

Dokument	<b>forumpoenale 3/2021 S. 162</b>
Autor	<b>Gunhild Godenzi</b>
Titel	<b>Nr. 12 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Dezember 2019 i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern – 6B_149/2019</b>
Urteilsbesprechung	<b>6B_149/2019</b>
Seiten	<b>162-168</b>
Publikation	<b>forumpoenale</b>
Herausgeber	<b>Jürg-Beat Ackermann, Roy Garré, Gunhild Godenzi, Yvan Jeanneret, Konrad Jeker, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers</b>
ISSN	<b>1662-5536</b>
Verlag	<b>Stämpfli Verlag AG</b>

## 1. Kernstrafrecht - Droit pénal primaire

### 1.2 Schwerpunkt Besonderer Teil - Accent sur la partie spéciale

#### **Nr. 12 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Dezember 2019 i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern – [6B\\_149/2019](#)**

**[Art. 21](#) und [197 Abs. 4–6 StGB](#): Gewaltpornografie; «Spanking»-Videos; Verbotsirrtum; Einziehung.**  
[Art. 197 Abs. 5 StGB](#) stellt u.a. die Herstellung von pornografischen Bildaufnahmen zum eigenen Konsum unter Strafe, wenn sie sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben. Jedenfalls dann, wenn die gezeigte Gewalttätigkeit nicht im offenkundigen gegenseitigen Einvernehmen der Protagonisten ausgeübt wird, ist die Tatbestandsmässigkeit nach [Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB](#) weniger nach der Schwere der Gewalt als vielmehr nach ihrer erniedrigenden Wirkung zu beurteilen. Schon Darstellungen minderschwerer Gewaltanwendung können unter Art. 197 Abs. 4 oder 5 [StGB](#) fallen. Das herkömmliche Merkmal von Pornografie i.S.v. [Art. 197 Abs. 1 StGB](#) – eine in hohem Mass explizite Wiedergabe sexueller Vorgänge – ist nicht in jedem Fall eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen von Gewaltpornografie. Je ausgeprägter die Gewaltanwendung ist, desto weniger hohe Anforderungen gelten für den pornografischen Charakter des sexuellen Kontextes. Dass vergleichbare Filme auf dem Markt frei zugänglich und käuflich sind, lässt nicht per se den Schluss auf einen (unvermeidbaren) Verbotsirrtum i.S.v. [Art. 21 StGB](#) zu. Bei Straftaten nach [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) werden die einschlägigen Gegenstände eingezogen ([Art. 197 Abs. 6 StGB](#)). Die Einziehung setzt keine Strafbarkeit der Person voraus, hingegen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit. (Regeste forumpoenale)

**[Art. 21](#) et [197 al. 4–6 CP](#) : représentations pornographiques ayant pour contenu des actes de violence ; vidéos comportant des scènes de fessée (*spanking*) ; erreur sur l'illicéité ; confiscation.**  
 L'[art. 197 al. 5 CP](#) punit notamment la fabrication pour sa propre consommation d'images pornographiques ayant pour contenu des actes d'ordre sexuel liés à des actes de violence entre adultes. À tout le moins lorsque les violences montrées ne sont pas exercées avec le consentement manifeste et réciproque des protagonistes, la typicité au regard de l'[art. 197 al. 4 et 5 CP](#) doit être examinée moins à l'aune de la gravité de la violence qu'à celle de son effet avilissant. Des représentations montrant des actes de violence légère sont déjà susceptibles de tomber sous le coup de l'[art. 197 al. 4 ou 5 CP](#). L'élément qui caractérise traditionnellement la pornographie au sens de l'[art. 197 al. 1 CP](#) – la restitution hautement explicite d'actes d'ordre sexuel – ne constitue pas en toute hypothèse une condition nécessaire à l'existence de représentations pornographiques ayant pour contenu des actes de violence. Plus l'exercice de la violence



est marqué, moins élevées sont les exigences relatives au caractère pornographique du contexte sexuel. Le fait que des films comparables soient librement disponibles sur le marché et puissent y être librement acquis ne permet pas en lui-même de conclure à l'existence d'une erreur (inévitabile) sur l'illicéité au sens de l'[art. 21 CP](#). Lorsque l'infraction à l'[art. 197 al. 5 CP](#) est réalisée, les objets en cause sont confisqués ([art. 197 al. 6 CP](#)). La confiscation ne suppose pas que l'auteur soit punissable, mais que son acte soit typiquement contraire au droit pénal est illicite. (Résumé forumpoenale)

