Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.129/2002/kra
Urteil vom 26. Juli 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Näf.

X._____,
Beschwerdeführer 1,
Y._____,
Beschwerdeführerin 2,
Z._____,
Beschwerdeführerin 3,
alle drei vertreten durch die Rechtsanwälte Alexander Leitner, St. Johanns-Vorstadt 23, 4004 Basel, und Prof. Dr. Wolfgang Larese, Dufourstrasse 56, Postfach, 8032 Zürich,

gegen

GÜFA Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten,
Vautierstrasse 72, DE-40235 Düsseldorf,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Marc R. Büttler, Utoquai 29/31, 8008 Zürich,
Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, Postfach, 4001 Basel,
Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, Bäumleingasse 1, 4051 Basel

Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB), Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK); gewerbsmässige Urheberrechtsverletzung (Art. 67 Abs. 1 lit. e und f sowie Abs. 2 URG),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, vom 16. November 2001.

Sachverhalt:
A.
Das Strafgericht Basel-Stadt (Dreiergericht) sprach X._____ am 12. August 1999 der mehrfachen Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB), der gewerbsmässigen Urheberrechtsverletzung (Art. 67 Abs. 1 lit. e und f sowie Abs. 2 URG) sowie des unlauteren Wettbewerbs (Art. 23 UWG) schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 12 Monaten und zu einer Busse von 10'000 Franken. Es verurteilte Y._____ wegen mehrfacher Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB) und wegen gewerbsmässiger Urheberrechtsverletzung (Art. 67 Abs. 1 lit. f und Abs. 2 URG) zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von vier Monaten und zu einer Busse von 1'000 Franken. Z._____ wurde wegen mehrfacher Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB) und wegen Gehilfenschaft zur Urheberrechtsverletzung (Art. 67 Abs. 1 lit. f URG i.V.m. Art. 25 StGB) zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von einem Monat verurteilt.

Die beschlagnahmten Gegenstände wurden gestützt auf Art. 58 Abs. 1 und Art. 197 Ziff. 3 Abs. 2 StGB sowie Art. 63 Abs. 1 URG eingezogen.

X._____ wurde verpflichtet, der GÜFA Fr. 50'000.– nebst Zins und der SUISA Fr. 5'659.20 nebst Zins zu zahlen.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt wies am 16. November 2001 die von den Verurteilten eingereichten Appellationen ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid.
B.
Die drei Verurteilten führen eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Appellationsgerichts sei aufzuheben und die Sache zu ihrer Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
C.
Die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt und die GÜFA beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Das Appellationsgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Art. 197 StGB ("Pornographie") lautet:
1. 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, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.
2. Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1 öffentlich ausstellt oder zeigt oder sie sonst jemandem unaufgefordert anbietet, wird mit Busse bestraft.

Wer die Besucher von Ausstellungen oder Vorführungen in geschlossenen Räumen im voraus auf deren pornographischen Charakter hinweist, bleibt straflos.
3. Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Die Gegenstände werden eingezogen.
4. Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Gefängnis und Busse.
5. Gegenstände oder Vorführungen im Sinne der Ziffern 1-3 sind nicht pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.
Art.197 StGB ist durch Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001, in Kraft seit 1. April 2002, durch eine neue Ziffer 3bis ergänzt worden, die lautet (siehe AS 2002 408,409):
Mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse wird bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder Tieren oder sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt.

Die Gegenstände werden eingezogen.
Die Beschwerdeführer wurden wegen mehrfacher Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB verurteilt, weil sie als Inhaber bzw. als Angestellte eines Sex- und Erotikshops Magazine und Videofilme, welche unstreitig im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3 StGB pornographische Bildaufnahmen enthielten, die einerseits sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen (im konkreten Fall mit Urin und/oder Kot) und andererseits sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt hatten, an interessierte und eingeweihte Erwachsene zum privaten Gebrauch verkauften und verliehen.

Der Vertrieb solcher Erzeugnisse ist gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB uneingeschränkt verboten und bei vorsätzlichem Handeln strafbar, mithin auch dann, wenn damit ausschliesslich Erwachsene bedient werden, die sich für solche Erzeugnisse in Kenntnis ihres wesentlichen Inhalts interessieren und sie ausschliesslich im privaten bzw. intimen Rahmen betrachten wollen (siehe zum Ganzen die Botschaften des Bundesrates, BBl 1985 II 1009 ff., 1091; BBl 2000 2943 ff., 2947).
1.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, der Verkauf und der Verleih solcher Magazine und Filme falle unter die Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne von Art. 10 Ziff. 1 EMRK und dürfe nicht bestraft werden, soweit interessierte, eingeweihte Erwachsene bedient würden, da insoweit eine Bestrafung nicht im Sinne von Art. 10 Ziff. 2 EMRK zum Schutze der Moral oder anderer in dieser Bestimmung genannter Güter notwendig sei.

Bei Filmen und Magazinen, welche pornographische Bildaufnahmen enthalten, die sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen zum Inhalt haben, sei nicht der geringste Schutzzweck zu erkennen. Entsprechendes gelte für pornographische Bildaufnahmen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, sofern diese erkennbar mit dem Einverständnis der Beteiligten praktiziert würden. Kaum jemand käme wohl heute auf die Idee, einem erwachsenen Paar zu verbieten, zur Lustgewinnung in der Zweisamkeit einverständlich sich der menschlichen Ausscheidungen (Urin, Kot) und sog. sadomasochistischer Praktiken zu bedienen. Daher sei nicht einzusehen, weshalb die Darstellung solcher Praktiken verboten und strafbar sei, sofern sie nicht in der Öffentlichkeit erfolge und soweit sie nicht für Jugendliche zugänglich sei.
Es sei nicht einzusehen, warum der Staat die interessierten, eingeweihten erwachsenen Konsumenten bevormunden solle. Genau dies verbiete Art. 10 EMRK betreffend die Meinungsäusserungsfreiheit. Auch wenn derartige Darstellungen den moralischen Vorstellungen eines grossen Teils der Bevölkerung widersprechen mögen, würden sie doch von einer Minderheit gesucht. In einem freiheitlichen, demokratischen Staat hätten aber auch die Interessen der Minderheiten Anrecht auf Berücksichtigung. Die Beschwerdeführer berufen sich, wie schon im kantonalen Verfahren, im Besonderen auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 24. Mai 1988 in Sachen Josef Felix Müller c. Schweiz und auf den Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 14. Januar 1993 in Sachen Scherer c. Schweiz. Aus diesen Entscheiden ergebe sich, dass auch pornographische Darstellungen unter den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne von Art. 10 EMRK fielen und dass die Antwort auf die Frage, ob eine Bestrafung wegen solcher Darstellungen gegen das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit verstosse, massgeblich auch davon abhänge, welchen Personen die pornographischen Darstellungen zugänglich gemacht werden.
1.2 Gemäss Art. 191 BV ("massgebendes Recht") sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die andern rechtsanwendenden Behörden massgebend. Die Bestimmung, die in den eidgenössischen Räten unbestritten war, entspricht der bisherigen Regelung. Die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 113 Abs. 3 aBV gilt auch unter der Herrschaft der neuen Bundesverfassung. Das Bundesgericht muss mithin die in den Bundesgesetzen enthaltenen Bestimmungen anwenden, selbst wenn sie der Verfassung widersprechen sollten (Anwendungsgebot). Es muss sie aber verfassungs- und EMRK-konform auslegen, soweit ein Auslegungsspielraum besteht (BGE 126 IV 236 E. 4b S. 248). Dabei sind, wie sich übrigens auch aus Art. 197 Ziff. 5 StGB ergibt, im Rahmen der gebotenen verfassungskonformen Auslegung auch die Grundrechte zu berücksichtigen, etwa die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und die Kunstfreiheit (Art. 21 BV), aber auch die Menschenwürde (Art. 7 BV).

Der inkriminierte Vertrieb der fraglichen Magazine und Videofilme fällt in Anbetracht von deren Inhalt und mit Rücksicht auf den von den Beschwerdeführern damit verfolgten kommerziellen Zweck offensichtlich unter den Anwendungsbereich von Art. 197 Ziff. 3 StGB. Der in der Nichtigkeitsbeschwerde geforderte Freispruch lässt sich nicht auf dem Wege einer verfassungskonformen, einschränkenden Auslegung von Art. 197 Ziff. 3 StGB erreichen.
1.3 Nach Art. 191 BV sind allerdings nicht nur Bundesgesetze, sondern auch das Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend. In der Rechtsprechung zur alten Bundesverfassung hat das Bundesgericht verschiedentlich erklärt, dass sich die Eidgenossenschaft nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen könne. Das Landesrecht müsse daher in erster Linie völkerrechtskonform ausgelegt werden (BGE 125 II 417 E. 4c, mit Hinweisen). Im Konfliktfall könne Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgehen, weshalb eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden könne. Eine solche Konfliktregelung dränge sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableite, die dem Schutz der Menschenrechte diene. Offen gelassen wurde, ob in anderen Fällen davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen seien (BGE 125 II 417 E. 4d, mit Hinweisen). Im zitierten Entscheid ist das Bundesgericht unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK (betreffend den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung) auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen Entscheid des Bundesrates betreffend die Einziehung von Propagandamaterial der Kurdischen
Arbeiterpartei PKK eingetreten, obschon die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (und auch eine andere Beschwerde) nach der Bundesgesetzgebung (Art. 98 lit. a e contrario, Art. 100 Abs. 1 lit. a OG) unzulässig ist. In BGE 125 III 209 E. 6e wird offen gelassen, ob und wie weit Konventionsrecht eine Regelung des Zivilgesetzbuches überhaupt zu "korrigieren" vermöchte; die Frage musste nicht entschieden werden, weil die zu beurteilende Bürgerrechtsregelung des ZGB gemäss den Erwägungen im zitierten Entscheid nicht unter den Schutzbereich

der EMRK fällt. Der Entscheid verweist auf ein "obiter dictum" in BGE 122 II 485 betreffend Vorrang des Völkerrechts und bemerkt, darin werde angedeutet, wie das Bundesgericht den Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht dereinst zu lösen gewillt sein könnte, wenn er denn einmal einträte. BGE 128 III 113 E. 3a hält fest, dass der Prüfung einer eidgenössischen Gesetzesbestimmung auf ihre Vereinbarkeit mit der Europäischen Menschenrechtskonvention nichts entgegenstehe. Nach ausführlicher Prüfung wird erkannt, dass das Verbot der Eheschliessung zwischen Stiefeltern und Stiefkindern gemäss Art. 95 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB mit Art. 12 EMRK betreffend Recht auf Eheschliessung vereinbar ist.
Am 12. März 2000 haben Volk und Stände der Änderung der Bundesverfassung betreffend Justizreform zugestimmt. Diese Reform sieht - entgegen dem Vorschlag des Bundesrates - die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze nicht vor. BGE 128 IV 117 E. 3b lässt offen, ob diese politische Entscheidung Konsequenzen in Bezug auf die frühere Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Landesrecht und Konventionsrecht habe.
1.4 Demnach ist zu prüfen, ob die Verurteilung der Beschwerdeführer wegen Vertriebs von Erzeugnissen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten und mit menschlichen Ausscheidungen wiedergeben, mit dem Recht auf freie Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK vereinbar ist.
1.4.1 Die Freiheit der Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK erstreckt sich nicht allein auf ideelle Inhalte, sondern ebenfalls auf kommerzielle Ausdrucksformen wie die Werbung eines Anwalts oder die Ausstrahlung eines Satellitenfernsehprogramms zu reinen Werbezwecken (Urteile des EGMR i. S. Casado Coca c. Spanien vom 24. Februar 1994, Serie A, Band 285, Ziff. 35 und i. S. Autronic AG c. Schweiz vom 22. Mai 1990, Serie A, Band 178, Ziff. 47; BGE 120 Ib 142 E. 4a; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl. 1999, N. 613 f.). Auch pornographische Darstellungen werden von Art. 10 EMRK erfasst, selbst wenn sie keinen informativen Gehalt aufweisen, sondern rein kommerziellen Zwecken dienen. Denn die genannte Konventionsgarantie schützt - ohne Wertung des Inhalts - alle Formen der Äusserung (Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission i. S. Scherer c. Schweiz vom 14. Januar 1993, Nr. 17116/90, Ziff. 53; Villiger, a.a.O., N. 615; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. 1999, S. 207; noch offen BGE 114 IV 116 E. 4b S. 120 f.; kritisch Martin Schubarth, Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus, SJZ 93/1997 S. 386). Dementsprechend wird auch der von den
Beschwerdeführern vorgenommene Verkauf pornographischer Magazine und Videokassetten durch Art. 10 EMRK geschützt.
1.4.2 Nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK kann die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, wie sie in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse namentlich der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufs oder der Rechte anderer notwendig sind.

Die Strafbarkeit pornographischer Darstellungen mit Gewalttätigkeiten und menschlichen Ausscheidungen gemäss Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB dient dem Schutz der öffentlichen Moral und damit eng verknüpft jenem der Rechte anderer. Es soll der Verrohung auf dem Gebiet der Sexualität vorgebeugt werden (Jörg Rehberg/Niklaus Schmid, Strafrecht III, 7. Aufl. 1997, S. 419). Insbesondere soll verhindert werden, dass die unter Strafe gestellten Darstellungen beim Betrachter die Bereitschaft erhöhen, das Gesehene selber nachzuahmen; es soll also eine korrumpierende Wirkung dieser Darstellungen vermieden werden (BGE 124 IV 106 E. 3c/aa S. 111 f.). Bei diesen mit Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB verfolgten Zielen handelt es sich um Motive, die gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen.
1.4.3 Die Vereinbarkeit der angefochtenen Bestrafung mit Art. 10 EMRK setzt jedoch zusätzlich voraus, dass sie zur Verfolgung der genannten Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, sie also einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht (Entscheid des EGMR i.S. Felix Müller c. Schweiz vom 24. Mai 1988, Serie A, Band 133, Ziff. 32). Die strafrechtliche Ahndung des Verkaufs der fraglichen pornographischen Erzeugnisse muss mit anderen Worten im Blick auf die verfolgten Ziele verhältnismässig erscheinen.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes steht dem nationalen Gesetzgeber bei der Bestimmung der Erfordernisse der öffentlichen Moral ein weites Ermessen zu. Denn es bestehe keine einheitliche europäische Vorstellung von Moral. Vielmehr unterschieden sich die Anschauungen über moralische Erfordernisse zeitlich und örtlich. Zurzeit seien die Auffassungen - gerade im Bereich der Sexualmoral - von tief

greifenden Wandlungen gekennzeichnet (Entscheid des EGMR i.S. Felix Müller, a.a.O., Ziff. 35; Entscheid der Kommission i.S. Scherer, a.a.O., Ziff. 58). Diesen Ermessensspielraum des Gesetzgebers hat auch das Bundesgericht zu achten. Es auferlegt sich daher bei der Beurteilung moralischer Vorstellungen im Bereich der Pornographie Zurückhaltung.
1.4.4 Die Beschwerdeführer wurden unter anderem bestraft, weil die von ihnen vertriebenen Magazine und Videokassetten sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten enthalten. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass ein Verbot und die Bestrafung solcher Gewaltdarstellungen zum angestrebten Schutz der Gesellschaft vor Verrohung geboten sind. Dass der Verkauf ausschliesslich an eingeweihte Erwachsene und nicht an Jugendliche erfolgte, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Der Schutz der Jugend vor pornographischen Darstellungen bzw. der Erwachsenen vor ungewollter Konfrontation mit solchen Erzeugnissen sind wohl Motive, welche nach der Rechtsprechung Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit rechtfertigen. Der Gesetzgeber stellt denn auch aus diesen Gründen die sog. weiche Pornographie in gewissen Fällen unter Strafe (vgl. Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB). Dies schliesst aber nicht aus, sog. harte Pornographie, namentlich Darstellungen mit Gewalttätigkeiten, wegen der von ihr ausgehenden verrohenden Wirkung strenger zu behandeln und sie generell unter Strafe zu stellen, wie dies in der Schweiz der Fall ist (Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB). Aus dem von den Beschwerdeführern erwähnten Entscheid der Europäischen
Menschenrechtskommission i.S. Scherer ergibt sich nichts Gegenteiliges. Es wurde darin zwar darauf abgestellt, ob die Filmvorführung für Jugendliche und Erwachsene ohne ihr Einverständnis zugänglich war, aber es handelte sich dabei allein um sog. weiche Pornographie (Aufnahmen homosexueller Handlungen) und nicht um Gewaltdarstellungen (a.a.O., Ziff. 16 f., 59 ff.), weshalb sich daraus für den hier zu beurteilenden Fall nichts ableiten lässt.
1.4.5 Die Bestrafung der Beschwerdeführer erfolgte allerdings auch wegen des Vertriebs von Erzeugnissen, die sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen (Urin, Kot) darstellen. Die Notwendigkeit, diese sog. Exkrementenpornographie zum Schutz der öffentlichen Moral unter Strafe zu stellen, erscheint weniger eindeutig, als dies bei der soeben erwähnten Gewaltpornographie der Fall ist. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er im neu ins Strafgesetzbuch eingefügten Art. 197 Ziff. 3bis die Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen nicht erwähnt. Er zieht damit den Kreis der Strafbarkeit enger als in der Grundnorm von Art. 197 Ziff. 3, d.h. er lässt den Erwerb und Besitz dieser Art von Pornographie straflos. Allerdings sah sich der Gesetzgeber bei der erwähnten, vor kurzem erfolgten Revision des Strafgesetzbuchs nicht veranlasst, pornographische Darstellungen mit menschlichen Ausscheidungen inskünftig von der harten Pornographie auszunehmen und sie generell den Bestimmungen über die weiche Pornographie zu unterstellen (vgl. Botschaft des Bundesrates, BBI 2000, S. 2982). Der von den Beschwerdeführern getätigte Vertrieb bleibt damit weiterhin strafbar.

Auch wenn es Stimmen gibt, die eine weitere Einschränkung der Strafbarkeit der Exkrementenpornographie - namentlich ihre Gleichstellung mit der weichen Pornographie - verlangen, vermag dies die Rechtfertigung der heutigen Regelung im Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit nicht in Frage zu stellen. Der Gesetzgeber überschreitet das ihm in diesem Bereich zustehende Ermessen nicht, wenn er davon ausgeht, dass nach der vorherrschenden Moral sexuelle Handlungen mit Urin und Kot von weiten Teilen der Bevölkerung als bizarr und pervers empfunden werden. Wie bereits erwähnt, lässt Art. 197 Ziff. 3 StGB den Erwerb und Besitz exkrementenpornographischer Erzeugnisse straflos und verbietet nur Handlungen, die zu ihrer Verbreitung beitragen. Die Strafnorm will also der kommerziellen Ausbeutung solcher als abartig empfundener Sexualpraktiken und der damit verbundenen Gefahr der Verrohung der Sexualität Einhalt gebieten. Zugleich dient sie dem Schutz der Darsteller solcher Handlungen vor erniedrigender und menschenunwürdiger Behandlung (vgl. BGE 124 IV 106 E. 3c/aa S. 112). Das Interesse an diesem Schutz der öffentlichen Moral rechtfertigt die von den Beschwerdeführern gerügte Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit.

Dieses Ergebnis steht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention. Es trifft wohl zu, dass in den beiden bereits erwähnten Entscheiden i. S. Felix Müller und Scherer dem Umstand massgebliche Bedeutung zukam, ob die pornographischen Vorführungen auch für Jugendliche zugänglich waren und Erwachsene damit ungewollt konfrontiert werden konnten. Es wurde jedoch bereits dargelegt, dass harte Pornographie auch dann unter Strafe gestellt werden kann, wenn sie nur Erwachsenen mit deren Einverständnis gezeigt wird (E. 1.4.4).
1.4.6 Aus diesen Gründen verletzt die Bestrafung der Beschwerdeführer wegen des Vertriebs von Erzeugnissen,

die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten und menschlichen Ausscheidungen enthalten, Art. 10 EMRK nicht.
2.
Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 berufen sich auf Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB. Sie seien Verkäuferinnen ohne rechtliche Kenntnisse und hätten keine Veranlassung gehabt, daran zu zweifeln, dass der Handel mit den inkriminierten Magazinen und Videofilmen rechtens sei, zumal die Behörden während Jahren nie den geringsten Vorbehalt angemeldet hätten.

Auf Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB kann sich nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hat, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hält (BGE 104 IV 217 E. 2). Sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen bzw. mit Gewalttätigkeiten gelten nach weit verbreiteter Auffassung als bizarr oder abartig. Der Vertrieb von pornographischen Darstellungen, die sexuelle Handlungen dieser Art zum Inhalt haben, steht, auch wenn damit ausschliesslich interessierte und eingeweihte Erwachsene bedient werden, in einem Widerspruch zu den ethischen, sittlichen Wertvorstellungen weiter Kreise. Damit liegt die Möglichkeit nahe, dass der Handel gegen die Rechtsordnung verstossen könnte. Wer solche pornographische Darstellungen vertreibt, ohne vorgängig die Rechtslage abzuklären, hat keine zureichenden Gründe zur Annahme, er tue überhaupt nichts Unrechtes. Dass die Behörden offenbar während Jahren nicht eingeschritten waren, kann allenfalls den Irrtum begründen, der Vertrieb solcher Erzeugnisse sei nicht strafbar. Dies reicht aber zur Annahme eines Rechtsirrtums nicht aus. In BGE 121 IV 109 E. 5b S. 125, worauf in der Beschwerde hingewiesen wird, stand nicht ein Rechtsirrtum hinsichtlich des
pornographischen Charakters der Tonaufnahmen zur Diskussion, sondern die Frage, ob der Verantwortliche der PTT für den Telekiosk rechtsirrtümlich habe annehmen können, dass das ihm zur Last gelegte Verhalten keine Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB sei, was aus mehreren Gründen verneint wurde.
3.
3.1 Der Beschwerdeführer 1 kaufte Original-Videofilme ein, die einerseits "harte", andererseits "weiche" Pornographie enthielten. Er kopierte die Originale, welche auf einer Tonspur durchwegs auch urheberrechtlich geschützte Musik enthielten, in seinem Ladengeschäft mit mehreren Videorecordern auf Leerkassetten, die er zu diesem Zweck gekauft hatte. Von einem Film fertigte er jeweils durchschnittlich fünf Kopien an. Im Laufe der Zeit wuchs sein Vorrat an Kopien, einschliesslich der Kopien von Videofilmen, die verbotene "harte" Pornographie enthielten, auf ca. 9'500 Stück. Der Kunde, der sich für Filme aus dem Sortiment des Beschwerdeführers 1 interessierte, konnte sich anhand von Kassetten, die - in die Originalhülle verpackt - zur Ansicht in den Regalen ausgestellt waren, oder auf Grund eines vom Beschwerdeführer 1 erstellten und laufend erweiterten Titel-Verzeichnisses für die Filme entscheiden, die er zu erwerben gedachte. Wenn ein Kunde sich zum Kauf entschlossen hatte, erhielt er gegen Bezahlung des Kaufpreises, der von der Spieldauer des Films abhing, eine Kopie des ausgesuchten Titels aus dem Bestand der vom Beschwerdeführer 1 hergestellten Kopien. Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 beteiligten sich als Verkäuferinnen am
Verkauf der Kopien.
3.2 Gemäss Art. 67 Abs. 1 URG wird auf Antrag der in ihren Rechten verletzten Person wegen Urheberrechtsverletzung mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft, wer vorsätzlich und unrechtmässig auf irgendeine Weise Werkexemplare herstellt (lit. e), Werkexemplare anbietet, veräussert oder sonst wie verbreitet (lit. f). Wer eine Tat nach Absatz 1 gewerbsmässig begangen hat, wird von Amtes wegen verfolgt; die Strafe ist Gefängnis und Busse bis zu 100'000 Franken (Art. 67 Abs. 2 URG). Werke im Sinne des Urheberrechts sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Dazu gehören unter anderem Werke der Musik und andere akustische Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. b URG), fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG).

Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Sie haben unter anderem das Recht, Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Tonbild- oder Datenträger herzustellen (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG), Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 URG). Als Eigengebrauch gilt unter anderem jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder

Freunde (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG). Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, darf die dazu erforderlichen Werkexemplare auch durch Dritte herstellen lassen; als Dritte im Sinne dieses Absatzes gelten auch Bibliotheken, die ihren Benützern Kopiergeräte zur Verfügung stellen (Art. 19 Abs. 2 URG). Ausserhalb des privaten Kreises ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare nicht zulässig (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG).

Nach Art. 20 Abs. 1 URG ist die Werkverwendung im privaten Kreis gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG unter Vorbehalt von Abs. 3 vergütungsfrei. Wer als Drittperson nach Art. 19 Abs. 2 URG Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt, schuldet dem Urheber oder der Urheberin hiefür eine Vergütung (Art. 20 Abs. 2 URG). Wer Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, schuldet dem Urheber oder der Urheberin für die Werkverwendungen nach Art. 19 URG eine Vergütung (Art. 20 Abs. 3 URG). Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 20 Abs. 4 URG).
3.3 Die Beschwerdeführer machen geltend, sie hätten die Kopien nicht unrechtmässig hergestellt und veräussert. Vielmehr liege rechtmässiger Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 URG vor. Die Kunden hätten die Kopien für den Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG verwendet. Die Kunden hätten diese Kopien, das heisst diese Werkexemplare, allerdings nicht selber angefertigt, sondern durch den Beschwerdeführer 1, mithin durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG, herstellen lassen. Mangels abweichender tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass auf sämtlichen Leerkassetten, welche der Beschwerdeführer 1 zur Herstellung der Kopien verwendet habe, die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Vergütung geleistet worden sei. Es sei nach dem geltenden Recht erlaubt, Kopien zum Eigengebrauch durch Dritte herstellen zu lassen, welche Dritte, zum Beispiel eine Zentralbibliothek, nicht zum privaten Kreis des Eigengebrauchers gehören müssten. Wesentlich sei einzig, dass im Fall des Kopierens auf eine Leerkassette die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Gebühr geleistet worden sei. Jeder Dritte könne beauftragt werden, mit Hilfe einer abgabebelasteten Leerkassette eine Kopie
für den Privatgebrauch des Auftraggebers anzufertigen. Dass dies nach dem geltenden Recht zulässig sei, ergebe sich auch aus dem Erläuternden Bericht (des Instituts für Geistiges Eigentum) zur geplanten Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Danach soll neu unter anderem das Kopieren für den Privatgebrauch durch Dritte nur mehr innerhalb des privaten Kreises möglich sein. Mit andern Worten wäre nach diesem Änderungsvorschlag das Kopieren etwa durch die Zentralbibliothek zu Gunsten von Privaten, die über keine eigenen Kopiergeräte verfügen, nicht mehr möglich; ebenso wenig dürfte die Zentralbibliothek gestatten, dass Private die Kopiergeräte der Bibliothek selbständig benützen. Darin liege selbstverständlich ein fundamentaler Einbruch in das bisherige System des freien privaten Gebrauchs. Ob dieser Änderungsvorschlag sich durchsetzen werde, bleibe dahingestellt. Entscheidend sei vorliegend einzig eines: das Kopierenlassen zum Privatgebrauch durch Dritte unter Verwendung von abgabebelasteten Leerkassetten sei nach dem geltenden Recht zulässig; andernfalls wäre eine Gesetzesrevision, welche dies ausschliessen soll, wenig sinnvoll.
3.4 Gemäss den Feststellungen der kantonalen Instanzen fertigte der Beschwerdeführer 1 die Kopien auf Vorrat an, mithin nicht jeweils erst, nachdem sich ein Kunde für einen bestimmten Videofilm entschieden hatte (angefochtenes Urteil S. 8 f.; erstinstanzlicher Entscheid S. 27). Diese Feststellungen sind tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich (Art. 277bis BStP).

Der Beschwerdeführer 1 stellte die Kopien unstreitig nicht für seinen eigenen Gebrauch oder für den Gebrauch durch ihm eng verbundene Personen her. Er fertigte sie vielmehr auf Vorrat an, um sie in der Folge an Kunden zu veräussern. Allerdings verwendeten die Kunden, wovon auszugehen ist, die gekauften Kopien zum Eigengebrauch. Doch sind in Anbetracht der festgestellten Sachlage die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 2 URG nicht erfüllt. Die Kunden liessen nicht im Sinne dieser Bestimmung als zum Eigengebrauch Berechtigte die dazu erforderlichen Werkexemplare (das heisst die Kopien) durch Dritte (das heisst durch den Beschwerdeführer 1) herstellen. Vielmehr kauften sie Kopien, die bereits vorhanden waren und im Ladengeschäft des Beschwerdeführers 1 lagerten. Dies ist kein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG (siehe zum Ganzen Christoph Gasser, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Diss. Bern 1997, S. 110).
3.5 Selbst wenn man davon ausgehen wollte, der Beschwerdeführer 1 habe, zumindest in Einzelfällen, eine

Kopie erst hergestellt, nachdem ein Kunde sich für einen bestimmten Videofilm entschieden hatte, wären die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 2 URG nicht erfüllt. Der Inhaber einer Buchhandlung oder einer Videothek ist nicht berechtigt, an Stelle der originalen Werkexemplare Kopien zu verkaufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kopien auf Vorrat angefertigt oder erst hergestellt werden, nachdem ein Kunde sich für ein bestimmtes Buch beziehungsweise einen bestimmten Videofilm entschieden hat.

Zwar ist es unerheblich, dass die Kunden weder Eigentum noch Besitz an den originalen Werkexemplaren hatten, von denen sie durch den Beschwerdeführer 1 Kopien anfertigen liessen. Der rechtmässige tatsächliche Zugang zum Originalexemplar, das man zum Eigengebrauch kopieren (lassen) will, genügt (siehe Christoph Gasser, a.a.O., S. 60 ff.; Denis Barrelet/Willy Egloff, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. 2000, Art. 19 N 7b, 20). Er ist gegeben, wenn etwa der Inhaber einer Videothek bereit ist, aus den in seinem Sortiment enthaltenen originalen Werkexemplaren auszugsweise Kopien für dritte Eigengebraucher anzufertigen. Die Schranke liegt insoweit allein in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG.

Gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a URG ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare ausserhalb des privaten Kreises nicht zulässig. Art. 19 Abs. 2 URG betreffend das Herstellenlassen von Werkexemplaren zum Eigengebrauch durch Dritte steht unter dem Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG. Es ist somit erlaubt, zum Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG Auszüge aus im Handel erhältlichen Werkexemplaren (etwa Büchern, Videofilmen etc.) durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG kopieren zu lassen; es ist hingegen untersagt, im Handel erhältliche Werkexemplare vollständig oder weitgehend vollständig zum Eigengebrauch durch Dritte kopieren zu lassen (siehe zum Ganzen Denis Barrelet/ Willy Egloff, a.a.O., Art. 19 N 7, 10, 22 ff.; Christoph Gasser, a.a.O., S. 112 ff.; Botschaft des Bundesrates zum Urheberrechtsgesetz etc., BBl 1989 III 475 ff., 541).
Diese sich bereits aus dem geltenden Recht ergebende Regelung soll gemäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte durch eine neue Fassung von Art. 19 deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Der Erläuternde Bericht (S. 9) hält fest, in Art. 19 Abs. 2 gemäss der vorgeschlagenen Fassung werde lediglich zwecks "Klarstellung" und zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten "ausdrücklich" darauf hingewiesen, "dass die Befugnis, sich für den Eigengebrauch Kopien durch Dritte herstellen zu lassen, unter Vorbehalt von Artikel 19 Absatz 3 gilt". Es sei also beispielsweise "nicht zulässig, in einem Geschäft ganze Tonträger oder Videokassetten für den privaten Gebrauch der Kunden zu vervielfältigen, oder der Kundschaft entsprechende Selbstbedienungsgeräte bereitzustellen" (S. 9). Im Erläuternden Bericht wird ausdrücklich festgehalten, dass die vorgeschlagene Änderung von Art. 19 Abs. 2 URG lediglich der Klarstellung diene und an der geltenden Rechtslage nichts ändere (S. 9).
3.6 Wohl ist mangels abweichender tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass auf den vom Beschwerdeführer 1 zur Anfertigung der Kopien verwendeten Leerkassetten die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Vergütung geleistet worden ist. Daraus folgt aber entgegen der Meinung der Beschwerdeführer nicht, dass sie uneingeschränkt Werkexemplare für den Eigengebrauch Dritter kopieren durften. Die diesbezüglichen Schranken ergeben sich aus Art. 19 Abs. 3 lit. a URG, wonach ausserhalb des privaten Kreises die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare unzulässig ist.
3.7 Der Beschwerdeführer 1 hat somit im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. e URG unrechtmässig Werkexemplare hergestellt, und die Beschwerdeführer haben im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. f URG unrechtmässig Werkexemplare veräussert.
4.
Der Beschwerdeführer 1 ist auch wegen unlauteren Wettbewerbs (im Sinne von Art. 23 in Verbindung mit Art. 3 lit. d UWG) verurteilt worden. Er ficht diesen Schuldspruch einzig mit der Begründung an, die Herstellung und die Veräusserung der Kopien sei urheberrechtlich erlaubt gewesen und könne daher nicht unlauter sein. Inwiefern seine Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbs auch bei Bestätigung des Schuldspruchs wegen Urheberrechtsverletzung gegen eidgenössisches Recht verstosse, legt er nicht dar.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.
5.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird zu 4/7 dem Beschwerdeführer 1, zu 2/7 der Beschwerdeführerin 2 und zu 1/7 der Beschwerdeführerin 3 auferlegt. Der GÜFA ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da deren Vertreter in der Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde lediglich auf die Ausführungen der Vorinstanz sowie auf die beigelegten Vernehmlassungen im Appellationsverfahren verweist, wodurch keine erheblichen Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird zu 4/7 dem Beschwerdeführer 1, zu 2/7 der Beschwerdeführerin 2 und zu 1/7 der Beschwerdeführerin 3 auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, sowie der SUISA, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke, Zürich, und dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. Juli 2002
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: