheit nicht nur bei den Betroffenen, sondern auch bei den Rechtsanwendern geführt“ hat.¹

Ziel dieser Darstellung kann es daher nur sein, nicht zuletzt auch auf Grund der historischen Grundlagen der heutigen Pornographiegesetzgebung und –rechtsprechung, ein Gefühl dafür zu entwickeln, anhand welcher Kriterien die Qualifikation als „Pornographie“ erfolgt. Allzuvielen Fällen lassen sich unter dem geltenden Gesetz in jede Richtung hin argumentieren. Gewissheit bringt in vielen Fällen erst das letztinstanzliche Urteil.

1 Geschichte der Pornografiegesetzgebung²

1.1 Erste rechtliche Bestimmungen zur Pornografie – Schutz vor Gottes Zorn und Schutz der Jugend

Der Begriff „Pornografie“ ist – historisch betrachtet – relativ jung. Vor einigen hundert Jahren war dieser Begriff zwar noch nicht bekannt, es hat allerdings bereits Bemühungen gegeben, unzüchtige Schriften und Gegenstände zu bekämpfen. Im wesentlichen sind solche Bemühungen etwa seit dem 17. Jahrhundert in den Rechtsvorschriften auffindbar.

Mit dem Aufkommen des Buchdrucks und der damit einhergehenden Möglichkeit, Druckschriften in größerem Ausmaß zu verbreiten, hat die „Obrigkeit“ die Notwendigkeit gesehen, gegen pornografische Schriften vorzugehen. Als illustratives Beispiel dafür sei ein Patent Karls VI. aus 1715 angeführt, nach dem der Grund für die Strafwürdigkeit derartigen Treibens darin liegt, daß

„derlei Darstellungen mannigfaltige unschuldige Jugend beyderley Geschlechts zum übeln angereizet und verführet auch fast jeder männiglich geärgert, und mithin Gott der Allmächtige, wann Wir als regierender Herr- und Landes=Fürst aus Christlichem Eifer solches nicht abzustellen

¹ Bundesministerium für Justiz: *Entwurf eines Pornographiegesetzes* (701.011/1-II 2/93, Wien 1993 (S. 1); Bundesministerium für Justiz: *Entwurf eines Pornographiegesetzes* (701.011/12-II 2/94), Wien 1994 (S. 1). Treffend und unverändert aktuell Hanack (1970), der konstatiert, daß die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe, „gewisse Konturen allenfalls durch intuitives richterliches Judiz erhalten, nicht aber durch eine bestimmbare und berechenbare Ratio“ (Ernst-Walter Hanack: *Zur verfassungsrechtlichen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs „unzüchtige Schrift“* (§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG). Eine Besprechung des BGH-Urteils zu „Fanny Hill“, *Juristenzeitung* 25 (41-48).

² Vgl. zur historischen Entwicklung die ausführliche Darstellung in Elisabeth Holzleithner: *Grenzbeziehungen – Pornografie, Recht und Moral*, Diss.iur., Univ. Wien, April 2000, <http://mailbox.univie.ac.at/~holzlee2/Dissertation.pdf>

*trachteten, gar leichtlich zu seinem gerechten Zorn, und verhängenden schweren Strafen, bewogen werden könnte.*³

Es bestand daher die Befürchtung, Gottes Zorn und Strafgericht auf sich zu ziehen, würde man gegen diese Form der Unzucht nicht vorgehen.

Mit der fortschreitenden Säkularisierung verändert sich die Begründung. Aus Gott wurde das Sittlichkeitsempfinden der Bevölkerung. Die Sorge um die Jugend, die im oben zitierten Text ebenfalls zu erkennen ist, blieb bestehen.

Damit werden zwei Elemente sichtbar, die für die Sittlichkeits- oder Pornografiegesetzgebung seit jeher wesentlich sind. Zwei Güter, nämlich das Sittlichkeitsempfinden der Bevölkerung - früher die göttliche Macht - und die Jugend, gilt es per Gesetz, ja per Strafandrohung, zu schützen.

In der Zeit Maria Theresias scheint es mit der Sittlichkeit in der Bevölkerung besonders schlecht bestellt gewesen zu sein. Erließ sie doch in ihrer Regierungszeit immer wieder neue Patente gegen die sogenannten „Bildelkrämer“. ⁴ Die von Patent zu Patent zunehmenden Unmutsbezeugungen über „zweilichtige Gestalten“, die einschlägige Bilder in der Bevölkerung verteilten, lässt darauf schließen, daß die Maßnahmen nicht den gewünschten Erfolg zeitigten.

Mit der Zensurordnung Franz I aus 1795 und dem Strafgesetz aus dem Jahre 1803 wurden neue umfassende Zensurbestimmungen und Verbote erlassen, Druckwerke ohne die Zensurprüfung zu verteilen. Besonders strenge Strafen, Verlust der Gewerbeberechtigung und strenger Arrest, waren vorgesehen für die Verbreitung von Werken, die „zum Verderbnisse der Sittlichkeit“ gereichten (§§ 62ff StG 1803).

1.2 Das österreichische Strafgesetz von 1852

1.2.1 § 516 – Generalverbot der „Unzucht“

1852 wurde ein neues Strafgesetz erlassen, das bis 1975 in Geltung stand. Dieses Strafgesetz führte etwas für Österreich bis dahin Neues ein, nämlich eine Generalklausel, mit der ganz allgemein „unzüchtige“ Verhaltensweisen und Erzeugnisse verboten wurden. Strafbar machte sich demnach,

„(w)er durch bildliche Darstellungen oder durch unzüchtige Handlungen die Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit gröblich und auf eine öffentliches Ärgernis erregende Art verletzt(e)“ (§ 516)

Diese Straftat wurde mit strengem Arrest bis zu sechs Monaten, bei Druckschriften sogar bis zu einem Jahr, bestraft. Spezielle Bestimmungen gegen „Bildelkrämer“ oder unsittliche Druckschriften gab es nicht mehr, denn diese allgemeine Bestimmung erfaßte ohnehin alles „Unzüchtige“. Eine deutliche Verschärfung gegenüber den Strafgesetzbüchern davor.

Mit „Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit gröblich verletzen“ waren nun nicht mehr ausschließlich körperliche Handlungen oder bildliche Darstellungen erfaßt, sondern auch mündliche Äußerungen (z.B.: unzüchtige Reden am Stammtisch). Die Bestimmung wurde in folge sehr weit auslegt. So war es beispielsweise nicht notwendig, tatsächlich Ärgernis zu erregen; es genügte die konkrete Möglichkeit. Das Ärgernis musste zudem nicht durch die Handlung selbst erregt werden, sondern es genügte bereits ein Ärgernis durch nachträgliches Bekanntwerden der Handlung. ⁵ Die Kriminalisierung alles „Unzüchtigen“ war uferlos.

Wie abstrakt die Möglichkeit einer Ärgerniserregung verstanden wurde (trotz der Standardformel „konkrete Eignung“), illustriert die Argumentation des Obersten Gerichtshofes (OGH) im Zusammenhang mit einem Korrespondenzzirkel. Eine Gruppe von Menschen wurden verurteilt, weil sie einander wechselseitig Briefe mit „unzüchtigen“ Inhalten schrieben, die diesen Zirkel nie verlassen hatten. Es bestand demnach nicht einmal die Möglichkeit, öffentliches Ärgernis zu erregen. Der OGH

³ Carl VI, 03.06.1715 (Codex Austriacus Band 3, 790-791)

⁴ Maria Theresia, 03.12.1746 (Codex Austriacus Band 5, 237); Maria Theresia, 19.02.1763 (Codex Austriacus Band 6, 401-402); Maria Theresia, 27.11.1766 (Codex Austriacus Band 6, 963);

⁵ Helmut Graupner: *Sexualität, Jugendschutz & Menschenrechte*, Band 1 (137f), Fft./M. et. al. 1997 (mwN)

argumentierte, es sei irrelevant, welche sittlichen Anschauungen die Korrespondenten hätten, vielmehr komme es allein auf „die bei gesitteten Menschen herrschenden Ansichten an“.⁶ Und bei diesen würde die Lektüre solcher Briefe Ärgernis erregen.

1.2.2 „Unzucht“ versus „Unanständigkeit“

Was noch heute von wesentlicher Bedeutung ist, ist die Unterscheidung zwischen „Unzüchtigkeit“ und bloßer „Unanständigkeit“. Bereits in der Monarchie wurde der weite Begriff der „Unzucht“ eingeschränkt auf Handlungen mit geschlechtlicher Beziehung, die gröblich wider Sitte und Anstand verstoßen.⁷ Eine Handlung mit geschlechtlicher Beziehung war eine solche, die erregtem Geschlechtstrieb entspringen oder zu dessen Erregung bestimmt ist.⁸

Bloß unanständiges Verhalten hat demgegenüber nicht unmittelbar mit Sexualität zu tun. In diesem Sinne hat der OGH 1909 das Verrichten der Notdurft in der Öffentlichkeit nicht als unzüchtig sondern als bloß unanständig qualifiziert.⁹ Damit kam § 516 nicht zur Anwendung. Ebenso hat er im Jahre 1915 unflätige Beschimpfungen („Huren“, „Hurenkerle“ und „Schwänze“) als bloß unanständig und nicht unzüchtig eingestuft. Diese Worte seien nicht in einem sexuellen Zusammenhang genannt, sondern bloß dazu verwendet worden, den Adressaten in der Achtung der anderen herabzusetzen, die Verachtung ihm gegenüber zum Ausdruck zu bringen.¹⁰

Was unanständig, aber nicht sexuell, war, wurde sohin schlussendlich als „halb so schlimm“ angesehen und aus dem Kriminalstrafrecht ausgeschieden. Doch sobald Sexualität im Spiel war, war der Strafrichter zur Stelle.

Dabei ist diese Obsession des Sexuellen dem Begriff der „Unzucht“ nicht immanent. Ursprünglich verstand man im Mittelalter unter „Unzucht“ („ohnzucht“) ganz generell ein geringes Vergehen („Mangel an Zucht“) im Gegensatz zum Malefiz und dem Frevel. Die Verengung des Begriffs auf das Sexuelle entwickelte sich erst im 15./16. Jahrhundert. Daraus erklärt sich die anfängliche Unsicherheit der Rechtsprechung, die erst mehr als ein halbes Jahrhundert nach dem Inkrafttreten des StG 1852 nichtsexuelle Unanständigkeiten aus dem Tatbestand des § 516 ausgeschieden hat.

1.3 Die Pornografiegesetzgebung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts

Im 20. Jahrhundert wurden neben der allgemeinen Bestimmung des § 516 StG ergänzende Spezialgesetze erlassen.

So bestimmte das Pressgesetz 1922, daß Druckwerke, „die durch Ausnützung der jugendlichen Triebe das sittliche Wohl der Jugend gefährden, von jeder Verbreitung an Personen unter achtzehn Jahren“ ausgeschlossen und ihr „Vertrieb durch Straßenverkauf und Zeitungsverleiher überhaupt“ untersagt werden konnte (§ 12).

Der Kampf gegen die Pornographie wurde sogar in Internationalen Abkommen zur Bekämpfung obszöner Schriften aus den Jahren 1910 und 1923 völkerrechtlich verankert. Diese Abkommen stehen für Österreich heute immer noch in Geltung und verpflichten, unzüchtige Erzeugnisse zu bekämpfen, insbesondere wenn es sich um kommerziellen Handel handelt.¹¹

Mit der Strafgesetznovelle 1929 (Art. VI) wurden Jugendschutzvorschriften erlassen, die es (wie heute § 2 PornoG) kriminalisierten, unter 16jährigen „anstößige“ Erzeugnisse zugänglich zu machen.

⁶ OGH 22.06.1931, 5 Os 545/31=SSSt 11/54; Für die Richtigkeit seiner Rechtsansicht berief sich der OGH auf § 500 StG 1852, wo (wie bereits in § 245 StG 1803) einleitend zum Kapitel der Sittlichkeitsdelikte erklärt wurde: „Die Sorgfalt der Gesetzgebung schränkt nach ihrer Absicht den Begriff einer Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit nicht bloß auf diejenigen Handlungen ein, welche an sich Abscheu und öffentliches Ärgernis zu erregen fähig sind; sie zieht darunter auch Handlungen, die nach ihrer Eigenschaft zur Verbreitung des Sittenverderbnisses beitragen, wie auch solche, womit Unordnungen und Ausschweifungen als gewöhnliche Folgen verbunden sind“.

⁷ KH 524

⁸ 15.10.1891, Z 11.838, KH 1490

⁹ 26.10.1909, Kr VII 94/9, KH 3640

¹⁰ 09.03.1915, Kr III 40/15, KH 4235

¹¹ Übereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen (04.05.1910, RGBl 1912/116); Übereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebes unzüchtiger Veröffentlichungen 1923 (RGBl 1925/158)

Außerdem wurde der Tatbestand „Ankündigungen zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs“ (Art. VII) eingeführt, der heute noch existiert (§ 219 StGB).

1934 schließlich erließ die Bundesregierung, gestützt auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz, die „Verordnung zum Schutze der Sittlichkeit und der Volksgesundheit“, mit der im Wesentlichen zwei Bereiche unter Strafe gestellt wurden.

Lichtbilder und Ansichtskarten, auf denen ganz oder vorwiegend der nackte menschliche Körper zu sehen war, durften nicht angeschlagen, ausgehängt, aufgelegt, vertrieben, beworben usw. werden (§§ 1ff). Auch dann nicht, wenn das Bild oder die nackten Stellen, z.B. durch schwarze Balken, verdeckt wurde(n). Allerdings galt diese Bestimmung nur für den öffentlichen Bereich. Der private Bereich interessierte den Gesetzgeber damals nicht. Außerdem bestand eine Ausnahme, wenn es sich um die Abbildung von „kleinen Kindern“ handelte (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 2). Nacktheit bei kleinen Kindern wurde als etwas völlig Natürliches gesehen, weshalb solche Abbildungen auch in der Öffentlichkeit erlaubt waren.

Weiters war in der Verordnung 1934 der Vertrieb von empfängnisverhütenden Mitteln eingeschränkt. Mechanisch wirkende empfängnisverhütende Mittel durften (an Letztverbraucher) nur in Unternehmen verkauft werden, die polizeilich zum Verkauf solcher Mittel befugt waren (Apotheken, Drogisten, Bandagisten, Parfümerien, Gummiwarenhändler etc.). In Automaten durften diese Mittel (zB Kondome) nur in polizeilich hierzu genehmigten Räumlichkeiten aufgestellt werden; Anschläge und Aushänge mit Hinweisen auf solche Räumlichkeiten waren verboten (§ 8). Mechanisch wirkende Mittel, „die bloß zur Verhütung der Empfängnis bestimmt sind, wie Pessare, Schwämmchen u. dgl.“ durften nur durch Zusendungen und durch Einschaltungen in Fachzeitschriften und nur gegenüber Personen beworben werden, die „ein berufliches Interesse daran haben“ (§ 7 Abs. 1). Mittel, „die zur Verhütung der Empfängnis und zugleich zum Schutz gegen Geschlechtskrankheiten dienen, wie Präservative, Spülapparate u. dgl.“ durften zwar durch Aushang, Anschlag und Auflage beworben werden, jedoch nur in und vor befugten Unternehmen und, wenn die Ankündigung von der Straße aus sichtbar war, nur in „nicht aufdringlicher Weise“ (§ 7 Abs. 2). Kataloge, Preislisten u. dgl. durften an Personen, die kein berufliches Interesse daran hatten, nur auf Verlangen zugesandt oder ausgefolgt werden und bei Versand, Verteilung und öffentlichem Aushang, Anschlag oder Auflage nur die handelsübliche Bezeichnung, die Schutzmarke und den Preis beinhalten (§ 7 Abs. 2). Einschaltungen in anderen als Fachzeitschriften waren auch für solche (nicht bloß empfängnisverhütende) Mittel untersagt (§ 7 Abs. 2).

Diesen staatlichen Argwohn gegenüber der (auch) stimulierenden Wirkung von Empfängnisverhütung und Aufklärung brachte der OGH bereits Anfang der dreißiger Jahre in seiner Judikatur zu § 516 StG zum Ausdruck:

„Mag auch der Zweck der Druckschrift der gewesen sein, Anleitungen für die Verhütung der Empfängnis zu geben, so ist doch die Art wie dies geschehen ist, als grob unzüchtig zu bezeichnen, weil der Verfasser ohne alle Nötigung geschlechtliche Vorgänge, und zwar in einer das Schamgefühl verletzenden und daher unzüchtigen Weise, zur Darstellung gebracht hat, Das gilt insbesondere von den Ausführungen über widernatürlichen Geschlechtsverkehr und unzüchtige Versuche der Schwangerschaftsverhütung sowie von Stellen, die unverkennbar eine Billigung und Anpreisung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs enthalten.“¹²

Dem Verfasser wurde in dieser Entscheidung zudem angekreidet, dass er sich „in gemeinverständlicher Weise an alle Schichten der Bevölkerung“ gewendet hat. Es war demnach besonders schlimm, dass der Text nicht ausschließlich von der gebildeten Schicht, sondern von der breiten Masse verstanden werden konnte.

Die Verordnung aus 1934 wurde durch das Verfassungsüberleitungsgesetz 1945 in den Rechtsbestand der Zweiten Republik übernommen. Nachdem die Verordnung jedoch aus einer kritischen historischen Epoche stammte und auf dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz beruhte, gab es eine gewisse Skepsis gegenüber dieser Verordnung. Sie wurde daher nur mehr selten angewendet.

¹² OGH 10.04.1931, 5 Os 177/31= SSt 11/33

2. Das „Pornografiegesetz“ von 1950

2.1 Die Gesetzwerdung

1950 wurde das sogenannte Pornografiegesetz (richtig: „Bundesgesetz vom 31. März 1950 über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung“) oder „Schmutz- und Schundgesetz“ erlassen. Dieses Gesetz ist auch noch heute Grundlage der österreichischen Pornografiegesetzgebung.

Grund für die Konzeption des Pornografiegesetzes war nach der Regierungsvorlage¹³, dass die Katastrophe des Zweiten Weltkrieges nicht nur die Wirtschaft lahm gelegt sondern auch zu einer

„Erschütterung der überlieferten Anschauungen von Sitte und Moral geführt (habe). Das ungesunde Leben in Etappe und Front, die Übersteigerung des Lebenswillens und des Lebensgefühls angesichts des stets drohenden Todes, die Entbehrung des Umgangs mit dem anderen Geschlecht (...), und die dadurch erzwungene Enthaltbarkeit bei der Befriedigung natürlicher Triebe, endlich aber das begreifliche Streben, nach Jahren des Leides und der Trauer endlich auch die Freuden des Lebens zu genießen, haben eine förmliche Sucht nach Ausleben, nach schrankenlosem Genuss insbesondere auf dem Gebiete des Trieblebens geschaffen“ (S. 4)

Es sei „im Interesse eines geordneten Zusammenlebens“ „im Staate nötige Schranken von Sitte und Wohlanständigkeit“ zu errichten. Anderenfalls drohte „eine ernste Gefahr für die geistige und moralische Gesundheit der heranwachsenden Generation“. Das Schmutz- und Schundgesetz sollte dazu dienen,

„die Befriedigung des Geschlechtstriebes in jene Schranken zu weisen, die das Herkommen nun einmal geschaffen hat“, weil „Werke die keinem anderen Zwecke dienen, als erotische Empfindungen anzuregen, (...) psychologisch ähnlich (wirken) wie Rauschgift, in dem sie gesteigerte Lustempfindungen hervorrufen, die insbesondere deshalb gefährlich sind, weil sie die oft noch im Unterbewusstsein der Jugend vorhandenen Triebe wecken.“ (S. 4)

Interessant erscheint, dass damals alle drei Parlamentsparteien (SPÖ, ÖVP, KPÖ) sich in der Ablehnung von „Schmutz und Schund“ einig waren. Zu bemerken sind lediglich Variationen in der Intensität dieser Ablehnung. So sprach der Abgeordnete Fischer (KPÖ) von einem „Wimmerl am Volkskörper“¹⁴ während der ÖVP-Abgeordnete Kranebitter drastisch ausführte:

“Und dieser zersetzende Geistesfraß ist bis in die entlegendsten Bergtäler Österreichs hinausgeliefert worden, um auch noch die Jugend des Bauerntums zur sittlichen Zügellosigkeit und Haltlosigkeit zu verführen. Damit wurde von den Kräften der Zerstörung die Axt an die Wurzel des österreichischen Volkes gelegt. Denn wenn das Bauerntum, der Blut und Kraftspender des Volkes, von den Pestbazillen sittlicher Fäulnis ergriffen würde, dann gäbe es keine Auferstehung und Blütezeit Österreichs mehr. (Starker Beifall bei der ÖVP) Der Nationalrat Österreichs gibt Ihnen mit diesem Gesetz einen eisernen Besen zur Beseitigung des unsere Jugend bis ins Mark vergiftenden Unrates in die Hand. Benützen sie dieses Säuberungsinstrument nicht zaghaft und lendenlahm, damit der Schmutz und Schund nicht unter und neben dem Paragraphen ausweicht und zur weiteren Verpestung der Jugendseele und Volksgesundheit und zur Entehrung der Frauenwürde und des ganzen Vaterlandes liegen bleibt! (...) Vernichten sie durch die radikale Anwendung der Paragraphen 1 und 2 dieses

¹³ EBRV 105 BlgNR VI. GP, 15.03.1950

¹⁴ StPNR 1950, 857

*Gesetzes aber auch die Brutstätten der Pestbazillen sittlicher Fäulnis aus denen unserem Volk schon soviel Verderben entströmte!*¹⁵

Von Seiten der SPÖ hat man einen anderen Schwerpunkt gesetzt. Die SPÖ empfand das Gesetz zwar gut und richtig, wichtiger wäre allerdings eine vernünftige sexuelle Aufklärung, sodass die Jugend es nicht nötig hätte, sich an diese „*dunkle und schmutzige Literatur*“ zu wenden.¹⁶

2.2 Die Bestimmungen des Pornografiegesetzes

§ 1 des PornG¹⁷ stellte nicht mehr, wie die Verordnung aus 1934, auf Nacktheit (und empfängnisverhütende Mittel) ab sondern in Angleichung an § 516 StG auf den Begriff der „Unzüchtigkeit“.¹⁸ Nicht mehr das Nackte sollte bestraft werden sondern das Sexuelle. Das Hauptaugenmerk lag dabei, ebenfalls in Abweichung von der Verordnung 1934, auf der gewinnsüchtigen Absicht. Nur mehr gewinnsüchtiges Handeln war strafbar. In der Regierungsvorlage hieß es:

*„Es ist ein schweres Unrecht, die Übermacht des Erhaltungs- und Fortpflanzungstriebes der Menschen zum Ausgangspunkte schnöden Erwerbes zu nehmen: das schäbige Streben, aus natürlichen Regungen des Menschen Geldgewinn zu ziehen, muß bekämpft werden“*¹⁹

Allerdings war es nun – anders als nach der Verordnung 1934 - gleichgültig, ob das Material öffentlich oder privat in Erscheinung trat. Strafbar war, was in gewinnsüchtiger Absicht erzeugt, vertrieben etc. wurde, auch im Privaten. Als „gewinnsüchtige Absicht“ galt nicht nur der Verkauf, Verleih etc. unzüchtiger Materialien. Auch wer solches beispielsweise in seinem Lokal auflegt, um für Gäste attraktiver zu sein oder auch nur den Umsatz seines Lokals zu erhalten, handelt gewinnsüchtig und macht sich strafbar²⁰ und auch Handeln um fremden Vorteils willen genügte, weshalb sich auch Angestellte strafbar machen konnten, die nach Ansicht des OGH im übrigen „mittelbar durch (ihr) Arbeitsentgelt am Gewinn des Geschäftsinhabers“ teilnehmen.²¹ Der SPÖ-Abgeordnete Strasser hat gerade dieses Abstellen auf die Gewinnsucht als Freiheitselement gepriesen, weil so nur die Produzenten verfolgt werden, während der Konsument nicht bestraft wird und die Freiheit und das Recht hat, pornografische Materialien anzusehen.²² Das Strafausmaß bei einem Verstoß gegen § 1 beträgt ein Jahr Freiheitsstrafe und/oder Geldstrafe.

§ 2 des Pornografiegesetzes²³ hingegen stellte nicht auf das Erfordernis der Gewinnsüchtigkeit ab. Er übernahm die 1929 eingeführten Jugendschutzbestimmungen und verschärfte sie deutlich. Wie Art. VI der Strafgesetznovelle 1929 beschränkt sich § 2 PornG nicht auf „unzüchtige“ Inhalte, sondern erfasst solche, die *„die sittliche oder gesundheitliche Entwicklung jugendlicher Personen durch Reizung der Lüsterheit oder Irreleitung des Geschlechtstriebes zu gefährden“* geeignet sind. Der Kreis dieser „anstößigen“ Inhalte ist weiter als jener der „unzüchtigen“. Wurde etwa die Abbildung des nackten Körpers an sich nie als „unzüchtig“ gewertet (weshalb in Ergänzung des § 516 StG zur Bekämpfung solcher Abbildungen die Verordnung aus 1934 erlassen worden war) so konnte eine solche Darstellung, etwa durch eine erotische Pose, sehr wohl „anstößig“ sein und damit Art. VI der StG-Novelle 1929 bzw. nunmehr dem § 2 PornG unterfallen.²⁴

Verschärft wurde die Bestimmung gegenüber der StG-Novelle 1929 in mehrfacher Hinsicht. So war 1929 beispielsweise das Vorführen eines „anstößigen“ Filmes vor einer unter 16jährigen Person nur

¹⁵ StPNR 1950, 862f

¹⁶ StPNR 1950, 869

¹⁷ der Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und/oder Geldstrafe vorsieht.

¹⁸ Auf Grund der Rechtsprechung zu § 516 StG, die faktisch auch rein privates Verhalten in die Strafbarkeit einbezog (vgl. die o.a. Korrespondenzirkeleentscheidung) hatte § 1 PornG, wenn man von der gesetzlichen Festschreibung der Erfassung auch rein privater Sachverhalte absieht, lediglich den Effekt den Strafrahmen für andere unzüchtige Gegenstände als Druckwerke (von sechs Monaten in § 516 StG) auf ein Jahr anzuheben. Sämtliche von § 1 PornG erfasste Tathandlungen waren ja bereits durch § 516 StGB pönalisiert. Zu beachten ist schließlich, daß ohne gewinnsüchtige Absicht begangene Handlungen weiterhin von § 516 StG erfasst wurden (vgl. auch hier die o.a. Korrespondenzirkeleentscheidung).

¹⁹ (EBRV 1950, 4).

²⁰ Mayerhofer-Rieder, *Das österreichische Strafrecht, 3. Teil, Nebenstrafrecht*, 3. Aufl., Wien 1992 (§ 1 PornG E54, 54b, 55); Selbst unwirtschaftliches Handeln konnte gewinnsüchtig sein (E52)

²¹ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E57, 57a

²² StPNR 1950, 865

²³ der Freiheitsstrafe bis zu einem halben Jahr oder Geldstrafe vorsieht.

²⁴ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E10

gegen Entgelt strafbar. 1950 ist nun das Erfordernis des Entgelts gefallen und das Verbot auch auf das Zugänglichmachen von sonstigen Darbietungen und Veranstaltungen (wie Theateraufführungen) ausgedehnt worden.²⁵ Auch der Begriff der „Anstößigkeit“ wurde verschärft. Aus der Überreizung oder Irreleitung des Geschlechtsgefühls (Art. VI StG-Nov 1929) wurde die Gefährdung der sittlichen oder seelischen Gesundheit durch Reizung der Lüsternheit oder Irreleitung des Geschlechtstriebes (§ 2 PornoG). Waren 1929 Darstellungen mit erotischem Bezug (ohne Eignung, etwa durch die Anklänge an abweichendes Sexualverhalten, den Geschlechtstrieb irrezuleiten) nur dann „anstößig“, wenn sie das Geschlechtsgefühl überreizten, so wurde nun nach dem PornG 1950 jede auch noch so kleine Reizung der Lüsternheit strafbar. Daß dies mit dem Erfordernis der Gefährdung der sittlichen oder gesundheitlichen Entwicklung gekoppelt wurde, scheint eine bloße Leerformel gewesen zu sein und brachte keine wesentliche Einschränkung mit sich, lag doch dem Gesetzeswerk gerade die Überzeugung zu Grunde, daß sexuelle Erregung und Reizung die Jugend massiv gefährden. Verschärft wurde gegenüber 1929 auch die Strafdrohung. Die Höchststrafe wurde von drei auf sechs Monate Haft verdoppelt.

Daß der Jugendschutz das zentrale Anliegen des österreichischen Pornografiegesetzes ist, zeigt sich nicht nur in seinem Titel sondern auch daran, dass seine Vollziehung (auch des § 1) in die Hände der Jugendschöffengerichte gelegt wurde, die sohin selbst dann zuständig waren, wenn ausschließlich Erwachsene ausschließlich Erwachsenen „unzüchtige“ Gegenstände verkauften (§ 9 PornoG).

Im Rahmen der bereits erwähnten Parlamentsdebatte 1950 erregte der SPÖ-Abgeordnete Strasser die Heiterkeit der Abgeordneten, als er eine Konsumentenstatistik vorlegte und meinte, dass man aufgrund der Altersstruktur eher von einem „Gesetz zum Schutz des Alters“ sprechen müsse als von einem Gesetz zum Schutz der Jugend, weil in erster Linie ältere Leute Pornografie konsumieren.²⁶

Das eben beschriebene Gesetz besteht unverändert bis heute. Lediglich seine Vollziehung wurde hinsichtlich § 1 1989 von den Jugendschöffengerichten an die Einzelrichter der Landesgerichte und 1993 auch der Bezirksgerichte übertragen.²⁷ Verfahren nach § 2 PornoG wurden bereits 1989 in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte überstellt.²⁸

Im Gegensatz zur Verordnung 1934 verpönt § 1 PornoG nicht mehr die Darstellung der bloßen Nacktheit, sondern den gewinnsüchtigen Umgang mit „unzüchtigen“ Gegenständen. Die sexuelle Erregung und ihre kommerzielle Ausbeutung waren das Übel, daß es zu bekämpfen galt, nicht (mehr) die bloße Darstellung entblößter Geschlechtsteile, zumal „gerade Darstellungen bekleideter Personen weitaus lasziver wirken können als Aktbilder“, wie die Regierungsvorlage betonte.²⁹

Bei der Entscheidung, was nun unzüchtig war und was nicht, griff man auf den zu § 516 StG entwickelten Unzuchtsbegriff zurück,³⁰ der eben ein generelles Verbot der Darstellung des nackten Körpers nicht enthielt. Erst wenn

„durch die ganze Art der Darstellung, etwa durch die Aufmachung oder die Haltung der dargestellten Personen, die Geschlechtssphäre besonders betont, die Aufmerksamkeit des Betrachters deutlich und aufdringlich (...) gerade auf diese Teile des Körpers gelenkt und hierdurch eine Beziehung zum Geschlechtsleben hergestellt wird“³¹,

überschreitet die Darstellung des nackten Körpers die Schwelle zur „Unzucht“.³²

In diesem Sinne zog etwa die Herstellung des Buches „Das Bildnis des Dorian Grey“³³ eine (letztinstanzliche) Verurteilung nach dem PornoG ebenso nach sich wie die Verbreitung der Hefte Modellstudien „M1“ und „Imbert's Model-Studier“, weil diese bloß vorgeben würden, „mit ihren

²⁵ Bis heute beibehalten wurde das Entgelterfordernis allerdings im Falle des Anbietens oder der Überlassung einer „anstößigen“ Darstellung (Schrift, Abbildung etc.) an eine unter 16jährige Person (§ 2 Abs. 1 lit. a PornoG)

²⁶ StPNR 1950, 868

²⁷ JGG 1988; StPAG 1993

²⁸ JGG 1988

²⁹ EBRV 1950, 6

³⁰ OGH 09.02.1951, 2 Os 369/50, SSt 22/11=EvBl 1951/159

³¹ OGH 01.12.1964, 10 Os 211/64, EvBl 1965/230; ähnlich OGH 17.03.1953, 5 Os 1270/52, SSt 24/34

³² Für die Anstößigkeit im Sinne des § 2 PornoG genügte ja bereits ein „erotischer Charakter“ der Darstellung.

³³ OGH 05.12.1951, 5 Os 742/51, EvBl 1952/218

Lichtbildern Künstlern und Zeichenschülern einen Ersatz für lebende Modelle zu bieten“. Angesichts der Art der Darstellung könne man diese Rechtfertigung aber nicht gelten lassen.³⁴

Ein künstlerischer, ästhetischer, belehrender oder sonst allgemein anerkannter Zweck wurde als Rechtfertigung nämlich nur dann angesehen, wenn dieser Zweck im Werk seinen Niederschlag gefunden hat, was anhand des objektiven Inhalts und der Aufmachung des Werkes sowie auf Grund der näheren Umstände seiner Verbreitung beurteilt wurde.³⁵

„Darstellungen von Sittlichkeitsverbrechen in medizinischen, forensischen oder kriminalistischen Werken, ferner sittengeschichtliche Werke, wie Darstellungen der Prostitution, der Erotik in der Kunst u.dgl.“ seien nicht geeignet, „das Scham- und Sittlichkeitsgefühl jener Personen zu verletzen, die derartige Mitteilungen und Aufklärungen im Interesse ihrer wissenschaftlichen oder künstlerischen Fortbildung suchen. Ganz anders verhält es sich, wenn solche wissenschaftliche oder künstlerische Werke Kreisen zugänglich gemacht werden, die nur oder vorwiegend ihren erotischen Teil ausnützen, also nicht den künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert, sondern vor allem die sogenannten pikanten Stellen zu würdigen verstehen. Hier ist nicht mehr mit den Anschauungen begrenzter wissenschaftlicher oder künstlerisch interessierter Kreise zu rechnen, sondern mit den allgemeinen Begriffen von Sitte und Anstand (...) Werke, die zunächst wegen ihres objektiven, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecks nicht unzüchtig sind, können daher durch eine diesem Zweck widersprechende Verbreitung ihren Charakter ändern und zu unzüchtigen werden.“³⁶

Dieses Konzept der „relativen Unzucht“ gewann in den 50er und 60er Jahren immer mehr an Bedeutung. So wurde von bedeutenden Strafrechtslehren die Ansicht vertreten, dass es zudem auf Preis, Ausstattung und Aufmachung eines Werkes ankäme. So wurden z.B. teure Luxusausgaben geduldet, weil *„Preis, Ausstattung und Aufmachung insofern eine Rolle (spielen), als diese Umstände die Verbreitung in weiteren Kreisen fördern oder umgekehrt sie anhalten können. Der Schutz der breiten Volksschicht vor der Infektion mit dem Unzüchtigen (stand) im Vordergrund (...) Das Gift (wurde) nur in geringen Dosen freigegeben.“³⁷* Nach dem Motto: Wenn es teuer ist, dann kaufen es weniger Leute, nämlich nur die Wohlhabenden. Es wurde also davon ausgegangen, dass diese „immuner“ gegenüber den negativen Auswirkungen stimulierender Inhalte wären bzw. glaubhaft(er) (nur) „wissenschaftliche oder künstlerische Fortbildung“ suchten.

Nur den „Edlen“ kam das Konzept der „relativen Unzucht“ zu Gute, wie eine auch für Österreich illustrative Entscheidung des dt. Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1952 veranschaulicht.³⁸ Die Homosexuellenzeitschrift „Freundschaft“ wurde ausschließlich in „einschlägigen“ Lokalen vertrieben. Man konnte also davon ausgehen, dass in der Regel niemand daran Anstoß nehmen würde. Der BGH sah dies freilich anders:

„Soweit es sich bei den Gästen um Männer handelt, die aus sittlicher Verkommenheit der mann männlichen Unzucht nachgehen, bedarf dies keiner Begründung, denn dass ihre Anschauung nicht maßgebend sein darf, leuchtet ohne weiteres ein (...) Aber auch das Empfinden der Männer deren gleichgeschlechtliche Triebrichtung anlagebedingt ist oder auf einer Gehirnkrankung beruht, ist nicht ausschlaggebend. Denn der richtige Maßstab für die Beurteilung, was der Frage der allgemeinen Zucht und Sitte entspricht, kann nur die Anschauung des normalen gesunden Menschen sein (vgl. hierzu RGSt 32, 418; 37, 315: ‚Normalmensch‘, ‚normales Schamgefühl‘). Auch solche Menschen verkehren in Gaststätten der geschilderten Art, sei es aus Neugierde sei es aus Unkenntnis. Auf ihr Urteil allein kommt es an.“³⁹

³⁴ OGH 17.04.1953, 5 Os 1270/52, SSt 24/34

³⁵ SSt 27/31

³⁶ SSt 27/13

³⁷ Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Auflage, Zweiter Band, Besonderer Teil, Wien 1962 (S. 326)

³⁸ Vgl. auch die o.a. Korrespondenzzirkelentscheidung des OGH

³⁹ BGHSt 18.11.1952; 3, 295

2.3 Die Judikaturwende

2.3.1. § 1 PornG

Die Änderung der gesellschaftlichen Werthaltungen und Einstellungen zur Sexualität in den 60er Jahren blieben nicht ohne Auswirkungen auf die Judikatur.

Einen Meilenstein der Liberalisierung stellt die „Kombinationsringe“-Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1961 dar. Das Erstgericht hat damals die Verwendung solcher luststeigernder Kombinationsringe (Gummiartikel, die durch aufvulkanisierte Noppen beim Geschlechtsverkehr eine verstärkte Reizung bewirken sollten), als „ins Perverse gehende Befriedigung“ und damit als unzüchtigen Gegenstand nach § 1 PornG qualifiziert. Der OGH lehnte diese Ansicht ab mit der Begründung, dass im Bereich der Sexualität nur pervers sei, was nicht im „normalen“ Geschlechtsverkehr bestehe. Was diesen unterstützte sei auch mit der Sexualmoral vereinbar.

„Das Charakteristikum der sexuellen Persionen, ist, daß der coitus normalis hier nicht das sexuell befriedigende Mittel darstellt, dieses vielmehr in einer perversen Handlung besteht und ein dabei allenfalls gepflogener coitus entweder nur als etwas Nebensächliches oder als Mittel zum Zweck (der Persion) funktioniert.“⁴⁰

Zumindest der heterosexuelle Vaginalverkehr und seine Begleithandlungen wurden somit aus dem Perversionsbegriff herausgelöst. Wenn das Instrument der Luststeigerung dient, z.B. bei Ehefrauen, die im sexuellen Bereich Probleme haben, dann diene das besagte Instrument einem medizinischen Zweck und damit der ehelichen Gemeinschaft und letztlich auch der Fortpflanzung. Wird es jedoch zu anderen als zu „Heilzwecken“ verwendet, dann würde es, ganz im Sinne des Konzeptes der „relativen Unzucht“, das geschlechtliche Empfinden des Durchschnittsmenschen verletzen und wäre als unzüchtiger Gegenstand zu bekämpfen:

„Nur dann, wenn die Kombinationsringe, die sexuellen Funktionsstörungen vorbeugen sollen, zum Zweck allgemeiner Verbreitung vorrätig gehalten oder in einer Art aufgemacht, angeboten und verbreitet würden, daß sie auch Kreisen zugänglich werden, die sich ihrer zu anderen als (..) Heilzwecken bedienen, würden sie die Eignung erlangen, das geschlechtliche Empfinden des Durchschnittsmenschen zu verletzen, und sie würden dann zu unzüchtigen Gegenständen.“⁴¹

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erklärt sich auch die seit damals übliche Bezeichnung „Ehehygieneartikel“. Da man einem Kunden nicht ansieht, zu welchem Zwecke er tatsächlich solche Gegenstände kauft, konnte mit einer solchen „Marketingstrategie“ das Pornografiegesetz umschifft werden.

Bemerkenswert erscheint, daß die deutsche Rechtsprechung diesen Gedanken erst viel später aufgriff. Noch 1962 entschied der Bundesgerichtshof, daß Spezialkondome zu einer „unnatürlichen Aufreizung geschlechtlicher Reize“ führten und daher „unzüchtig“ und verboten seien.⁴² Erst 1972 gab der BGH solche Gegenstände frei.⁴³

Aber auch in Österreich blieb der „Durchschnittsmensch“ trotz der angeführten Liberalisierung weiterhin recht prüde. So wurde noch 1970 ein Aufklärungsfilm als „unzüchtig“ qualifiziert, weil in ihm ausgeführt wurde, es sei nicht gesundheitsschädlich, wenn eine Frau Sperma schluckt.⁴⁴ Zu beachten ist dabei, daß der von den Gerichten herangezogene „Durchschnittsmensch“ eine fiktive, rein normative Figur ist und mit den real existierenden Auffassungen der „Durchschnittsbevölkerung“ nichts

⁴⁰ JBI 1961, 514

⁴¹ JBI 1961, 515

⁴² BGHSt 1962; 17, 35

⁴³ BGHSt 14.03.1972; 24, 328)

⁴⁴ OGH 05.05.1970, 10 Os 204/69, EvBI 1971/69

zu tun hat.⁴⁵ Deren Auffassungen können übereinstimmen, müssen es aber nicht. Stimmt sie einmal überein, so sah sich der OGH sogar veranlasst, dies besonders zu betonen:

„Nicht nur der natürliche, gesunde („maßgerechte“) Durchschnittsmensch, sondern der weitaus überwiegende Teil der österr. Bevölkerung, zu deren Schutz das PornG erlassen worden ist, neigt zu der Auffassung ...“⁴⁶

Die große Wende im Zusammenhang mit Pornografie kam erst Mitte der 70er Jahre. Wurde das Totalverbot (männlicher und weiblicher) homosexueller Beziehungen und die Strafbestimmung gegen sexuelle Kontakte mit Tieren im Jahre 1971 aufgehoben⁴⁷ und § 516 StG im Jahre 1975 gestrichen⁴⁸, so blieb das Pornografiegesezt durch den Gesetzgeber unangetastet, obwohl er ausdrücklich zur Überzeugung kam, daß der strafrechtliche Schutz der Sittlichkeit als solcher der Vergangenheit angehören sollte:

„Die Mittel des Strafrechts einzusetzen ist (...) nur dort am Platz, wo die Forderung nach einem Schutz der geschlechtlichen Sittlichkeit mit der Forderung nach Bekämpfung der sozialen Schädlichkeit der einzelnen Verfehlungen gegen diese Sittlichkeit zusammentrifft.“⁴⁹

Ein Straftatbestand solle „im ganzen und grundsätzlich von allen der die Gesellschaft unserer Gegenwart integrierten Staatsbürgern bejaht werden (können). Das Strafgesetzbuch soll sich auf strafbare Handlungen beschränken, die das Zusammenleben in der Gesellschaft schwer beeinträchtigen und die deshalb jedermann als strafwürdig erkennen kann.“⁵⁰

Im Bereich des Pornografiegesezes zog der Gesetzgeber aus diesen Erkenntnissen jedoch keine Konsequenzen. Es war an den Gerichten, in diesem Bereich die Entkriminalisierung herbeizuführen.

Gestützt auf die deutliche Veränderung der gesellschaftlichen Anschauungen und nicht zuletzt auch auf die Aufhebung des § 516 StG und die restriktive Fassung der Nachfolgebestimmung, des § 218 StGB⁵¹, entwickelte der OGH in einem verstärkten Senat in konsequenter Weiterentwicklung des Konzepts der „relativen Unzucht“ die bis heute grundlegende Unterscheidung in „weiche“ und „harte“ Pornografie.

Als „unzüchtig“ sei nur (mehr) anzusehen, was das Zusammenleben grob stört.

„Die Auslegung des vom Gesetz nicht näher beschriebenen normativen Begriffes der Unzüchtigkeit im Sinne des § 1 war im Wandel der Zeiten und der gesellschaftlichen Anschauungen mancherlei Änderungen unterworfen. Eine Verabsolutierung dessen, was nach dieser Gesetzesstelle toleriert und

⁴⁵ Aus diesem Grunde wurde auch keine Beweisführung über die vorherrschenden gesellschaftlichen Wertanschauungen und Empfindungen (etwa durch Sachverständige oder durch demoskopische Gutachten) zugelassen. Als reine Rechtsfrage obliege die Bewertung dieser Frage und damit die Qualifikation eines Gegenstandes als „unzüchtig“ alleine dem Gericht (OGH 18.04.1989, 11 Os 169/88; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E62a, 62aa, 62b)

⁴⁶ OGH 05.05.1970, 10 Os 204/69, EvBl 1971/69

⁴⁷ StRÄG 1971. Es wurden allerdings zugleich vier neue antihomosexuelle Sonderstrafbestimmungen eingeführt: § 129neu StG (später § 209 StGB 1974) stellte sexuelle Kontakte zwischen Männern über 18 Jahren (seit 01.01.1989 (JGG 1988): 19 Jahren) und jungen Männern zwischen 14 und (unter) 18 Jahren unter Strafe (sechs Monate bis fünf Jahre). Entsprechende heterosexuelle und (seit dieser Gesetzesänderung neu) lesbische Kontakte waren und sind hingegen legal. § 500a StG (später § 210 StGB 1974) stellte die männlich-homosexuelle Prostitution unter Strafe (bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe). Heterosexuelle Prostitution war seit 1787, lesbische seit dieser StG-Novelle 1971 nicht mehr (generell) strafbar. § 210 wurde mit 01.07.1989 aufgehoben (BGBl I 1989/243)

§ 517 StG (später § 220 StGB 1974) stellte die „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts oder mit Tieren“ („öffentliches Auffordern oder Gutheißen in einer Art, die geeignet ist, solche Handlungen nahezu legen“) (bis 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß). § 220 wurde mit 01.03.1997 aufgehoben (BGBl I 1996/762)

§ 518 StG (später § 221 StGB 1974) stellte „Verbindungen“ unter Strafe, „deren wenn auch nicht ausschließlicher Zweck es (war), gleichgeschlechtliche Unzucht zu begünstigen“ (Strafe für Gründer, Mitglieder und Mitgliederwerber: bis zu 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß). § 221 wurde mit 01.03.1997 aufgehoben (BGBl I 1996/762)

⁴⁸ StGB 1974; Zur Nachfolgebestimmung des § 218 StGB 1974 vgl. weiter unten.

⁴⁹ EBRV 1971 (339)

⁵⁰ EBRV 1971 (55-56)

⁵¹ Hiezu ausführlich weiter unten.

was nicht toleriert ist, war – zum Nachteil der Rechtssicherheit – nicht möglich“.⁵²

„In jüngeren Entscheidungen wird zur Umschreibung des Begriffes der unzüchtigen Schrift u. dgl. auf ihre Eignung hingewiesen, auf den mit ihr (ungewollt) konfrontierten Durchschnittsmenschen schockierend und abstoßend zu wirken. Damit wird eine Gesetzesauslegung eingeleitet, die am allgemeinen Grundsatz orientiert ist, daß das Strafrecht erst einzugreifen hat, wenn ein Verhalten vorliegt, das das Zusammenleben grob stört.“⁵³

Mit dem Hinweis auf jüngere Entscheidungen bezog sich der OGH auf jene Judikate, in denen sich der Judikaturwandel schon zuvor angedeutet hatte. So wurde der „normale Durchschnittsmensch“ bereits in den frühen 70er Jahren mit dem Merkmal der „Aufgeschlossenheit“ versehen: „zeitverbundene(..), soziologisch und gesellschaftlich aufgeschlossene(..) Ansichten maßgerechter Durchschnittsmenschen“⁵⁴, „normal empfindende(r) Durchschnittsmensch(...) mit zeitverbundenen soziologisch aufgeschlossenen Ansichten“⁵⁵, „jedermann, der sozial integriert ist, dh den gesellschaftlichen, kulturellen und zivilisatorischen Errungenschaften der Gegenwart aufgeschlossen gegenübersteht“.⁵⁶

Nur was „von jedermann, der (solcherart; Anm.d.Verf.) sozial integriert ist, als unerträglich empfunden“ wird, sei „unzüchtig“ und daher gem. § 1 PornG verpönt.⁵⁷ Und der derart „zeitnah“ konzipierte „Durchschnittsmensch“ empfand als unerträglich nur (mehr) die „Abspiegelung“ einer „realen Sexepisode“⁵⁸ bzw. gar nur einer „exzessiv-aufdringliche(n) und abstoßende(n) Wiedergabe realer Sexualakte“.⁵⁹

Sexuelle Betätigung⁶⁰ sei als „im Grunde genommen (...) völlig natürliche(r) (straflose(r)) Lebensvorgang (...) und insoweit als wertneutral“ anzusehen, und der Gesetzgeber habe sich „bewußt“ gegen eine „empfindlich-prüde Grundhaltung“ entschieden.⁶¹

Die strafrechtliche Inkriminierung bloß auf Grund moralischer Überzeugungen wurde sogar als „undemokratisch“ und als „Eiferertum“ abgelehnt.

„Zeitangepasste Rechtsordnungen demokratischer Staaten sind grundsätzlich ganz allgemein von vornherein nicht darauf gerichtet, die Ansichten einzelner Gruppen in der Bevölkerung im Wege strafrechtlichen Drucks Andersdenkenden aufzunötigen oder das betreffende Gedankengut auch nur protektionistisch vor Gegenmeinungen zu schützen.“⁶²

„Irrelevante Fragen der Obszönität, Scham- oder Geschmacklosigkeit“ haben, auch im Bereich der Geschlechtlichkeit, keinen Platz mehr im Strafrecht. „Hingegen sei an dieser Stelle und abschließend dem auf einer jahrzehntelangen Erfahrung mit diesem Gesetz ebenso wie einer allgemeinen Überlegung beruhenden Gedanken Raum gegeben, daß nichts für die Annahme spricht, es sei nach einer mehrtausendjährigen, oft viel stürmischer verlaufenen Sittengeschichte des Abendlandes gerade unserem Zeitalter vorbehalten, das Laster, die Libertinage, die geschlechtliche Ausschweifung in allen ihren Erscheinungsformen mit den Mitteln gerichtlicher Repression auszumerzen oder auch nur abzufangen. Lebensäußerungen (man mag über sie denken wie immer), die so vielfältig einerseits mit dem im Kreislauf der Geschichte mehr oder weniger

⁵² OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁵³ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁵⁴ OGH 29.01.1971, EvBl 1971/257

⁵⁵ OGH 11.06.1975, 9 Os 65/74=RZ 1975/73

⁵⁶ OGH 16.06.1976, 9 Os 100/75=RZ 1976/128

⁵⁷ OGH 11.06.1975, 9 Os 65/74=RZ 1975/73

⁵⁸ OGH 29.01.1971, EvBl 1971/257

⁵⁹ OGH 11.06.1975, 9 Os 65/74=RZ 1975/73

⁶⁰ Man beachte, daß der OGH hier (anders als noch in der oa. „Kombinationsringe“-Entscheidung, JBl 1961, 514) den natürlichen Lebensvorgang nicht mehr auf den heterosexuellen vaginalverkehr (samt seinen Begleitthandlungen) reduziert, sondern von „sexueller Betätigung“ an sich spricht.

⁶¹ OGH 29.01.1971, EvBl 1971/257; freilich, angesichts der Gesetzwerdung des PornG, insb. der Gesetzesmaterialien und der parlamentarischen Debatten (siehe oben), eine kühne Behauptung.

⁶² OGH 11.06.1975, 9 Os 65/74=RZ 1975/73

*regelmäßig wiederkehrenden, sich über sehr lange Zeiträume entwickelnden Phänomen der Dekadenz von Völkern und Kulturen und andererseits mit den nicht weniger großräumig zu sehenden Möglichkeiten der spirituellen Erneuerung wesensmäßig verknüpft sind, entziehen sich nach der Natur der Sache in einem beträchtlichen Ausmaß der Einwirkung des Kriminalrechts. Eine von jedem Eiferertum distanzierte Rechtsprechung darf daher als ‚unzüchtig‘ in teleologischer Auslegung des Gesetzes nur Sexualdarstellungen von solcher Art verstehen, die aus besonderen Gründen (...) geeignet sind, das menschliche Zusammenleben zu stören“.*⁶³

Eines freilich ließen diese Entscheidungen im Dunkel: was denn nun genau (noch) unter das Pornografiegesetz fiel. Mitunter ergingen sich die Judikate in kasuistischen Auszählungen, die mehr Verwirrung stifteten als Klarheit brachten.⁶⁴ Darüberhinaus gab es immer wieder auch andere, wie ehemals restriktive höchstgerichtliche Entscheidungen.⁶⁵

Es war daher Zeit für einen verstärkten Senat, einigermaßen nachvollziehbar und allgemeingültig festzulegen, welche Darstellungen denn nun geeignet waren, auf den mit ihr (ungewollt) konfrontierten „Durchschnittsmenschen“ „schockierend und abstoßend“ zu wirken bzw. Minderjährige zu gefährden. Der OGH erkannte als solche in Anlehnung an Hanack

*„auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebenszusammenhängen gelöste, anreißerisch verzerrte (vgl. die Hanacksche Definition der Pornographie; GA zum 47. DJT 1968, S. 236) Darstellungen von Unzuchtsakten“.*⁶⁶

Darstellungen von Unzuchtsakten, die nicht auf sich selbst reduziert sind, die nicht von anderen Lebenszusammenhängen gelöst oder nicht anreißerisch verzerrt waren, schieden als bloß „erotische“ Darstellungen damit nun von vornherein aus der Anwendung des Pornografiegesetzes aus und konnten unbeschränkt (gewinnsüchtig) vertrieben werden.⁶⁷

Waren sie auf sich selbst reduziert, von anderen Lebenszusammenhängen gelöst und anreißerisch verzerrt, so unterfielen sie hingegen dem Begriff der „Pornografie“. „Unzüchtig“ im Sinne des § 1 PornG waren sie dadurch jedoch noch nicht, störten sie das Zusammenleben doch erst dann im als erforderlich erkannten groben Ausmaß, wenn ungewollte Konfrontation oder Kenntnisnahme durch Minderjährige drohte.

*„ob ein Werk ‚unzüchtig‘ ist, (wird) nicht allein von seinem Inhalte her beantwortet, sondern nur im Zusammenhang mit dem im konkreten Fall durch das Werk anzusprechenden Personenkreis. Fehlen die Gefahr der Kenntnisnahme durch Jugendliche oder die Eignung, durch ungewollte Konfrontation berechtigtes Ärgernis zu erregen (vgl. § 218 StGB), so ist (...) das nur in seiner besonderen Sozialrelevanz zu begreifende Merkmal der Unzüchtigkeit nicht gegeben“.*⁶⁸

„Druckwerke mit sexuellen Darstellungen, die nicht absolut unzüchtig sind, sind demnach nicht tatbildlich nach § 1, wenn sie nur einem bestimmt angesprochenen Interessentenkreis erwachsener Personen vorbehalten sind, von dem – wie etwa vom Kundenkreis eines sogenannten ‚Sex-Shop‘ – die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß er an derartigen Abbildungen und Beschreibungen sexueller Vorgänge nicht Anstoß nehmen wird, und bei denen auf solche Weise durch die Art ihrer Präsentation auch die nur

⁶³ OGH 16.06.1976, 9 Os 100/75=RZ 1976/128

⁶⁴ vgl. OGH 03.02.1977, 13 Os 175/76

⁶⁵ vgl. OGH 04.11.1975, 10 Os 70/5=EvBl 1976/220; und die o.a. „Spermaschlucker“-Entscheidung (OGH 05.05.1970, 10 Os 204/69, EvBl 1971/69)

⁶⁶ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat; vgl. auch die Darstellung in OLG Graz 24.11.2000, 9 Bs 304/00

⁶⁷ So zB: „Darstellungen geschlechtlicher Betätigungen, wie Mundverkehr, unter Zurschaustellung der Geschlechtsteile in Nahaufnahme auf Werbeprospekten für potenzsteigernde Mittel einer ‚Amour-Boutique‘ sind nicht unzüchtig, weil die Abbildungen im Zusammenhang mit dem Text nur der Anpreisung erotischer Stimulantien dienen und als solche nicht als derart schockierend oder abstoßend zu qualifizieren sind, daß sich jeder rechtlich denkende Angehörige der Gesellschaft in berechtigten Interessen beeinträchtigt findet“ (OGH 05.02.1976, 11 Os 160/75)

⁶⁸ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

*abstrakte Möglichkeit der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses oder der Gefährdung Jugendlicher ausgeschlossen ist.*⁶⁹

Damit war § 1 PornG auf jene Fälle (gewinnsüchtigen) Umgangs mit pornografischen Materialien beschränkt, in denen diese Materialien

*„für jedermann frei zugänglich waren, wovon etwa dann nicht gesprochen werden (konnte), wenn eine Konfrontation des angesprochenen Kundenkreises mit den zur Verbreitung vorrätig gehaltenen Artikeln nur nach dem Betreten der Verkaufsräume der als ‚Sex-Shop‘ deutlich gekennzeichneten Geschäftslokale stattfinden konnte und außerdem verlässliche Vorsorge dafür getroffen worden war, daß jugendliche Personen ferngehalten wurden und auch unbefangene Erwachsene nicht ungewollt mit solchen Erzeugnissen konfrontiert werden konnten.“*⁷⁰

Die folgende Rechtsprechung hat auch den Verkauf pornografischer Materialien in Trafiken, Zeitungskiosken und Romanschwemmen zugelassen⁷¹, nicht aber, weil das Alter der Abnehmer für den Versender unkontrollierbar sei, im Versandhandel.⁷²

Der OGH empfand sich mit diesen Kriterien im Einklang mit den

*„Wertvorstellungen der Gesellschaft, der es gleichgültig ist, was an Pornographie im privaten oder geschlossenen Kreis gezeigt oder gesehen wird; genug daran, daß die Allgemeinheit hiemit nicht behelligt und die Jugend davor bewahrt wird.“*⁷³

Das Konzept der „relativen Unzucht“, das bis dahin nur „exklusiven (Herren)Zirkeln“ zugute kam wurde damit gewissermaßen „demokratisiert“ und der breiten Bevölkerung eröffnet.

Dieses Konzept der „relativen Unzucht“ galt nun zwar für alle Bevölkerungsgruppen, nicht aber für jede Art von Pornografie. Auch für den verstärkten Senat 1977 gab es pornografische Darstellungen, die absolut, dh ohne Rücksicht auf den potentiellen Kundenkreis, „unzüchtig“ waren, nämlich pornografische

*„Darstellungen von Unzuchtsakten, die als solche ihrer Art nach verboten und strafbar sind. Darunter fallen sexuelle Gewalttätigkeiten, insbesondere sadistischer und masochistischer Natur, und Unzuchtsakte mit Unmündigen (unter 14jährigen, Anm.d.Verf.).⁷⁴ Aber auch Unzuchtsakte mit Personen des gleichen Geschlechts oder mit Tieren dürfen – wenn auch als Handlungen nicht oder nur beschränkt strafbar – nicht propagiert werden (§ 220 StGB); pornographische Darstellungen solcher Art müssen daher im Sinne der heterosexuellen Orientierung der rechtlich geordneten Gesellschaft und ihres Schutzes generell als unzüchtig angesehen werden.“*⁷⁵

Weitere Beispiele für solche „harte“, „absolut unzüchtige“ Pornografie sind (pornografische) Darstellungen von Vaginalverkehr zwischen Vorfahren und Nachfahren sowie zwischen blutsverwandten Geschwistern (vgl. den Tatbestand der „Blutschande“, § 211 StGB), die Darstellung sexueller Kontakte mit dem unter 19jährigen (seit 01.07.2001: unter 18jährigen)⁷⁶ Kind, Wahlkind, Stiefkind oder Mündel (vgl. § 212 StGB, „Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses“) und die Darstellung der Erlangung sexueller Kontakte von unter 19jährigen (seit 01.07.2001: unter

⁶⁹ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁷⁰ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁷¹ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E23c

⁷² Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E23b

⁷³ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁷⁴ Strafbar ist auch die Verleitung unter 14jähriger zur Masturbation, wenn diese Verleitung in der Absicht erfolgt, sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen (§ 207 Abs. 2 StGB). „Hartpornografisch“ sind daher auch solche Darstellungen, in denen eine solche Verleitung, inkl. der sexuellen Motivation des Verleitenden, erkennbar ist. Die bloße Darstellung masturbierender unter 14jähriger Personen hingegen ist nicht „hartpornografisch“, weil die Masturbation nicht „ihrer Art nach“ strafbar ist (auch nicht bei unter 14jährigen). Vgl. jedoch nunmehr § 207a StGB (unten 5.)

⁷⁵ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

⁷⁶ BGBl I 19/2001 (§ 74 Z. 3 StGB)

18jährigen)⁷⁷ durch missbräuchlichen Einsatz einer Autoritätsstellung (zB als Lehrer, Erzieher oder Lehrberechtigter) (vgl. § 212 StGB, „Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses“).^{78 79} Desweiteren die Darstellung des Missbrauchs von wehr- oder bewusstlosen (zB gelähmten, gefesselten, schlafenden, volltrunkenen, geistig schwer kranken oder behinderten) Personen (vgl. § 205 StGB, „Schändung“) wie auch Darstellungen der nach § 208 StGB strafbaren Handlungen (insb. exhibitionistische Akte gegenüber unter 14jährigen und bestimmten 14 und 15jährigen Personen)⁸⁰, Darstellungen der Erlangung sexueller Handlungen (oder auch nur unzüchtiger Posen oder der Entkleidung) durch Täuschung (§ 108 StGB)⁸¹ sowie tierquälerischer sexueller Handlungen (§ 222 StGB) und schließlich die Darstellung öffentlicher „unzüchtiger“ Handlungen (§ 218).

Die (pornografische) Darstellung ungewöhnlicher, aber nicht strafbarer sexueller Kontakte, wie Fäkalsex oder (heterosexueller) Gruppensex, qualifizierte der OGH konsequent, „obschon pervers“⁸², als bloß „relativ unzüchtig“.⁸³

Kontrovers blieb jedoch die Behandlung homosexueller Pornografie.⁸⁴ Die Ansicht des 9. Senats des OGH, wonach nur „kriminelle homosexuelle Handlungen“ der „absolut unzüchtigen“, „harten“ Pornografie unterfielen⁸⁵, wies der verstärkte Senat 1977 zurück (vgl. das vorstehende Zitat). Die bezüglichen Ausführungen des verstärkten Senats wurden jedoch unterschiedlich interpretiert. Verstanden einige Senate unter „pornographische Darstellungen solcher Art“ (vgl. das vorstehende Zitat) jegliche (pornografische) Darstellung gleichgeschlechtlicher Handlungen, so bezogen sich andere auf den vom verstärkten Senat vorgenommenen Verweis auf das Verbot der „Propagierung“ von Kontakten mit Personen des gleichen Geschlechts (oder mit Tieren) durch § 220 StGB, der die „Werbung“ für Homosexualität (und Zoosexualität) („öffentliches Auffordern oder Gutheißen in einer Art, die geeignet ist, solche Handlungen nahezulegen“) unter Strafe stellte.⁸⁶

Unter Heranziehung des Duden Etymologie aus 1963 judizierten sie, daß, weil unter „Propaganda“ „der Versuch einer Massenbeeinflussung“ zu verstehen sei, „harte“, „absolut unzüchtige“ Pornografie nur dann vorliege, wenn die Gefahr einer solchen Massenbeeinflussung bestehe. Sei der Kundenkreis nur klein oder „bereits homophil oder der homosexuellen Betätigung zugeneigt“ oder nur aus rein persönlicher Neugier interessiert, so sei dies nicht der Fall und die pornografischen Darstellungen nur „relativ unzüchtig“. „Absolute Unzüchtigkeit“ liege nur dann vor, wenn „mit dem Verkauf der Druckwerke eine größere Zahl von Menschen („Massen“), die bislang heterosexuell eingestellt waren, der homosexuellen Betätigung zugeführt werden können und tatsächlich zugeführt werden sollen“.⁸⁷

Ein neuerlicher verstärkter Senat machte diesen Liberalisierungsversuchen ein Ende. Gleichgeschlechtliche Pornografie sei ohne Rücksicht auf den angesprochenen Personenkreis und ihre Eignung, Menschen zur gleichgeschlechtlichen Unzucht zu verleiten, „absolut unzüchtig“, denn:

„Gleichgeschlechtliche Unzucht – welche jedenfalls beschränkt strafbar ist (§§ 209⁸⁸, 210⁸⁹ StGB) und im übrigen nicht propagiert werden darf (§ 220

⁷⁷ BGBl I 19/2001 (§ 74 Z. 3 StGB)

⁷⁸ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E11b, 11c

⁷⁹ Strafbar ist auch die Verleitung unter 14 bis (unter) 19jähriger (seit 2001: unter 18jähriger) zur Masturbation, wenn diese Verleitung in der Absicht erfolgt, sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, und wenn es sich um das eigene Kind, Wahlkind, Stiefkind oder Mündel handelt, oder wenn eine Autoritätsstellung (zB als Lehrer, Erzieher oder Lehrberechtigter) missbräuchlich ausgenutzt wird (§ 212 Abs. 1 StGB). „Hartpornografisch“ sind daher auch solche Darstellungen, in denen eine solche Verleitung, inkl. der sexuellen Motivation des Verleitenden, erkennbar ist. Die bloße Darstellung masturbierender unter 19jähriger (unter 18j.) Personen hingegen ist nicht „hartpornografisch“, weil die Masturbation nicht „ihrer Art nach“ strafbar ist (auch nicht bei unter 19jährigen (unter 18j.)).

⁸⁰ siehe unten 3.

⁸¹ vgl. OGH 29.06.1989, 17 Os 17/89; wN in Foregger-Fabrizy, *StGB*, § 108 Rz 5; Leukauf-Steininger, *Komm*, § 108 Rz 10f; *Bertel* in *WK*, § 108 Rz 11

⁸² OGH 25.05.1983, 11 Os 17/83

⁸³ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E13; OLG Graz 24.11.2000, 9 Bs 304/00

⁸⁴ Wozu der OGH stets auch pornografische Darstellungen sexueller Handlungen mit Zwittern zählte (OGH 25.10.1990, 13 Os 87/90; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E10b

⁸⁵ OGH 16.06.1976, 9 Os 100/75=RZ 1976/128)

⁸⁶ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E6f

⁸⁷ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E6f

⁸⁸ § 209 StGB stellt sexuelle Kontakte zwischen Männern über 18 Jahren (seit 01.01.1989 (JGG 1988): 19 Jahren) unter jungen Männern zwischen 14 und (unter) 18 Jahren unter Strafe (sechs Monate bis fünf Jahre). Entsprechende heterosexuelle und lesbische Kontakte sind hingegen legal.

⁸⁹ § 210 stellte die männlich-homosexuelle Prostitution unter Strafe (bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe). Heterosexuelle Prostitution war seit 1787, lesbische seit 1971 nicht mehr (generell) strafbar. § 210 wurde mit 01.07.1989 aufgehoben (BGBl I 1989/243)

StGB⁹⁰) – widerspricht nämlich der heterosexuellen Orientierung der rechtlich geordneten Gesellschaft und steht zu dieser – auch bei Fehlen einer allgemeinen Strafsanktion - in einem Spannungsverhältnis, wie dies gleichermaßen auch für Unzucht mit Tieren gilt“.⁹¹

§ 220 StGB sei (nur) insoweit für die Auslegung des § 1 PornG relevant als

„der Gesetzgeber darin – gleichgeschlechtliche Handlungen damit wertend und für sie das Merkmal der Unzucht prägend – ausdrücklich (und generell)⁹² von gleichgeschlechtlicher Unzucht spricht“⁹³

Der verstärkte Senat stellte aber insoweit einen weiteren Bezug zu § 220 StGB her als er betonte, daß eine Darstellung gleichgeschlechtlicher Vorgänge nur dann „unzüchtig“ im Sinne des § 1 PornG sei,

„wenn sie eine anreißerisch verzerrte – das Obszöne betonende – (also pornografische, Anm.d.Verf.) Wiedergabe geschlechtlicher Betätigungen zum Gegenstand hat, die eine ins Auge fallende unzüchtige Ausstrahlung entfaltet und insoweit – wegen der dieser erfahrungsgemäß innewohnenden stimulierenden Wirkung – eine (nach objektiven Kriterien zu beurteilende) ‚Werbekomponente‘ enthält“.

Eine solche „Werbekomponente“ sei jedoch „bei Druckwerken regelmäßig gegeben“.

„Eine Massenbeeinflussung mit dem Ziel, eine große Menschenmenge von ihrer bisherigen heterosexuellen Einstellung abzubringen, bedarf es hingegen (...) nicht. Im übrigen verlangt nicht einmal der (auf abstrakte Werbungseignung abstellende) Tatbestand des § 220 StGB eine solche Massenbeeinflussung, und es können auch Personen, die bereits der homosexuellen Betätigung zuneigen, durch Propaganda in ihrer Einstellung fixiert werden.“⁹⁴

Diese Rechtsprechung hielt bis zum Jahre 1989. Unmittelbar nachdem durch das Jugendgerichtsgerichtsgesetz 1988 per 01. Jänner 1989 die Zuständigkeit zur Vollziehung des § 1 PornG von den Jugendschöffengerichten an die Einzelrichter der Landesgerichte, und damit auch die letztinstanzliche Zuständigkeit vom Obersten Gerichtshof an die (vier) Oberlandesgerichte, übertragen wurde, nutzte das Oberlandesgericht Innsbruck seine neue Kompetenz zu einer Judikaturänderung. Am 13. September 1989 bestätigte es das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck, mit dem dieses, insb. unter Hinweis auf die Aufhebung des Straftatbestandes der mann-männlichen Prostitution (§ 210 StGB), eine Frau vom Vorwurf freigesprochen hatte, sie hätte durch den Verkauf pornografischer Filme mit lesbischen Szenen „hartpornografische“, und damit nach § 1 PornG „absolut unzüchtige“ Filme, vertrieben.⁹⁵ Die pointierte Begründung des Landesgerichtes Innsbruck ist es wert, ausführlich wiedergegeben zu werden:

⁹⁰ § 220 StGB stellte die „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts oder mit Tieren“ („öffentliches Auffordern oder Gutheißen in einer Art, die geeignet ist, solche Handlungen nahezu legen“) (bis 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß). § 220 wurde mit 01.03.1997 aufgehoben (BGBl I 1996/762)

⁹¹ OGH 24.11.1980, 12 Os 111/80

⁹² Gerade in dieser generellen Wertung aller homosexuellen Handlungen als „Unzucht“ unterschied sich § 220 StGB von den beiden anderen Strafbestimmungen §§ 209 und 210 StGB, die nur im Zusammenhang mit männlicher Homosexualität und auch da nur im Zusammenhang mit Prostitution bzw. mit Kontakten zwischen über 18jährigen (später: über 19jährigen) und 14-18jährigen sprachen. Wohl aus diesem Grunde sah auch der Justizauschuß in den §§ 220 und 221 StGB den Sitz der negativen Einstellung des Gesetzgebers zur Homosexualität (JAB 512 BlgStP-NR XII. GP (S. 3)). Auch § 221 StGB, die vierte antihomosexuelle Sonderstrafbestimmung, die „Verbindungen“ unter Strafe stellte, „deren wenn auch nicht ausschließlicher Zweck es (war), gleichgeschlechtliche Unzucht zu begünstigen“ (Strafe für Gründer, Mitglieder und Mitgliederwerber: bis zu 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß), qualifizierte homosexuelle Handlungen generell als Unzucht. Interessanterweise wurde diese Bestimmung aber im Rahmen des PornG nicht zur Begründung der „absoluten Unzucht“ gleichgeschlechtlicher Pornographie herangezogen. Auch § 221 wurde mit 01.03.1997 aufgehoben (BGBl I 1996/762)

⁹³ OGH 24.11.1980, 12 Os 111/80; vgl. auch OGH 18.04.1989, 11 Os 169/88: „gleichgeschlechtliche Unzuchtsakte - für die das die Missbilligung der Gesellschaft ausdrückende Werbeverbot des § 220 StGB besteht“.

⁹⁴ OGH 24.11.1980, 12 Os 111/80

⁹⁵ OLG Innsbruck 13.09.1989, 7 Bs 332/89. Die Begründung des Oberlandesgerichtes ist jedoch insofern unglücklich geraten als es den hartpornografischen Charakter deshalb verneint hat weil die Darstellungen nicht „exzessiv aufdringlich und abstoßend“ seien, welche Begriffe in der höchstgerichtlichen Judikatur aber stets als Abgrenzungsmerkmale zwischen „Erotik“ und „Pornografie“ an sich, nicht aber zwischen „harter“ und „weicher“ Pornografie herangezogen wurden. Daß auch das OLG vom pornografischen Charakter der ggst. Filme ausging, zeigt sich schon in seinem Hinweis darauf, daß die Angeklagte, die Erfordernisse des Konfrontations- und des Jugendschutzes eingehalten hatte.

„Über Veranlassung des gerichtsbekanntes Humer, der die ‚Europäische Bürgerinitiative zum Schutze des Lebens und der Menschenwürde‘ nach seiner Bezeichnung repräsentiert, nicht aber die Durchschnittsbevölkerung und auch nicht genommen werden kann als Maßstab des sozial integrierten Durchschnittsmenschen, erfolgte in diesem Sex-Shop 1987 eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme von Magazinen und Videokassetten pornografischen Inhaltes, wie sie im Strafantrag und Schuldspruch aufgeführt sind und darüber hinaus noch mehr Material (...) Samt und sonders sind diese beschlagnahmten und im Strafantrag noch inkriminierten Sexartikel pornografisch, diese Einstufung ist einerseits vom Gesichtspunkt der Ästhetik losgelöst, weil die Frage der Unappetitlichkeit oder der Unanständigkeit strafrechtlich auszuklammern ist, andererseits ist sie nicht gleichzusetzen der strafrechtlichen Wertung der Unzüchtigkeit. Der Begriff der Unzüchtigkeit richtet sich nach der jeweiligen Auffassung und Wertigkeit im Kulturbereich des Gültigkeitsbereiches des Strafrechts. (...) Die Wertung und Anschauung innerhalb eines Kulturkreises ist nicht statisch, sie entwickelt sich fort und hält dabei die Tendenz, sich gegenüber obrigkeitlicher Bevormundung und Bewahrung weiteren Freiraum zu schaffen. (...) Sohin kann (...) festgestellt werden, daß der Durchschnittsmensch sich nicht nur darin nicht gestört fühlt, daß erwachsene Personen gleichgeschlechtlichen Verkehr vornehmen sondern es auch nicht als unerträglich mehr empfinden, Abbildungen solcher Handlungen zu sehen, es kommt in der Regel aus solchem Grunde seitens der Bevölkerung nie zu Anzeigen, ebenso selten ist dies seitens der Behörden der Fall, es fällt vielmehr sogar auf, daß nur noch eine einzelne Person, nämlich Humer als Hüter der von ihm formulierten Moral dahin tätig wird. Die Darstellung, ob die Frau einen Penis in den Mund nimmt, wirkt gleich abstoßend oder nicht, wie wenn eine Frau einer anderen mit der Zunge in die Scheide fährt, in beiden Fällen wird das Maß der Unerträglichkeit beim Durchschnittsmenschen nicht mehr erreicht (...)

(A)b morgigen Tag (ist) homosexuelle Prostitution nach § 210 StGB straffrei (...) Damit haben die Volksvertreter doch auch zugleich zum Ausdruck gebracht, daß nun die gleichgeschlechtliche Unzucht nicht in solchem Maße gegenüber der Geheimprostitution mehr Störeffekt hat, daß sie strafrechtlicher Hilfe hintangehalten und geahndet werden müsste. Es ist danach aber auch nicht mehr vertretbar, zu sagen, daß der Durchschnittsmensch bei Betrachtung gleichgeschlechtlicher Handlungen, soweit sie nicht mit Kindern oder entsprechender sadistischer Ausführungen erfolgen, anders wertet als hetero-sexuelle Darstellungen, sie demnach unerträglich im Sinne von unzüchtig nach § 1 PornG empfinden würde.“⁹⁶

Selbst wenn man dem nicht folgen und gleichgeschlechtliche Pornografie weiterhin als stets „hartpornografisch“ ansehen wollte, wäre die Tat, so das Landesgericht Innsbruck weiter, nicht strafwürdig (§ 42 StGB):

„Schädliche Folgen hat die Tat wohl nicht hervorgebracht, es ist nur einer bekannt, der daran Anstoß genommen hat, hiebei handelt es sich um Humer, der aber wohl durch das Fündigwerden beglückt wurde, wenn auch in einem ganz anderen Sinn als die Kunden“⁹⁷

Seit dem Jahre 1989 war sohin auch der Handel mit gleichgeschlechtlicher Pornografie im Zuständigkeitsbereich des Oberlandesgerichtes Innsbruck, also in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg, freigegeben; allerdings auch nur dort, denn das übrige Österreich folgte dieser Rechtsansicht nicht.

Der OGH judizierte auch nach der Aufhebung des § 210 StGB und dem Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck wie bisher: gleichgeschlechtliche Pornografie sei an sich „absolut

⁹⁶ LG Innsbruck 30.06.1989, 37 Vr 882/89, 37 Hv 96/89

⁹⁷ LG Innsbruck 30.06.1989, 37 Vr 882/89, 37 Hv 96/89

unzüchtig“, ohne daß es irgendwelcher zusätzlicher Kriterien bedürfte.⁹⁸ Die Generalprokuratur unternahm zwar zweimal den Versuch, den Obersten Gerichtshof⁹⁹ unter Berufung auf die Aufhebung des Straftatbestandes der mann-männlichen Prostitution (§ 210 StGB) zu einer Revision der Entscheidung der verstärkten Senate aus 1977 und 1980 und zur Feststellung zu bewegen, daß homosexuelle Pornografie (nun) nicht mehr „absolut unzüchtig“ sei und daß diesbezüglich keine Unterscheidung zwischen männlicher und weiblicher Homosexualität zu machen sei. Der OGH fand aber in beiden Fällen Wege, diese Frage nicht entscheiden zu müssen und die Beschwerden aus formalen Gründen zu verwerfen.

In dem einem Falle erachtete er die Ausführungen der Ratskammer des Landesgerichtes Linz, das eine Beschlagnahme lesbisch-pornografischer Filme mangels „harter“ Pornografie aufgehoben und dabei unter Hinweis auf § 209 StGB bemerkt hatte, daß „bei der Qualifikation gleichgeschlechtlicher Unzuchtsakte wohl von männlich homosexuellen und lesbischen Darstellungen zu unterscheiden sein wird“ als „überflüssig“ und, weil es ja im gegenständlichen Fall nur um lesbische Darstellungen ging, ohne Auswirkung, weshalb sich eine Entscheidung des OGH erübrige.¹⁰⁰ Im anderen Fall haben eine Untersuchungsrichterin des Landesgerichtes Krems und die Ratskammer des Landesgerichtes Innsbruck lesbisch-pornografische Filme beschlagnahmt bzw. die Beschlagnahme¹⁰¹ bestätigt, und dies mit dem Verdacht „hartpornografischen Inhalts“ begründet, ohne anzugeben, worin die „harte“ Pornografie bestünde. Weil die Gerichte sohin ohnehin nicht ausdrücklich ausgesprochen haben, daß sie die „absolute Unzüchtigkeit“ in der Gleichgeschlechtlichkeit der pornografischen Darstellungen erblickten, erachteten die Höchststrichter es nicht als erforderlich, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.¹⁰²

Außerhalb Tirols und Vorarlbergs hielten die Gerichte, von vereinzelt Ausnahmen abgesehen, am absoluten Verbot des kommerziellen Vertriebs homosexueller Pornografie fest, wobei die vereinzelt gegenteiligen Entscheidungen (lediglich) die Aufhebung von Beschlagnahmen betrafen. So der o.a. Beschluß der Ratskammer des Landesgerichtes Linz (hins. lesbischer Pornografie) und der Beschluß des Landesgerichtes für Strafsachen Wien¹⁰³ vom 03.02.1994, in dem das Gericht allerdings die o.a. Entscheidungen des OGH in der Richtung missinterpretierte, die Höchststrichter hätten die von der Generalprokuratur gewünschten Feststellungen getroffen.¹⁰⁴ Diese Fehlinterpretation dürfte das Gericht in der Folge erkannt haben, denn in der inhaltlichen (Berufungs)Entscheidung in dem betreffenden Fall hat es dann – obschon es vorgeblich daran festhielt, aus Anlaß der o.a. oberstgerichtlichen Entscheidungen gleichgeschlechtliche Pornografie nicht mehr als absolut unzüchtig zu erachten – doch „inhaltlich (gemeint wohl: ‚anreißerisch‘; Anm.d.Verf.) verzerre“ (also pornografische) „gleichgeschlechtliche Unzucht“ wieder in einer Reihe mit Tier-, und Kinderpornografie als „absolut unzüchtig“ „harte Pornografie“ qualifiziert.¹⁰⁵

Die Aufhebung der Tatbestände der „Werbung“ für Homosexualität (§ 220 StGB) und der „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“ (§ 221 StGB) per 1. März 1997 entzog der auf den Entscheidungen der verstärkten Senate aus 1977 und 1980 beruhenden Judikatur den Boden¹⁰⁶, und es waren steirische Gerichte, die den kommerziellen Vertrieb homosexueller Pornografie erstmals außerhalb der Bundesländer Tirol und Vorarlberg ausdrücklich freigegeben haben: das Landesgericht Leoben und das Oberlandesgericht Graz:

„Mit der Aufhebung des Straftatbestandes des § 220 StGB und Schaffung des Tatbestandes des § 220a StGB durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl 1996/762, wurde die bisherige Strafdrohung gegen eine

⁹⁸ OGH 21.09.1989, 12 Os 80/89; OGH 25.10.1990, 13 Os 87/90;

⁹⁹ der seit 1989 ja im wesentlichen nur mehr im Wege einer solchen von der Generalprokuratur erhobenen sogenannten „Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes“ (§ 33 StPO) mit Angelegenheiten des PornG befasst werden konnte. Die zweite Möglichkeit bestünde nur darin, daß jemand in einem schöffnen- oder geschworengerichtlichen Verfahren (auch) wegen eines Vergehens nach dem PornG verurteilt wird, wogegen vom Verurteilten eine Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH erhoben werden könnte.

¹⁰⁰ OGH 17.12.1991, 14 Os 124/91

¹⁰¹ durch einen Untersuchungsrichter des Landesgerichtes Innsbruck

¹⁰² OGH 28.04.1992, 14 Os 38-41/92

¹⁰³ Seit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993 sind die 21 Landesgerichte (außer bei Medieninhaltsdelikten; wie etwa bei Verfahren gegen Produzenten) in Verfahren nach dem § 1 PornG letztinstanzlich zuständig.

¹⁰⁴ LG für Strafsachen Wien 03.02.1994, 13a Bl 61/94

¹⁰⁵ LG für Strafsachen Wien 15.05.1997, 13a Bl 250/97

¹⁰⁶ So auch JM Michalek in Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage (2070/AB XX.GP-NR); Kienapfel/Schmoller (1999) BT III Vorbem §§ 201ff RN 58, 72 und Schwaighofer (1997), StRÄG 1996, 123. Die vorhin erwähnte Entscheidung des Landesgerichtes für Strafsachen Wien (15.05.1997, 13a Bl 250/97) hielt dennoch (zumindest vom Ergebnis her) an der überkommenen Judikatur fest.

Propaganda für homosexuelle Betätigung beseitigt. Demnach scheidet konsequenterweise mit dem Wegfall der diesbezüglichen Strafdrohung auch die bis dahin von der Rechtsprechung darauf gestützte Einordnung der Darstellung homosexueller Sexualdelikte¹⁰⁷ unter den Begriff der sogenannten harten Pornografie aus und können derartige Darstellungen nur mehr der relativen Pornografie¹⁰⁸ zugeordnet werden.¹⁰⁹

„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, recurriert 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, BGBl 1989/243 per 1. Juli 1989, kam es durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl 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, BGB1 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

¹⁰⁷ Die Formulierung, die sich so im Original findet, erscheint bemerkenswert.

¹⁰⁸ Gemeint wohl: „relative Unzucht“ oder „weiche Pornografie“

¹⁰⁹ LG Leoben 13.01.2000, 9a Bl 158/99 (das Urteil des BG Knittelfeld vom 20.05.1999, 9 U 103/98h bestätigend) = MR 2000 (68); dem Sachverhalt lagen pornografische Filme mit weiblich- als auch männlich-homosexuellen Handlungen zu Grunde.

*allein verbleibende Kriterium der Gleichgeschlechtlichkeit nicht mehr ausreichend.*¹¹⁰

Unklar blieb in der Rechtsprechung die Behandlung der SM-Pornografie. Der verstärkte Senat 1977 stellte die Qualifikation als „harte“ Pornografie eindeutig in Zusammenhang mit strafbarem Verhalten:

*„Darstellungen von Unzuchtsakten, die als solche ihrer Art nach verboten und strafbar sind. Darunter fallen sexuelle Gewalttätigkeiten, insbesondere sadistischer und masochistischer Natur“*¹¹¹

In diesem Sinne wurde die „Schilderung sadomasochistischer, brutale Gewaltanwendung geradezu glorifizierender Vergewaltigungsszenen“ ebenso als „absolut unzüchtig“ qualifiziert¹¹² wie „sexuelle Gewalttätigkeit (im Sinne der Anwendung physischer Kraft in einer zur Überwindung oder Hintanhaltung eines Widerstandes geeigneten Intensität)“ (vgl. §§ 201, 202 StGB).¹¹³ Strafbar ist auch jede (selbst leichte) einverständliche Verletzung oder Gesundheitsschädigung auf Grund sado-masochistischer Beweggründe (§ 90 StGB).¹¹⁴ Die pornografische Darstellung solcher, auch leichter Verletzungen (wie Rötungen, Hautabschürfungen etc.) ist daher „absolut unzüchtig“. Bloßes Fesseln oder Schlagen ohne Verletzung oder Gesundheitsschädigung sind jedoch nicht strafbar.¹¹⁵

Mitunter wurde aber allein auf das Kriterium der Gewalt abgestellt und das vom OGH aufgestellte Erfordernis der Strafbarkeit der dargestellten Handlungen „als solche ihrer Art nach“ fallen gelassen:

*„Gewalt (bildet) zwar in vielen Tatbeständen Mittel zur Brechung eines dem Täter entgegenstehenden Willens (...), bestimmte Handlungen, wie Schlagen oder Fesseln, (können) aber unabhängig von dem mit ihnen verbundenen Zweck als gewaltsam bezeichnet werden (...). So zeigt insbesondere die Darstellung der Befriedigung masochistischer Neigungen durch mehr oder weniger krasse Mißhandlungen sexuelle Gewalt, mag die Gewaltanwendung (...) auch im Einverständnis mit dem ‚Opfer‘ geschehen sein.“*¹¹⁶

*„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.“*¹¹⁷

Ansonsten scheint das PornG in jüngerer Zeit immer großzügiger gehandhabt zu werden. Nicht nur hinsichtlich der homosexuellen Pornografie sondern auch was die Abgrenzung von „Pornografie“ zu unbeschränkt verbreitbarer „Erotik“ betrifft. So sah das Landesgericht Innsbruck bereits 1989 in einer lesbischen Szene deshalb „lediglich eine erotische Zärtlichkeit, die noch nicht der weiteren Einengung zur ... Pornografie gleichkommt“, weil die „Zunge sich nur gegen Schamhaare (richtete)“¹¹⁸, und das Landesgericht für Strafsachen Wien fand 1997, daß Bilder, „die eine Hand einer Frau auf den Schamlippen einer Partnerin r u h e n d zeigen“, nicht als „auf sich selbst reduziert, und als exzessiv aufdringlich und abstoßend bzw. anreißerisch“ angesehen werden können.¹¹⁹

¹¹⁰ OLG Graz 24.11.2000, 9 Bs 304/00; dem Sachverhalt lagen pornografische Filme mit weiblich- als auch männlich-homosexuellen Handlungen zu Grunde

¹¹¹ OGH 06.06.1977, 13 Os 39/77=RZ 1977/95=EvBl 1977/186; verstärkter Senat

¹¹² Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PomG E 12

¹¹³ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PomG E 12a

¹¹⁴ ÖJZ-LSK 1977/126; abl für leichte Verletzungen: Leukauf-Steininger, Komm³, § 90 Rz 16

¹¹⁵ §§ 99, 115 StGB, Ehrenkränkungs-gesetze der Länder

¹¹⁶ OGH 18.04.1989, 11 Os 169/88

¹¹⁷ OLG Graz 24.11.2000, 9 Bs 304/00

¹¹⁸ LG Innsbruck 30.06.1989, 37 Vr 882/89, 37 Hv 96/89

¹¹⁹ LG für Strafsachen Wien 15.05.1997, 13a Bl 250/97

Auch bei tatsächlich pornografischen Darstellungen wird der Konfrontations- und Jugendschutzes mitunter recht großzügig gehandhabt. So schloß das Landesgericht Leoben eine abstrakte Möglichkeit der Erregung öffentlichen Ärgernisses (durch ungewollte Konfrontation) sowie der Gefährdung Jugendlicher durch die Verbreitung pornografischer Filme über Kabelfernsehen deshalb aus, weil die Sendezeit zwischen 0.00 und 4.00 früh lag und zu Beginn der Filme darauf hingewiesen wurde, daß „Minderjährige keinen Zutritt zu dieser Fernsehsendung haben“.¹²⁰ Mit dem vom OGH entwickelten Kriterium der abstrakten (!) Gefährdung Minderjähriger oder ungewollt konfrontierter Erwachsener hat diese Entscheidung nicht mehr viel gemein. Sie wird mit der höchstgerichtlichen Judikatur wohl nur dann in Einklang zu bringen sein, wenn man sie im Sinne der Konstatierung eines erlaubten, weil (heute) sozialadäquaten Risikos versteht.

Auch das Erfordernis der Gewinnsüchtigkeit hat das Landesgericht Leoben deutlich stärker zur Einschränkung der Strafbarkeit herangezogen als die bisherige Judikatur. Gewinnsüchtiges Handeln liege nicht vor, weil die Kabelgesellschaft keine gesonderten Entgelte verlangt, die Filme nicht gesondert angekündigt und im Zuge der Ausstrahlung keine Eigenwerbung gesendet habe. Die Kabelgesellschaft habe den Kabelfernsehempfängern noch weitere 33 Programme geboten, weshalb „wegen des zur späten Nachtzeit angebotenen Pornofilmprogramms keine ins Gewicht fallende Steigerung der Anschlussinteressenten erwartet werden könnte, zumal neben den Kosten für den individuellen Kabelanschluß noch neben den normalen Fernsehgebühren zusätzlich monatlich eine Gebühr von öS 145,- an die (Kabelgesellschaft) zu entrichten ist. Vom Standpunkt der Wirtschaftlichkeit wäre daher für einen Interessenten von Pornofilmen jedenfalls der Inanspruchnahme des befugten Videoverleihs der Vorzug zu geben“.¹²¹

2.3.2. § 2 PornG

Auch zur Beurteilung der „Anstößigkeit“ im Sinne des § 2 PornG hat die Rechtsprechung stets auf den „normalen, gesunden Durchschnittsmenschen“¹²² zurückgegriffen, auf dessen Auffassungen es bei der Beantwortung der Frage ankommen sollte, ob eine Publikation „geeignet ist, die Gefährdung einer an sich normal entwickelten, noch nicht sechzehn Jahre alten Person durch Reizung der Lusternheit oder Irreleitung des Geschlechtstriebes zu bewirken“.¹²³ Darauf was („normale“) Jugendliche selbst für sie angemessen erachten, könne es nicht entscheidend ankommen, weil sich der („normale“) Jugendliche durch außerordentlichen Erlebnishunger auszeichne. In diesem Sinne sei bei der Ausstellung von Bildern mit Tanzpaaren in vor allem für Jugendliche sexuell stark reizenden Posen ein „strenger Maßstab“ anzulegen. Denn der („normale“) Jugendliche zeichne sich durch „hohe Labilität der Seelenlage, Erlebnishunger und (...) Durchbruch des Geschlechtstriebes“ aus. In dieser Zeit seien Jugendliche „vor ungünstigen Einflüssen zu bewahren“, um sie „für ihre wahren Lebensaufgaben reif“ zu machen.¹²⁴

Auch im Bereich des § 2 PornG zeigen sich jedoch bereits in den 60er Jahren Liberalisierungstendenzen. So entschied der OGH 1961, daß die „Abbildung einer stark dekolletierten Frau“ dann nicht jugendgefährdend sei, wenn die davon „ausgehende geschlechtliche Reizung Jugendlicher nicht jenes Maß an geschlechtlicher Reizung, dem Jugendliche im täglichen Leben ausgesetzt sind“ übersteigt.¹²⁵ Die weitere Begründung, wann dies im konkreten Sachverhalt nicht der Fall gewesen war, liest sich aus heutiger Sicht freilich erheiternd. Das Bild sei nicht „lasziv“, weil die dargestellte Frau keinen „lüsternen Gesichtsausdruck zur Schau stell(e)“, ihre Züge brächten vielmehr „eine gewisse Resignation“ zum Ausdruck und ihre Körperhaltung sei, anders nach Meinung des Erstgerichts, „indifferent“.

Die Frage war allerdings umstritten, denn in späteren Entscheidungen aus 1967 und 1970 nahm der OGH wieder den gegenteiligen Standpunkt ein,¹²⁶ um 1974 schließlich definitiv zu entscheiden, daß

¹²⁰ Dadurch sei „für Erwachsene, unter deren Aufsicht allenfalls Minderjährigen ausnahmsweise noch um diese Zeit die Möglichkeit des Fernsehens erlaubt wurde, die Verantwortung überbunden (worden), die Minderjährigen von der Verfolgung des Programms auszuschliessen“ (LG Leoben 13.01.2000, 9 BI 158/99=MR 2000, 68). Wegen des Abstellens auf die späte Sendezeit dürfte diese Entscheidung auf Internetangebote nicht übertragbar sein, weil diese regelmäßig „rund um die Uhr“ zugänglich sind. Sollte ein Internetanbieter seine Angebote freilich nur zu solchen Zeiten zugänglich machen, so wäre kein Grund ersichtlich, diesen Fall anders zu entscheiden als eine Rundfunksendung zur selben Zeit.

¹²¹ LG Leoben 13.01.2000, 9 BI 158/99=MR 2000 (68)

¹²² OGH 11.07.1967, 10 Os 243/66; EvBl 1973/210; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E1

¹²³ OGH 10.06.1969, 10 Os 42/69

¹²⁴ OGH 10.02.1956, 5 Os 1330/55, SSt 277=JBl 1956, 346

¹²⁵ OGH 08.05.1961, 8 Os 47/61, SSt 32/42

¹²⁶ EvBl 1967/147; 9 Os 140/70; Mayerhofer-Rieder, aaO, E3

„bei Prüfung der Voraussetzungen des § 2 PornG (...) das Jugendlischen zumutbare Grenzmaß nach der heute herrschenden täglichen Reizüberflutung und damit auch Abstumpfung der Allgemeinheit zu beurteilen“ ist.¹²⁷

Der OGH unterstellte nun auch im Bereich des § 2 dem Gesetzgeber die „bewusste(...) Verneinung einer empfindlich prüden Grundhaltung“ und konstruierte den „normalen Durchschnittsmenschen“ nun auch hier als „aufgeschlossen“ („zeitverbundene(...), soziologisch und gesellschaftlich aufgeschlossene(...) Ansichten eines maßgerechten Durchschnittsmenschen“).¹²⁸

Demgemäß ging er sogar soweit, den Gesetzgeber des Pornografiegesetzes zu korrigieren, indem er auf das, bislang eine bloße Leerformel darstellende Erfordernis der Eignung, die sittliche und gesundheitliche Entwicklung zu gefährden, zurückgriff, um die Verschärfung des Jahres 1950¹²⁹ rückgängig zu machen und zur Rechtslage zwischen 1929 und 1950 zurückzukehren. Aus der „Reizung“ der Lüsternheit wurde nun wieder die „Überreizung“:

„Unter Reizung der Lüsternheit (= Geilheit, Begierde) im Sinne des § 2 PornG ist die Eignung zur Überreizung des normalen Geschlechtstriebes zu verstehen“.¹³⁰

Genügte zuvor noch eine bloß „erotische Wirkung, die in einer Nahebeziehung zum Geschlechtlichen steht“, die immer dann gegeben war, wenn eine „Abbildung in irgendeiner Beziehung zum Geschlechtlichen steht und daher geeignet ist, sexuelle, das Geschlechtsleben betreffende Eindrücke bei jugendlichen Personen unter 16 Jahren hervorzurufen“¹³¹, so ließ der OGH nun in ausdrücklicher Abkehr von der früheren Judikatur eine „erotische Assoziation schlechthin“ bzw. die „bloße Erweckung der Neugier“ nicht mehr genügen.¹³² Nunmehr gab es „Reizwirkungen“, „Hervorrufungen sexueller Eindrücke“ bzw. „Reizbeeinflussungen“, die unter 16jährigen „unbedenklich zuzumuten“ waren.¹³³ Nur mehr die Auslösung von Assoziationen „im Sinne übersteigerter Sexualvorstellungen“ war nach § 2 PornG strafbar.¹³⁴ In der Beurteilung, ob dies der Fall war, war auch weiterhin die „körperliche Haltung“ und der „Gesichtsausdruck“ maßgebend.^{135 136}

Diese Judikatur hat sich in den letzten 20 Jahren nicht verändert. Bemerkenswert erscheint lediglich die jüngste Entscheidung des Landesgerichtes Leoben, wonach bei einer „anstößigen“ Rundfunksendung das Rundfunkunternehmen (bzw. dessen Verantwortliche) nicht nach § 2 verantwortlich gemacht werden kann, weil die Sendung nicht von ihm zugänglich gemacht wird sondern einzig und allein von der Person, die über das Fernsehgerät verfügt.¹³⁷ Diese Entscheidung erscheint deshalb von großer praktischer und aktueller Bedeutung, weil nach dieser Rechtsansicht wohl auch die Anbieter „anstößiger“ Inhalte im Internet von jeglicher Verantwortung nach § 2 PornG befreit und die Verfüger über die Computer, an denen die Jugendlichen sitzen, alleine verantwortlich wären.¹³⁸

¹²⁷ OGH 26.03.1974, 12 Os 148/70; 17.09.1974, 12 Os 71/74; Mayerhofer-Rieder, aaO, E3

¹²⁸ OGH 29.01.1971, 10 Os 148/70; Mayerhofer-Rieder, aaO, E2

¹²⁹ siehe oben 2.2

¹³⁰ OGH 29.01.1971, 10 Os 148/70; ebenso OGH 20.11.1970, 10 Os 104/70; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E5, 11; Der OGH stützte sich dabei durchaus auch auf den Wortlaut des Gesetzes, denn wenn „Lüsternheit“ als „Geilheit und Begierde“ verstanden wird, dann ist „Reizung der Lüsternheit“ nicht mehr mit (bloßer) „Reizung des Geschlechtsgefühls“ ident sondern hat durchaus einen ähnlichen Wortsinn wie „Überreizung des Geschlechtsgefühls“ (die Formulierung in Art. VI StG-Novelle 1929). Nur verstand eben weder der Gesetzgeber im Jahre 1950 noch die überkommene Judikatur die Wendung „Reizung der Lüsternheit“ in diesem Sinne, sodaß im Ergebnis eine Korrektur des Gesetzgebers durch Rückkehr zur Gesetzeslage zwischen 1929 und 1950 vorliegt.

¹³¹ EvBl 1967, RZ 1968, 173; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E10; Dabei waren diffizile, nicht vorhersehbare Abgrenzungen zu treffen, denn die Abbildung des nackten Körpers an sich war ja stets weder „unzüchtig“ noch „anstößig“ (vgl. Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E2, 7, 8, 10, 11), und sollte es auch außer Betracht bleiben, „daß das dargestellte Mädchen ‚sehr sexy‘ wirke“ (EvBl 1967, RZ 1968, 173; Mayerhofer-Rieder, aaO, E10).

¹³² OGH 26.03.1974, 12 Os 12/74; RZ 1975/73 (EvBl 1976/60); OGH 29.01.1971, 10 Os 148/70; Mayerhofer-Rieder, aaO, E5, 6.

¹³³ OGH 29.01.1971, 10 Os 148/70; OGH 26.03.1974, 12 Os 12/74; RZ 1975/73 (EvBl 1976/60); EvBl 1974/145; Mayerhofer-Rieder, aaO, E5, 6, 7.

¹³⁴ OGH 26.03.1974, 12 Os 12/74; RZ 1975/73 (EvBl 1976/60); OGH 29.01.1971, 10 Os 148/70; Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E5, 6.

¹³⁵ Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E7, 8, 11)

¹³⁶ „In Grenzfällen“ wurden zur Beurteilung der Entwicklungsgefährdung durch assoziative Wirkungen sogar Sachverständigengutachten zugelassen (Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E21, 22)

¹³⁷ LG Leoben 13.01.2000, 9 BI 158/99=MR 2000 (68)

¹³⁸ Die Rechtsansicht des LG Leoben erscheint indes verfehlt. Zum einen spricht etwa § 2 Abs. 1 lit. b PornG gar nicht von Zugänglichmachen sondern von der Verbreitung auf eine Weise, „daß dadurch der anstößige Inhalt auch einem größeren Kreis

Hinsichtlich der neben der „Reizung der Lüsterheit“ genannten zweiten Variante der „Irreleitung des Geschlechtstriebes“ erscheint eine kürzlich ergangene Entscheidung der Steiermärkischen Landesregierung wegweisend, die festzustellen hatte, ob diverse Aids-Präventionsbroschüren für homosexuelle Männer mit zahlreichen sexualbezogenen Darstellungen, die die Annahme eines – wenn auch nicht eingesehenen homosexuellen Verkehrs – nahe legten,¹³⁹ „jugendgefährdend“ im Sinne des § 11 Steiermärkisches Jugendschutzgesetz sind. Die Landesregierung gab die Materialien ab dem 14. Lebensjahr frei und hielt nach Einholung eines kinder- und jugendpsychiatrischen Gutachtens fest:

„Der im Rahmen des Berufungsverfahrens beigezogene Sachverständige vertrat in seinem Gutachten die Ansicht, dass bei normaler Entwicklungsgeschwindigkeit die Richtung der sexuellen Orientierung bis zum abgeschlossenen 14. Lebensjahr gegeben sei und danach nicht mehr so die Gefahr einer homosexuellen Entwicklung bestünde. Ein Jugendlicher könne also keinesfalls mehr zur Homosexualität verführt werden, vielmehr gehe es darum, dass er seine eigene Neigung verkräufte und in eine gedeihliche Entwicklung integrieren könne. Wenngleich aus den Faltern nach Ansicht des Sachverständigen Anklänge pornografischer Art und auch eine angedeutete Verherrlichung von Gewalt durch sadomasochistische Praktiken herauszulesen wären, so folgen sie doch überwiegend dem Hauptziel der Aids-Prävention und sollten daher für Minderjährige ab dem 14. Lebensjahr zugänglich sein. Minderjährigen ab diesem Alter sei es auch durchaus zuzumuten, sich von dem vorliegenden Appell zur Homosexualität ausreichend zu distanzieren.“¹⁴⁰

3. Sonstige Strafbestimmungen

Das Pornografiegesetz erfasste – abgesehen von der Verbreitung „anstößiger“ Inhalte an unter 16jährige - stets nur gewinnsüchtige Handlungen in bezug auf „unzüchtige“ Gegenstände. Nicht „gewinnsüchtige“ Tätigkeiten wurden von der Generalbestimmung gegen „Unzucht“, § 516 StG, abgedeckt, dessen Erfordernis der Eignung zur Erregung öffentlichen Ärgernisses ja durch die Rechtsprechung zur Bedeutungslosigkeit verkommen ist.¹⁴¹

§ 516 StG wurde im Jahre 1975 aufgehoben und damit sämtliche nicht gewinnsüchtige Handlungen (wie private Vervielfältigung und Weitergabe, privater Tausch oder Verkauf nur zum Selbstkostenpreis, private Vorführung, Einfuhr und Ausfuhr etc. auch hinsichtlich „harter“ Pornografie) entkriminalisiert, solange nur Personen involviert waren, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet haben (§ 2 PornG).¹⁴² Denn die Nachfolgebestimmung, § 218 StGB 1974¹⁴³, erfasst(e) nun wirklich nur mehr „öffentliche

von Personen unter 16 Jahren zugänglich wird“, ein wohl deutlich weiterer Begriff. Zum anderen wäre durch die Interpretation des LG Leoben nicht nur § 2 sondern auch § 1 PornG für die meisten Rundfunkunternehmen und Internetanbieter außer Kraft gesetzt, denn auch die von § 1 PornG (für Rundfunkunternehmen und Internetanbieter relevanten) verwendeten Begriffe des „Verlegens“ und „Verbreitens“ beinhalten das Kriterium des „Zugänglichmachens“. Als Verlegen wird „jede Art des Vertriebs, mithin des Verbreitens“ angesehen (Leukauf/Steininger, *Nebengesetze*, § 1 PornG 744) und als Verbreiten wiederum ist „jede Tätigkeit zu verstehen, durch die der betreffende Gegenstand einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht wird“ (Mayerhofer-Rieder, aaO, § 1 PornG E42). Das „Zugänglichmachen“ (wofür das Ermöglichen des Zugriffs auf die im Gegenstand enthaltene Information ausreicht, ohne daß der Gegenstand selbst körperlich übertragen oder zugänglich gemacht werden muß; vgl. Freund, *Die Strafbarkeit von Internetdelikten*, Wien 1998, 42) ist also letztlich der Oberbegriff für alle drei Tathandlungen (Freund, aaO). Macht nun nicht der Rundfunkunternehmer bzw. Internetanbieter zugänglich sondern einzig und allein der Inhaber des Fernseh- oder Computergerätes, so wäre § 1 PornG auf jene Rundfunkunternehmer und Internetanbieter von vornherein nicht mehr anwendbar, die den gesendeten Film bzw. die ins Internet gestellte Datei nicht selbst hergestellt (vgl. zum Begriff des Herstellens in diesem Zusammenhang eingehend Freund, aaO, 39ff) haben. Das wäre weder mit dem Wortlaut des Gesetzes, noch mit dem historischen Willen des Gesetzgebers noch mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar und hat diese Konsequenz hinsichtlich § 1 PornG auch das LG Leoben nicht gezogen. Für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs „Zugänglichmachen“ in § 1 und § 2 PornG fehlen aber die Anhaltspunkte.

¹³⁹ Vgl. hierzu Mayerhofer-Rieder, aaO, § 2 PornG E8, E9

¹⁴⁰ Steiermärkische Landesregierung, Bescheid vom 10.10.2001 (GZ 9-41-1031/2001)

¹⁴¹ vgl. oben 1.2.1., insb. die „Korrespondenzzirkel“-Entscheidung aus 1931.

¹⁴² Die Produktion realer (also ein wirkliches Geschehen wiedergebender) pornografischer Darstellungen von strafbaren sexuellen Kontakte war selbstverständlich nach wie vor nach den jeweiligen Tatbeständen strafbar (Vergewaltigung, Beischlaf und Unzucht mit Unmündigen, Schändung, Inzest, Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses etc.). Hinsichtlich solcher Darstellungen wurden nur nicht gewinnsüchtige nachträgliche Handlungen in bezug auf bereits existierende Gegenstände (wie etwa Vervielfältigung, Tausch, Weitergabe, Vorführung) straffrei, ohne daß der Handelnde etwas mit der ursprünglichen Produktion (etwa durch Bestellung) zu tun hatte (§ 12 StGB).

¹⁴³ Strafrahen bis zu 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zur Höchststrafe.

„unzüchtige Handlungen“, dh solche, die geeignet sind, bei etwa 10 Personen (oder mehr) „durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis“ zu erregen. Die Ärgerniserregung durch bloßes nachträgliches Bekanntwerden reicht also nicht mehr. Und das „berechtigtes Ärgernis“ ist zwar grundsätzlich weiterhin am Gefühl des „sittlich normal empfindenden Durchschnittsmenschen“ zu prüfen, diesem „sittlich normal empfindenden Durchschnittsmenschen“ wird nun aber – im Gegensatz zur alten Rechtslage - zugestanden, auch einmal mit „fremden unzüchtigen Handlungen konfrontiert werden zu wollen“, weshalb diese „normgerechte Maßfigur“ nun nur mehr dann Anstoß nimmt, wenn sie ungewollt bzw. unvorbereitet mit fremden unzüchtigen Inhalten konfrontiert wird.¹⁴⁴ Das Schutzgut der neuen Bestimmung ist daher, entgegen der Regierungsvorlage,¹⁴⁵ nicht mehr, wie für § 516 StG, „das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit“ sondern das Interesse des Einzelnen, nicht ungewollt mit geschlechtlichen Handlungen konfrontiert zu werden.¹⁴⁶ Wie unter § 516 StG werden nach wie vor auch „unzüchtige“ Reden und die Verbreitung „unzüchtiger“ Schriften und Filme erfasst, nicht aber jedes nichtsexuelle (bloß) „unanständige“ Betragen (wie öffentliches Urinieren, Nacktbaden oder Schimpfen).¹⁴⁷ Im Hinblick auf den Schutz unter 16jähriger Personen durch die Bestimmung des § 208 StGB¹⁴⁸ wird § 218 StGB heute zunehmend als entbehrlich angesehen.¹⁴⁹

Die 1929 eingeführte Strafbestimmung gegen (öffentliche) „Ankündigungen zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs“ (Art. VII StG-Nov 1929) wurde als § 219 in das StGB 1974 übernommen. Dabei ist sie jedoch dahingehend eingeschränkt worden, daß eine solche Ankündigung geeignet sein muß, „berechtigtes Ärgernis zu erregen“. Dafür wurde der Strafrahmen von drei auf sechs Monate Freiheitsstrafe (oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß) verdoppelt. Erfasst werden nur Ankündigungen, die unmittelbar durch etwa 10 Personen (oder mehr) wahrgenommen werden können, also insb. in Druckwerken und anderen Medien. Die Ankündigung muß (nach ihrem objektiven Sinn) eindeutig der Herbeiführung eines unzüchtigen Verkehrs gewidmet sein und in aufdringlicher (abstoßender), durch ihre Direktheit schockierender Weise¹⁵⁰ die Anbahnung von Sexualkontakten zum Ziel haben, „die aus strafrechtlicher Sicht als relevanter Störfaktor zu werten sind“. Außer strafbarem Verhalten sollen etwa gleichgeschlechtlicher Verkehr, Mehrpersonenverkehr, sado-masochistische Handlungen und Sexualkontakte mit Tieren „offenbar“ darunter fallen. Auch hier wird – im Gegensatz zu vor 1975 - dem „normalen, gesunden Durchschnittsmenschen“ heute zugestanden, auch einmal solche Ankündigungen lesen zu wollen, sodaß er nur Anstoß nimmt, wenn er ungewollt oder unvorbereitet mit solchen Ankündigungen konfrontiert wird, also insb. nicht in einschlägigen Kontaktmagazinen, wo er mit solchen Ankündigungen rechnen muß (ÖKM, Nachtbote etc.) (arg. „berechtigtes Ärgernis“).¹⁵¹ Auch § 219 StGB wird heute (insb. im Hinblick auf die Regelungen des PornG und des § 282 StGB¹⁵²) zunehmend als entbehrlich angesehen.¹⁵³

In Ergänzung zu § 2 PornG pönalisiert schließlich § 208 StGB¹⁵⁴ die Vornahme von Handlungen, „die geeignet sind, die sittliche, seelische oder gesundheitliche Entwicklung von Personen unter sechzehn Jahren zu gefährden“. Das Kind oder der Jugendliche müssen persönlich anwesend sein (briefliche oder telefonische Übermittlung genügt nicht) und die Handlung sehen oder hören können. In Frage kommen neben exhibitionistischen Handlungen und Entkleiden, insb. „das kommentierte Vorzeigen von harter Pornografie“ oder die „sachliche Schilderung von Perversionen“. Strafbar ist es aber nur, wenn solche Handlungen vor unter 14jährigen vorgenommen werden. Vor einer 14 oder 15jährigen Person sind sie nur strafbar, wenn dieser Person gegenüber ein Autoritätsverhältnis („Erziehung, Ausbildung, Aufsicht“) besteht. Außerdem muß es dem Täter darauf ankommen, sich durch die Vornahme vor dem Kind oder Jugendlichen geschlechtlich zu erregen oder befriedigen. Verkehrt er nur wegen räumlich beengter Verhältnisse in Gegenwart eines Kind, ist ihm die Gegenwart anderer Personen lediglich gleichgültig oder erregt ihn die Gegenwart anderer Personen unabhängig von ihrem Alter, so ist die Tat nach § 208 nicht strafbar. Der Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn eine Gefährdung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen objektiv ausgeschlossen ist (Säuglinge,

¹⁴⁴ Leukauf-Steininger, *Komm*³, § 218; Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 218; Philipp in *WK*² § 218 Rz11f

¹⁴⁵ EBRV 1971 (366)

¹⁴⁶ Philipp in *WK*² § 218 Rz1

¹⁴⁷ Leukauf-Steininger, *Komm*³, § 218; Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 218; für Beschränkung auf geschlechtliche Handlungen Philipp in *WK*² § 218 Rz2f, 5

¹⁴⁸ vgl. hierzu gleich unten

¹⁴⁹ Philipp in *WK*² § 218 Rz2 (mwN)

¹⁵⁰ Unzüchtige Formulierungen, zB obszöne Worte, sind aber wiederum nicht erforderlich.

¹⁵¹ Leukauf-Steininger, *Komm*³, § 219; Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 219; Philipp in *WK*² § 219

¹⁵² vgl. hierzu gleich unten

¹⁵³ Philipp in *WK*² § 219 Rz1 (mwN)

¹⁵⁴ Strafrahmen bis 1 Jahr Freiheitsstrafe

schlafende, blinde, taube oder völlig verwehrlose Kinder und Jugendliche). Nicht jede bereits vorhandene sexuelle Depravation schließt aber die Möglichkeit weiterer Gefährdung aus.¹⁵⁵

Von besonderer Bedeutung ist im übrigen, daß die Herstellung (harter) *Pornografie*, die tatsächlich stattgefundenen *strafbare Sexualhandlungen* wiedergibt, nicht nur (bei Gewinnsüchtigkeit) nach dem PornG sondern stets auch nach den jeweiligen Straftatbeständen mit streng(st)er Strafe bedroht ist. Bei realen gewaltpornografischen und realen kinderpornografischen¹⁵⁶ Darstellungen reicht die Strafe bis lebenslänglich (§§ 201f, 206ff StGB). Die reale Darstellung des Missbrauchs von wehr- oder bewusstlosen (zB gelähmten, gefesselten, schlafenden, volltrunkenen, geistig schwer kranken oder behinderten) Personen wird mit bis zu fünf Jahren bestraft (§ 205 StGB, „Schändung“), reale Darstellungen von Vaginalverkehr zwischen Vorfahren und Nachfahren sowie zwischen blutsverwandten Geschwistern (§ 211 StGB), die reale Darstellung (jeglicher) sexueller Kontakte mit dem unter 19jährigen (seit 01.07.2001: unter 18jährigen)¹⁵⁷ Kind, Wahlkind, Stiefkind oder Mündel (§ 212 StGB) und die Darstellung der Erlangung sexueller Kontakte von unter 19jährigen (seit 01.07.2001: unter 18jährigen)¹⁵⁸ durch missbräuchlichen Einsatz einer Autoritätsstellung (zB als Lehrer, Erzieher oder Lehrberechtigter) (§ 212 StGB) mit bis zu drei Jahren. Reale Darstellungen der nach § 208 StGB strafbaren Handlungen (siehe vorhin), der Erlangung sexueller Handlungen durch Täuschung (§ 108 StGB) sowie tierquälerischer sexueller Handlungen (§ 222 StGB) schließlich werden mit bis zu einem Jahr bestraft, während die reale Darstellung öffentlicher „unzüchtiger“ Handlungen (§ 218) mit bloß sechs Monaten Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bis zum Höchstmaß bedroht ist.

Diese Strafdrohungen gelten auch dann, wenn die Darstellung eines solchen realen strafbaren Geschehens nicht pornografisch („anreißerisch verzerrt“, „auf sich selbst reduziert“, „von anderen Lebenszusammenhängen gelöst“) wäre. Und sie gelten nicht nur für die, die Darstellungen (zB Film- oder Tonaufnahmen) selbst herstellen,¹⁵⁹ sondern auch für alle jene, die zwar nur vervielfältigen, weitergeben, tauschen, vorführen etc., in deren Handeln aber eine Teilnahme an den strafbaren Sexualhandlungen erblickt werden kann, etwa durch Vorabbestellung, Inaussichtstellung der Abnahme, Zusage der Hilfe beim Vertrieb oder auch nur psychische Bestärkung.¹⁶⁰ Die Herstellung von Darstellungen realer sexueller Handlungen unter 14jähriger (oder die Teilnahme daran) ist sogar auch dann in Österreich strafbar, wenn die Herstellung in einem Land begangen wird, in dem solche Handlungen nicht strafbar sind, weil seit 1997 die §§ 206 und 207 StGB¹⁶¹ dann, wenn der Täter

¹⁵⁵ Leukauf-Steininger, *Komm*³, § 208; Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 208; *Schick* in *WK*², § 208

¹⁵⁶ also solchen unter Beteiligung unter 14jähriger Personen

¹⁵⁷ BGBl I 19/2001 (§ 74 Z. 3 StGB)

¹⁵⁸ BGBl I 19/2001 (§ 74 Z. 3 StGB)

¹⁵⁹ Als einzige Ausnahme scheint diese Strafbarkeit des Herstellers nur dann nicht einzutreten, wenn jemand eine reale strafbare Sexualhandlung darstellt (etwa abfilmt oder mit Tonband aufnimmt), ohne gleichzeitig Mittäter zu sein, also zB die Darstellung heimlich herstellt oder sie spontan herstellt und weder (Regie)Anweisungen gibt noch der unmittelbare Täter einer psychischen Bestärkung bedarf (womit keine der Täterformen des § 12 StGB gegeben wäre, vgl. Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 12 Rz 10). Im Falle kinder„pornografischer“ Darstellungen greift jedoch nunmehr § 207a StGB ein (siehe unten 5.). Und auch in den anderen Fällen kommen (bei Erfüllung der jeweiligen weiteren Voraussetzungen) die §§ 1f PornG und die §§ 218, 220a und 282 StGB zur Anwendung.

¹⁶⁰ Foregger-Fabrizy, *StGB*⁷, § 12 Rz 10

¹⁶¹ Nicht aber § 208 StGB, weshalb etwa die Herstellung von Darstellungen realer Vorgänge, die nur in exhibitionistischen Akten (etwa sexuellen Handlungen) vor unter 14jährigen bestehen, in einem Land, in dem solche Handlungen (zumindest in der Altersgruppe der im konkreten Fall betroffenen Minderjährigen) nicht strafbar sind, auch nach österreichischen Recht nicht strafbar ist; auch dann nicht, wenn der Täter Österreicher ist und in Österreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Strafbarkeit nach öst. Recht tritt in einem solchen Fall erst dann ein, wenn eine solche Darstellung nach Österreich verbracht wird, wobei nur gewinnsüchtige oder öffentliche Begehungsweisen erfasst sind und auch diese nur dann, wenn die Darstellung pornografischen Charakter hat (also „anreißerisch verzerrt“, „auf sich selbst reduziert“, „von anderen Lebenszusammenhängen gelöst“ ist). Hartpornografisch sind solche Darstellungen immer, weil es auf den Ort der Aufnahme nicht ankommt, es genügt, daß die dargestellte Sexualhandlung „ihrer Art nach“ strafbar ist (siehe oben 2.3.1). Private und nicht gewinnsüchtige Handlungen in bezug auf solche Darstellungen erfüllen keinen Straftatbestand, weil auch § 282 StGB (mangels begangener mit Strafe bedrohter Handlung) nicht anwendbar ist. Auch § 207a StGB erfasst die Darstellung bloß exhibitionistischer Akte vor unter 14jährigen nicht, weil er eine Handlung an einer Person unter 14 Jahren, einer solchen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder an einem Tier verlangt. Nichts davon ist bei Handlungen vor einer unter 14jährigen Person gegeben. Zu betonen ist freilich, daß der OGH entgegen dem Wortlaut des Gesetzes für § 207a auch die Darstellung bloß sexualbezogener Posen genügen lässt (siehe unten 5.). Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, daß er – ebenso entgegen dem Wortlaut – auch die Darstellung exhibitionistischer Akte vor unter 14jährigen unter § 207a subsumiert. Im Gegensatz zu sexuellen Handlungen vor einer unter 14jährigen Person (Mayerhofer, *StGB*⁶, § 207 E15) unterfällt die Verleitung zur Masturbation (um den Täter oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen) jedenfalls § 207 StGB, sodaß die geschilderte Problematik in solchen Fällen nicht auftritt, und die Herstellung von Darstellungen, die unter einer solchen Verleitung zustande kommen, auch dem Weltrechtsprinzip unterliegt. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn die unter 14jährige Person ohne Verleitung masturbiert (oder wenn die Verleitung nicht in der Absicht erfolgt, den Täter oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, was aber bei gleichzeitiger Herstellung einer Darstellung der Masturbation, zB durch eine Film- oder Tonaufnahme, wohl nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen sein wird; etwa wenn die Handlung nur der Verulking oder Bloßstellung dient). Im übrigen erfasst § 207a StGB, für den ebenfalls das Weltrechtsprinzip gilt, (real wirkende)

Österreicher ist und in Österreich seinen gewöhnlichen Wohnsitz hat, unabhängig von der Strafbarkeit am Tatort zur Anwendung gelangen („Weltrechtsprinzip“).¹⁶²

Nach Ansicht des OGH entfalten pornografische („anreißerisch verzerrte“, „auf sich selbst reduzierte“, „von anderen Lebenszusammenhängen gelöste“) Darstellungen in Druckwerken (wohl auch in anderen Medien) regelmäßig eine werbende, propagandistische Wirkung, sodaß durch solche Darstellungen, wenn sie strafbare Sexualhandlungen darstellen, auch der Tatbestand des § 282 Abs. 2 StGB („Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen“) erfüllt werden kann, der es mit zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht, in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise, daß es einer breiten Öffentlichkeit bekannt wird, eine (begangene) Vorsatztat, die mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist,¹⁶³ in einer Art gutzuheißen¹⁶⁴, daß sie geeignet ist, das allgemeine Rechtsempfinden zu empören¹⁶⁵ oder zur Begehung einer solchen Handlung aufzureizen.^{166 167}

Obschon sexuelle Kontakte mit Tieren (seit 1971) an sich straflos sind, ist es nach § 220a StGB strafbar, in einem Druckwerk, in einem Laufbild oder sonst öffentlich zur Unzucht mit Tieren aufzufordern oder sie in einer Art gutzuheißen, die geeignet ist, solche Handlungen nahezulegen.¹⁶⁸

4. Pornografie als Menschenrecht

Seit 1918 ist die *Vorzensur*, also die Zensurierung von Informationen (zB Zeitschriften, Filmverleih, Werbung, Reden u.v.a.m.) im Vorhinein, verfassungsgesetzlich verboten (Z. 1 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung, 30.10.1918, StGBI 3). Die Pflicht, einen Film vor seiner Aufführung der Behörde vorzulegen ist daher in Österreich von der Verfassung her ebenso untersagt¹⁶⁹ wie Erscheinungsverbote („Indizierungen“)¹⁷⁰, die etwa dem deutschen BG über jugendgefährdende Schriften vorgesehen sind.

Repressive Maßnahmen nach erfolgter Information (zB Erscheinen des Mediums), wie Zensurierung, Beschlagnahme oder strafrechtliche Verfolgung, sind hingegen nicht grundsätzlich unzulässig („Nachzensur“). Aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) („Recht auf freie Meinungsäußerung“) ergeben sich jedoch Beschränkungen (auch) der Nachzensur.

Art. 10 EMRK schützt die *Kommunikationsfreiheit* umfassend, also nicht nur Meinungsäußerungen im klassischen Sinne sondern den Empfang und die Mitteilung von Nachrichten und Ideen jeglicher Art, somit auch den Austausch pornografischer Darstellungen und Texte, auch kommerzieller Natur.¹⁷¹

Einschränkungen dieser Kommunikationsfreiheit sind (nur) zulässig, wenn sie auf Gesetz beruhen und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz bestimmter legitimer Ziele notwendig sind (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Notwendig ist eine Einschränkung nur, wenn dafür ein dringendes soziales Bedürfnis besteht und die ergriffene Maßnahme verhältnismäßig zu dem verfolgten legitimen Ziel ist. Als legitime Ziele zählt die EMRK insb. den Schutz der „Moral“ und der „Rechte und Freiheiten anderer“ auf, wobei in heutigen demokratischen Gesellschaften dem Ziel des Schutzes der „Moral“ neben dem Schutz der

Darstellungen masturbierender unter 14jähriger Personen ohne Rücksicht auf eine allfällige Verleitung oder sexuelle Motivation des Verleiters; freilich mit einer geringeren Strafdrohung (§ 207: sechs Monate bis fünf Jahre; § 207a bis drei Jahre) (siehe unten 5.).

¹⁶² § 64 (1) Z. 4a StGB; Von Bedeutung ist diese Regelung allerdings nur in der Altersgruppe der 12 und 13jährigen, weil keine Strafrechtsordnung der Welt ersichtlich ist, die sexuelle Kontakte mit Personen unter 12 Jahren straffrei lässt (ausführlich dazu Helmut Graupner: *Sexual Consent - The Criminal Law in Europe and Overseas*, Archives of Sexual Behavior, Vol. 29, No. 5, 415-461, NY: Kluwer Academic/Plenum 2000; Helmut Graupner: *Sexuelle Mündigkeit - Die Strafgesetzgebung in europäischen und außereuropäischen Ländern*, Zeitschrift für Sexualforschung, 10 (4), 281-310, 1997; Helmut Graupner: *Sexualität, Jugendschutz & Menschenrechte*, Band 2 (263ff), Ff./M. 1997.

¹⁶³ Damit scheidet Darstellungen von Taten nach den §§ 108, 208 und 218 StGB aus.

¹⁶⁴ Dh ausdrücklich billigen, als richtig, rühmlich oder nachahmenswert hinstellen.

¹⁶⁵ Empörung ist eine nicht unerhebliche und berechnete Entrüstung.

¹⁶⁶ Aufreizung ist ein leidenschaftliches Nahelegen.

¹⁶⁷ Foregger-Fabrizy, aaO, § 282 Rz 3

¹⁶⁸ Straffrahmen bis 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß. § 220a StGB wurde mit dem StRÄG 1996 eingeführt, mit dem § 220 StGB aufgehoben wurde, in dem neben der Werbung für sexuelle Kontakte mit Tieren auch die Werbung für Homosexualität strafbar gestellt war.

¹⁶⁹ VfSlg. 8461

¹⁷⁰ VfSlg. 6615

¹⁷¹ EGMR: Müller et. al. vs. Switzerland, 28.04.1988 (par. 27); EKMR: S. vs. Switzerland, 14.01.1993 (par. 53)

„Rechte und Freiheiten anderer“ keine eigenständige Bedeutung mehr beikommt sondern in Bezug zu diesem Ziel zu beurteilen ist.¹⁷²

Auf Grundlage dieser Kriterien hat es die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR), die bis November 1998 dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) quasi als erste Instanz vorgelagert war, 1992 im Fall *S. gg. die Schweiz* für unzulässig erklärt, die Vorführung pornografischer Filme mit legalen homosexuellen Handlungen vor Erwachsenen in einem als Sexshop deutlich gekennzeichneten Geschäftslokal zu bestrafen, weil dann, wenn keine Gefahr der ungewollten Konfrontation oder der Kenntnisnahme durch Minderjährige besteht, für eine Einschränkung des Rechts solche Filme zu zeigen und zu sehen, keine Notwendigkeit gegeben ist.¹⁷³

In diesem Sinne erachtete der EGMR 1988 im Fall *Müller gg. die Schweiz* die Beschlagnahme tierpornografischer Malereien als mit der Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK) vereinbar, weil zu der betreffenden Ausstellung keine Zugangsbeschränkungen (für Minderjährige) bestanden und auch auf die tierpornografische Natur der gegenständlichen Werke nicht im Vorhinein hingewiesen wurde, sodaß die Gefahr der ungewollten Konfrontation von Besuchern gegeben war, ja unvorbereitet konfrontierte Besucher auch tatsächlich Anstoß genommen haben.¹⁷⁴

Die Kommunikationsfreiheit muß gem. Art. 14 EMRK aber auch ohne Diskriminierung gewährt werden, was das Oberlandesgericht Graz in seiner Entscheidung betonte, mit der es die (einfache) gleichgeschlechtliche Pornografie freigegeben hat:

„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/I/8 im Verfahren Da Silva Mouta gegen Portugal sowie vom 1.7.1997, NL97/6/3 im Verfahren Sutherland gegen Großbritannien¹⁷⁵). 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.“¹⁷⁶

In derselben Entscheidung hat das OLG Graz aber SM-Pornografie und tierpornografische Darstellungen für „absolut unzüchtig“ qualifiziert, auch wenn völlig legale Sexualhandlungen abgebildet würden. Gegen diesen Teil des Urteils ist dzt. eine Beschwerde vor dem EGMR anhängig.¹⁷⁷ Der Beschwerdeführer beruft sich auf die o.a. Rechtsprechung und auf das Urteil des EGMR im Fall *Laskey, Jaggard & Brown vs. UK 1997*, aus dem hervorgeht, daß einverständliche sexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen mit bloß oberflächlichen und flüchtigen Verletzungen dem Schutz des Art. 8 EMRK („Recht auf Achtung des Privatlebens“) unterliegen und nicht mit Strafe belegt werden dürfen.¹⁷⁸

Nur in österreichischen Verfassung nicht aber in der EMRK ist die *Freiheit der Kunst* grundrechtlich verbürgt. Der 1982 eingeführte § 17a Staatsgrundgesetz schützt das „ehrliche künstlerische Streben und Wollen“ umfassend. Dabei kommt es zwar nicht auf die Meinung eines „Durchschnittsbürgers“ an, das Grundrecht ist aber nur innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze gewährleistet. Für die (Pornografie)Gesetzgebung heißt das, daß sie zulässig ist, soweit sie zum Schutz eines anderen Rechtsgutes erforderlich und verhältnismäßig ist, womit eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit

¹⁷² EGMR: Müller et. al. vs. Switzerland, 28.04.1988 (par. 28, 30); Dudgeon vs. UK 1981 (par. 47); A.D.T. vs. UK 2000 (par. 32f); EKMR: S. vs. Switzerland, 14.01.1993 (par. 55ff); Wells vs. UK 1978 (par. 136, 145)

¹⁷³ EKMR: S. vs. Switzerland, 14.01.1993 (par. 65f)

¹⁷⁴ EGMR: Müller et. al. vs. Switzerland, 28.04.1988 (par. 36, vgl. auch 10, 11, 16, 17, 18 sowie sep. op. Meyer)

¹⁷⁵ Der Bericht vom 01.07.1997 im Fall Sutherland vs. UK stammt nicht vom EGMR sondern von der EKMR.

¹⁷⁶ OLG Graz 24.11.2000, 9 Bs 304/00

¹⁷⁷ W.K. vs Austria (Appl. 72762/01), In dieser Beschwerde wird auch das Fehlen einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für die Verurteilung wegen strafloser sadomasochistischer Handlungen gerügt (Art. 7, 10 Abs. 2 EMRK).

¹⁷⁸ EGMR: Laskey, Jaggard & Brown vs UK, 1902.1997 (par. 45f, 8)

und dem durch den Eingriff des Gesetzes geschützten Rechtsgut erforderlich wird. Läßt die gesetzliche Regelung eine solche Abwägung im Einzelfall zu so ist sie zulässig. Die Vollziehung wiederum ist gehalten, eine solche Abwägung vorzunehmen. Was diese Kriterien im Einzelnen für die österreichische Pornografiegesetzgebung und ihre Vollziehung, die durch die unbestimmten Begriffe eine Abwägung grundsätzlich zulässt dabei aber eben auf die Ansichten eines „normalen Durchschnittsbürgers“¹⁷⁹ abstellt, bedeutet bleibt unklar. Entsprechende Judikatur ist bislang nicht ersichtlich.¹⁸⁰

5. Kinderpornografie

Während die Gesellschaft Pornografie zunehmend aufgeschlossen und entspannt gegenüber steht, sodaß nunmehr auch die liberalisierte Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte nicht mehr als ausreichend empfunden sondern eine dringende Reformbedürftigkeit des Gesetzes selbst konstatiert wird,¹⁸¹ geht die gesellschaftliche Entwicklung in einem Teilbereich der Pornografie den entgegengesetzten Weg, nämlich im Bereich der (zumindest bildlichen) pornografischen Darstellungen mit Kindern.

Erfasste § 516 StG jegliche grobe Verletzung der „Sittlichkeit und Schamhaftigkeit“ durch „bildliche Darstellungen oder unzüchtige Handlungen“ und damit auch solche (private)¹⁸² Handlungen in bezug auf „unzüchtige“ Gegenstände, die nicht von Gewinnsucht getragen waren, so war ab der Beseitigung dieser Strafbestimmung im Jahre 1975 der nicht öffentliche¹⁸³ und nicht gewinnsüchtige Umgang mit solchem, auch „hartpornografischen“ Material straffrei.¹⁸⁴

Die damit verbundene Beschränkung der Strafbarkeit pornografischer Darstellungen von unter 14jährigen auf öffentliche bzw. gewinnsüchtige Begehungsweisen sowie auf die (auch private, nicht gewinnsüchtige) unmittelbare Herstellung solcher Werke, die ein wirkliches Geschehen wiedergeben,¹⁸⁵ wurde Anfang der 90er Jahre zunehmend als nicht sachgerecht empfunden.

Das Justizministerium versuchte, dieser Entwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen - wachsende Toleranz gegenüber Pornografie im allgemeinen und immer stärkere Bestrebungen zur vollständigen Rekriminalisierung des privaten, nicht gewinnsüchtigen Umgangs mit kinderpornografischen Werken - durch zwei Entwürfe für eine Gesamtreform der Pornografiegesetzgebung zu entsprechen, fand zur Umsetzung aber nicht die erforderliche parlamentarische Mehrheit.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Diesen „normalen Durchschnittsbürger“ kann man freilich auch „verfassungskonform“ so konstruieren, daß er seine Wertentscheidungen, was er als „unerträglich“ („unzüchtig“) oder „jugendgefährdend“ („anstößig“) empfindet, im Einklang mit den grundrechtlich verbürgten Freiheiten trifft.

¹⁸⁰ Vgl. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1995 (323); Bosek & Pani, *Grundzüge des Verfassungsrechts*², Wien 1998 (96); Kienapfel/Schmoller, BT III Vorbem §§ 201ff RN 77ff; Als der VfGH eine Entscheidung der Rundfunkkommission zu überprüfen hatte, mit der diese die Filme „Stille Tage in Clichy“ und „Henry and June“ als nicht-pornografisch einstufte, bemerkte er lediglich kryptisch, daß die Rechtsprechung des OGH zum Begriff „unzüchtig“ „im gegebenen Kontext“ aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sei (VfSlg 15068)

¹⁸¹ vgl. Schick in WK2 § 207a Rz 1; Kienapfel/Schmoller, BT III Vorbem §§ 201ff RN 68f, § 207a RN 8

¹⁸² vgl. insb. die „Korrespondenzzirkeleentscheidung“ aus 1931

¹⁸³ vgl. § 218 StGB 1974 (oben 3.)

¹⁸⁴ Die Produktion realer (also ein wirkliches Geschehen wiedergebender) pornografischer Darstellungen von strafbaren sexuellen Kontakte war selbstverständlich nach wie vor nach den jeweiligen Tatbeständen strafbar (Vergewaltigung, Beischlaf und Unzucht mit Unmündigen, Schändung, Inzest, Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses etc.). Hinsichtlich solcher Darstellungen wurden nur nicht gewinnsüchtige nachträgliche Handlungen in bezug auf bereits existierende Gegenstände (wie etwa Vervielfältigung, Tausch, Weitergabe, Vorführung) straffrei, ohne daß der Handelnde etwas mit der ursprünglichen Produktion (etwa durch Bestellung) zu tun hatte (§ 12 StGB).

¹⁸⁵ Also bei derer Produktion es zu sexuellen Kontakten mit unter 14jährigen, vor unter 14jährigen kommt oder unter 14jährige zu sexuellen Handlungen an sich selbst oder zu sexualbezogenen Posen veranlaßt werden (§§ 206, 207, 208 StGB) (vgl. hiezu oben 3.)

¹⁸⁶ Bundesministerium für Justiz, aaO, 1993; Bundesministerium für Justiz, aaO, 1994; Diese Entwürfe beinhalteten ein absolutes Verbot für Gewalt- und Kinderpornografie (Entw 1994: auch für tierquälerische Pornografie) sowie für alle pornografischen Werke einen Konfrontationsschutz für jedermann und das Verbot der Zugänglichmachung an Jugendliche (Entw 1993: unter 14jährige; Entw 1994: unter 16jährige). Erfasst wurden dabei nur bildliche Darstellungen. Pornografische Texte, Tonaufnahmen oder Plastiken etc. (auch hartpornografische) wären freigegeben worden und damit nur mehr bei öffentlicher Verbreitung (§ 218 StGB) strafbar gewesen sowie dann, wenn sie unter 14jährigen (oder unter 16jährigen denen gegenüber ein Autoritätsverhältnis besteht) in der Absicht der (eigenen) geschlechtlichen Erregung oder Befriedigung vorgezeigt werden (§ 208 StGB) oder als Mittel zur Verleitung unter 14jähriger (oder unter 19jähriger denen gegenüber ein Autoritätsverhältnis besteht) zur Masturbation dienen (§§ 207, 212 StGB). Die (textliche und auditive oder plastische) Darstellung strafbarer Sexualhandlungen (in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise, daß es einer breiten Öffentlichkeit bekannt wird) wäre freilich auch weiterhin strafbar gewesen, wenn sie sich als Aufforderung zu solchen Handlungen oder als Gutheißung, die geeignet ist, das allgemeine Rechtsgefühl zu empören, darstellt (§ 282 StGB).

So wurde das Pornografiesgesetz unangetastet gelassen und neben diesem 1994 für die Kinderpornografie ein eigener Tatbestand in das Strafgesetzbuch eingefügt. Dieser neue § 207a StGB („Pornografische Darstellungen mit Unmündigen“) erfasst nun jegliche Herstellung und Verbreitung von bildlichen Darstellungen sexueller Handlungen, an denen eine unter 14jährige Person (alleine oder mit anderen) beteiligt ist. Erfasst sind auch rein private, nicht gewinnsüchtige Begehungsweisen, und die Darstellungen müssen auch nicht „anreißerisch verzerrt“, „auf sich selbst reduziert“ und „von anderen Lebenszusammenhängen gelöst“ sein.^{187 188}

Dieses absolute Verkehrsverbot beschränkt sich jedoch auf bildliche Darstellungen,¹⁸⁹ wobei es nicht darauf ankommt, ob es bei ihrer Herstellung tatsächlich zu einer sexuellen Handlung unter Beteiligung einer unter 14jährigen Person gekommen ist. Es genügt ein solcher Eindruck für einen objektiven „unbefangenen“ Betrachter.¹⁹⁰ Eine fingierte aber real wirkende Darstellung erfüllt daher den Tatbestand, während die Abbildung eines realen Geschehens, das (etwa durch technische Verfremdungen) einen fingierten Eindruck macht, nicht tatbestandsmäßig ist.¹⁹¹ Dabei ist allerdings umstritten, ob es nur hinsichtlich der dargestellten Handlungen auf den Eindruck ankommen soll oder auch hinsichtlich des Alters der Darsteller, sodaß der Tatbestand auch dann erfüllt wäre, wenn die Darsteller zwar auf den Betrachter wie unter 14 wirken tatsächlich aber über 14 Jahre alt sind.¹⁹²

Die einzige Ausnahme für das absolute Verkehrsverbot besteht für jene Fälle, in denen die Tathandlungen „befugt“ gesetzt werden, worunter der Justizausschuß die Vornahme zu einem „anerkannten Zweck“, wie etwa der rechtmäßigen Berufsausübung dient, wovon der Justizausschuß beispielhaft die Berufsausübung „im Rahmen von Strafverfolgungsmaßnahmen, der wissenschaftlichen Forschung, der ernsthaften journalistischen Recherche und der verantwortungsbewussten medialen Berichterstattung“ aufzählt. Außerdem ist eine

Selbstverständlich wäre auch weiterhin die unmittelbare Herstellung von Tonaufnahmen strafbarer Sexualkontakte strafbar geblieben (siehe oben 3.).

¹⁸⁷ Wie es die Rechtsprechung für die Erfüllung des Merkmals „unzüchtig“ in § 1 PornG seit 1977 jedenfalls verlangte (siehe oben 2.3.1). Damit war nicht nur seit der Aufhebung des § 516 StG im Jahre 1975 die Strafbarkeit auf öffentliche bzw. gewinnsüchtige Begehungsweisen sowie auf die (auch private, nicht gewinnsüchtige) Herstellung solcher Werke, die ein wirkliches strafbares Geschehen wiedergeben, beschränkt, sondern seit 1977 auch die Strafbarkeit des öffentlichen (§ 218 StGB) bzw. gewinnsüchtigen Umgangs (§ 1 PornG) auf in diesem Sinne „pornografische“ Werke eingeschränkt (der Begriff „unzüchtig“ wurde in § 1 PornG einerseits und § 516 StG, der Vorgängerbestimmung des § 218 StGB, ja stets einheitlich ausgelegt; siehe oben 2.). Nicht „anreißerisch verzerrte“, „auf sich selbst reduzierte“ und „von anderen Lebenszusammenhängen gelöste“ (wenn auch „erotische“) Darstellungen sexueller Handlungen unter Beteiligung unter 14jähriger durften seit 1977 sohin auch kommerziell und öffentlich vertrieben werden (sofern in diesem Vertrieb nicht die Teilnahme an bei der Herstellung begangenen strafbaren Sexualhandlungen erblickt werden konnte, etwa durch Vorabbestellung der später vertriebenen Gegenstände). Die einzige Einschränkung bestand im Verbot, sie unter 16jährigen zugänglich zu machen, denn die (auch nichtpornografische) Darstellung sexueller Akte wurde stets als „anstößig“ im Sinne des § 2 PornG erachtet (vgl. OGH 09.09.1980, 9 Os 86/80). Außerdem waren auch solche (nichtpornografischen) Darstellungen (in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise, daß es einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird, zB im Internet) freilich stets dann strafbar, wenn sie sich als Aufforderung zu solchen Handlungen oder als Gutheißung, die geeignet ist, das allgemeine Rechtsgefühl zu empören, darstellten (§ 282 StGB).

¹⁸⁸ Die Überschrift des § 207a StGB („Pornografische Darstellungen mit Unmündigen“) ist insoweit irreführend, weil der Tatbestand eine pornografische Qualität der Darstellung im Sinne des PornG eben nicht erfordert.

¹⁸⁹ Für Texte, Tonaufnahmen, Plastiken etc. gilt weiterhin die durch die Aufhebung des § 516 StG im Jahre 1975 und durch die Entscheidung des verstärkten Senates aus 1977 vorgegebene Judikatur zu § 1 PornG geschaffene Rechtslage (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 1).

¹⁹⁰ *Schick*, WK² § 207a Rz 9; Damit fallen mangels des Eindrucks eines realen Geschehens etwa (auch noch so realistische) Zeichnungen, Gemälde oder Zeichentrickfilme (sofern sie als solche erkennbar sind und nicht so realistisch sind, daß sie von einem unbefangenen Betrachter etwa für ein Foto, für einen Videofilm o.ä. gehalten werden). Auch für sie gilt die für Texte, Tonaufnahmen und Plastiken geltende Rechtslage (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 2).

¹⁹¹ Das gilt freilich nur hinsichtlich § 207a StGB. Der (ursprüngliche) Hersteller macht sich selbstverständlich nach den §§ 206-208 StGB strafbar (siehe oben 3.). Außerdem dürfen auch solche (fingiert wirkende) Darstellungen nicht unter 16jährigen zugänglich gemacht werden (§ 2 PornG). Und wenn die Darstellung pornografischen Charakter hat („anreißerisch verzerrt“, „auf sich selbst reduziert“ und „von anderen Lebenszusammenhängen gelöste“) dann darf sie generell nicht öffentlich und/oder „gewinnsüchtig“ vertrieben werden (§ 218 StGB, § 1 PornG). Straflos dürfen daher solche (fingiert wirkende) Darstellungen nur an Personen über 16 Jahren vertrieben werden und, sofern sie pornografischen Charakter haben, auch nur privat und nicht gewinnsüchtig (und in allen diesen Fällen nur sofern in diesem Vertrieb nicht die Teilnahme an bei der Herstellung begangenen strafbaren Sexualhandlungen erblickt werden kann, etwa durch Vorabbestellung der später vertriebenen Gegenstände; § 12 StGB). Für solche fingiert wirkenden Darstellungen gilt also – wie für Texte und Tonaufnahmen – weiterhin die durch die Aufhebung des § 516 StG im Jahre 1975 und durch die Entscheidung des verstärkten Senates aus 1977 vorgegebene Judikatur zu § 1 PornG geschaffene Rechtslage.

¹⁹² In diesem Sinne wollte der Justizausschuß die Bestimmung verstehen, jedoch den (Gegen)Beweis zulassen, daß die Person tatsächlich über 14 war (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 2). Gegen eine Anwendung der Eindruckstheorie auch auf das Alter unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut („deren Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, daß es bei ihrer Herstellung zu einer solchen geschlechtlichen Handlung gekommen ist“; Hervorhebung durch den Verf.): *Bertel-Schwaighofer*, BT II⁴ § 207a Rz 2; *Hinterhofer*, BT II § 207a Rz I.; *Bertel*, Rehberg-FS 57; Wolfgang Freund, *Die Strafbarkeit von Internetdelikten*, Wien 1998, S. 62f

verfassungskonforme Abwägung und Abgrenzung zur Wahrung der Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) vorzunehmen.¹⁹³

Daß der Gesetzgeber nun die strikteste und restriktivste Regelung dort setzt wo Kinder betroffen sind (und nach der Judikatur genügt bereits die Abbildung sexualbezogener Posen)¹⁹⁴, stellt eine gewisse Abkehr von früheren Auffassungen dar, wenn man bedenkt, daß noch die Verordnung 1934 von ihrem Verbot der Darstellung nackter Personen gerade „kleine Kinder“ ausgenommen hatte.¹⁹⁵ Vor allem aber die umfassende Kriminalisierung des bloßen Besitzes steht in deutlichem Gegensatz zu früheren Werthaltungen, die gerade die Freiheit des Konsums und die Beschränkung der Strafbarkeit auf die kommerziellen Produzenten und Anbieter als freiheitsverbürgendes Element gepriesen hatten.¹⁹⁶ Nach § 207a StGB ist nun nicht nur (wieder) das „Sich-Verschaffen“ strafbar sondern (erstmalig) sogar der bloße Besitz von Darstellungen, die ohne Zutun des Täters in seinen Gewahrsam gelangt (zB ihm unverlangt zugesandt worden) sind.¹⁹⁷ Straffrei ist heute nur noch der reine Konsum (ohne zu besitzen), wie etwa das Betrachten von Fotos oder das Ansehen von Filmen).¹⁹⁸

Diese strikte Pönalisierung auch des bloßen Besitzes erfolgte zum effektiven Schutz der ungestörten sexuellen und allgemein psychischen Entwicklung von Unmündigen durch Verhinderung verfrühter sexueller Erlebnisse.¹⁹⁹ Die Idee dabei war die, daß mit der Bestrafung auch der Konsumenten die Nachfrage und damit die Produktion unter Missbrauch von Kindern gestoppt oder zumindest erheblich eingedämmt werde („Darstellerschutz“). Die derart weitgehende Kriminalisierung stößt allerdings auch auf Bedenken und Kritik.

So wird darauf hingewiesen, daß die Strafbarkeit des Besitzes nicht an ein (verwerfliches) Tun sondern an einen bloßen Zustand anknüpft, daß von kinderpornografischen bildlichen Darstellungen (im Gegensatz zu Suchtmitteln, Waffen und Sprengstoff, wo ebenfalls Besitzverbote bestehen) keine unmittelbare Gefahr ausgeht und daß der Erpressung und Denunziation durch Unterschiebung Tür und Tor geöffnet würde. Desweiteren wird der Sorge Ausdruck verliehen, daß nicht nur kein wirksamer Beitrag zum Darsteller-, also Kinderschutz geleistet wird sondern daß vielmehr die extensive Kriminalisierung selbst dadurch zur Gefahr werden kann, daß ein im Vergleich zum tatsächlichen Missbrauch harmloses Ventil für entsprechend veranlagte Menschen verstopft wird und sie abgeschreckt werden, ihre Neigung zu deklarieren und Beratung und Therapie in Anspruch zu nehmen, daß der Weg zu den Produzenten durch das mit ihrer Kriminalisierung verbundene absolute Zeugnisverweigerungsrecht der Konsumenten erschwert wird und daß schließlich durch die absolute Prohibition der Preis und damit der Anreiz für potentielle Hersteller, insb. auch für die organisierte Kriminalität steigt, und der Markt intensiviert und brutalisiert wird.²⁰⁰

Das Justizministerium hat angesichts solcher Bedenken in seinen o.a. Entwürfen die Strafbarkeit des Besitzes (nur) gewissermaßen als „Rute im Fenster“ vorgesehen. In Anlehnung an das

¹⁹³ JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP (3); Die näheren Kriterien dieser Abwägung zwischen dem Rechtsgut des § 207a StGB und der Freiheit der Kunst bleiben dabei jedoch völlig im Dunkel (vgl. auch oben 4.)

¹⁹⁴ OGH 10.07.1998, 15 Os 112/, 114/98=EvBl 1999/8; OGH 13.04.2000, 12 Os 21/00 (in dieser E wurde jedoch betont, daß die Fotos den Eindruck hervorrufen, es sei bei ihrer Herstellung zu geschlechtlichen Handlungen an den unter 14jährigen Personen gekommen; auf den Fotos selbst waren aber nur die unter 14jährigen Personen mit in den Anus eingeführten Einläufen zu sehen, ohne daß auf den Fotos die Handlung des Einführens des Einlaufes erkennbar gewesen wäre, noch wer und unter welchen Umständen die Einläufe gegeben hat). Gegenteilig, weil § 207a ausdrücklich verlangt, daß die „geschlechtliche Handlung“ selbst bildlich dargestellt wird (und nicht bloß erschlossen werden kann) und weil Posen keine „geschlechtlichen Handlungen“ an einem anderen oder an sich selbst sind, *Schick*, WK² § 207a Rz 8; *Kienapfel/Schmoller*, BT III Vorbem §§ 201ff RN 38, § 207a RN 10; Bloße „Nacktfotos“ nahm der Justizausschuß ausdrücklich aus der Strafbarkeit aus (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 2); so auch der OGH (EvBl 1999/8)

¹⁹⁵ siehe oben 1.3.; Vgl. auch das Vorarlberger Sittenpolizeigesetz, daß das Nacktbaden nur für Personen über 6 Jahren unter Strafe stellt (§§ 2f).

¹⁹⁶ siehe oben 2.1.

¹⁹⁷ Von solchen Darstellungen hat man sich unverzüglich nach Entdeckung zu trennen, widrigenfalls Strafbarkeit nach § 207a StGB einsetzt (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 3). Während das „Sich-Verschaffen“ bereits (bis 1975) nach § 516 StG strafbar war (vgl. die „Korrespondenzzirkel“-Entscheidung aus 1931, oben 1.2.1), ist die Pönalisierung des bloßen Besitzes eine völlige Neuerung.

¹⁹⁸ Auch das Betrachten im Internet ist nicht strafbar, sondern erst das Abspeichern auf Festplatte, CD-Rom oder Diskette (JAB 1848 Blg. StP-NR XVIII. GP, 3; OGH 11.02.1999, 15 Os 190/98).

¹⁹⁹ OGH 13.04.2000, 12 Os 21/00 (die allfällig bereits gegebene körperliche oder geistige Reife im Einzelfall sei dabei irrelevant)

²⁰⁰ Bundesministerium für Justiz, aaO, 1994 (32f); Stellungnahme der Österreichischen Gesellschaft für Sexualeforschung (ÖGS), 02.03.1994 (unveröff.); Stellungnahme der Österreichischen Gesellschaft für Sexualeforschung (ÖGS), 27.07.1993 (unveröff.); Gemeinsame Stellungnahme Wiener Kinder- und Jugendanwaltschaft und der Österreichischen Gesellschaft für Sexualeforschung (ÖGS), Jänner 1993 (unveröff.); *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201ff RN 7f (mWN); *Bertel*, Rehberg-FS, 54ff

Suchtgiftgesetz²⁰¹ sollte die Anzeige regelmäßig dann zurückgelegt werden, wenn der Täter, sich einer notwendigen Behandlung oder Betreuung unterzieht.²⁰² Auf diesen Vorschlag des Justizministeriums griffen die Parlamentarier bei der Erlassung des (auf Grund von Initiativanträgen, nicht einer Regierungsvorlage zustande gekommenen) § 207a StGB jedoch nicht zurück.

Mit 01.03.1997 wurde der Strafrahmen von einem auf drei Jahre verdreifacht und für Delikte nach § 207a StGB²⁰³ das Weltrechtsprinzip eingeführt, sodaß solche Taten im Ausland in Österreich nun unabhängig davon strafbar sind, ob sie auch am Tatort mit Strafe bedroht sind, wenn der Täter Österreicher und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat (§ 64 Abs. 1 Z. 4a StGB).²⁰⁴

6. Ausblick

Bestrebungen zur Reform der Pornografiegesetzgebung sind derzeit nur auf europäischer Ebene ersichtlich. Im Jänner 2001 legte die Europäische Kommission einen Vorschlag für einen „Rahmenbeschluß zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie“ vor, mit dem die EU-Mitgliedstaaten zur Erlassung bestimmter (Mindest)Straftatbestände verpflichtet werden, und der eine massive Ausdehnung der Strafbarkeit mit sich bringt.²⁰⁵

Der Entwurf definiert als „Kind“ jede Person bis zum vollendeten 18. Lebensjahr und differenziert in keiner Weise nach verschiedenen Altersgruppen, insb. wird nicht zwischen Kindern und Jugendlichen unterschieden. So behandelt der Entwurf einen 17 ½ jungen Mann ebenso (restriktiv) wie ein 5jähriges Kind.

Als „Kinderpornographie“ definiert die Kommission dabei nicht nur die bildliche²⁰⁶ Darstellung sexueller Handlungen (an denen unter 18jährige unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind)²⁰⁷ sondern auch „die aufreizende Zurschaustellung der Geschlechtsorgane oder der Schamgegend“. ²⁰⁸ Erfasst sind auch rein fiktive Darstellungen, wie etwa (auch ganz unrealistische) Zeichentrickfilme oder bloße Zeichnungen.²⁰⁹ Und es soll, wenn das Alter der abgebildeten Personen unbekannt ist, lediglich auf den äußeren Eindruck ankommen, daß diese Person unter 18 Jahre alt ist.²¹⁰ Ob die Handlungen (Herstellung, Vertrieb, Weitergabe, Anbieten, Zugänglichmachen, und auch Erwerb und Besitz) privat oder öffentlich, gewinnsüchtig oder nicht vorgenommen werden, ist gleichgültig.

Der Entwurf würde auch außerhalb der Pornografie zu einer massiven Ausweitung der Strafbarkeit führen. So ist die Verpflichtung zur Kriminalisierung nicht nur von sexuellen Handlungen mit unter 18jährigen gegen Geld oder irgendeine andere geldwerte Gegenleistung sondern gegen

²⁰¹ Heute Suchtmittelgesetz (SMG)

²⁰² Entw 1993: §§ 5ff; Entw 1994: §§ 7ff

²⁰³ Ebenso wie für jene nach den §§ 206, 207 StGB (siehe zu diesen oben 3.)

²⁰⁴ StRÄG 1996; Wenn die Tat nicht gewerbsmäßig und nicht als Mitglied einer Bande begangen wird ist der Strafrahmen zwei Jahre (§ 207a Abs. 1 StGB). Für „Sich-Verschaffen“ und bloßen Besitz blieb die Strafandrohung bei 6 Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zum Höchstmaß (§ 207a Abs. 3 StGB).

²⁰⁵ KOM (2000) 854 endg./2, ABI C 62 (27.02.2001), http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2000/de_500PC0854_01.pdf

²⁰⁶ Texte, Tonaufnahmen, Plastiken etc. erfasst der vorgeschlagene Rahmenbeschluß ebenso wenig wie § 207a StGB.

²⁰⁷ Anders als § 207a StGB, der Körperkontakt verlangt (siehe oben 5.), erfasst der vorgeschlagene Rahmenbeschluß damit etwa auch die Darstellung exhibitionistischer Akte vor Minderjährigen.

²⁰⁸ KOM (2000) 854 endg./2 (S. 23)

²⁰⁹ Die Kommission begründet dies damit, daß die „stärkere Verbreitung von pseudo-kinderpornographischem Material“ „der sexuellen Ausbeutung von Kindern“ „Vorschub“ leiste (KOM (2000) 854 endg./2 (S. 24). Sie geht damit erkennbar davon aus, daß die Betrachter solcher Abbildungen zur Nachahmung veranlasst werden bzw. dazu verleitet würden, den sexuellen Missbrauch von Kindern zu verharmlosen und zu denken, Kinder ließen sich gerne missbrauchen, durch welche Einstellungsänderung sich dann potentielle Täter ermuntert fühlten (*Bericht der Bundesregierung*, Ministerratsbeschluß vom 28.10.1992, S. 20, in Bundesministerium für Justiz, aaO, 1993, Beilage). Diese Annahmen sind jedoch durch die Ergebnisse der Medienwirkungsforschung nicht belegbar, die ganz im Gegenteil zum Ergebnis kommt, daß der Konsum solcher Pornographie vielmehr Ablehnungsreaktionen hervorruft (Bundesministerium für Justiz, aaO, 1994, S. 3, 9, 11; Bertel, Rehberg-FS, 55; Rüdiger Lautmann & Michael Schetsche: *Das pornographierte Begehren*, Fft./M., N.Y. 1990). Außerdem müsste dieses Argument dazu führen, alle Darstellungen schwerer Verbrechen (wie die im Hollywood Mainstream Action Film überaus beliebten Darstellungen blutrauschartigen Mordens) (auch ohne Aufforderung zu oder Gutheißen derselben, was nach § 182 StGB ja ganz allgemein ohnehin strafbar ist) wegen ihrer Vorbildfunktion unter Strafe zu stellen; es erklärt nicht die Sonderstellung der Darstellung sexueller Handlungen (*Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201ff RN 74 mwN).

²¹⁰ KOM (2000) 854 endg./2 (S. 24)

(immaterielle) sonstige Vergütungen, was das auch immer sein mag²¹¹, vorgesehen, und es soll gar jede „Verleitung“ von unter 18jährigen zu sexuellen Handlungen kriminalisiert werden.²¹²

Es ist auch keinerlei Ausnahme für jugendliche Täter vorgesehen, sodaß von all diesen Tatbeständen auch Jugendliche selbst bedroht wären. Und die vorgeschriebenen Strafdrohungen sind auch drakonisch: die Höchststrafe müsste (außer bei Erwerb und Besitz)²¹³ mindestens vier Jahre betragen, was im österreichischen Sanktionensystem einen Strafraum von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bedeutet.²¹⁴ Auch in bezug auf die Strafraum ist keine Milderung für jugendliche Täter vorgesehen. Alle diese Straftatbestände müssten ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit am Tatort verfolgt werden, also auch dann, wenn die Handlungen in einem Land gesetzt werden, das keine derart weitgehende Kriminalisierung kennt und die Handlungen dort legal sind („Weltrechtsprinzip“).

Nach diesem Entwurf wäre künftig in allen EU-Mitgliedstaaten etwa ein 15jähriger als Kinderpornohersteller mit bis zu (mindestens) vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht, der im Urlaub seine gleichaltrige Freundin im knappen Bikini²¹⁵ und in „aufreizenden Posen“ fotografiert, oder ein 14jähriger, der in privater Abgeschlossenheit eine jugendliche Schönheit nackt und „aufreizend“, oder gar bei sexuellen Handlungen, zeichnet. Ebenso 17jährige, die einander im Internet via Webcam „aufreizend“ ihre Schamgegend (oder gar ihre Genitalien) präsentieren, geschweige denn auf diesem Weg voreinander sexuelle Handlungen vornehmen („Cybersex“).

Dieser Entwurf der Kommission²¹⁶ rief breiten Widerspruch hervor. Insb. sprachen sich die World Association for Sexology (WAS), alle vier sexualwissenschaftlichen Gesellschaften des deutschsprachigen Raums²¹⁷ und der Lesben- und Schwulenverband Deutschlands (LSVD) gegen eine derart weite Kriminalisierung der Sexualität Jugendlicher aus und forderten, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher ernst zu nehmen, die Altersgrenze von 18 Jahren zu senken und vor allem zwischen Kindern und Jugendlichen zu differenzieren. Der Tatbestand der „Verleitung“ Jugendlicher sowie der Vornahme sexueller Handlungen gegen nicht geldwerte Vorteile sei überhaupt zu streichen. Bei sexuellen Handlungen gegen Entgelt sei zu beachten, daß es sich dabei nicht notwendigerweise um Prostitution handelt und ganz generell strafrechtliche Ermittlungen, ob es sich bei einer Zuwendung um eine (kausale) Gegenleistung oder um ein (nichtkausales) Geschenk handelt, für die Jugendlichen mehr Schaden als Nutzen stiftet. Schließlich beeinträchtigt auch im Bereich der tatsächlichen Jugendprostitution die Kriminalisierung eine wirksame Sozialarbeit, die allein Hilfe bewirken kann.

Diesen Einwänden wurde teilweise Rechnung getragen und nach dem bislang letzten zugänglichen Entwurf²¹⁸ wurde der Straftatbestand des „Verleitens“ und der Vornahme sexueller Kontakte gegen eine nicht geldwerte Vergütung fallen gelassen. Beim Tatbestand „gegen Entgelt oder andere Gegenleistungen“ wird festgehalten, daß sich das Entgelt als Bezahlung darstellen muß, das dazu dient, die unter 18jährige Person zu sexuellen Handlungen zu veranlassen,²¹⁹ womit Fälle aus der Strafbarkeit ausgeschieden zu werden scheinen, in denen der/die Jugendliche selbst die Initiative ergreift oder von vornherein zu den Kontakten bereit ist.²²⁰ Und im Bereich der Pornografie entfiel bei fiktiven Darstellungen ohne menschliche Darsteller (Zeichnungen, Comics etc.) die Strafbarkeit des

²¹¹ Die Kommission erklärt es in ihrem Entwurf nicht (S. 23)

²¹² Begründung hierfür findet sich im Entwurf der Kommission keine.

²¹³ In diesen Fällen muß die Höchststrafe mindestens ein Jahr betragen.

²¹⁴ Sind Kinder unter 10 Jahren betroffen, so muß die Höchststrafe mindestens acht Jahre betragen, was im österreichischen Sanktionensystem einen Strafraum von einem bis zu zehn Jahren bedeutet.

²¹⁵ Daß die Genitalien sichtbar sind, ist ja gar nicht erforderlich, es genügt die bloße Zurschaustellung der Schamgegend.

²¹⁶ Das Europäische Parlament hat dem Vorschlag der Kommission im Juni mit 446 Stimmen gegen nur 16 zugestimmt und sogar noch Verschärfungen verlangt wie die fahrlässige (!) Produktion von „Kinder“pornographie und die Strafbarkeit der Befürwortung sexueller Kontakte mit unter 18jährigen (Entschließung A5-0206/2001, 12.06.2001)

²¹⁷ Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS), Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaftliche Sexualforschung (DGSS), Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS), Gesellschaft für Sexualwissenschaft (GSW); sämtliche Stellungnahmen finden sich auf www.RKLambda.at

²¹⁸ Vermerk des Vorsitzes für die Gruppe „Materielles Strafrecht“, 30.07.2001 (11311/01 DROIPEN 72 MIGR 66); vgl. auch Beratungsergebnisse der Gruppe „Materielles Strafrecht“ des EU-Rates, 11.06.2001 (10854/01 DROIPEN 68 MIGR 61; alle Dokumente auf www.RKLambda.at; zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe: http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DossierId=161008#311962

²¹⁹ „money or other forms of remuneration or consideration is given as payment in order to induce the child to engage in sexual activities“; etwas uneindeutiger die dt. Fassung: „Geld oder sonstige Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind zu den sexuellen Handlungen bereifindet“

²²⁰ Das grundsätzliche Problem der Behinderung effektiver sozialarbeiterischer Hilfe für jugendliche Prostituierte durch die Schaffung eines Kriminalverdachts bleibt freilich bestehen (vgl. Thomas Möbius, *Stellungnahme zum Fragenkatalog zur Anhörung im Deutschen Bundesrat zum Sexualstrafrecht* in: Bundesrat, Niederschrift über die 9. Sitzung des Ausschusses für Frauen und Jugend, 04.03.1992)

bloßen Erwerbs und Besitzes.²²¹ Vor allem aber sind die Herstellung und der Besitz bildlicher Darstellungen von Personen ausgenommen worden, die die sexuelle Mündigkeit erreicht haben, wenn sie der Herstellung und dem Besitz zugestimmt haben und die Darstellungen ausschließlich ihrer persönlichen Verwendung dienen.

Diese Ausnahme erscheint aber viel zu eng, weil nach dieser Formulierung eine andere Person (gleich welchen Alters) solche Bilder (von Jugendlichen oberhalb der Mindestaltersgrenze des jeweiligen Landes) stets nur solange besitzen darf, als sich dieser Besitz noch als ausschließlich zur persönlichen Verwendung der abgebildeten Person darstellt. Es erscheint daher bereits sehr fraglich (arg. „ausschließlich“)²²², ob über beauftragte Fotografen und Verwahrer (ohne Eigeninteresse an dem Bild) überhaupt andere Personen in den Genuß dieser Ausnahme kommen, etwa der o.a. 15jährige,²²³ der das Bild seiner Freundin zur gemeinsamen Verwendung besitzt, oder ein (gegebenenfalls ebenfalls jugendlicher) „Cybersex“-Partner, auf dessen Computer das Bild seines Gegenüber ja in erster Linie zu seiner Verwendung angezeigt wird, und erst in zweiter Linie im Interesse der abgebildeten (sendenden) Person, die es „nur“ dazu verwendet, um von ihrem Partner seinerseits eine Reaktion zu erhalten. Jedenfalls aber greift die Ausnahme wohl dann nicht mehr, wenn in den angeführten Beispielen die Freundin an ihrem Bild im Bikini selbst gar kein Interesse hat oder der erwähnte „Cybersex“-Partner das Bild auf seinem Computer nicht nur anzeigt sondern auch abspeichert. Es fällt auch nicht unter die Ausnahme, wenn ein Jugendlicher Fotos von sich verschenkt.

Die Ausnahme gilt auch nicht für fiktive Darstellungen (Zeichnungen, Comics etc.), weshalb der o.a. 14jährige seine „aufreizende“²²⁴ Zeichnung der nackten jugendlichen Schönheit nun zwar (für sich selbst) herstellen darf,²²⁵ jedoch mit (mindestens) vier Jahren Gefängnis bedroht wird, sobald er diese Zeichnung einem Freund zeigt („zugänglich macht“).

All dies ist absurd. Ebenso wie es mE ganz generell absurd (und damit menschenrechtswidrig)²²⁶ ist, 17jährige als „Kinder“ zu behandeln und eine Person mit Kriminalstrafe dafür zu belegen, daß sie ein „aufreizendes“ Bild eines 17 1/2 jährigen vollentwickelten jungen Mannes oder einer 17 1/2 jährigen vollentwickelten jungen Frau erwirbt oder besitzt.

²²¹ Weiterhin erfasst ist der Erwerb und Besitz zu Vertriebszwecken. In seiner Sitzung vom 27.09.2001 hat der Rat jedoch angedeutet, daß eine große Mehrheit der Mitgliedstaaten diese Ausnahme wieder rückgängig machen und jeden Erwerb und Besitz unter Strafe stellen will, ebenso jegliche Darstellungen mit jugendlich aussehenden Darstellern, auch wenn die Darsteller nachweislich über 18 Jahre alt sind (Presseaussendung zur 2370. Sitzung des EU-Rates, 27.09.2001), www.RKLambda.at

²²² Noch deutlicher die englische Fassung: „where images of persons over the age of sexual consent are produced and possessed with their agreement and solely for their own private use“

²²³ Wäre er selbst auch abgebildet, stellt sich das Problem nach der Formulierung der Ausnahme merkwürdigerweise nicht.

²²⁴ Mittlerweile wurde der Terminus in „anstößig“ geändert (Vermerk des Vorsitzes für die Gruppe „Materielles Strafrecht“, 30.07.2001 (11311/01 DROIPEN 72 MIGR 66)

²²⁵ weil nach den letzten Entwürfen Herstellung, Erwerb und Besitz bei diesen fiktiven Darstellungen auf Vertriebszwecke eingeschränkt wurde

²²⁶ vgl. oben 4.