Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.122/2004
6S.345/2004 /pai

Sitzung vom 8. März 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Schönknecht.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Adrian Ramsauer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden, Sennhofstrasse 17, 7001 Chur,
Kantonsgericht von Graubünden, Kantonsgerichtsausschuss, Poststrasse 14, 7000 Chur.

Gegenstand
6P.122/2004
Strafverfahren; Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2, 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 2, 6 Abs. 3 lit. b EMRK),

6S.345/2004
Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 und Abs. 3bis StGB),

staatsrechtliche Beschwerde (6P.122/2004) und Nichtigkeitsbeschwerde (6S.345/2004) gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden, Kantonsgerichtsausschuss, vom 19. Mai 2004.

Sachverhalt:

A.
X._____ ist Verantwortlicher einer Website mit der Adresse "www. ... .ch", die er über einen Provider in Chur betreibt. Auf Undersites, auf die man durch Anklicken mehrerer Links gelangen konnte, verbreitete er unter anderem Fotografien von ganz oder teilweise entkleideten Frauen, deren primäre Geschlechtsorgane sichtbar waren. Um die Bilder betrachten zu können, genügte es, einen Warnhinweis mit folgendem Wortlaut durch Anklicken zum Verschwinden zu bringen: "Warning [-]This part may not be palatable for some. Leave, if you have a problem with nudity, sarcasm or outspokenness."
Am 8. November 2002 führte die Kantonspolizei Graubünden bei X._____ eine Hausdurchsuchung durch. Dabei wurden auf der Festplatte seines Personalcomputers Fotografien von Mädchen mit entblösstem Genitalbereich in unterschiedlichen Posen entdeckt. Auf einigen Bildern sind Mädchen bei sexuellen Handlungen mit männlichen Erwachsenen zu sehen.

B.
Mit Urteil vom 26. Februar 2004 sprach der Bezirksgerichtsausschuss Albula X._____ des Zugänglichmachens von pornographischen Bildaufnahmen an Personen unter 16 Jahren im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB sowie des Besitzes von Bildaufnahmen, die sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen Gefängnis bedingt

unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 2'000.–.
Eine dagegen erhobene Berufung von X._____ wies der Kantonsgerichtsausschuss des Kantonsgerichts von Graubünden mit Urteil vom 19. Mai 2004 ab.

C.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses sei aufzuheben. Ausserdem erhebt er eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und es sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Eventualiter verlangt er die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Erhebung des vollständigen Inhalts seiner Website bzw. zur Einholung eines Gutachtens zum kulturellen Wert der Website.
Der Kantonsgerichtsausschuss des Kantonsgerichts von Graubünden stellt unter Verweis auf seine Erwägungen im angefochtenen Entscheid Antrag auf Abweisung der Beschwerden und verzichtet im Übrigen auf eine Stellungnahme.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
I. Staatsrechtliche Beschwerde

1.
Gemäss Art. 84 Abs. 2 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonst wie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann.
Gestützt auf Art. 7 EMRK rügt der Beschwerdeführer, dass das Kantonsgericht den Straftatbestand des Besitzes von harter Pornographie als erfüllt betrachtete, obwohl die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 3bis StGB zum Zeitpunkt, als er sich die entsprechenden Bilder beschafft habe, noch nicht in Kraft gewesen sei. Ausserdem sei der Pornographiebegriff in Art. 197 StGB zu unbestimmt.
Das Rückwirkungsverbot ist im Strafgesetzbuch in Art. 2, der Grundsatz "nulla poena sine lege" in Art. 1 verankert. Art. 7 EMRK gewährt keinen darüber hinausgehenden Schutz. Ob die fraglichen Grundsätze verletzt sind und wie sich diese auf die Auslegung und Anwendung von Art. 197 StGB auswirken, beurteilt sich somit primär nach Bundesstrafrecht und nur mittelbar nach der EMRK. Auf die entsprechende Kritik ist daher im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde einzugehen (vgl. Art. 269 Abs. 1 BStP; BGE 124 I 203 E. 2c; 119 IV 242 E. 1c mit Hinweisen; vgl. E. 10.1.1 und 11.4).

2.
Der Beschwerdeführer rügt Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 120 des Gesetzes über die Strafrechtspflege des Kantons Graubünden vom 8. Juni 1958 (StPO/GR) als verletzt. Als Begründung führt er an, die Hauptverhandlung vor den Schranken des Bezirksgerichtsausschuss Albula vom 26. Februar 2004 sei unvollständig protokolliert worden.

2.1 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben, deren Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür überprüft. Unabhängig davon greifen die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden bundesrechtlichen Verfahrensregeln Platz. Ob diese Ansprüche verletzt sind, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 127 III 193 E. 3; 126 I 15 E. 2a).

2.2 Nach der Rechtsprechung ist der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör nur gewahrt, wenn das Gericht die Ausführungen und Eingaben des Angeklagten auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt und pflichtgemäss würdigt. Dafür besteht nur Gewähr, wenn diese zu Protokoll genommen werden. Das bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Äusserungen zu protokollieren sind. Vielmehr kann sich das Protokoll auf die für die Entscheidung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken. In diesem Umfang besteht die Protokollierungspflicht nicht nur in Bezug auf Ausführungen der Parteien, sondern auch hinsichtlich Äusserungen der am Entscheid beteiligten Richter, namentlich wenn bestimmte Verfahrensschritte dem Präsidenten oder einem delegierten Richter obliegen (BGE 130 II 473 E. 4.3; 126 I 15 E. 2a/aa; 124 V 389 E. 4a; Robert Hauser/Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel 2002, § 44 N 24a).