**Art. 21 e 197 cpv. 4–6 CP: pornografia violenta; video di «spanking»; errore sull'illiceità; confisca.**

L'[art. 197 cpv. 5 CP](#) punisce, tra l'altro, la fabbricazione di registrazioni vive pornografiche per il proprio consumo, se tali registrazioni vertono su atti sessuali violenti tra adulti. Ogni qualvolta gli atti violenti mostrati non sono esercitati con il palese consenso reciproco dei protagonisti, gli elementi costitutivi dell'[art. 197 cpv. 4 e 5 CP](#) devono essere giudicati non tanto in base alla gravità della violenza, quanto piuttosto in base al loro effetto umiliante. Già rappresentazioni di esercizio di violenza di minore entità possono ricadere sotto l'[art. 197 cpv. 4 o 5 CP](#). L'usuale caratteristica della pornografia ai sensi dell'[art. 197 cpv. 1 CP](#), ossia una riproduzione molto esplicita di procedure sessuali, non costituisce sempre una condizione necessaria per la sussistenza di pornografia violenta. Più è pronunciato l'esercizio della violenza, meno severi sono i requisiti che si applicano per definire il carattere pornografico del contesto sessuale. Il fatto che film paragonabili siano liberamente accessibili e acquistabili sul mercato non consente di per sé di dedurre un errore sull'illiceità (inevitabile) ai sensi dell'[art. 21 CP](#). Nel caso di reati a tenore dell'[art. 197 cpv. 5 CP](#) i relativi oggetti sono confiscati ([art. 197 cpv. 6 CP](#)). La confisca non presuppone la punibilità della persona, ma gli elementi costitutivi del reato e l'illiceità. (Regesto forumpoenale)

**forumpoenale 3/2021 S. 162, 163**

**Sachverhalt:**

Das KGer LU sprach – dem Urteil des BezGer LU insofern folgend – A. des mehrfachen Herstellens von Gewaltpornografie zum eigenen Konsum schuldig. Es belegte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen (Probezeit zwei Jahre). Ausserdem befand es über den Verbleib von sichergestellten und beschlagnahmten Datenträgern und die Vernichtung von gesicherten Daten.

A. führt Beschwerde in Strafsachen. Das BGer weist die Beschwerde ab.

**Aus den Erwägungen:**

1.

1.1. [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) stellt u.a. die Herstellung von pornografischen Bildaufnahmen zum eigenen Konsum unter Strafe, wenn sie sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben (zur Tathandlung des Herstellens durch Kopieren einer Vorlage auf ein Speichermedium vgl. [BGE 131 IV 16 E. 1.3 und 1.4 S. 20 ff.](#)).

Gegenstand des Strafverfahrens sind Filme, die der Beschwerdeführer am 27. November 2014 auf eine Festplatte kopiert hat. Nach Ansicht der Vorinstanz erfüllen 132 Videodateien objektive Tatbestandsvoraussetzungen nach [Art. 197 Abs. 5 StGB](#). Der Beschwerdeführer bestreitet die rechtliche Qualifikation.

1.2. Die Vorinstanz bringt die Filmsequenzen, die sie als im Sinne von [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) pornografisch einstuft, auf folgenden gemeinsamen Nenner: Die gezeigten Gewalthandlungen bestünden regelmässig aus Schlägen mit der flachen Hand oder verschiedenen Gegenständen wie Kochlöffeln, Stöcken und biegsamen Ruten, Peitschen und Gürteln auf das nackte Gesäss entkleideter oder teilweise entkleideter junger Frauen. Die Kamera fokussiere jeweils auf das Gesäss, wo sich während des Schlagens Hämatome, Striemen und teilweise auch blutende Wunden bildeten. Dieses Mass an Gewalt komme in allen streitgegenständlichen Videos vor. Einige Filme enthielten gar noch heftigere Gewaltdarstellungen. Die dargestellte Verletzung der körperlichen Integrität gehe zweifellos über blossе Tätlichkeiten hinaus. Die Frauen schrien, wimmerten oder stöhnten jeweils und täten so ihre erheblichen Schmerzen eindeutig kund. Verschiedene Filmsequenzen wirkten sehr realistisch. Die Misshandlungen seien zwar gespielt. Teilweise könne aber nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass es sich um echte Schläge handle.

Zur Frage, ob die streitgegenständlichen Darstellungen den Tatbestand sexueller Handlungen mit Gewalttätigkeiten erfüllen, erwägt die Vorinstanz, Pornografie erfasse nicht bloss (eigentliche) sexuelle Handlungen. Nicht der sexuelle Aspekt einer Handlung, sondern die Darstellung und Banalisierung von Erniedrigung in einem sexuellen Kontext begründe hier die Strafbarkeit. Ein offensichtlicher «Sexualbezug» der tatbeständlichen Gewalthandlungen genüge.

1.3.



1.3.1. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) erfordere das gleiche Mass an Gewalt wie [Art. 135 StGB](#) (Gewaltdarstellungen). Da dies auf die inkriminierten Filmszenen nicht zutrefte, könne auch keine verbotene Gewaltpornografie vorliegen.

1.3.2. Nach [Art. 135 StGB](#) macht sich u.a. strafbar, wer Bildaufnahmen herstellt, die, ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert zu haben, grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen. Dieser Straftatbestand erfasst nur Darstellungen exzessiver Gewalt (Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des [StGB](#) und des [MStGB](#), BBl 1985 II 1045 [«Brutalitäten im engsten Sinn»]; Amtl. Bull 1989 N 720 [Votum Cotti], 722 [Votum BR Koller; «grausame, extreme Formen der Gewaltdarstellung»]; Calmes, La pornographie et les représentations de la violence en droit pénal, 1997, S. 114). Er wird entsprechend restriktiv angewandt (Hagenstein, Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N 3 zu [Art. 135 StGB](#) mit Hinweisen). Die Artikel 135 und 197 (Abs. 4 und 5) bezwecken im Wesentlichen einerseits den Schutz Jugendlicher und Erwachsener vor ungewollter Konfrontation mit entsprechenden Erzeugnissen. Andererseits richten sie sich gegen die abstumpfende (korrumpierende) Wirkung von Gewaltdarstellungen, die geeignet sind, beim Betrachter die Bereitschaft zu erhöhen, selbst gewalttätig zu agieren oder die Gewalttätigkeit anderer gleichgültig hinzunehmen ([BGE 124 IV 106 E. 3c/aa S. 111](#); vgl. auch [BGE 131 IV 16 E. 1.2 S. 19](#); Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, in: [ZStrR 1993, S. 437 f.](#); zu den durch [Art. 135 StGB](#) geschützten Rechtsgütern: Hagenstein, a.a.O., N 4 ff. zu [Art. 135 StGB](#); Dupuis et al., Code pénal, 2. Aufl. 2017, N 2 zu [Art. 135 StGB](#); Trechsel/Mona, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N 2 ff. zu [Art. 135 StGB](#); Koller, Cybersex: Die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, 2007, S. 369 f.; Gerny, Zweckmässigkeit und Problematik eines Gewaltdarstellungsverbot im schweizerischen Strafrecht, 1994, S. 76 ff.).

Im sensiblen Lebensbereich der Sexualität ist das Korrumpierungspotential von Gewaltdarstellungen grundsätzlich grösser als in anderen Zusammenhängen. Durch die Verbindung von Sexualität und Gewalt ist die Schwelle, ab welcher die Menschenwürde angegriffen wird, offenkundig nicht erst dann erreicht, wenn die Gewalt das in [Art. 135 StGB](#) geforderte exzessive Mass erreicht. Jedenfalls dann, wenn die im pornografischen Erzeugnis gezeigte Gewalttätigkeit nicht im offenkundigen gegenseitigen Einvernehmen der Protagonisten ausgeübt wird, ist die Tatbestandsmässigkeit nach [Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB](#) weniger nach der

#### forumpoenale 3/2021 S. 162, 164

Schwere der Gewalt als vielmehr nach ihrer erniedrigenden Wirkung zu beurteilen (Urteil [6B 875/2008 vom 12. November 2008 E. 2](#); Isenring/Kessler, Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N 26 zu [Art. 197 StGB](#); Favre-Bulle, Commentaire romand, Code pénal II, 2017, N 60 zu [Art. 197 StGB](#)). Dies gilt unabhängig davon, ob das Tatbestandselement der «sexuellen Handlung mit Gewalttätigkeiten» in Form einer gewalttätig ausgeführten sexuellen Handlung (namentlich einer Vergewaltigung; Koller, a.a.O., S. 231) verwirklicht ist, oder ob je eigenständige (sexuelle und gewalttätige) Handlungselemente szenisch verbunden dargestellt werden.

1.3.3. Es steht ausser Zweifel, dass es sich bei den zu beurteilenden Filmszenen nicht um nach [Art. 135 StGB](#) verbotene Darstellungen handelt. Nach dem Gesagten geht die Vorinstanz indes zu Recht davon aus, dass die verfahrensgegenständlichen Filmszenen (vgl. E. 1.2) die Gewaltschwelle nach [Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB](#) deutlich überschreiten.

#### 1.4.

1.4.1. Nach dem Beschwerdeführer schafft der Umstand, dass in der Darstellung der betreffenden Filme junge Frauen nach Belieben geschlagen werden, nicht zwingend einen sexuellen Kontext; weder Sadismus noch das Ausnutzen von Abhängigkeiten sei ohne Weiteres sexuell motiviert. Peitschen- oder Rutenhiebe auf das entblösste Gesäss einer Person stellten keine sexuelle Handlung im Sinne von [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) dar. Wenn überhaupt, werde der Sexualbezug lediglich insinuiert.

Die Vorinstanz erwägt, Szenen, in welchen die Kamera während des Schlagens regelmässig auf das nackte Gesäss, teilweise mit sichtbarem Genitalbereich, halte, seien objektiv darauf ausgerichtet, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Dass der Genitalbereich der Frauen nur ausnahmsweise einbezogen sei, schliesse den sexuellen Kontext keineswegs aus. Auch wenn die Darstellungen von der Gewaltanwendung dominiert würden, sei deren gleichzeitiger Sexualbezug offensichtlich. Augenfällig sei, dass die sog. «Spanking»-Szenen kein einvernehmliches Handeln zeigten, sondern zwischen dem Schlagenden und den geschlagenen Frauen in der filmischen Darstellung ein Machtgefälle oder gar ein Abhängigkeitsverhältnis bestehe. Von einvernehmlichen Sadomasochismus-Spielen könne nicht die Rede sein. Es gehe um Entwürdigung und Erniedrigung der «Bestraften». Die oftmals gefesselten Frauen seien den misshandelnden Männern (selten einer weiblichen Respektsperson) ausgeliefert. Die Frauen würden



dadurch zu einem blossen Sexualobjekt, und es stehe im Belieben der Peiniger, ihr sadistisches Verlangen auszuleben. Der Umstand, dass dürftige Rahmenhandlungen das Geschehen in einen bestimmten historischen Kontext stellten, begründe keinen «schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert», welcher den Videos die pornografische Eigenschaft nehmen würde (vgl. [Art. 197 Abs. 9 StGB](#); [BGE 131 IV 64 E. 10.1.3 S. 68](#)). Der historische Hintergrund sei bloss ein Vorwand, um sexuelle Gewalt darzustellen.

1.4.2. Mit Blick auf die von der Vorinstanz hervorgehobenen Aspekte können in sexuellen Kontexten schon Darstellungen minderschwerer Gewaltanwendung unter Art. 197 Abs. 4 oder 5 [StGB](#) fallen (oben E. 1.3). Gegebenenfalls handelt es sich um *per se* verbotene qualifizierte («harte») Pornografie, die bezüglich Herstellung, Handel, Vertrieb, Besitz etc. ([Art. 197 Abs. 4 StGB](#)) resp. Konsum oder Herstellung, Erwerb, Besitz etc. zum eigenen Konsum (Abs. 5) strafbar ist. Tatbestandsmässig sind «Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1», die «sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen» zum Inhalt haben. Fraglich ist, wie sich diese Elemente zueinander verhalten. Abs. 5 verweist ausdrücklich auf Gegenstände oder Vorführungen *nach* Abs. 1. Dort geht es um «weiche» Pornografie, die nicht als solche, sondern nur im Hinblick auf den Jugendschutz (Abs. 1) resp. den allgemeinen Schutz vor ungewollter Konfrontation (Abs. 2) strafbar ist (vgl. Calmes, a.a.O., S. 169 ff.). Nach der Rechtsprechung setzt der allgemeine Begriff der Pornografie zum einen voraus, dass die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf angelegt sind, den Konsumenten sexuell aufzureizen. Zum andern ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen gelöst wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergrößert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt. «Weiche» Pornografie im Sinne von [Art. 197 Abs. 1 und 2 StGB](#) ist ohne besondere Betonung des Genitalbereichs begrifflich kaum denkbar ([BGE 144 II 233 E. 8.2.3 S. 242](#); [131 IV 64 E. 10.1.1 S. 66](#) mit Hinweisen; Isenring/Kessler, a.a.O., N 18 zu [Art. 197 StGB](#)). Pornografisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren, sie als blosser physiologischer Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren ([BGE 133 II 136 E. 5.3.2 S. 145](#)).

Der Wortlaut von [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) legt auf den ersten Blick nahe, dass das qualifizierende Element – hier die Gewalttätigkeiten – auf eine Darstellung treffen müsse, die schon unabhängig von der Gewaltkomponente pornografisch (im Sinne von Abs. 1) ist. Ein solch absolutes Verständnis wäre indes zu eng. Das strenge Legalitätsprinzip strafrechtlichen Zuschnitts, wonach eine Strafe nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt ([Art. 1 StGB](#)), führt im Prinzip zur Bindung an einen klaren Wortlaut des Gesetzes; davon ist allerdings (auch zulasten des Beschuldigten) abzuweichen, wenn der Sinn der Strafbestimmung resp. die Wertungen des Gesetzgebers im Wortlaut unvollkommen zum Ausdruck kommen

#### forumpoenale 3/2021 S. 162, 165

([BGE 128 IV 272 E. 2 S. 274](#)). In Fällen sexualisierter Gewalt – zumal wenn es sich nicht um einvernehmliche Sexualpraktiken handelt – kann sich eine Szene auch dann als besonders erniedrigend darstellen, wenn die *allgemeinen* Merkmale der Pornografie nicht vollständig gegeben sind. Hier folgt der *qualifiziert* pornografische Charakter der Darstellung mit Blick auf die Schutzzwecke schon unmittelbar aus der Verbindung einer sexuellen Handlung im Sinne von [Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB](#) (unten E. 1.4.3) mit Gewalt.

Der Passus «Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1» bezieht sich somit auf die in Abs. 1 aufgeführten Träger (Medien) der pornografischen Darstellung (Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder Vorführungen), aber nicht notwendigerweise auch auf das Attribut «pornografisch». Das herkömmliche Merkmal von Pornografie – eine in hohem Mass explizite Wiedergabe sexueller Vorgänge – ist somit nicht in jedem Fall eine notwendige Voraussetzung dafür, dass der Tatbestand von [Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB](#) erfüllt ist. Je ausgeprägter die Gewaltanwendung ist, desto weniger hohe Anforderungen gelten für den pornografischen Charakter des sexuellen Kontextes.

1.4.3. Dieser Kontext besteht nach dem klaren Wortlaut der Strafnorm in «sexuellen Handlungen» (vgl. Bendi, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz, 2008, Rz. 261 und 261a mit Hinweisen). Darunter sind sicherlich Vorgänge zu verstehen, die unter die Tatbestände der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung fallen könnten (vgl. [Art. 189 f. StGB](#): Beischlaf, beischlafsähnliche und andere sexuelle Handlungen [vgl. Dupuis et al., a.a.O., N 33 zu [Art 197 StGB](#)]). Einer sexuellen Handlung gleichzustellen sind Darstellungen, die einen augenfälligen sexuellen Bezug schaffen, so wenn der Genitalbereich von darstellenden Personen in aufdringlicher Weise zur Schau gestellt wird.

1.4.4. Vorliegend handelt es sich um Darstellungen von Gewalt, deren erhebliche Intensität sich schon daraus ergibt, dass sie bei den Opfern körperliche Spuren hinterlässt (oben E. 1.2 und 1.3.3). In einem solchen Fall müssen die allgemeinen Merkmale von Pornografie nicht vollständig gegeben sein, zumal die – gemäss allgemeinem Pornografiebegriff – stattfindende Degradierung einer Person zu einem blossen Sexualobjekt in



Fällen mit Gewaltanwendung zusätzlich erniedrigend wirkt (E. 1.4.2). Die vom Gesetz verlangten «sexuellen Handlungen», mit welchen die Gewalttätigkeiten einhergehen, sind daher nicht notwendig im Sinne von Geschlechtsverkehr, beischlafsähnlichen oder anderen (im engeren Sinn) geschlechtlichen Handlungen zu verstehen. Die in den inkriminierten Filmszenen gezeigte Gewalt ist sexuell konnotiert. Nach den – das Bundesgericht bindenden ([Art. 105 Abs. 1 BGG](#)) – Feststellungen der Vorinstanz zeigen die Szenen Schläge auf das nackte Gesäss, teilweise sei dabei auch der Genitalbereich sichtbar; die Schläge stellten sadistisch-sexuell motivierte Handlungen dar (vgl. oben E. 1.4.1). Ausgehend davon ist die Vorinstanz zu Recht von einem augenfälligen «Sexualbezug» ausgegangen. Solche Darstellungen sind Gegenständen im Sinne von [Art. 197 Abs. 1 StGB](#) gleichzustellen, die sexuelle Handlungen (mit Gewalttätigkeiten) zum Inhalt haben (Abs. 5; vgl. E. 1.4.3).

1.5. Nach dem Gesagten handelt es sich bei den inkriminierten Filmszenen objektiv um nach [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) verbotene Pornografie.

1.6. Der Beschwerdeführer beruft sich auf Rechtsirrtum (Verbotsirrtum; [Art. 21 StGB](#)). Dieser Einwand ist unbehelflich. Die Argumentation, es handle sich bei den infrage stehenden Darstellungen (mangels eines direkten, aufdringlichen Sexualbezugs) gerade nicht um «klassische» Pornografie, ist gegenstandslos. Nicht ersichtlich sind des Weitern zureichende Gründe für die Annahme, der Beschwerdeführer habe «aus den Erfahrungen der sozialen Wirklichkeit, insbesondere aus dem Umstand, dass solche Filme auf dem Markt frei zugänglich und käuflich sind», davon ausgehen dürfen, die fraglichen Filme seien erlaubt [...]. Ebensovienig vermag der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass sich die Szenen in einem bestimmten historischen Kontext abspielen, abzuleiten, die betreffenden Filme wiesen im Sinne von [Art. 197 Abs. 9 StGB](#) einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert auf.

1.7. Insgesamt erweist sich der vorinstanzliche Schuldspruch betreffend mehrfaches Herstellen von Pornografie zum eigenen Konsum als rechters.

2.

Der Beschwerdeführer bestreitet die Rechtmässigkeit der vorinstanzlich angeordneten Einziehung und Vernichtung von sichergestellten und beschlagnahmten Datenträgern.

2.1. Bei Straftaten nach [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) werden die einschlägigen Gegenstände eingezogen ([Art. 197 Abs. 6 StGB](#)). Die Einziehung setzt keine Strafbarkeit der Person voraus, hingegen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit (Trechsel/Bertossa, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N 17 zu [Art. 197 StGB](#)).

2.2. Aus dem Gesagten folgt unmittelbar die Rechtmässigkeit der Einziehung der in der Sache streitgegenständlichen Filme.

2.3. Darüber hinaus ordnet die Vorinstanz die Einziehung von Filmen an, die nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Schuldspruchs gewesen sind.

Das Herunterladen verbotener Pornografie war nicht angeklagt und daher nicht Gegenstand des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten des Weitern auch nicht des einschlägigen Besitzes schuldig, da auch dieser nicht angeklagt war. Es blieb bei einem Schuldspruch wegen Herstellung verbotener Pornographie [...] durch Kopieren auf eine Festplatte (a.a.O., S. 13 E. 4.1). Diejenigen Filme, die die Vorinstanz aus prozessualen Gründen nicht auf ihre Tatbestandsmässigkeit

#### forum poenale 3/2021 S. 162, 166

nach [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) hin zu prüfen hatte, durfte sie im Hinblick auf die Einziehung gleichwohl auf ihr Verbotensein hin überprüfen und – sofern der Besitz per se strafbar ist – die betreffenden Datenträger ohne Weiteres einziehen und vernichten lassen.

[...]

2.7. Zusammengefasst ist die Beschwerde abzuweisen – soweit auf sie eingetreten werden kann –, was die Einziehung und Vernichtung von drei einzelnen DVD [...] betrifft. Das Gleiche gilt bezüglich der externen Festplatte «Samsung Story Station», wobei der Beschwerdeführer hier die Möglichkeit hat, die nicht inkriminierten Dateien vorher zu seinen Händen kopieren zu lassen [...]. Hinsichtlich der externen Festplatte «Seagate» resp. den darauf befindlichen Dateien, die den Tatbestand von [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) erfüllen, ist das angefochtene Urteil ebenfalls zu bestätigen [...].

[...]

**Bemerkungen:**



I. Darstellungen von «Gewalttätigkeiten» als Element der Gewaltpornografie i.S.v. [Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB](#) müssen nicht die Spitze «exzessiver Gewalt» erreichen, die beim sog. Brutalo-Artikel ([Art. 135 StGB](#)) erforderlich ist. So hat es das Bundesgericht nun ausdrücklich festgehalten (E. 1.3.2; implizit bereits BGer, Urteil v. 12.11.2008, [6B 875/2008, E. 2](#)). Die Kehrseite dieser Position ist, dass die hohen Anforderungen, die in [Art. 135 StGB](#) für die Tatbestandsmässigkeit «reiner Gewaltdarstellungen» vorgesehen sind, durch ein weites Verständnis von «Gewaltpornografie» unterlaufen werden können. Von einigem Interesse ist deshalb, wie der Bereich der Darstellungen «minderschwerer Gewaltdarstellungen» (E. 1.4.2) zu bestimmen ist, der von der Gewaltpornografie erfasst sein soll. In der gerichtlichen Praxis werden Darstellungen sadomasochistischer Praktiken von ganz unterschiedlicher Art und Intensität unter den Tatbestand subsumiert (vgl. BezGer NE [SJZ 1999, 556](#); OGer ZH, Urteil v. 6.3.2014, [SB130370, E. 5.2.4](#) und Urteil v. 11.1.2016, [SB150393, E. 1.8 und E. 1.10](#); noch zu Art. 204 aStGB: [BGE 117 IV 463](#) [ohne Präzisierung, worum es konkret ging]; OGer ZH ZR 1991, 286, 287; BezGer ZH [SJZ 1993, 160](#)), darunter – und vergleichbar mit den hier zu beurteilenden Videosequenzen – auch Darstellungen von heftigem «Spanking», das «nicht durch Wonne und Sehnsucht» der malträtierten Frauen «legitimiert» ist (OGer AG AGVE 2004, 760; vgl. auch OGer ZH, Urteil v. 11.1.2016, [SB150393, E. 1.10](#)). Um eine Definition der «Gewalttätigkeiten» i.S.v. Art. 197 Abs. 4/Abs. 5 [StGB](#), die eine einheitliche Rechtsanwendung begünstigen könnte, bemüht sich das Bundesgericht indes nicht. Ansätze, die das System der Körperverletzungsdelikte in die Auslegung mit einbinden (vgl. Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 2018, 580 m.w.N.; Heimgartner, [AJP 2005, 1482](#), 1483 mit Fn. 10; Weissenberger, ZBJV 1999, 159, 168), bleiben ebenfalls aussen vor. Massgeblich soll ohnehin eine andere Perspektive sein: Jedenfalls dann, «wenn die gezeigte Gewalttätigkeit nicht im offenkundigen gegenseitigen Einvernehmen der Protagonisten ausgeübt» wird, sei die Tatbestandsmässigkeit «weniger nach der Schwere der Gewalt als vielmehr nach ihrer erniedrigenden Wirkung» zu beurteilen (vgl. E. 1.3.2; ebenso bereits BGer, Urteil v. 12.11.2008, [6B 875/2008, E. 2](#)). Überzeugend ist das nicht. In den Begriff der Gewalttätigkeit, der eine *physische* Einwirkung betont, wird eine Art «emotionale Gewalt» mit hineingelegt, die letztlich ausschlaggebend sein soll. Dabei wird die Definition von Gewaltpornografie insgesamt tautologisch, wenn die erniedrigende Wirkung bei den anderen Tatbestandsmerkmalen ebenfalls im Mittelpunkt stehen soll (siehe II.). Zudem hat das Begriffsverständnis bedenkliche Konsequenzen für den Anwendungsbereich des Tatbestandes. Werden sadomasochistische Praktiken gezeigt, so bewirkt die Fokussierung auf den Aspekt der «Erniedrigung» offensichtlich keine Beschränkung, sondern eine beliebige Ausweitung der Strafbarkeit (exemplarisch BGer, Urteil v. 12.11.2008, [6B 875/2008, E. 2](#)). Denn in diesen Fällen gibt es meist deutliche Demonstrationen von Machtausübung und Unterordnung (vgl. E. 1.4.4). Geht es hingegen um die Darstellung einer Vergewaltigung – oder einer sexuellen Nötigung ([Art. 189 Abs. 1 StGB](#)) – in einem pornografischen Werk, so ergeben sich umgekehrt Einschränkungen, die nicht minder problematisch sind. Falls ein Zusammenhang mit körperlicher Gewalt besteht, so sollte sich eine solche Darstellung doch als «Gewaltpornografie» erfassen lassen, ohne dass es noch darauf ankommen kann, ob das Opfer auch hinreichend «erniedrigt» wurde (vgl. zu dieser Problematik schon [BGE 117 IV 283, 284](#) zu Art. 204 aStGB und die Kritik von Cassani, [ZStrR 1993, 428](#), 432 f.; ablehnend auch Ackermann/Vogler/Baumann/Egli, Strafrecht, Individualinteressen, Bern 2019, 427).

II. Mindestvoraussetzung aller Arten «harter Pornografie» ist, dass auch «*sexuelle Handlungen*» abgebildet sind; bei der Gewaltpornografie müssen diese mit den gezeigten Gewalttätigkeiten verbunden sein. Dabei kann es um mehraktige Geschehnisse gehen, bei denen das Verhalten unter die Tatbestände der Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung fallen könnte oder bei denen je eigenständige (sexuelle und gewalttätige) Handlungselemente szenisch verbunden dargestellt werden (E. 1.3.2). Erfasst werden sollten der Idee nach aber auch Inhalte, bei denen die Gewaltdarstellung gerade die Ausdrucksform des sexuellen Verhaltens bildet, kurz gesagt Darstellungen «sexuell gefärbter Gewalttätigkeiten» (Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des [StGB](#) und des [MStGB](#), BBl 1985 II 1045, 1091; vgl. auch OGer AG [AGVE 2004, 76, 79](#); Frey/Omlin, [AJP 2003, 1378](#), 1380). In solchen Fällen steht die Gewaltkomponente klar im Vordergrund, was für die Anwendbarkeit des Tat-

#### forumpoenale 3/2021 S. 162, 167

bestandes Schwierigkeiten in zweifacher Hinsicht provoziert:

1. Die zu beurteilenden «Spanking»-Szenen waren weder mit *wirklich* eindeutigen «sexuellen Handlungen» wie Geschlechts-, Oral- oder Analverkehr verknüpft noch mit Berührungen der primären oder sekundären Geschlechtsmerkmale der geschlagenen Frauen (vgl. E. 1.4.4; anders in BGer, Urteil v. 12.11.2008, [6B 875/2008, E. 2](#) [Träufeln von Kerzenwachs auf die nackte Frauenbrust]). Hier hat die Rüge des Beschwerdeführers angesetzt, der das Vorliegen einer «*sexuellen Handlung*» i.S.v. [Art. 197 Abs. 5 StGB](#) bestritten hatte. Das Bundesgericht hat den Einwand nicht gelten lassen. Denn «einer sexuellen Handlung gleichzustellen» seien «Darstellungen, die einen augenfälligen sexuellen Bezug schaffen», etwa «wenn der Genitalbereich von darstellenden Personen in aufdringlicher Weise zur Schau gestellt wird» (E. 1.4.3). Welchem Kontext diese «Gleichstellung» entstammt, lässt sich mangels Belegstellen nur vermuten. Tatsächlich werden Nacktfotos von *Kindern* per se als verbotene Pornografie betrachtet, «wenn sie durch



eine übermässige Betonung des Genitalbereichs darauf angelegt sind, den Betrachter sexuell aufzureizen» ([BGE 128 IV 25 ff.](#)). Dahinter steht eine Vermischung von Art. 197 mit [Art. 187 StGB](#) und die Annahme, dass «sexuelle Handlungen mit Kindern per se verboten sind» ([BGE 131 IV 64, 74](#); vgl. aber [Art. 187 Ziff. 2 StGB](#)). Der Begriff der «sexuellen Handlungen» i.S.v. Art. 197 Abs. 4/Abs. 5 [StGB](#) wird dabei weit verstanden – in Analogie zu [Art. 187 StGB](#) – und ein Nackt-posieren-lassen des Kindes als Verleiten zu einer «sexuellen Handlung» qualifiziert (vgl. Art. 187 Ziff. 1 Abs. 2 [StGB](#)), die im Foto indirekt ersichtlich ist (vgl. [BGE 131 IV 64, 74](#); Frey/Omlin [AJP 2003, 1378](#), 1379; Weissenberger, [ZBJV 2002, 356 f.](#)). Auf «sexuelle Handlungen», die in Erzeugnissen der Erwachsenenpornografie enthalten sein müssen, lassen sich diese Sichtweise und der daraus abgeleitete Massstab nicht übertragen (vgl. [BGE 131 IV 64, 74](#) zur Hervorhebung der Unterschiede). Für den konkreten Fall ist deshalb festzuhalten: Es mag sein, dass sich bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der gezeigten Gesamtumstände (Schläge auf das nackte Gesäss junger Frauen, die zudem ganz oder teilweise entkleidet sind, vgl. KG LU, Urteil v. 15.10.2018, 4M 17 47, E. 4.3.5) noch ein «augenfälliger Sexualbezug» der dargestellten «Züchtigungen» ausmachen lässt (E. 1.4.4). Damit sind die Voraussetzungen einer «sexuellen Handlung» aber noch unvollständig abgehandelt: Hinzukommen müsste nach herkömmlichem Massstab, dass das Verhalten «im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit» ist (vgl. [BGE 129 IV 168, 171](#); [131 IV 100, 103](#); BGer, Urteil v. 7.10.2014, [6B 727/2013, E. 3.3](#)). Es wäre deshalb zu klären gewesen, welche Bedeutung eine so verstandene Erheblichkeitsschwelle bei der Gewaltpornografie für das Erfordernis «sexueller Handlungen» gewinnen und zu welchen Einschränkungen sie führen kann. Dass die Urteilsgründe keine Definition von «sexueller Handlung» enthalten, kaschiert diese Lücke in der Begründungskette mehr schlecht als recht.

2. Neben den Unsicherheiten, die den tatbestandsmässigen *Inhalt* der Darstellung betreffen, ist durch das Urteil das Problem in den Blickpunkt gerückt, welche Anforderungen an die *Art* der Darstellung unter Mitberücksichtigung des filmischen Kontextes und der Wirkung auf den Betrachter, mithin an den «pornografischen Charakter» des Gesamtwerkes zu stellen sind. Dazu hat sich das Bundesgericht die Frage vorgelegt, welche Bedeutung denn eigentlich der Verweis auf «Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1» neben den weiteren Voraussetzungen der «sexuellen Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen» erlangt (vgl. E. 1.4.2). Die Überlegungen münden in die Annahme, der Passus beziehe sich auf die in Abs. 1 aufgeführten «Träger» der Inhalte, aber «nicht notwendigerweise» auch auf das Attribut «pornografisch». In Fällen «sexualisierter Gewalt», in denen eine Szene «besonders erniedrigend» wirkt, ergebe sich ein *qualifiziert pornografischer* Charakter der Darstellung bereits «unmittelbar aus der Verbindung einer sexuellen Handlung mit Gewalt» (E. 1.4.2), also – beim Vorliegen eines tatbestandsmässigen Darstellungsinhaltes – *von allein*.

Diese Lesart des Gesetzes lässt eine Einbettung in die Rechtsprechung zu anderen Varianten der harten Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4/Abs. 5 [StGB](#) vermissen. Wie sich aus der Praxis des Bundesgerichts zur «Minderjährigenpornografie» ergibt, wird der Verweis auf Abs. 1 sonst sehr wohl und durchgängig auch auf die «pornografische» Eigenschaft der Darstellung bezogen und die Prüfung am «allgemeinen Begriff» der Pornografie aufgehängt, mit dem das Bundesgericht operiert (vgl. z.B. BGer, Urteil v. 18.2.2016, [6B 180/2015, E. 3.1](#); Urteil v. 25.2.2019, [6B 997/2018, E. 2.1.1](#); noch zu Art. 197 Ziff. 3 aStGB: [BGE 131 IV 64, 73 f.](#); [133 IV 31, 34 f.](#)). Dessen Anforderungen werden bei der Kinderpornografie dann allerdings deutlich relativiert. Ein Werk soll – um nur ein Beispiel zu nennen – ja *in jedem Fall* kinderpornografisch sein, wenn daraus erkennbar wird, dass seine vorsätzliche Herstellung (gemeint: sein Inhalt) in der Schweiz nach [Art. 187 StGB](#) strafbar wäre ([BGE 131 IV 64, 73](#)). Bei solchen Darstellungen sei schon aus Rechtsgründen zwingend davon auszugehen, dass das abgebildete Kind auf ein «blosses Sexualobjekt» im Sinne des allgemeinen Pornografiebegriffs «reduziert» werde (vgl. [BGE 131 IV 64, 74](#)); verloren geht dabei das zweite Kriterium dieses Pornografiebegriffs: dass die Darstellung objektiv auf eine Aufreizung des Konsumenten gerichtet sein müsste (Bommer, [ZBJV 2008, 1](#), 20). Ob es gerechtfertigt ist, das Merkmal «pornografisch» im Fall der Kinderpornografie in einem anderen, weiteren Sinn zu verwenden, sei hier dahingestellt (ablehnend z.B. Muggli, *Im Netz ins Netz*, Zürich 2014, 130 ff.). Dass substantielle Abstriche von den allgemeinen Merkmalen von Pornografie auch bei

#### forumpoenale 3/2021 S. 162, 168

der Gewaltpornografie angebracht sein sollen, wäre jedenfalls eigenständig und sorgfältig zu begründen gewesen. Der blosse Verweis auf die «Schutzzwecke» des Tatbestandes (E. 1.4.2) genügt nicht, weil so nicht beantwortet werden kann, wie weit die Verfolgung der Zwecke getrieben werden soll und welche Begrenzungen weshalb zu wahren sind. Dazu müsste man sich die Mühe des Vergleichens und Abwägens machen, insbesondere auch Gegengründe würdigen, die bei der Gewaltpornografie *für* ein Festhalten am herkömmlichen Erfordernis «einer in hohem Mass expliziten Wiedergabe sexueller Vorgänge» sprechen – beispielsweise die Notwendigkeit, aufgrund der Divergenzen zum Tatbestand der Gewaltdarstellungen ([Art. 135 StGB](#)) eine klare Grenze zu ziehen (vgl. Trechsel, [ZBJV 1993, 575](#), 583).



III. Im Bericht der Rechtskommission des Ständerats zur laufenden Revision des Sexualstrafrechts findet sich zu [Art. 197 StGB](#) der Vorschlag, die Gewaltpornografie de lege ferenda aus den Absätzen 4 und 5 zu streichen; sie also nicht mehr als harte Pornografie zu qualifizieren (Bericht vom 28. Januar 2021, 38). Dies ist erklärermassen eine erste Gegenreaktion im Gesetzgebungsverfahren auf das weite Verständnis des Bundesgerichts von «Gewaltpornografie», das früher schon aufgeschimmert, mit Blick auf die hier in Rede stehenden «Spanking-Videos» aber erstmals in dieser Deutlichkeit formuliert worden ist. Die vorstehend abgedruckten Erwägungen sind freilich kein Musterbeispiel für eine nachvollziehbare Urteilsbegründung. Allein in der Hervorhebung der «Schutzzwecke» einer Norm liegt nicht die entscheidende Erkenntnis oder gar der Schlüssel zur Auflösung von Unsicherheiten, die bei der Bestimmung der Reichweite eines Tatbestandes bestehen. Eine Auslegung, der es an der Offenlegung widerstreitender Interessen fehlt und die namhaft gemachte Gegengründe apodiktisch übergeht, hat den Preis der Unzuverlässigkeit des Verfahrens: Je unvollständiger die Erwägung relevanter Aspekte, desto grösser die Gefahr der Fehlentscheidung. Dies gilt für Strafurteile ebenso wie für den Prozess, in dem nun über das Schicksal der Gewaltpornografie im künftigen Sexualstrafrecht zu befinden ist.

Prof. Dr. Gunhild Godenzi, Zürich

Nutzung ausschliesslich zu universitären Zwecken