Urteilskopf

131 IV 64

9. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.345/2004 vom 8. März 2005

Regeste (de):
Art. 197 Ziff. 1, 3, 3bis und 5 StGB; Pornographie.

Begriff der Pornographie (E.10.1.1), Verbreiten und Zugänglichmachen von weicher Pornographie über das Internet an Personen unter 16 Jahren (E. 10.1.2 und 10.3), Beurteilung des kulturellen Werts pornographischer Darstellungen (E. 10.1.3 und 10.4), Qualifizierung eines Werks als Kinder- und damit als harte Pornographie (E. 11.2), Strafbarkeit des Besitzes von harter Pornographie (E. 11.4).

Regeste (fr):
Art. 197 ch. 1, 3, 3bis et 5 CP; pornographie.

Notion de pornographie (consid. 10.1.1), fait de diffuser et de rendre accessible de la pornographie douce par l'internet à des personnes de moins de 16 ans (consid. 10.1.2 et 10.3), appréciation de la valeur culturelle de représentations pornographiques (consid. 10.1.3 et 10.4), qualification d'une oeuvre de pornographie avec des enfants donc de pornographie dure (consid. 11.2), punissabilité de la possession de pornographie dure (consid. 11.4).

Regesto (it):
Art. 197 n. 1, 3, 3bis e 5 CP; pornografia.

Nozione di pornografia (consid. 10.1.1), diffondere e rendere accessibile pornografia leggera a una persona minore di sedici anni (consid. 10.1.2 e 10.3), giudizio sul valore culturale di rappresentazioni pornografiche (consid. 10.1.3 e 10.4), qualificazione di un opera come pornografia con fanciulli e di conseguenza come pornografia dura (consid. 11.2), punibilità del possesso di pornografia dura (consid. 11.4).

Sachverhalt ab Seite 65

BGE 131 IV 64 S. 65

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. 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. 3 bis 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. 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.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:
II. Nichtigkeitsbeschwerde

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 Jahren 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. Aufl., 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. Aufl., Bern 2003, § 10 N. 5). Das sexuelle Verhalten wird dadurch vergröbert und auf-

dringlich 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. Aufl., Zürich 1997, Art. 197 N. 5). (...)

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, Bd. 4: 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 - Bd. I, Bern 2002, N. 27 zu Art. 197 StGB; JENNY, a.a.O.; vgl. BGE 119 IV 145 E. 2a und b; BGE 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. Aufl., 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; BGE 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 schutzwürdi gem 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. 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. 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 einge-

nommene 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. 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". 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. 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: "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. 3 bis 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. 3 bis 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 zwi-

schen 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. 3 bis StGB. Ob er durch sein Verhalten harte Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB hergestellt hat (vgl. BGE 131 IV 16 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 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 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 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. 3 bis 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. 3 bis 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. 3 bis 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. 3 bis 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. 3 bis StGB hält folglich vor Bundesrecht stand.