2.3 Das Kantonsgericht stellt in seinem Urteil nicht in Frage, dass die Äusserungen, von denen der Beschwerdeführer behauptet, sie seien nicht protokolliert worden, tatsächlich erfolgt sind. Sie müssen daher als erstellt gelten.
Soweit der Beschwerdeführer rügt, dass er an der Hauptverhandlung zu Sachverhalten befragt wurde, die ihm in der Anklageschrift nicht vorgeworfen wurden, macht er von vornherein keine entscheidrelevanten Äusserungen geltend. Im Ergebnis nicht anders verhält es sich hinsichtlich der ihm vom Gericht gestellten Frage, ob er das Bild Nr. 1345 in der Öffentlichkeit aufhängen würde. Zwar bildet die fragliche Fotografie Gegenstand der Anklage, jedoch in Bezug auf den Tatbestand des Besitzes pornographischer Darstellungen von Kindern, der keine Veröffentlichung voraussetzt. Ebenfalls nicht entscheiderheblich war sein Einwand, das Alter der fotografierten Personen stehe nicht fest. Für die Anwendbarkeit von Art. 197 Ziff. 1 StGB kommt es auf das Alter der abgebildeten Personen nicht an und Art. 197 Ziff. 3bis StGB verlangt lediglich, dass es sich um Darstellungen von Kindern handelt, was der Beschwerdeführer in Bezug auf die Fotografien, welche diesem Vorwurf zugrunde liegen, nie bestritten hat. Ob die Bilder im strafrechtlichen Sinne pornographisch sind, stellt sodann eine Rechtsfrage dar, für deren Entscheidung seine Einschätzung ohnehin nicht massgeblich ist. Zudem schliesst der Umstand, dass der Name der Website keinen sexuellen Bezug
aufweist, das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals keineswegs aus. Schliesslich war für den Entscheid auch nicht wesentlich, ob sich der Beschwerdeführer hinsichtlich der Veröffentlichungen auf seiner Website im Jahr 1996 von einem Anwalt beraten liess. Wie das Kantonsgericht zutreffend festhält, machte der Beschwerdeführer nämlich nie geltend - und tut dies im Übrigen auch vor Bundesgericht nicht -, der Rechtsberater habe die zur Diskussion stehenden Bilder als unbedenklich bezeichnet.
Da die angeführten Äusserungen für die Beurteilung des eingeklagten Sachverhalts nach dem Gesagten nicht von Bedeutung sind, stellt deren fehlende Protokollierung keine Verletzung des bundesrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss eine Missachtung von Art. 120 StPO/GR rügt, macht er nicht geltend, inwiefern die Bestimmung einen offensichtlich über Art. 29 Abs. 2 BV hinausgehenden Schutz gewähren soll (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Seine Rüge geht daher fehl.

3.
Der Beschwerdeführer ist im Weiteren der Ansicht, aufgrund der Tatsache, dass er an der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgerichtsausschuss Albula zu Sachverhalten befragt wurde, die nicht Gegenstand der Anklage bildeten, sei Art. 6 Ziff. 2 EMRK verletzt worden. Dass ihn die Richter insoweit als schuldig behandelt hätten, bringt er jedoch nicht vor. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung ist daher nicht ersichtlich (vgl. dazu Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz - Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Auflage, Bern 1999, S. 209).

4.
Die Beschwerde wirft dem Kantonsgericht ferner eine Verletzung des Anklagegrundsatzes vor. Verschiedene Formulierungen in der Anklageschrift seien zu unpräzise gewesen.

4.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verteilt der Anklagegrundsatz die Aufgaben zwischen den Untersuchungs- bzw. Anklagebehörden einerseits und den Gerichten andererseits. Er bestimmt das Prozessthema. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden (Umgrenzungsfunktion; Immutabilitätsprinzip). Letztere muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit gleichzeitig den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Abgeleitet wird der Grundsatz aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Art. 6 Ziff. 3 lit. a und b EMRK (Urteil 1P.494/2002 vom 11. November 2002 E. 2.2 und 3.2, publiziert in Pra 2003 S. 444 ff.; BGE 126 I 19 E. 2a S. 21).

4.2 Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, in der Anklageschrift sei nicht genügend deutlich umschrieben worden, wie der Warnhinweis auf seiner Website ausgesehen habe und weshalb dieser einer Anwendbarkeit von Art. 197 Ziff. 1 StGB nicht entgegenstehe. Die fragliche Passage in der Anklageschrift lautet: ”Eine

Zugriffsbeschränkung bestand nicht. Es genügte einen Warnhinweis durch blosses Anklicken zu bestätigen." Da sich auf der Website des Beschwerdeführers lediglich ein Warnhinweis befand, genügte diese Formulierung ohne weiteres, um ihn darüber in Kenntnis zu setzen, welcher Text gemeint war. Wie das Kantonsgericht zutreffend festhält, befindet sich bei den Akten im Übrigen ein Ausdruck eines Teils der Website, der den fraglichen Hinweis enthält und auf den die Anklageschrift ausdrücklich verweist. Auch lässt sich aus dem Anklagegrundsatz kein Anspruch auf eine Begründung ableiten, weshalb der Warnhinweis nach Auffassung der Anklagebehörde nicht genügte, um die veröffentlichten Fotografien für unter 16-Jährige unzugänglich zu machen. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, und das Akkusationsprinzip verlangt von der Anklagebehörde keine Begründung der rechtlichen Qualifikation des eingeklagten Sachverhalts.
Sodann beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Anklageschrift festhält, er habe die Bilder, welche dem Vorwurf des Zugänglichmachens von Pornographie an unter 16-Jährige zugrunde liegen, zumindest am 3. Juni 2002 bzw. am 16. August 2002 über das Internet verbreitet. Mit dem Anklagegrundsatz nicht vereinbar sei ferner die Formulierung, insbesondere die bezeichneten Fotografien hätten pornographische Darstellungen von Kindern zum Inhalt. Sein Einwand geht fehl. Dass ihm die Staatsanwaltschaft vorwarf, am 3. Juni und am 16. August 2002 gegen Art. 197 Ziff. 1 StGB verstossen und den Tatbestand von Art. 197 Ziff. 3bis StGB in Bezug auf die in der Anklageschrift beschriebenen Fotografien erfüllt zu haben, ging aus dieser nämlich klar hervor. Es war ihm insoweit daher durchaus möglich, seine Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen. Ob die Anklageschrift impliziert, der Beschwerdeführer habe noch an weiteren Daten und aufgrund des Besitzes anderer als der bezeichneten Bilder delinquiert, ohne dies in genügender Form zu präzisieren, ist nicht zu beurteilen. Da solche Vorwürfe weder vor erster noch vor zweiter Instanz je Prozessthema waren, geschweige denn seiner Verurteilung zugrunde liegen, wäre ihm diesbezüglich durch eine Verletzung
des Anklageprinzips kein Nachteil entstanden. Mangels Beschwer ist auf die Rüge in diesem Umfang daher nicht einzutreten (vgl. Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 229).

5.
Der Beschwerdeführer macht weiter eine Verletzung von Art. 8 BV geltend. Seine Verurteilung widerspreche dem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, da über das Internet pornographisches Material ohne jegliche Zugangsbeschränkung verbreitet werde und die Behörden selbst auf Anzeige hin nicht dagegen einschreiten würden.
Es trifft zu, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausnahmsweise einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkennt. Dieser setzt voraus, dass eine ständige gesetzwidrige Praxis der rechtsanwendenden Behörde vorliegt, die im jeweiligen Fall zu entscheiden hat, und diese Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von ihrer Praxis abzuweichen gedenke (BGE 127 I 1 E. 3a S. 2 f.; 115 Ia 81 E. 2 und 3c).
Zur Untermauerung seiner Behauptung legte der Beschwerdeführer anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgerichtsausschuss Albula Ausdrucke von drei schweizerischen Websiten ins Recht. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht vermag er daraus nicht abzuleiten. Denn dass gerade die Staatsanwaltschaft Graubünden trotz Kenntnis der Existenz pornographischer Internetinhalte in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht gegen deren Autoren bzw. Verantwortliche vorgegangen sei, und zwar nicht in einzelnen Fällen, sondern systematisch im Sinne einer ständigen Praxis, macht auch er nicht geltend, geschweige denn, dass die Staatsanwaltschaft zu erkennen gegeben habe, eine solche Praxis beibehalten zu wollen. Eine Verletzung von Art. 8 BV ist daher nicht ersichtlich.

6.
Schliesslich stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass die auf der Festplatte seines Personalcomputers sichergestellten Fotografien nicht als Beweismittel gegen ihn hätten verwendet werden dürfen. Da sich die auf "www. ... .ch" veröffentlichten Bilder bereits bei den Akten befunden hätten und er ohne weiteres als Autor der Veröffentlichung habe identifiziert werden können, hätte eine Hausdurchsuchung allein aufgrund des Verdachts auf Zugänglichmachen von weicher Pornographie an unter 16-Jährige einen unverhältnismässigen Eingriff in sein durch Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Hausrecht dargestellt. In Wahrheit sei diese durchgeführt worden, um Beweismittel für den Besitz von harter Pornographie aufzuspüren. Weil für eine Widerhandlung gegen Art. 197 Ziff. 3bis StGB aber keinerlei Verdacht bestanden habe, sei die Hausdurchsuchung als unzulässige "fishing expedition" zu betrachten.

Gemäss Art. 94 Abs. 1 StPO/GR darf eine Hausdurchsuchung nur auf bestimmte im Protokoll anzugebende Verdachtsgründe hin stattfinden. Da es sich bei einer systematischen Hausdurchsuchung um einen schweren Eingriff in das durch Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Hausrecht handelt (vgl. nicht publiziertes Urteil 1P.149/2003 vom 16. Mai 2003 E. 3.3), prüft das Bundesgericht die Auslegung der Bestimmung mit freier Kognition (vgl. BGE 129 I 173 E. 2.2).
Wie sich aus den Akten ergibt, veröffentlichte der Beschwerdeführer auf einer Undersite seiner Website unter dem Titel "Magic Moments" mehrere Fotografien, die nackte Mädchen alleine, zu zweit oder zusammen mit erwachsenen Personen zeigen. Darunter befindet sich unter anderem die Abbildung eines Mädchens, das nackt in einem mit Wasser gefüllten Schlauchboot liegt und durch die Gläser einer hellen Sonnenbrille direkt in die Kamera blickt. Die Arme hält es hinter dem Kopf verschränkt und das rechte Bein seitlich angewinkelt [act. 3/6 S. 20]. Auch wenn seine Scheide nicht besonders betont wird, vermittelt das Foto aufgrund der Art und Weise, wie sich das Mädchen vor der Kamera produziert, klar den Eindruck, den Betrachter aufreizen zu wollen. Bei den übrigen Aufnahmen ist ein sexueller Bezug zwar nicht direkt ersichtlich, es fällt jedoch auf, dass die Mädchen auf einigen Bildern in Situationen gezeigt werden, in denen man sie nicht nackt erwarten würde, so auf Skiern im Schnee neben einer nackten Frau oder auf einem Motorrad vor einem nackten Mann. Da der Beschwerdeführer die Darstellungen sodann als "magic" bezeichnet und auch die Frauen, die in offensichtlich aufreizenden Posen unter dem Titel "The Sheriff's Most Wanted" auf seiner
Website zu sehen waren, sehr jung und teilweise nur knapp dem Schutzalter entwachsen erscheinen, bestand gesamthaft betrachtet ein Art. 94 Abs. 1 StPO/GR genügender Verdacht, dass er eine besondere Vorliebe für aufreizende Darstellungen von Mädchen hegen und pornographische Aufnahmen von Kindern in seinem Besitz oder hergestellt haben könnte (zu Letzterem vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 6S.186/2004 vom 5. Oktober 2004 E. 1.4).
Dass die Hausdurchsuchung in Bezug auf diesen Tatverdacht aus anderen Gründen unzulässig war, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist denn auch nicht ersichtlich. Das Kantonsgericht durfte die in deren Zuge beschlagnahmten Fotografien folglich beweismässig verwerten. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers erweist sich als unbegründet.

7.
Demnach ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
II. Nichtigkeitsbeschwerde

8.
Der Beschwerdeführer verlangt die Durchführung einer mündlichen Verhandlung anstelle eines weiteren Schriftenwechsels (vgl. Art. 276 Abs. 2 BStP). Da die zu beurteilenden Rechtsfragen klar umrissen sind, besteht zu einer solchen kein Anlass. Sein entsprechender Antrag ist daher abzuweisen.

9.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Soweit der Beschwerdeführer eventualiter beantragt, die Sache sei zur Vervollständigung des Sachverhalts bzw. zur Einholung eines Gutachtens zur Frage des kulturellen Werts seiner Website an die Vorinstanz zurückzuweisen, ist auf sein Rechtsmittel somit nicht einzutreten.
Im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde ist der Kassationshof sodann an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich dagegen richten, sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 BStP). Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, er habe nicht mehr gewusst, dass die Bilder, welche seiner Verurteilung gestützt auf Art. 197 Ziff. 3bis StGB zugrunde gelegt wurden, auf der Festplatte seines Computers abgespeichert waren, beanstandet er die vorinstanzliche Beweiswürdigung. Sein entsprechender Einwand ist daher nicht zu hören.
10.
Die Beschwerde wendet sich zunächst gegen die Verurteilung gestützt auf Art. 197 Ziff. 1 StGB. Die auf "www. ... .ch" veröffentlichten Bilder könnten nicht als pornographisch qualifiziert werden. Ausserdem weise seine Website einen schutzwürdigen künstlerischen Wert auf.
10.1 Nach Art. 197 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer pornographische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornographische Vorführungen einer Person unter 16 Jah-

ren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet. Gegenstände oder Vorführungen im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht als pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben (Art. 197 Ziff. 5 StGB).
10.1.1 Der Begriff der Pornographie setzt ein Zweifaches voraus. Zum einen müssen die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sein, den Konsumenten sexuell aufzureizen (BGE 128 IV 260 E. 2.1 S. 263; Jörg Rehberg/Niklaus Schmid/Andreas Donatsch, Strafrecht III - Delikte gegen den Einzelnen, 8. Auflage, Zürich 2003, S. 453). Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann (vgl. BGE 128 IV 260 E. 2.1 S. 262 f. mit Hinweisen; Matthias Schwaibold/Kaspar Meng, Basler Kommentar, N. 14 f. zu Art. 197 StGB; Günter Stratenwerth/Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage, Bern 2003, § 10 N. 5). Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergröbert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie]vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 ff., S. 1089; Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O.). Weiche Pornographie im
Sinne von Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB ist dabei ohne besondere Betonung des Genitalbereichs begrifflich kaum denkbar (vgl. Schwaibold/Meng, a.a.O., N. 14 zu Art. 197 StGB; BGE 128 IV 260 E. 2.1 S. 263 mit Hinweisen). Entscheidend ist der Gesamteindruck (BGE 117 IV 452 E. 4c S. 455; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 197 N. 5).
Der in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK verankerte Grundsatz "nulla poena sine lege" verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe, dass Strafnormen genügend bestimmt sind. Der Bürger muss sich danach richten und die Folgen seines Verhaltens mit einem vernünftigen Grad an Gewissheit voraussehen können. Dabei ist nicht erforderlich, dass bereits der Wortlaut des Gesetzes absolute Klarheit bringt. Es ist vielmehr ausreichend, wenn die genaue Bedeutung einer Strafnorm erst der einschlägigen Gerichtspraxis entnommen werden kann, solange das Ergebnis der Auslegung noch mit dem Sinn der Norm vereinbar und für den Laien vernünftigerweise voraussehbar ist (BGE 119 IV 242 E. 1c; Urteil des EGMR i. S. Baskaja und Okçuoglu gegen die Türkei vom 8. Juli 1999, Recueil CourEDH 1999-IV S. 307, Ziff. 36 und 39 f.; Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl 1996, Artikel 7 N. 4; Haefliger/Schürmann, a.a.O., S. 243 ff.). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers genügt Art. 197 StGB diesen Anforderungen, weshalb von einer Verletzung des Grundsatzes "nulla poena sine lege" nicht gesprochen werden kann.
10.1.2 Die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 1 StGB bezweckt die ungestörte sexuelle Entwicklung Jugendlicher (Botschaft, a.a.O., S. 1089). Erfasst werden sämtliche privaten oder öffentlichen Handlungen, durch welche unter 16-jährigen Personen bewusst die Möglichkeit eingeräumt wird, in Kontakt mit Pornographie zu kommen, sei es auch durch deren eigenes Zutun. Ob der Jugendliche vom pornographischen Inhalt tatsächlich Kenntnis nimmt, ist irrelevant (Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O., S. 455; Schwaibold/Meng, a.a.O., N. 32 zu Art. 197 StGB; Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 10 N. 10). Die gesonderte Erwähnung der Verbreitung durch Radio und Fernsehen bedeutet dabei nicht, dass die Übermittlung durch andere Fernmeldeeinrichtungen wie das Telefon oder das Internet nicht erfasst würde (vgl. für das Telefon BGE 119 IV 145 E. 2b; Guido Jenny, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, N. 15 zu Art. 197 StGB; Schwaibold/Meng, a.a.O., N. 36 zu Art. 197 StGB; Stratenwerth/Jenny, a.a.O.). Sie stellt lediglich klar, dass das Angebot von Pornographie an einen unbestimmten Personenkreis genügt, sofern nicht wirksame Massnahmen getroffen werden, um auszuschliessen, dass auch unter 16-
Jährige davon Gebrauch machen können (Ursula Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, in: ZStrR 111 (1993) S. 428 ff., 434; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse - Volume I, Bern 2002, N. 27 zu Art. 197 StGB; Jenny, a.a.O.; vgl. BGE 119 IV 145 E. 2a und b; 117 IV 463 E. 3 S. 466 f.). Zwar ist einzuräumen, dass es angesichts der Fülle des pornographischen Materials, das im In- und Ausland über das Internet verbreitet wird, fraglich erscheint, ob der Jugendschutz in diesem Bereich vollumfänglich sichergestellt werden kann. Schwierigkeiten der Strafverfolgung allein rechtfertigen es jedoch nicht, das Zugänglichmachen von weicher Pornographie über das Internet anders zu behandeln als über Radio, Fernsehen oder Telefon, denn damit würde einer Umgehung der Bestimmung Tür und Tor geöffnet.
10.1.3 Art. 197 Ziff. 5 StGB wurde erst vom Ständerat in Analogie zur Regelung von Art. 135 StGB ins Gesetz eingefügt (AB 1987 S 401 f.). Er nimmt an sich pornographische Darstellungen oder Darbietungen von der

Strafbarkeit aus, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert aufweisen. Wann einem Werk kultureller Wert im Sinne dieser Bestimmung beizumessen ist, lässt sich nicht in allgemeingültiger Form festlegen (Schwaibold/Meng, a.a.O., N. 65 zu Art. 197 StGB). Es liegt im Wesen der Kunst, dass sie ständig neue Formen annimmt, Normen sprengt und das Bestehende in Frage stellt, weshalb es nicht möglich ist, sie abschliessend zu definieren (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz - Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Auflage, Bern 1999, S. 303 f.).
Der Richter hat daher von Fall zu Fall über den kulturellen Wert eines Werkes zu entscheiden. Massgebend kann dabei weder das Selbstverständnis des Kunstschaffenden sein (AB 1990 N 2331 [Votum Bundesrat Koller]; vgl. Müller, a.a.O., S. 304; BGE 86 IV 19 E. 1 S. 20 f. zu Art. 204 aStGB), noch - wie nach früherer Rechtsprechung zu Art. 204 aStGB - das Kunstverständnis des Durchschnittsmenschen (vgl. dazu BGE 87 IV 73 E. 5 S. 82; 86 IV 19 E. 1 S. 19). Da der Gesetzgeber mit dem revidierten Sexualstrafrecht nicht mehr den Schutz der Sexualmoral der Allgemeinheit bezweckte, sondern darum bemüht war, den Schutz auf klar umrissene Rechtsgüter des Einzelnen zurückzuführen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1064; Jenny, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 197 StGB; Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 7 N. 1 f.; Schwaibold/ Meng, a.a.O., N. 6 f. zu Art. 197 StGB), ist das Werk mit Blick auf den grundrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit (Art. 21 BV; Art. 10 Abs. 1 EMRK; Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II) vielmehr aus der Sicht eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters zu beurteilen (Cassani, a.a.O., S. 431 f.; Jenny, a.a.O., N. 8 zu Art. 197 StGB; vgl. auch Müller, a.a.O.; Franz Riklin, Sinn und Problematik einer "Brutalostrafnorm", in: Das Menschenbild im Recht -
Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, S. 405 ff., 423; Trechsel, a.a.O., Art. 135 N. 11). Dies wird dem Richter in der Regel möglich sein, ohne einen Sachverständigen beizuziehen.
Indem das Gesetz die Strafbarkeit nur für Werke von schutzwürdigem kulturellen Wert ausschliesst, wird vom Richter weiter verlangt, aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden, ob die jeweilige Beeinträchtigung des durch Art. 197 StGB geschützten Rechtsguts zugunsten der Freiheit kulturellen Schaffens hinzunehmen ist. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Voraussetzungen von Art. 197 Ziff. 5 StGB gegeben sind, wenn der künstlerische Wert gegenüber dem pornographischen Element im Gesamteindruck überwiegt (Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O., S. 454; Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 10 N. 5; vgl. auch BGE 87 IV 73 E. 5 S. 82 zu Art. 204 aStGB).
10.2 Zunächst ist zu prüfen, ob die drei Bilder, welche das Kantonsgericht der Verurteilung des Beschwerdeführers zugrunde gelegt hat, als pornographisch zu qualifizieren sind.
10.2.1 Als tatbestandsmässig erachtete die Vorinstanz unter anderem das Foto, welches auf der Seite "www. ... .ch/ ... .htm" zu sehen war [act. 3/6 S. 32]. Es zeigt eine junge Frau, die lediglich mit einem Slip und Schuhen bekleidet auf dem Fussboden eines Schlafzimmers vor einem Bett sitzt. Mit dem Rücken gegen das Fussende des Bettes gelehnt, greift sie sich unter den angewinkelten Beinen hindurch an ihre Scheide, wobei sie mit den Fingern der rechten Hand den Slip und die rechte Schamlippe und mit denen der linken Hand die linke Schamlippe zur Seite zieht. Da das Foto direkt von vorne aufgenommen wurde, ist der Genitalbereich der Frau deutlich erkennbar.
Allein schon der Gesichtsausdruck, mit dem die junge Frau in die Kamera blickt, lässt objektiv betrachtet keinen Zweifel daran, dass das Foto darauf ausgerichtet ist, den Betrachter sexuell aufzureizen. Durch die Art und Weise, wie die Frau ihren Genitalbereich zur Schau stellt, wird die Sexualität zudem aufdringlich in den Vordergrund gerückt, ohne dass das Bild in irgendeinen Bezug nicht-sexueller Natur eingebettet wäre. Die Aufnahme ist daher ohne weiteres als pornographisch zu betrachten.
10.2.2 Nicht anders verhält es sich mit dem unter "The sheriff's most wanted" veröffentlichten Bild einer Frau, die nackt rücklings auf einem Sofa liegt und ihren Slip mit ihrer rechten Hand über die nach oben gestreckten Beine streift [act. 3/6 S. 12/13 sowie act. 3/31]. Da die Frau die Beine leicht angewinkelt hält, gibt sie der vorn über ihr positionierten Kamera den Blick auf ihre rasierte Scham frei. Wenn auch einzuräumen ist, dass der Genitalbereich nicht derart aufdringlich in den Vordergrund gerückt wird wie bei der zuvor zu beurteilenden Aufnahme, wird die Frau durch die eingenommene Pose und den leicht unterwürfigen Blick, mit dem sie hinter ihren Beinen hervor in die Kamera sieht, gleichwohl auf ein austauschbares, jederzeit verfügbares Sexualobjekt reduziert. Daran ändert nichts, dass auf der fraglichen Internetseite um das inkriminierte Bild herum aufreizende Fotografien von ganz oder teilweise entkleideten Frauen nicht pornographischer Natur platziert waren. Soweit der Beschwerdeführer einwendet, die fragliche Aufnahme sei lediglich 3 x 4 cm gross, verkennt er sodann, dass sich das den Akten beigefügte Foto auf einem verkleinerten Bildschirmausdruck der Website befindet und

seine Grösse daher nicht derjenigen
entspricht, in welcher es am Monitor zu sehen war. Im Übrigen ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass es auf die Grösse eines Bildes nicht ankommen kann, sofern die Details, welche es als pornographisch erscheinen lassen, klar erkennbar sind. Da dies vorliegend fraglos der Fall ist, hat das Kantonsgericht das Foto zurecht als tatbestandsmässig qualifiziert.
10.2.3 Ebenfalls unter dem Titel "The sheriff's most wanted" zeigt das dritte Bild eine nackte Frau, die auf dem Rücken auf einem Bett liegt. Die Beine hält sie leicht gespreizt und angewinkelt nach oben, wobei sie die Unterschenkel im Bereich der Knöchel mit den Händen umfasst [act. 3/6 S. 13 und act. 3/31]. Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, die dargestellte Pose könne ebenso gut als Turnübung aufgefasst werden, kann ihm nicht gefolgt werden. Sie zielt objektiv betrachtet klar darauf ab, den Betrachter sexuell zu erregen. Gleichzeitig wird die Sexualität durch sie aufdringlich in den Vordergrund gerückt. Da das Bild von der Seite aufgenommen wurde und der Genitalbereich der Frau unrasiert ist, sind ihre Schamlippen zwar nur ansatzweise erkennbar. Trotzdem wird der Blick des Betrachters direkt auf die Schamgegend gelenkt, wodurch diese besonders betont und die Frau auf ein Sexualobjekt reduziert wird. Die Kritik des Beschwerdeführers erweist sich daher auch in Bezug auf dieses Bild als unbegründet.
10.3 Dass er die inkriminierten Bilder über seine Website Personen unter 16 Jahren zugänglich gemacht hat, bestreitet der Beschwerdeführer in seiner Nichtigkeitsbeschwerde zurecht nicht. Das Anbringen eines Warnhinweises, der durch blosses Anklicken zum Verschwinden gebracht werden kann, stellt keine wirksame Barriere dar, um unter 16-Jährigen den Zugriff auf pornographische Webinhalte zu verunmöglichen.
Zu prüfen bleibt daher lediglich, ob den Bildern ein schutzwürdiger kultureller Wert zukommt.
10.4 Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, der Inhalt seiner Website stelle eine künstlerische Komposition von Bildern und Texten dar, die darauf abziele, die zunehmende staatliche Beschränkung der Meinungsfreiheit sowie das feministische Frauenbild zu reflektieren und in Frage zu stellen.
Zur Beurteilung dieses Einwands ist - anders als dies der Beschwerdeführer tut - auf den Inhalt der Website abzustellen, wie er sich am 3. Juni 2002 präsentierte. Über die Homepage "www. ... .ch" konnte man zum einen auf Sites der Ehefrau des Beschwerdeführers gelangen. Zum anderen bestand die Möglichkeit den Link "Sheriffiana" anzuklicken, um so die Seiten des Beschwerdeführers abzurufen. Die Übersichtsseite dieses Bereichs, auf der sich auch der Warnhinweis befand, teilte die untereinander aufgeführten Links in drei nebeneinander angeordnete Gruppen auf: "Prose In Progress", "Photography" und "Philology". Ausserhalb dieser Gruppen befanden sich die Links: "External Links", "Guestbook", "About this Site" und "About The Sheriff/ Contact" [act.3/6 S. 11].
Wohl mag es zutreffen, dass sich der promovierte Literaturwissenschaftler in einzelnen unter "Prose in Progress" abrufbaren Texten kritisch mit den eingangs erwähnten Themen auseinandersetzte. Auf der Seite "About This Site" prangerte er denn auch die aus seiner Sicht zunehmende zwischengeschlechtliche Intoleranz, falsche "matriarchalische" Gesetze und eine alarmierende moralische und religiöse Rigorosität an [act. 3/6 S. 36]. Dies allein verleiht den inkriminierten Bildern indes noch keinen kulturellen Wert. Da die Kritik auch für einen der Kunst offen gegenüberstehenden Betrachter aus den Fotografien selbst nicht ersichtlich ist, kann ein solcher mit der in der Beschwerde angeführten Begründung nur angenommen werden, wenn die Aufnahmen als integrierender Bestandteil eines grösseren Werkes erscheinen, das sich den fraglichen Themen annimmt.
Ein inhaltlicher Zusammenhang dieser Art lässt sich auch aus der Sicht eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters nicht erkennen. So wurde der Bereich des Beschwerdeführers auf der Homepage umschrieben mit: "Girls and grammar, nostalgia and nihilism, mountain tops an midnight thoughts. Plus a few lovely Rottweiler heads. Free support Hotline for language related problems." Der Eindruck einer Zusammenstellung voneinander unabhängiger Inhalte wurde auf der Übersichtsseite noch verstärkt. Unter "Prose in Progress" befanden sich auch Links zu Texten über EDV und Terrorismus, während unter "Photography" neben den Bildern der ganz oder teilweise entkleideten Frauen und Kinder auch Fotos vom Albulatal, von Irland sowie von Rottweilern und unter "Philology" sprachwissenschaftliche Ausführungen abrufbar waren. Auch die Gestaltung der Seite "The Sheriff's Most Wanted", auf der die pornographischen Bilder veröffentlicht wurden, deutet schliesslich nicht darauf hin, dass es sich bei diesen um einen Teil einer Gesamtkomposition handelte. Über den Fotos der Frauen befand sich lediglich der Hinweis [act. 3/31]: "At large, armed and dangerous. Turn them in on sight. Reward guaranteed." Und unter den Bildern: "Suspect # 14 (that's the smiler
in the middle here) turned herself in on February 14, 1971. She is still doing time at the Sheriff's Private Correctional Facility. Click her pic, if you like the look of that culprit." Auch wenn das Foto, auf welches sich die

zweite Anmerkung bezieht, als einziges Bild dieser Seite eine bekleidete Frau in nicht aufreizender Stellung zeigt, lässt sich aus den Hinweisen kein Bezug zu einem kritisch-reflektierten Gesamtwerk ersehen. Vielmehr werden die Frauen durch die Bildlegenden zusätzlich entpersönlicht und das pornographische Element betont. Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu seiner Website unter "About this Site" vermögen an diesem Ergebnis schon allein deshalb nichts zu ändern, weil es auf das Selbstverständnis des Kunstschaffenden nicht ankommt. Im übrigen lässt sich aus dem Hinweis, dass er sich auf seinen Seiten damit auseinandersetzen wolle, was eine gute Paarbeziehung ausmache, noch nicht der Anspruch ableiten, dass die inkriminierten Fotos künstlerisch wertvoll seien.
Andere Gründe, weshalb den Bildern ein kultureller Wert zukommen sollte, der gegenüber ihrem pornographischen Element im Gesamteindruck überwiegt, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und sind denn auch nicht ersichtlich. Seine Verurteilung wegen Zugänglichmachens von pornographischen Bildaufnahmen an Personen unter 16 Jahren ist daher bundesrechtlich nicht zu beanstanden.
11.
Weiter stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, einige der Fotografien von Kindern, welche die Vorinstanz seiner Verurteilung gestützt auf Art. 197 Ziff. 3bis StGB zugrunde gelegt hat, seien zu Unrecht als tatbestandsmässig betrachtet worden. Es handle sich dabei um blosse Nacktbilder, die als solche nicht pornographisch seien. Überdies verstosse seine Verurteilung gegen das in Art. 2 StGB verankerte Rückwirkungsverbot.
11.1 Gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB, die sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht. Der am 1. April 2002 in Kraft getretene Art. 197 Ziff. 3bis StGB erklärt neu auch den Erwerb, das Sich-Beschaffen sowie den Besitz solcher Darstellungen oder Darbietungen für strafbar, enthält aber eine im Vergleich zu Art. 197 Ziff. 3 StGB herabgesetzte Strafandrohung.
Der Beschwerdeführer gibt an, die inkriminierten Bilder zwischen 1997 und 2000 von einer kostenpflichtigen Seite im Internet auf seinen Computer heruntergeladen zu haben. Da er von der Vorinstanz lediglich wegen Besitzes von harter Pornographie verurteilt worden ist und nur er Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat, beschränkt sich der Streitgegenstand auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 197 Ziff. 3bis StGB. Ob er durch sein Verhalten harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB hergestellt hat (vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 6S.186/2004 vom 5. Oktober 2004 E. 1.4), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.
11.2 Das Verbot harter Pornographie bezweckt im Unterschied zu den Bestimmungen von Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB neben der ungestörten Entwicklung Jugendlicher auch den Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse und damit mittelbar die Bewahrung potentieller "Darsteller" vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung (BGE 128 IV 25 E. 3a S. 28 mit Hinweisen). Im Fall der Kinderpornographie ist dabei zu beachten, dass sexuelle Handlungen mit Kindern - im Unterschied zu sexuellen Handlungen, die von weicher Pornographie oder anderen Erzeugnissen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB dargestellt werden - per se verpönt sind (vgl. Art. 187 Ziff. 1 StGB). Das Verbot kann seinen Zweck in diesem Bereich daher nur umfassend erfüllen, wenn ein Werk in jedem Fall als kinderpornographisch betrachtet wird, sobald daraus erkennbar ist, dass seine vorsätzliche Herstellung in der Schweiz nach Art. 187 StGB strafbar wäre (Ursula Cassani, La responsabilité pénale du consommateur de pornographie enfantine, Medialex 1998 S. 27 ff., 31 f.; ähnlich Philippe Weissenberger, Wann sind Fotos nackter Kinder pornografisch?, ZBJV 138 (2002) S. 356 f., 356; gl. M. Georges Frey/Esther Omlin,
"Genesis" - Pornographie & Internet - Eine Würdigung der neuen Rechtslage gestützt auf die Erfahrungen im Kanton Luzern, AJP 12 (2003) S. 1378 ff., 1379; Stefania Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, Diss. Zürich 2003, S. 83). Diese Auslegung lässt sich mit dem allgemeinen Pornographiebegriff durchaus vereinbaren (vgl. dazu E. 10.1.1). Als sexuelle Handlungen im Sinne von Art. 187 StGB gelten nach der Rechtsprechung nämlich nur Verhaltensweisen, die nach den Umständen des Einzelfalls objektiv betrachtet als sexualbezogen erscheinen (BGE 125 IV 58 E. 3b mit Hinweisen). Aufgrund der vom Gesetzgeber getroffenen rechtspolitischen Entscheidung, sexuelle Handlungen mit Kindern grundsätzlich zu verbieten, erscheint es sodann von vornherein ausgeschlossen, dass eine Darstellung, die durch ein solches Verhalten zustande gekommen ist, in einen menschlichen oder emotionalen Bezug eingebettet ist und das Kind deshalb nicht auf ein blosses Sexualobjekt reduziert.
Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass Nacktaufnahmen von Kindern auch ohne besondere Betonung des Genitalbereichs als pornographisch qualifiziert werden können. Wie Weissenberger

zurecht festhält, ist es ja nicht so, dass Kinder bis 16 Jahre freiverantwortlich für laszive Nacktbilder posieren würden. Dahinter steht vielmehr immer eine Missbrauchssituation, von der nicht gesagt werden kann, dass sie die sexuelle Entwicklung des Kindes nur schwerlich beeinträchtigen könnte und daher als rechtlich unerheblich auszuscheiden habe (a.a.O., S. 356; vgl. BGE 125 IV 58 E. 3b S. 63). Wer ein Kind mit entblösstem Genitalbereich in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung posieren lässt und fotografiert, verleitet dieses zu einer sexuellen Handlung, unabhängig davon, ob er dabei selbst sexuelle Regung verspürt oder das Kind die sexuelle Bedeutung der Handlung erkennt (nicht publiziertes Urteil 6S.378/1998 vom 4. August 1998 E. 2; Cassani, La responsabilité pénale du consommateur de pornographie enfantine, a.a.O., S. 28; Suter-Zürcher, a.a.O., S. 56, 58 und 83 ff.; Trechsel, a.a.O., Art. 187 N. 6; Weissenberger, a.a.O., S. 356 und 357 a.E.; a.M. Frey/ Omlin, a.a.O.; vgl. auch Jenny, a.a.O., N. 15 zu Art.
187 StGB; Rehberg/Schmid/Donatsch, a.a.O., S. 406; Stratenwerth/Jenny, a.a.O, § 7 N. 11; BGE 125 IV 58 E. 3b S. 62). Von vornherein als nicht pornographisch sind demgegenüber Nacktbilder zu betrachten, denen in keiner Weise entnommen werden kann, dass der Täter bei der Herstellung auf die Kinder eingewirkt hat (z.B. Schnappschüsse am Strand oder in der Badeanstalt). Dies muss unabhängig davon gelten, ob die Fotos später zur sexuellen Erregung verwendet werden (Weissenberger, a.a.O., S. 356 f.).
11.3 Das Kantonsgericht hat drei von dreizehn Fotografien, welche die erste Instanz als tatbestandsmässig erachtete, als nicht kinderpornographisch qualifiziert. Umstritten ist die rechtliche Beurteilung von zwei Bildern.
11.3.1 Auf dem Foto 672 [act. 3/29]ist ein unter 10-jähriges Mädchen zu sehen, das auf einem Bett sitzt und sich mit den Armen nach hinten abstützt. Das Kleidchen des Kindes ist bis über die Hüfte nach oben und der Slip bis an die Knie nach unten geschoben, sodass sein Schambereich sichtbar ist. Dabei sieht das Mädchen mit einem leicht verunsicherten Blick direkt in die Kamera.
Die Pose des Mädchens zielt objektiv betrachtet fraglos darauf ab, den Betrachter sexuell aufzureizen, was der Beschwerdeführer denn auch nicht bestreitet. Da aus dem Foto sodann klar erkennbar ist, dass zwecks seiner Erstellung auf das Kind eingewirkt wurde, ist es mit der Vorinstanz als pornographisch zu qualifizieren.
11.3.2 Das Bild 243 [act. 3/29]zeigt ein ebenfalls unter 10-jähriges Mädchen, das lediglich mit weissen Kniestrümpfen bekleidet in einem lichten Wald vor herabhängenden Ästen mit weissen Blüten steht und in die Kamera sieht. Das linke Bein hat es angewinkelt und stützt es im Bereich des oberen Schienbeins auf einen weissen Stuhl im Rokoko-Stil ab, der neben ihr platziert ist. Während es den linken Unterarm auf die Stuhllehne legt, hält es den rechten seitlich angewinkelt und mit nach hinten gehaltener Hand nach oben. Die Wangen und die Lippen des Mädchens sind leicht rötlich geschminkt und in den Haaren trägt es eine blaue Schleife.
Zwar ist der sexuelle Bezug der Darstellung aufgrund ihrer romantisierenden Ausgestaltung nicht derart offensichtlich wie beim zuvor zu beurteilenden Bild. Es fällt jedoch ins Auge, dass mit der dargestellten Pose neben dem Stuhl, der roten Schminke sowie den weissen Strümpfen, die - wie die Vorinstanz zurecht erwägt - an Strapsen erinnern, gezielt Stilmittel eingesetzt werden, die im Bereich der Sexualität von Erwachsenen als aufreizend oder zumindest reizbetonend gelten. Im Gesamteindruck kann das Bild daher nicht anders verstanden werden, als dass es bezwecken soll, den Betrachter sexuell zu stimulieren. Da zu diesem Zweck auch hier in klar erkennbarer Weise auf das Kind eingewirkt wurde, ist das fotografische Festhalten der Szene als sexuelle Handlung und das vorliegende Produkt daher als pornografisch zu beurteilen. Die in der Beschwerde vorgebrachte Kritik erweist sich demnach als unbegründet.
11.4 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, seine Verurteilung gestützt auf Art. 197 Ziff. 3bis StGB verletze das Rückwirkungsverbot, da er die inkriminierten Fotografien vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung erworben habe. Er stützt sich dabei auf Stratenwerth/Jenny, welche die Auffassung vertreten, eine Anwendung von Art. 197 Ziff. 3bis StGB auf denjenigen, der kinderpornographische Produkte vor dem 1. April 2002 besessen habe, liefe auf eine rückwirkende Bestrafung von Beschaffungshandlungen heraus (a.a.O., § 10 N. 22).
Die zitierten Autoren gehen offenbar davon aus, dass die Strafbarkeit des Besitzes von harter Pornographie bedingt, dass dieser durch eine tatbestandsmässige Beschaffungshandlung erlangt wurde. Eine solche Auslegung lässt sich mit dem klaren Wortlaut von Art. 197 Ziff. 3bis StGB jedoch nicht vereinbaren. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Besitz neben dem Erwerb und dem Sich-Beschaffen als Tatbestandsvariante erwähnt sein sollte, wenn er eine solche Tathandlung voraussetzen würde (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität / Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornografie]vom 10. Mai 2000, BBl 2000 S. 2943 ff., 2978 f.). Die herrschende Lehre ist sich denn auch einig, dass beispielsweise derjenige, welcher zunächst unvorsätzlich in den Besitz von kinderpornographischem Material gelangt ist und dieses nach

Kenntnisnahme seines Inhalts weiter aufbewahrt, nach geltendem Recht strafbar ist, wenn einige Autoren dies auch als unbefriedigend kritisieren (Frey/Omlin, a.a.O., S. 1382; Philippe Weissenberger, Revisionsentwurf zur harten Pornographie: In dubio contra libertate, ZBJV 135 (1999) S.
159 ff., 163 f.; vgl. auch Ursula Cassani/ Stéphane Werly, Pornographie dure et représentations de la violence: deux nouvelles incriminations, Medialex 2001 S. 190 ff., 191). Eingewandt wird insoweit, dass der Täter die Nachfrage nach kinderpornographischen Produkten in solchen Fällen nicht steigert und den Markt folglich nicht fördert (Cassani/Werly, a.a.O., Frey/Omlin, a.a.O.; vgl. Botschaft vom 10. Mai 2000, a.a.O., S. 2977). Der Unrechtsgehalt des blossen Aufbewahrens von realer Kinderpornographie kann indes darin erblickt werden, dass die durch den dargestellten Kindsmissbrauch bewirkte Persönlichkeitsverletzung perpetuiert wird, da sie sowohl vom Täter als auch von Drittpersonen jederzeit zur Kenntnis genommen werden kann. Das Wissen um die Existenz, mögliche Verbreitung und voraussehbare Verwendung der Darstellung der Straftat, kann für das Opfer aber ähnlich unerträglich sein wie die Erinnerung an die Tat selbst. In diesem Sinne bezweckt Art. 197 Ziff. 3bis StGB neben der Verwirklichung der übrigen Zielrichtungen des Verbots von harter Pornographie (vgl. dazu E. 11.2) zusätzlich den Schutz der Kinder, die bereits zur Herstellung solcher Produkte missbraucht wurden (Weissenberger, a.a.O.).
Da es für die Strafbarkeit des Besitzes von harter Pornographie somit nicht darauf ankommt, ob er in strafbarer Weise erlangt wurde, liegt vorliegend keine Verletzung des in Art. 2 StGB und Art. 7 EMRK verankerten Rückwirkungsverbots vor. Die Verurteilung des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 197 Ziff. 3bis StGB hält folglich vor Bundesrecht stand.
12.
Schliesslich wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Strafzumessung. Er beanstandet, dass das Kantonsgericht das von der ersten Instanz ausgesprochene Strafmass bestätigt hat, obwohl es seiner Verurteilung nicht sämtliche vom Bezirksgerichtsausschuss als tatbestandsmässig erachteten Bilder zugrunde legte. Nicht mit Bundesrecht vereinbar sei sodann, dass das Gericht annehme, er habe den Markt für pädophile Pornographie mitunterstützt, und diesen Umstand straferhöhend berücksichtige.
Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 63 StGB, ist dem Sachrichter vorgeschrieben, welche Kriterien er bei der Strafzumessung zu berücksichtigen hat. Bei der Gewichtung der massgeblichen Faktoren innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens steht ihm jedoch ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Der Kassationshof greift in die Strafzumessung daher nur ein, wenn die kantonale Vorinstanz den jeweiligen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat sowie wenn die Strafe unhaltbar hart oder mild erscheint (BGE 129 IV 6 E. 6.1; 128 IV 73 E. 3b; 127 IV 101 E. 2c S. 104 je mit Hinweisen).
Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat das Kantonsgericht nicht ausser Acht gelassen, dass die Menge des pornographischen Materials, welches dieser unter 16-Jährigen zugänglich gemacht bzw. welches er besessen hat, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist (vgl. dazu Frey/Omlin, a.a.O., S. 1388). Es hat das Verschulden hinsichtlich der als tatbestandsmässig erachteten Bilder jedoch als schwerwiegender beurteilt als der Bezirksgerichtsausschuss und das Strafmass daher nicht herabgesetzt. Dass das Gericht sein Ermessen damit überschritten hat, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Nicht einzusehen ist sodann, weshalb er den Markt für kinderpornographische Erzeugnisse durch den Erwerb solchen Materials nicht gefördert haben sollte und dies im Rahmen des Verschuldens nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden dürfte. Die Kritik an der Strafzumessung erweist sich daher als nicht stichhaltig.
13.
Demnach ist die Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
III. Kosten- und Entschädigungsfolgen
14.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 156 Abs. 1 OG bzw. Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Der Antrag, im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde eine mündliche Verhandlung durchzuführen, wird abgewiesen.

3.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

4.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 4'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden und dem Kantonsgericht von Graubünden, Kantonsgerichtsausschuss, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. März 2005
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: