

# TE OGH 1978/9/14 12Os111/78

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.09.1978

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. September 1978

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Breycha in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller, Dr. Kral, Dr. Schneider und Dr. Steininger als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Seidl als Schriftführer in der Strafsache gegen Karl A und Wolfgang A wegen des Vergehens nach § 1 Abs. 1 lit. a, b und c PornG. über die von den beiden Angeklagten gegen das Urteil des Jugendgerichtshofes Wien als Schöffengericht vom 28. Februar 1978, GZ. 1 b Vr 1442/77-11, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schneider, der Ausführungen des Verteidigers, Rechtsanwalt DDr. Peter Stern, und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Scheibenpflug, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Der Berufung des Angeklagten Karl A wird nicht Folge gegeben. Hingegen wird der Berufung des Angeklagten Wolfgang A Folge gegeben und über ihn unter Anwendung des § 37 StGB. eine Geldstrafe von 180 (einhundertachtzig) Tagessätzen verhängt.

Der Tagessatz wird mit 100 S (einhundert Schilling) bestimmt. Für den Fall der Uneinbringlichkeit wird die Ersatzfreiheitsstrafe mit 90 (neunzig) Tagen festgesetzt.

Gemäß § 390 a StPO. fallen den Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 27. März 1939 geborene kfm. Angestellte Karl A und der am 29. April 1943 geborene Kaufmann Wolfgang A des Vergehens nach dem § 1 Abs. 1 lit. a, b und c des Bundesgesetzes vom 31. März 1950, BGBl. Nr. 97, über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung (sogenanntes Pornographiegesetz), schuldig erkannt, weil sie den Urteilsannahmen zufolge von Anfang September bis 19. September 1977 in Wien in Gesellschaft als Beteiligte (§ 12 StGB.) in gewinnsüchtiger Absicht unzüchtige Schriften, Abbildungen und Laufbilder, nämlich 295 Stück Magazine, 40 Exemplare des Taschesbuches 'Der Massagesalon' sowie 9 Filme einführten und in einem von ihnen gemeinsam betriebenen Sex-Shop zum Zwecke der Verbreitung vorrätig hielten, anderen anboten oder solche Laufbilder anderen vorführten.

Diesen Schulterspruch bekämpfen beide Angeklagten mit einer gemeinsam ausgeführten, auf die Z. 4 und 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO. gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Den Strafausspruch fechten sie mit Berufung an.

Verfahrensmängel im Sinne des erstangeführten Nichtigkeitsgrundes erblicken die Beschwerdeführer in der Ablehnung der von ihrem Verteidiger in der Hauptverhandlung gestellten Anträge (S. 73) auf

1.) Vernehmung des Zolldeklaranten C als Zeugen zum Beweis dafür, daß die Zollbehörde die eingeführte Ware prüfe und ausscheide, was nach dem Pornographiegesetz bedenklich erscheint, sodaß die Angeklagten hätten annehmen müssen, die in Frage kommenden Waren seien unbedenklich;

2.) Vernehmung des Rechtsanwaltes Dr. Michael Datzik als Zeugen zum Beweis dafür, daß er den Angeklagten die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, AZ. 13 Os 39/77, übergeben und mit ihnen besprochen habe, insbesondere auch, daß man sich streng an sie halten werde;

3.) Einholung von Befund und Gutachten eines gerichtspsychiatrischen Sachverständigen zum Beweis dafür, daß für die Angeklagten in Anbetracht ihrer intellektuellen Fähigkeiten die (zitierte) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes nicht voll verständlich gewesen sei, was zu subjektiven Irrtümern geführt habe. Diese Beweisanträge wurden vom Erstgericht mit der (in der Hauptverhandlung verkündeten, in den Urteilsgründen ergänzten) Begründung abgewiesen (S. 74, 75 bzw. 87), daß zu 1.) die Zollbehörden keine Zensur ausüben und nur Stichproben des Zollgutes (primär) in zollrechtlicher Hinsicht untersuchen, was den beiden Angeklagten schon mit Rücksicht auf ihre langjährige (berufliche) Beschäftigung mit pornographicchem Material bekannt sei;

zu 2.) das Schöffengericht keinen Grund gehabt habe, an der Verantwortung der Angeklagten zu zweifeln, sie hätten mit dem Rechtsanwalt Dr. Michael Datzik die bewußte oberstgerichtliche Entscheidung besprochen;

und zu 3.) im Zuge des Beweisverfahrens keine Umstände hervorgekommen seien, die das Schöffengericht, welches im Zuge der Verhandlung ein sicheres Bild über die geistigen Fähigkeiten der Angeklagten habe erwerben können, berechtigen würden, an den intellektuellen Fähigkeiten der einen durchaus geordneten und intelligenten Eindruck hinterlassenden Angeklagten zu zweifeln. Ein Mißverständen der zu 13 Os 39/77 gefällten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes müsse demnach, noch dazu bei Besprechung mit einem Rechtsanwalt, völlig ausgeschlossen werden.

Den dagegen in Ausführung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs. 1 Z. 4 StPO. vorgebrachten Einwänden: das Zollgut sei in seiner Gesamtheit zu überprüfen, wobei gerade in 'solchen Fällen' (ersichtlich gemeint: bei Ware pornographiccher Art) eine sehr strenge Zensur ausgeübt werden müsse; der Zeuge C hätte bestätigen können, daß er zumindest den Großteil der angeblichen 'Pornoware' geprüft und den Angeklagten gegenüber ausdrücklich festgestellt habe, daß keinerlei Anstände vorhanden seien; der Zeuge Dr. Datzik hätte bezeugen können, daß er den Angeklagten das Urteil des Obersten Gerichtshofes zu 13 Os 39/77 zwar vorgelesen und dabei versucht habe, nähere Erklärungen zu geben, die Angeklagten aber den Eindruck gemacht hätten, als ob sie trotzdem den wirklichen und genauen Sinn nicht verstanden; durch den beantragten Sachverständigen hätte schließlich die Straflosigkeit ihres 'subjektiven Irrtums' nachgewiesen werden können, wenn dieser gutächtlich ausgeführt hätte, daß die Angeklagten geistig nicht so hochstehend seien, um die - für einen juristischen Laien schwer verständlichen - Rechtsausführungen des Obersten Gerichtshofes in dem zum AZ. 13 Os 39/77 gefällten Urteil in allen Details zu verstehen und darnach zu handeln, ist folgendes zu erwideren:

### **Rechtliche Beurteilung**

Bei der beantragten Vernehmung des Zolldeklaranten C handelt es sich um einen unerheblichen, das heißt, weder auf die Entscheidung über die Schuld noch über den anzuwendenden Strafsatz Einfluß ausübenden Beweis, ging doch das Schöffengericht - auf der Basis der Verfahrensergebnisse den Denkgesetzen entsprechend - davon aus, den beiden Angeklagten sei allein auf Grund ihrer - auch mit Verurteilungen wegen Verstößen gegen das PornG. verbundenen - geschäftlichen Betätigung mit pornographicchen Waren bekannt gewesen, daß das Unterbleiben einer zollamtlichen Beanstandung nicht den zwingenden Schluß darauf zulasse, die importierte (und daher dem Zollamt gestellte) Ware sei (auch) nicht als unzüchtig im Sinne des § 1 PornG. zu betrachten.

Denn trotz der im § 84 Abs. 1 StPO. für alle öffentlichen Behörden und ömter statuierten Anzeigepflicht kann - noch dazu von auf diesem Gebiete infolge einschlägiger beruflicher und krimineller Erfahrung versierten Personen - einerseits mit Rücksicht auf die Art und den Umfang und andererseits auf den (gesetzlichen) Zweck der zollamtlichen Prüfung aus einer von der Zollbehörde getätigten, zu keiner Beanstandung der Ware führenden Amtshandlung nicht (zwingend) abgeleitet werden, daß auch die nach dem Gesetz zur Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen berufenen Behörden importiertes Gut als unbedenklich im Sinne des § 1

PornG. beurteilen werden oder gar müssen.

Die Beziehung eines Sachverständigen auf dem Gebiete der Psychiatrie war deshalb entbehrlich, weil - unter dem Gesichtspunkt des § 134 Abs. 1 StPO. - Zweifel darüber, ob die Angeklagten zur Zeit der (ihnen vorgeworfenen) Tat den Gebrauch ihrer Vernunft besessen oder ob sie an einer Geistesstörung gelitten haben, wodurch ihre Zurechnungsfähigkeit, also die Fähigkeit, das Unrecht ihrer (Pornographie-) Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (§ 11 StGB.), aufgehoben war, weder entstanden noch auch von den Beschwerdeführern behauptet wurden. Ob solche Zweifel oder - wie vorliegendenfalls behauptete - Irrtümer bestanden, die das Unrecht der Tat nicht erkennen lassen, entscheidet - im Gegensatz zu der bei Ausführung der Rechtsrüge ausgedrückten Meinung der Beschwerdeführer - das Gericht auf Grund des in der Hauptverhandlung von den am Verfahren beteiligten Personen gewonnenen Eindruckes. Denn die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme soll das Gericht in die Lage versetzen, neben der Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit der vorgeführten Beweismittel auch die Persönlichkeit (u.a.) der in der Hauptverhandlung vernommenen Angeklagten auf Grund eigener Wahrnehmung zu beurteilen. Dafür, daß das Jugendschöfengericht zu dieser Beurteilung - vorliegendenfalls unter dem Gesichtspunkt eines behaupteten Irrtums der Angeklagten über die Unzüchtigkeit der urteilsgegenständlichen pornographischen Erzeugnisse - der Hilfe eines Sachverständigen bedurft hätte, fehlt jeglicher Anhaltspunkt und wurde von den Beschwerdeführern - insbesondere auch nicht im Beweisantrag und in der Nichtigkeitsbeschwerde -

gar nicht behauptet.  
Da es sohin gar nicht darauf ankommt, ob die Angeklagten in der Lage waren, eine bestimmte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 'in allen Details zu verstehen und danach zu handeln', war auch die Vernehmung des Rechtsanwalts Dr. Datzik als Zeuge unerheblich. Dem erstgerichtlichen Urteil haftet sohin ein den Nichtigkeitsgrund der Z. 4 des § 281 Abs. 1 StPO. verwirklichender Umstand nicht an. Unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. b StPO. behaupten die Beschwerdeführer das Vorliegen eines entschuldigenden Rechtsirrtums über den Begriff des zur Herstellung des Tatbestandes nach dem § 1 PornG. erforderlichen Merkmals der 'Unzüchtigkeit' (vgl. dazu die von den Beschwerdeführern selbst zitierte Entscheidung eines verstärkten Senates des Obersten Gerichtshofes vom 6. Juni 1977, GZ. 13 Os 39/77-11), seien sie doch der Meinung gewesen, 'im Sex-Shop dürfe auch harte Pornographie vorgeführt werden, außer es handle sich um gleichgeschlechtliche Betätigung unter Männern' (also nicht auch um gleichgeschlechtliche Unzucht zwischen Frauen, um Sexualakte mit Tieren und Unmündigen sowie um sexuelle Gewalttätigkeiten unter Frauen und verschiedengeschlechtlichen Personen).

Die Rechtsrüge wurde nicht dem Gesetze entsprechend zur Darstellung gebracht, weil die Beschwerdeführer nicht das ihrer Meinung nach anzuwendende Strafgesetz (vorliegendenfalls § 9 - nicht auch, wie in der Nichtigkeitsbeschwerde unrichtig angeführt, § 6 - StGB.) mit dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt vergleichen, sondern ihre vom Schöfengericht ausdrücklich abgelehnte Verantwortung zur Grundlage der Ausführungen zu dem in Rede stehenden materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrund machen. Das Schöfengericht nahm nämlich im Rahmen der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung (§ 258 Abs. 2 StPO.) und (im Sinne des § 270 Abs. 2 Z. 5 StPO.) mit ausreichender Begründung an, bei der 'Verantwortung der Angeklagten, sie hätten gedacht, daß das, was in den inkriminierten Gegenständen dargestellt werde, nicht strafbar sei', handle es sich um eine 'reine Schutzbehauptung' (siehe S. 86). Schloß mithin das Schöfengericht in tatsächlicher Hinsicht das Vorliegen eines Irrtums über das Unrecht der den Angeklagten angelasteten Tat, konkret: über die Tatbildlichkeit der 'Unzüchtigkeit' im Sinne des § 1 PornG., aus, kann den Beschwerdeführern (in rechtlicher Hinsicht) auch nicht der Schuldausschließungsgrund des Rechtsirrtums nach dem § 9 StGB. zugebilligt werden.

Da dem angefochtenen Urteil auch ein den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. b StPO. erfüllender Rechtsirrtum nicht anhaftet, war die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen.

Das Jugendschöfengericht verhängte nach dem § 1 Abs. 2 PornG. über Karl A eine Freiheitsstrafe in der Dauer von 6 Monaten, über Wolfgang A eine solche von 3 Monaten.

Bei der Strafbemessung berücksichtigte es bei beiden Angeklagten als erschwerend: die Vorstrafe(n), den raschen Rückfall und den Umfang des (vom Schuldspruch erfaßten) pornographischen Materials, hingegen als mildernd: die Tatsache, daß das inkriminierte pornographische Material sichergestellt werden konnte.

Mit ihren Berufungen streben beide Angeklagten die Verhängung von Geldstrafen an Stelle von Freiheitsstrafen an, eventuell die Herabsetzung der vom Erstgericht ausgemessenen Freiheitsstrafen. Sie reklamieren volle und

reumütige Geständnisse, die Begehung der Tat in einem - die Schuld nicht ausschließenden - Irrtum, Wolfgang A auch die Sorgepflicht für seine Ehefrau und zwei Kinder, Karl A eine Tatbegehung 'lediglich als Angestellter .....in untergeordneter Weise' und Unbesonnenheit als zusätzliche Milderungsgründe. Der Berufung des Wolfgang A kommt Berechtigung zu, nicht jedoch jener des Karl A.

Zum Berufungsvorbringen und zu den im vorliegenden Fall vom Obersten Gerichtshof zur Strafbemessung angestellten Erwägungen ist zunächst folgendes festzuhalten:

Beiden Angeklagten ist der Milderungsgrund des wesentlichen Beitrages zur Wahrheitsfindung (im Sinne des zweiten Anwendungsfalles des § 34 Z. 17 StGB.) zuzubilligen, haben sie doch - ungeachtet der Tatsache, daß sie sich nicht schuldig bekannten - für den Schulterspruch wesentliche Umstände, etwa die Kenntnis des Inhaltes der inkriminierten pornographischen Produkte, eingestanden (vgl. dazu S. 33, 70). Hingegen sind Sorgepflichten eines Angeklagten nach dem Strafgesetzbuch bei der Strafbemessung nicht zu berücksichtigen (siehe dazu u.a. ÖJZ-LSK 1975/118); auch die übrigen, von den Beschwerdeführern vermuteten zusätzlichen Milderungsgründe sind nach den (durch den Akteninhalt gedeckten) erstgerichtlichen Urteilsannahmen nicht gegeben.

Nach dem § 32 Abs. 1 StGB. ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters. Diese erhält ihr Maß nicht allein von der ablehnenden inneren Einstellung des Rechtsbrechers gegenüber den rechtlich geschützten Werten, sondern auch von der schulhaft begangenen strafbaren Handlung, vom objektiven Gewicht der verschuldeten Tat und damit der Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung, welche die Schuld umfaßt (ÖJZ-LSK. 1977/260).

Ist für eine Tat keine strengere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, sei es auch in Verbindung mit einer Geldstrafe angedroht, ist auf Geldstrafe zu erkennen, wenn es nicht aus spezial- oder generalpräventiven Gründen der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bedarf (§ 37 Abs. 1 StGB.).

Berücksichtigt man im Sinne der vorstehend angeführten Normen, daß die Angeklagten die urteilsgegenständlichen pornographischen Erzeugnisse in einem als 'Sex-Shop' bezeichneten, abgesonderten Teil des von ihnen betriebenen Geschäfts nur solchen erwachsenen Personen präsentierten, die an derartigem Material interessiert waren (und dieses Interesse vor Betreten des Sex-Shop auch ausdrücklich bekundeten), muß das objektive Gewicht der von den beiden Berufungswerbern strafrechtlich zu verantwortenden (Pornographie-) Tat und damit (auch) die Schwere der dadurch bewirkten Rechtsgutbeeinträchtigung als gering bezeichnet werden. Man gelangt jedoch nur bezüglich Wolfgang A zu dem Ergebnis, daß weder spezial- noch generalpräventive Erwägungen die Verhängung einer kurzfristigen, das heißt 6 Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafe, verlangen.

Bei Berücksichtigung aller für die Strafbemessung relevanten Umstände ist nämlich nur in Ansehung des eben genannten Berufungswerbers die Annahme gerechtfertigt, daß auch eine Geldstrafe den Täter empfindlich treffen und dessen Resozialisierung bewirken sowie auf die Allgemeinheit einen entsprechenden (abschreckenden) Eindruck hinterlassen wird.

Daß die Bestimmung des § 37 StGB. je nach den Umständen auch in Ansehung eines einschlägig vorbestraften Täters anwendbar ist, wurde vom Obersten Gerichtshof wiederholt ausgesprochen (vgl. dazu u.a. ÖJZ-LSK. 1976/19; 12 Os 205/77).

Bei der gemäß dem § 19 Abs. 2 StGB. nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Zeitpunkte des Urteils erster Instanz zu bemessenden Höhe des Tagessatzes war hinsichtlich des für seine Ehefrau und zwei Kinder sorgepflichtigen Wolfgang A von einem Monatseinkommen im Ausmaße von 6.000 S auszugehen (vgl. dazu insbesondere S. 68), wobei auch auf weitere, potentielle Verdienstmöglichkeiten Bedacht zu nehmen war (siehe u.a. ÖJZ-LSK. 1975/115 und 1976/4). Der Oberste Gerichtshof erachtete zur Erzielung einer größtmöglichen Effektivität der Unrechtsfolgen einen Tagessatz von 100 S für angemessen. Die Verhängung eines solchen Tagessatzes bedeutet - dem Zweck der Geldstrafe entsprechend (vgl. u.a. ÖJZ-LSK. 1975/116 und 180; 12 Os 205/77) - eine Abschöpfung der Einkommenspitze dieses Verurteilten auf einen dem Existenzminimum nahe kommenden Betrag und eine fühlbare Herabsetzung des Lebensstandards für den gesamten Zeitraum, welcher der Anzahl der verhängten Tagessätze entspricht.

In diesem Sinne war der Berufung des Angeklagten Wolfgang A Folge zu geben. Die Entscheidung über das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe beruht auf der Bestimmung des § 19 Abs. 3 StGB.

Bei dem zu wiederholten Malen wegen verschiedener Delikte, auch wegen Verstöße gegen das Pornographiegesetz vorbestraften Berufungswerber Karl A sind jedoch -

vor allem - die zur Anwendung des§ 37 StGB. verlangten spezialpräventiven Voraussetzungen nicht gegeben, konnte ihn doch die Vollziehung selbst empfindlicherer Freiheitsstrafen von der Begehung weiterer strafbarer Handlungen nicht abhalten. Die vom Erstgericht über Karl A verhängte Freiheitsstrafe von sechs Monaten erscheint demnach auch unter Berücksichtigung der vorstehend korrigierten Strafzumessungsgründe und der aufgezeigten, nach Lage des Falles geringen Rechtsgutbeeinträchtigung angemessen und zur (anzustrebenden) Resozialisierung erforderlich.

Der Berufung des Angeklagten Karl A konnte mithin ein Erfolg nicht zuerkannt werden.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens stützt sich auf die im Sprache angeführte Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E01473

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1978:0120OS00111.78.0914.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19780914\_OGH0002\_0120OS00111\_7800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)