Urteilskopf

133 II 136

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Star TV AG gegen X. sowie Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.563/2006 vom 3. Mai 2007

Regeste (de):
Art. 10 EMRK, Art. 17 und 93 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Art. 56 ff. RTVG (Fassung 1991); Ausstrahlung von Werbespots für kostenpflichtige Downloads von pornographischen Videos und Bildern auf das Handy.

Zuständigkeit zur Prüfung von Werbeausstrahlungen nach dem alten und neuen Radio- und Fernsehgesetz (E. 2).

Begriff der "öffentlichen Sittlichkeit" bzw. des "Pornographischen" nach dem europäischen und schweizerischen Medienrecht (E. 4 und 5).

Die umstrittenen Werbespots - und nicht nur die beworbenen Produkte - stellen vulgär und primitiv Menschen in Bild und Ton als auswechselbare, jegliche menschliche Dimension verlierende Sexualobjekte dar, und liegen damit jenseits dessen, was programmrechtlich in erotischer Hinsicht vor dem Hintergrund des Jugendschutzes noch zulässig ist (E. 6 und 7).

Regeste (fr):
Art. 10 CEDH, art. 17 et 93 al. 3 Cst., art. 6 al. 1, 2e phrase et art. 56 ss LRTV (version 1991); diffusion de spots publicitaires pour le téléchargement de vidéos et d'images pornographiques destinés aux téléphones portables.

Compétence pour examiner la diffusion publicitaire selon l'ancienne et la nouvelle loi sur la radio et la télévision (consid. 2).

Notions de "moralité publique" et de "pornographie" selon le droit des médias européen et suisse (consid. 4 et 5).

Dans la mesure où ils donnent, par l'image et le son, une représentation vulgaire et primitive de la personne humaine qui réduit celle-ci au simple rôle d'objet sexuel ayant perdu toute parcelle d'humanité, les spots publicitaires litigieux - et pas seulement les produits qu'ils promeuvent - vont au-delà de ce qui est encore juridiquement admissible en matière de contenu érotique sous l'angle de la protection de la jeunesse (consid. 6 et 7).

Regesto (it):
Art. 10 CEDU, art. 17 e 93 cpv. 3 Cost., art. 6 cpv. 1 seconda frase e art. 56 segg. LRTV (versione 1991); diffusione di spot pubblicitari per scaricare video ed immagini pornografiche destinati ai telefoni cellulari.

Competenza per esaminare la diffusione di pubblicità in base alla previgente e all'attuale legge sulla radiotelevisione (consid. 2).

Nozione di "moralità pubblica", rispettivamente di "pornografia" secondo il diritto europeo e svizzero dei mass media (consid. 4 e 5).

Gli spot pubblicitari contestati - e non solo i prodotti che promuovono - in quanto forniscono, mediante l'immagine e il suono, una rappresentazione volgare e primitiva della persona umana che riduce quest'ultima

al semplice ruolo di oggetto sessuale senza più alcuna umanità, vanno oltre quanto sia ancora giuridicamente ammissibile in materia di contenuto erotico dal profilo della protezione della gioventù (consid. 6 e 7).

Sachverhalt ab Seite 137

BGE 133 II 136 S. 137

Der Privatsender Star TV strahlte täglich nach Mitternacht (werktags ab 24 Uhr, am Wochenende ab 00.30 Uhr) das crossmediale Erotikformat "Lovers TV" im Stil eines Musiksenders aus. Der redaktionelle Programmteil bestand - nach einem Hinweis darauf, dass die Sendung für Jugendliche unter 16 Jahren ungeeignet sei - hauptsächlich aus Clips mit erotischen Inhalten ("Erotic Magazine", "Erotic Movies", "Erotic Highlights", "Erotic Amateurs"). Dialoge gab es keine; die Sequenzen wurden jeweils mit elektronischer Musik bzw. Popmusik untermalt. Im unteren Teil des Bildschirms erfolgten mittels "Splitscreen"-Technik (geteilter Bildschirm) Hinweise auf Chats und Teletextseiten bzw. Werbungen zum Herunterladen von Pornovideos auf das Handy und den Zugang zu Porno-Portalen. Die Sendung wurde daneben - jeweils nach einem erneuten Hinweis, dass der Inhalt der folgenden Werbungen für Jugendliche unter 16 Jahren ungeeignet sei - mit Spots unterbrochen, die für erotische Zeitschriften und Clubs, Telefonsex, Kontakt- und Flirtadressen, Sex-Chats und vor allem für Angebote zum Bezug von Porno-Videos und -Fotos auf das Handy warben ("Porno-Heidi", "Best of US Porno", "Harder than Hardcore" usw.).
Gegen die Sendungen "Lovers TV" vom 18., 21., 24. und 27. Februar 2006 bzw. 1., 3. und 4. März 2006 gelangten X. und 25 Mitunterzeichner an die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI). Diese hiess ihre Beschwerde am 30. Juni 2006 gut, soweit darauf einzutreten war, und stellte fest, "dass Star TV mit der Werbung für das Herunterladen von Pornovideos auf das Handy im Rahmen der Sendungen 'Lovers TV' [...]die Programmbestimmungen verletzt" habe. Sie forderte den Sender auf, innert 60 Tagen ab Eröffnung des Entscheids bzw. innert 30 Tagen nach Eintritt der

BGE 133 II 136 S. 138

Rechtskraft Bericht darüber zu erstatten, was er vorgekehrt habe, um die Verletzung zu beheben bzw. weitere Verletzungen zu verhindern. Die UBI kam zum Schluss, dass die beanstandeten Spots insgesamt die öffentliche Sittlichkeit gefährdeten, indem sie "unsittliche, entwürdigende und jugendgefährdende Inhalte" verbreiteten. Das Bundesgericht weist die von der Star TV AG hiergegen eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1

2.1.1 Nach Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG 1991; AS 1992 S. 601) beurteilt die UBI "Beschwerden gegen ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen schweizerischer Veranstalter"; dabei stellt sie fest, ob "Programmbestimmungen" einschlägiger internationaler Übereinkommen, des Radio- und Fernsehgesetzes, seiner Ausführungsvorschriften oder der Konzession verletzt worden sind (Art. 65 Abs. 1 RTVG 1991). Dem Bundesamt für Kommunikation obliegt seinerseits die allgemeine konzessionsrechtliche Aufsicht über die Veranstalter (vgl. Art. 56 Abs. 1 RTVG 1991 in Verbindung mit Art. 51 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 [RTVV 1997; AS 1997 II 2903]); in diesem Rahmen hat es insbesondere darüber zu wachen, dass die Konzessionäre die finanz- und betriebsrechtlichen Vorschriften des Radio- und Fernsehrechts einhalten (Art. 56 RTVG 1991).

2.1.2 Die Problematik, ob im Werbefernsehen ausgestrahlte Sendungen die einschlägigen Vorschriften respektieren (Dauer der Werbung, Bestimmungen über die Unterbrecherwerbung, Werbeverbote für alkoholische Getränke oder Tabakwaren usw.), ist als technische bzw. finanzrechtliche Frage eine solche der konzessionsrechtlichen Aufsicht (vgl. BGE 114 Ib 152 ff.; BGE 118 Ib 356 E. 3c S. 361 ["Camel- Trophy"]). Hingegen ist die Unabhängige Beschwerdeinstanz aus staats- und medienpolitischen Gründen (vgl. BBl 2003 S. 1654) berufen, Ausstrahlungen nachträglich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Programmrecht zu prüfen. Hierunter fallen grundsätzlich auch Werbesendungen (DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, Rz. 718; BBl 2003 S. 1664), selbst wenn naturgemäss auf sie nicht alle Programmbestimmungen unbesehen Anwendung finden

BGE 133 II 136 S. 139

können (etwa das "Sachgerechtigkeitsgebot"; vgl. BGE 126 II 7 E. 3c/ bb [ACS/TCS]; BGE 123 II 402 E. 3b S. 410 [VgT]). Die Beurteilung des politischen Charakters eines Werbespots fällt dementsprechend praxisgemäss in die Zuständigkeit der Unabhängigen Beschwerdeinstanz (BGE 126 II 7 E. 3c/bb [ACS/TCS]; BGE 118 Ib 356 E. 3c S. 361 ["Camel-Trophy"]; vgl. auch die Urteile 2A.303/2004 vom 26. Januar 2005, E. 3 und 4 ["Stopp-Werbeverbote"], publ. in: EuGRZ 2005 S. 719 ff., und 2A.377/2000 vom 13. Februar 2001, E. 1 nicht publ. in BGE 127 II 79 ff. ["Unterbrecherwerbung"]). Beschlägt die Meinungsbildung bzw. Täuschung des Zuschauers hingegen ein konkretes Werbeverbot, das aus gesundheitspolitischen Gründen der Werbung als Finanzierungsmittel Grenzen setzt, bestehen weder staats- noch medienpolitische Gründe dafür, die entsprechende Kontrolle den konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden zu entziehen; in diesem Fall überwiegen die betriebsrechtlichen Aspekte, weshalb ausschliesslich das Bundesamt zu deren Beurteilung zuständig ist (BGE 126 II 21 E. 2d/cc S. 25 ["Schlossgold"-Werbung]).

2.1.3 Die entsprechenden Abgrenzungen fielen in der Praxis nicht immer leicht und erwiesen sich im Hinblick auf die unterschiedlichen Befugnisse der programm- und konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden nur beschränkt als sachgerecht (vgl. BBl 2003 S. 1649 f.; ferner "Zuständigkeit des BAKOM zur Prüfung von politischer Werbung in einem Werbespot" bzw. "Abgrenzung der Zuständigkeit von UVEK und BAKOM", in: Medialex 2003 S. 112 ff. bzw. 2004 S. 59 f., je mit Anmerkungen von CHRISTOPH BEAT GRABER zum Werbespot "Jetzt ein Stromausfall"). Dies hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Kompetenzen künftig klarer zu regeln: Während der Bundesrat in seiner Botschaft zum neuen Radio- und Fernsehgesetz vorschlug, hierzu eine Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien zu schaffen, welche sowohl die finanziell/administrativen wie die programmrechtlichen Aufsichtsaufgaben hätte wahrnehmen sollen (BBl 2003 S. 1650), entschied sich das Parlament dafür, die bisherige Organisation beizubehalten, die Zuständigkeit der Unabhängigen Beschwerdeinstanz jedoch auf die Behandlung von Beschwerden zum Inhalt redaktioneller Sendungen, d.h. von Sendungen, die keine Werbung bilden (Art. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG 2006; SR 784.40]), zu beschränken (Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG 2006). Die

Beurteilung der rundfunkrechtlichen Konformität von Werbesendungen erfolgt neu somit ausschliesslich durch das Bundesamt (Art. 86 Abs. 1 RTVG 2006).

BGE 133 II 136 S. 140

2.2

2.2.1 Die Unabhängige Beschwerdeinstanz nahm vorliegend an, gewisse im Rahmen der Sendungen "Lovers TV" ausgestrahlte Werbespots seien geeignet gewesen, die öffentliche Sittlichkeit zu gefährden, und hätten dem Jugendschutz widersprochen. Sie stützte sich dabei auf Art. 6 RTVG 1991, welcher im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes die "Grundsätze für Radio und Fernsehen" regelt. Sie hat ihre Zuständigkeit gestützt hierauf zu Recht bejaht: Entscheidend hierfür war nach dem Gesagten nicht in erster Linie, ob die beanstandete Sendung im Werbe- oder im eigentlichen Programmteil ausgestrahlt wurde, sondern, ob die zu beurteilende Frage programmrechtlichen Charakter hatte und aus staats- bzw. medienpolitischen Gründen durch ein möglichst verwaltungsunabhängiges Organ überprüft werden sollte (vgl. BGE 126 II 21 E. 2d/bb S. 24 ["Schlossgold"-Werbung]; VPB 68/2004 Nr. 28 S. 314, E. 2.3-2.5 ["Spot Flüchtlingshilfe"]). Dies ist im Zusammenhang mit dem Verbot von Sendungen, welche die öffentliche Sittlichkeit gefährden oder Gewalt verherrlichen oder verharmlosen, regelmässig anzunehmen (Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991). Bereits die Weisungen des Bundesrates über die Fernsehwerbung (BBl 1984 I 364 ff.) verboten - noch vor Inkrafttreten des Radio- und Fernsehgesetzes von 1991 - Spots, die gegen die guten Sitten verstiessen (Art. 9 lit. a), wobei die Frage im Einzelfall durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz beurteilt wurde (vgl. VPB 56/1992 Nr. 25 S. 194, E. 2 ["Anleihe SRG"]).

2.2.2 Die UBI war somit kompetent, zu prüfen, ob die beanstandeten Werbespots gegen Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 verstiessen. Das Bundesamt seinerseits wäre befugt gewesen, der Frage nachzugehen, ob die Star TV AG das Radio- und Fernsehrecht gegebenenfalls insofern verletzt hat, als sie Werbung mittels "Splitscreen"-Technik ausserhalb der eigentlichen Werbeblöcke ausstrahlte (vgl. hierzu die Verfügung des Bundesamts für Kommunikation vom 13. Dezember 2001 betreffend die Sendung "Aphrodisia" von TV3; BBl 2003 S. 1628; Art. 13 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV 2007; SR 784.401]). Diese Problematik bildet im vorliegenden Verfahren indessen nicht Streitgegenstand und ist deshalb nicht weiter zu prüfen, auch wenn die UBI in ihrem Entscheid darauf hingewiesen hat, dass ihr das entsprechende Vorgehen "problematisch" erscheine.

3. (...)

BGE 133 II 136 S. 141

4.

4.1 Die Unabhängige Beschwerdeinstanz knüpfte im angefochtenen Entscheid an ihre Rechtsprechung zum kulturellen Mandat bei redaktionellen Sendungen an (vgl. FRANZ ZELLER, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 263 ff.; MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Rz. 97 ff., insbesondere Rz. 102): Bei deren Beurteilung stellt sie jeweils darauf ab, ob die Darstellung mit sexuellem Inhalt als Selbstzweck dient oder Menschen zu reinen Unterhaltungszwecken zum blossen Objekt voyeuristischer Neigungen entwürdigt. Dem Aspekt des Jugendschutzes trägt sie in-

sofern Rechnung, als sie eine geeignete Ausstrahlungszeit, eine angemessene Einbettung in das Programm und gegebenenfalls eine Warnung bzw. eine entsprechende Anmoderation voraussetzt (vgl. die Entscheide b.448 vom 15. März 2002 [”Sex: The Annabel Chong Story”], zusammengefasst in: Medialex 2002 S. 102 f.; b.380 vom 23. April 1999 [”24 Minuten mit Cleo”]; VPB 66/2002 Nr. 17 S. 178 [”OOPS”]; FRANZ ZELLER, a.a.O., S. 267). Die Darstellungen sollen das für eine sachgerechte Berichterstattung notwendige Mass nicht überschreiten; Sendungen mit primär erotischen Inhalten sind in der Regel erst nach 23 Uhr zulässig (Guidelines zur Rechtsprechung der UBI, Ziff. 2.2).

4.2 Zu den vorliegend umstrittenen Werbespots führte die UBI aus, dass diese nicht in erster Linie erotischer, sondern pornographischer Natur seien, weshalb sie sich trotz der Ausstrahlungszeit nach 23 Uhr und der jeweils eingeblendeten warnenden Hinweise als sittengefährdend und somit programmrechtswidrig erwiesen. Schon die kurzen Ausschnitte der beworbenen Videos in den beanstandeten Werbungen ”degradier[t]en die Darstellerinnen und vereinzelten Darsteller” zu reinen Lustobjekten. Die Vermittlung des damit verbundenen eindimensionalen, entwürdigenden Bilds der Sexualität als Norm und Alltäglichkeit sowie die damit einhergehende Abstumpfung und Anspruchshaltung stelle eine Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG 1991 dar. Durch das vermittelte Menschen- und Sexualitätsbild würden jugendliche Zuschauer in ihrer noch unfertigen Entwicklung gefährdet, da sie gestützt darauf sich und anderen gegenüber eine ”problematische Anspruchshaltung in sexuellen Dingen” entwickeln könnten. Die ”von finanziellen Interessen geprägten Anbieter” nützten diesbezüglich den Mangel an Erfahrung der Jugendlichen aus (Art. 15 Abs. 1 lit. e RTVV 1997).

5.

5.1 Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG 1991 sind Sendungen unzulässig, welche die öffentliche Sittlichkeit gefährden oder in denen Gewalt verharmlost oder verherrlicht wird. Verboten sind Werbespots, ”die sich die natürliche Leichtgläubigkeit der Kinder oder den Mangel an Erfahrung bei Jugendlichen zunutze” machen oder ihr ”Abhängigkeitsgefühl” missbrauchen (Art. 15 Abs. 1 lit. e RTVV 1997). Bei diesen Vorgaben handelt es sich um vom Gesetzgeber verselbständigte Elemente des kulturellen Mandats (Art. 93 Abs. 2 BV; DUMERMUTH, a.a.O., Rz. 102; BARRELET, a.a.O. Rz. 731), das die Veranstalter in ihren Programmen insgesamt realisieren und in wesentlichen Punkten im Rahmen einzelner Sendungen nicht krass missachten sollen (DUMERMUTH, a.a.O., Rz. 97 ff.; BARRELET, a.a.O., Rz. 795 ff.). Beurteilungsmassstab bilden die wesentlichen juristisch fassbaren Werte, die der Bundesverfassung (BV; SR 101), der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) bzw. weiteren Abkommen zugrunde liegen. Dabei kommt dem Grundsatz der Menschenwürde (Art. 7 BV) sowie dem Jugendschutz (Art. 11 BV) besondere Bedeutung zu. Die entsprechenden Aspekte müssen bei der Beurteilung der rundfunkrechtlichen Konformität einer Sendung jeweils in eine Interessenabwägung zur verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Medien-, Programm- und Informationsfreiheit gesetzt werden. Diese gilt nicht absolut, sondern kann unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV bzw. Art. 10 Ziff. 2 EMRK beschränkt werden (vgl. BGE 128 IV 201 E. 1.4.2).

5.2 Ähnliche Regeln wie Art. 6 RTVG 1991 (sowie neu Art. 4 RTVG 2006) und Art. 15 Abs. 1 lit. e RTVV 1997 (bzw. neu Art. 5 RTVG 2006) sieht das einschlägige europäische Recht vor:

5.2.1 Nach dem Europäischen Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF; SR 0.784.405) haben alle Sendungen eines Programms im Hinblick auf ihre Aufmachung und ihren Inhalt die Menschenwürde und die Grundrechte anderer zu achten; insbesondere dürfen sie (a) nicht unsitt-

lich sein und namentlich keine Pornographie enthalten sowie (b) Gewalt nicht unangemessen herausstellen und nicht geeignet sein, zum Rassenhass aufzustacheln (Art. 7 Ziff. 1). Alle Sendungen eines Programms, welche die körperliche, geistig-seelische oder sittliche Entwicklung von Kindern und Jugendlichen beeinträchtigen können, dürfen nicht

BGE 133 II 136 S. 143

verbreitet werden, wenn anzunehmen ist, dass sie aufgrund der Sende- und Empfangszeit von Kindern oder Jugendlichen gesehen werden (Art. 7 Ziff. 2). Zur Auslegung der im Übereinkommen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe soll dabei auf die Rechtsprechung der EMRK-Organe zurückgegriffen werden (Conseil de l'Europe, Rapport explicatif relatif à la Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg 1990, Rz. 117 und 120). Ziel von Art. 7 EÜGF ist es, die Grundwerte und individualrechtlichen Grundfreiheiten zu sichern, die sich als gemeinsame Basis und Schranken staatlichen Handelns der Europarats-Staaten herausgebildet und in der EMRK bzw. der Rechtsprechung zu dieser ihren Niederschlag gefunden haben (HÖFLING/MÖWES/PECHSTEIN, Europäisches Medienrecht, Textausgabe mit Erläuterungen, München 1991, S. 10).

5.2.2 Die EG-Fernsehrichtlinie, welche für die Schweiz nicht anwendbar ist, jedoch als Auslegungshilfe zur Bestimmung der Tragweite des Begriffs der "öffentlichen Sittlichkeit" im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 (bzw. Art. 4 und 5 RTVG 2006) beigezogen werden kann, sieht unter dem Titel "Schutz Minderjähriger und öffentliche Ordnung" vor, dass die Mitgliedstaaten angemessene Massnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass Sendungen von Fernsehveranstaltern, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, keinerlei Programme enthalten, welche geeignet sind, die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft zu beeinträchtigen, insbesondere solche, die "Pornographie oder grundlose Gewalttätigkeiten" zeigen. Diese Massnahmen gelten auch für andere Programme, welche die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen beeinträchtigen können, es sei denn, es werde durch die Wahl der Sendezeit oder durch sonstige technische Massnahmen dafür gesorgt, dass diese Ausstrahlungen von Minderjährigen im Sendebereich üblicherweise nicht zu sehen oder zu hören sind. Werden derartige Programme in unverschlüsselter Form gesendet, so sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass ihre Ausstrahlung durch akustische Zeichen angekündigt oder durch optische Mittel während der gesamten Sendung kenntlich gemacht wird (Art. 22 Ziff. 1-3 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19. Juni 1997).

BGE 133 II 136 S. 144

5.3

5.3.1 Der Beschwerdeführerin ist zuzugestehen, dass es bisher nicht gelungen ist, einen einheitlichen Begriff der Pornographie bzw. einen Konsens darüber zu schaffen, was geeignet erscheint, im sexuellen Bereich die Sittlichkeit oder die öffentliche Moral zu gefährden (vgl. HERIBERT OSTENDORF, Zur Forderung nach einem neuen Pornographiebegriff oder zum verantwortlichen Umgang mit Pornographie im Fernsehen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 84/2001 S. 372 ff., dort S. 376 ff.; ILONA ULICH, Der Pornographiebegriff und die EG-Fernsehrichtlinie, Baden-Baden 2000, S. 137; SCHWAIBOLD/MENG, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, N. 12 ff. zu Art. 197 StGB; STEFAN

HEIMGARTNER, Weiche Pornographie im Internet, in: AJP 2005 S. 1482 ff., dort S. 1484 ff.; PIERRE-ANDRÉ WAGNER, Von der Vaporisierung der Frau in der schweizerischen Pornographierechtsprechung - einige ideologiekritische Bemerkungen, in: AJP 1999 S. 257 ff.; BGE 128 IV 201 E. 1.4.3; Urteile des EGMR i.S. Josef Felix Müller gegen Schweiz vom 24. Mai 1988, Serie A, Bd. 133, Ziff. 35, sowie Scherer gegen Schweiz vom 14. Januar 1993, Serie A, Bd. 287). Das Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit ist mit den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern nicht notwendigerweise identisch und darf auch ein Verhalten erfassen, das zwar nicht mit Strafe bedroht ist, jedoch den üblichen Massstäben zulässigen Verhaltens in eindeutiger Weise widerspricht (OSTENDORF, a.a.O., S. 380 ff.; ZELLER, a.a.O., S. 206). Aufsichtsrechtlich kann unzulässig sein, was strafrechtlich allenfalls noch irrelevant erscheint, weshalb im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung ist, ob gegen die Verantwortlichen ein Strafverfahren eingeleitet wurde oder nicht. Der Begriff der Sittlichkeit umfasst auch ausserrechtliche Normen aufgrund sozialethischer Vorstellungen, welche in der Gesellschaft allgemeine Anerkennung geniessen, für das Zusammenleben in einer pluralistischen Gemeinschaft wesentlich sind und vor öffentlichen Widerhandlungen geschützt werden sollen (vgl. PIERRE TSCHANNEN, "Öffentliche Sittlichkeit": Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Bern 2005, S. 553 ff.). Der Begriff hängt in starkem Mass von den herrschenden sozialen und den wesentlichen, verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werten ab (vgl. HERIBERT SCHUMANN, Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie, in: Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, S. 565 ff., dort S. 577) und ist

deshalb örtlich wie zeitlich wandelbar (vgl. so schon BGE 106 Ia 267 E. 3a ["Peep-Show"]).

5.3.2 Nicht nur als sittlich verpönt, sondern als strafbar gelten nach wie vor gewisse Formen der Pornographie (Art. 197 StGB): Das Pornographieverbot hat im Rahmen der Revision des Sexualstrafrechts 1991 das frühere Verbot unzüchtiger Veröffentlichungen abgelöst. Es schützt Personen unter 16 Jahren vor jeglicher Pornographie (Ziff. 1) und Erwachsene vor ungewollter Konfrontation mit solcher (Ziff. 2); absolut verboten ist die "harte" Pornographie, d.h. Pornographie mit Kindern, Tieren, menschlichen Ausscheidungen und Gewalt (Ziff. 3 und 3bis, hierzu: BGE 128 IV 201 ff.; ZELLER, a.a.O., S. 188 f.; ZÖLCH/ ZULAUF, Kommunikationsrecht für die Praxis, Bern 2001, S. 79). Als nicht mehr erotisch, sondern weichpornographisch und damit im Zusammenhang mit dem Jugendschutz und der ungewollten Konfrontation relevant ist nach der Rechtsprechung eine Darstellung, die (1) objektiv betrachtet darauf ausgelegt ist, den Betrachter sexuell aufzureizen, und (2) die Sexualität dabei so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen heraustrennt, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann; das sexuelle Verhalten wird dadurch vergröbert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (so BGE 131 IV 64 E. 10.1.1 S. 66 ff. mit zahlreichen Hinweisen; unter Ablehnung einer Praxisänderung bestätigt im Urteil 6S.26/2005 vom 3. Juni 2005, E. 2; MARC LIESCHING, Jugendmedienschutz in Deutschland und Europa, Regensburg 2002, S. 197 ff.). Pornographisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als blosse physiologische Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren (vgl. SCHUMANN, a.a.O., S. 572: "In der Pornographie begegnen sich nicht Personen, sondern Organe").

5.3.3 Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 wurde nach den Ausführungen des Bundesrats, welche im Parlament unbestritten geblieben sind, aus der Besorgnis darüber in das Gesetz aufgenommen, dass ein zunehmendes Angebot an brutalen, das sittliche Empfinden verletzenden Filmen und Sendungen bestehe (BBl 1987 III 689 ff., dort S. 730; AB 1989 N 1601 ff., AB 1990 S 578). Die Regelung wurde mit der Begründung in Art. 4 Abs. 1 RTVG 2006 überführt, es rechtfertige sich, "die Anliegen der Menschenwürde und des

Grundrechtsschutzes, die in einer demokratischen Gesellschaft fundamentale Bedeutung haben und im Bereich der audiovisuellen Medien zunehmend an Beachtung verlieren [...], ausdrücklich im neuen Gesetz zu erwähnen und an die Spitze der von allen Programmveranstaltern zu beachtenden Minimalbestimmungen zu stellen" (BBl 2003 S. 1668).

6. Die UBI hat zu Recht an diese Grundsätze angeknüpft und die umstrittenen Werbespots auf deren Hintergrund zutreffend gewürdigt:

6.1 Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin hat sie nicht auf den Schutz der Sexualmoral der Allgemeinheit abgestellt, sondern - dem europäischen Standard entsprechend (vgl. E. 5.2; Pressemitteilung 7/2003 der deutschen Arbeitsgemeinschaft Landesmedienanstalten vom 21. Mai 2003: "Landesmedienanstalten gehen gegen Sex-Werbung im Fernsehen vor"; zu den Verhältnissen in Frankreich und Italien: Goldmedia GmbH, Beitrag für die Medienforschung, Telefonmehrwertdienste in Schweizer Rundfunkprogrammen, Berlin 2006, S. 95 und 110) - die Menschenwürde sowie den Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung der Jugend in den Vordergrund gerückt (vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.2 und 10.1.3). Die beanstandeten Spots zeigen zwar unmittelbar keine primären Geschlechtsorgane (diese sind unkenntlich gemacht); gesamthaft liegen sie aber jenseits dessen, was rundfunkrechtlich in erotischer Hinsicht zulässig erscheint: Im Bild werden unzweideutig verschiedene sexuelle Praktiken dargestellt; die Geschlechtsteile sind dabei nur pro forma abgedeckt; zudem sind in einigen Spots Dildos zu sehen, weshalb sich die Beschwerdeführerin zu Unrecht auf HEIMGARTNER beruft, der davon ausgeht, dass als pornographisch bloss die Darstellung sexueller Handlungen gelten könne, bei denen primäre Geschlechtsmerkmale oder aber "Surrogate" derselben eindeutig zu erkennen seien, oder wenn primäre oder sekundäre Geschlechtsmerkmale in extremis gezeigt würden (HEIMGARTNER, a.a.O., S. 1487).

6.2 Die pornographische Wirkung wird durch die krude Sprache zu den gezeigten, nur teilweise abgedeckten sexuellen Handlungen bzw. entsprechenden Positionen insofern verschärft, als jeweils Frauenstimmen aufreizend den Inhalt des bildlich teilabgedeckten Videos etwa mit den Worten kommentieren: "Privati Girls spräitze ihres Ärschli", "Fick mich tief und hart", "Geile Schülerinnen befriedigen sich mit ihrem Dildo", "Dr geilschti Sex vo hinä: Anal-Fuck-Party", "Harder than Hardcore: Lueg zue wi mi drü Mannä so richtig dra

nämet", "Naturgeiili Schülerinnen ab 18 Jahre befriedigen sich mit ihrem Dildo", "Geili jungi Meitli schläcket sich gägesiitig ihri Futzi" usw. Die Spots gehen damit über erotische Darstellungen hinaus; sie stellen vulgär und primitiv Menschen in Bild und Ton als reine, auswechselbare, jegliche menschliche Dimension verlierende Sexualobjekte dar. Dieser Eindruck wird zusätzlich dadurch unterstrichen, dass das erotische Rahmenprogramm ohne weiteren Inhalt bloss dazu dient, crossmedial ein möglichst geeignetes Umfeld zu schaffen, um einen starken, zahlungspflichtigen Rücklauf aus dem Publikum bzw. ein entsprechendes Herunterladen von Pornovideos bzw. -bildern auf das Handy zu provozieren.

6.3 Wenn die Beschwerdeführerin kritisiert, die UBI schliesse zu Unrecht vom pornographischen Inhalt der

für Erwachsene erlaubten Videos auf den pornographischen Inhalt der entsprechenden Werbespots, verkennt sie, dass Werbung für pornographische Videos, Sites oder SMS-Bilder weder straf- noch konzessionsrechtlich verboten ist, wenn dabei der Jugendschutz und die Würde des Menschen gewahrt bleiben. Nicht die Werbung für weichpornographische Inhalte von Videos ist zu kritisieren, sondern die konkrete Gestaltung der Werbung im Programm der Beschwerdeführerin; für diese hat sie unabhängig davon die Verantwortung zu tragen, dass Mehrwertdienstnummern mit pornographischen Angeboten (0906) als solche grundsätzlich nicht unzulässig sind. Die Beschwerdeführerin verweist vergeblich auf die Verantwortlichkeit der Betreiber der jeweiligen Mehrwertdienste; sie hat dafür zu sorgen, dass keine rundfunkrechtswidrigen Ausstrahlungen erfolgen; "pornographische" Werbespots der vorliegenden Art haben als solche zu gelten.

6.4 Die Kritik der Beschwerdeführerin, sie werde durch das rundfunkrechtliche Aufsichtssystem gegenüber anderen Medien, insbesondere gegenüber der geschriebenen Presse, benachteiligt, verkennt die besondere Wirkung, welche von den Bild- bzw. den audiovisuellen Medien ausgeht: Das Bild ist konkret, wirkt emotional unmittelbarer, ganzheitlicher und unentrinnbarer als das Wort. Nach den Empfehlungen des Presserats gelten für Bilder deshalb zumindest die gleichen berufsethischen Regeln wie für Texte; auch sie haben die Menschenwürde und den Persönlichkeitsschutz "in jedem Fall" zu achten (Stellungnahme Nr. 1/98 vom 20. Februar 1998 betreffend Bilder zu sexueller Gewalt ["Facts"]; vgl. auch STUDER/MAYR VON BALDEGG, Medienrecht für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2001, S. 158 ff.). Das Fernsehen wirkt insofern noch direkter, als es Bild und Ton

verknüpft und in eine zusammenhängende Abfolge setzt; zudem kommt ihm eine grössere Reichweite zu, weshalb es nicht nur im redaktionellen Teil, sondern auch bei der Werbung besonderen programmrechtlichen Vorgaben unterworfen werden darf (BGE 123 II 402 E. 5a S. 415 [VgT]mit Hinweisen; Urteil des EGMR i.S. Murphy gegen Irland vom 10. Juli 2003, Recueil CourEDH 2003-IX S. 33, Ziff. 69). Im Übrigen tragen auch die Printmedien regelmässig den ethischen Minimalregeln Rechnung, welche die Beschwerdeführerin bei der Gestaltung der umstrittenen Werbevideos verletzt hat: So lehnt etwa der Ringier-Verlag Erotik-Anzeigen in seiner Boulevardpresse mit "ein- oder zweideutige[n]Abbildungen von Modellen mit anzüglichem Ausdruck (Blick, Körperhaltung etc.) sowie Accessoires, die den erotischen Eindruck stark unterstreichen" ab; "Abdeckungen bzw. Zensurbalken" werden nicht geduldet. Zudem besteht eine Liste mit gesperrten Textinhalten, worunter ein Grossteil der in den ausgestrahlten Spots verwendeten Begriffe fällt (Insertionsbedingungen Rubrikanzeigen Erotik, gültig ab 1. Januar 2006).

6.5

6.5.1 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, der Jugendschutz sei vorliegend - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeinstanz - gar nicht berührt, da sie die entsprechenden Spots nach Mitternacht ausstrahle, wo angenommen werden dürfe, dass keine Jugendlichen mehr vor dem Fernseher sässen, verkennt sie die heutigen Realitäten: Wenn die UBI in ihren Guidelines davon ausgeht, eine Ausstrahlung nach 23 Uhr sei im Rahmen des Jugendschutzes in sensiblen Bereichen zulässig, bezieht sich dies auf Unterhaltungssendungen mit erotischen und in diesem umgangssprachlichen Sinn softpornographischen Inhalten (vgl. zur Begriffsabgrenzung: HEIMGARTNER, a.a.O., S. 1483). Damit sind nicht - losgelöst vom Inhalt des beworbenen Produkts - Werbespots der vorliegenden Art gemeint; zudem verliert der Zeitpunkt der Ausstrahlung einer Sendung im Hinblick auf den zeitverschobenen Fernsehkonsum als Instrument des Jugendschutzes zusehends an Bedeutung: Die in den Empfangsgeräten integrierten Set-Top-Boxen erleichtern mit ihren hohen Speicherkapazitäten den zeitverzögerten Konsum von Sendungen und ermöglichen dadurch den Zugang zu jugendgefährdenden Beiträgen immer regelmässiger auch ausserhalb der traditionell anerkannten späten Ausstrahlungszeiten (BBl

2003 S. 1670); schliesslich finden sich - wie bereits die UBI festgestellt hat - immer mehr

BGE 133 II 136 S. 149

Fernsehapparate nicht nur in Stuben, sondern direkt auch in Schlafzimmern von Jugendlichen (vgl. OSTENDORF, a.a.O., S. 380).

6.5.2 Zwar haben in erster Linie die Eltern dem Konsum von Medieninhalten entgegenzuwirken, welche Kinder oder Jugendlichen gefährden können; dies befreit die Beschwerdeführerin als konzessionierte Veranstalterin von Fernsehprogrammen jedoch nicht von ihren rundfunkrechtlichen Pflichten in diesem Bereich, selbst wenn mit Blick auf die Fülle des aus dem In- und Ausland über Internet zugänglichen einschlägigen Materials der Jugendschutz nicht vollumfänglich sichergestellt werden kann (vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.2 S. 68) und keine klar gesicherten, definitiven Erkenntnisse über die Wirkung von Erotik oder Pornographie auf die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen bestehen (SCHUMANN, a.a.O., S. 572 f. mit Hinweisen; vgl. immerhin OSTENDORF, a.a.O., S. 374). Eine damit verbundene abstrakte Gefahr genügt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 (zu Deutschland: SCHUMANN, a.a.O., S. 573 Fn. 41 mit Hinweis auf Gesetzesmaterialen und Expertenhearings; vgl. auch BVerfGE 83, 130 ["Josephine Mutzenbacher"], B.I.2b). Auch Art. 197 Ziff. 1 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt formuliert (vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.2).

6.6 Die UBI ist davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin habe mit den Werbespots zudem Art. 15 Abs. 1 lit. e RTVV 1997 verletzt. Nachdem bereits eine Rundfunkrechtsverletzung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG 1991 vorliegt, muss dieser Frage hier an sich nicht (mehr) weiter nachgegangen werden. Es rechtfertigen sich dennoch die folgenden Hinweise: Unzulässig im Sinne dieser Bestimmung ist eine Werbung, die sich die natürliche Leichtgläubigkeit der Kinder oder den Mangel an Erfahrung bei Jugendlichen zunutze macht oder ihr Anhänglichkeitsgefühl missbraucht. Es erscheint fraglich, ob mit den umstrittenen Werbespots tatsächlich die mangelnde Erfahrung von Jugendlichen im sexuellen Bereich ausgenutzt wird, da für das Herunterladen der beworbenen Sequenzen auf das Handy nicht der Programmveranstalter, sondern der Anbieter die Verantwortung trägt; die UBI hat die bei ihr beanstandeten (Werbe-)Sendungen zu prüfen und nicht den Wert oder Unwert des angebotenen Produkts zu beurteilen. Der Programmveranstalter hat seinerseits sicherzustellen, dass die ausgestrahlte Werbung in ihrer Form nicht die öffentliche Sittlichkeit beeinträchtigt und dem Jugendschutz zuwiderläuft. Die Tatsache allein, dass die portable Kommunikation mit SMS und MMS in erster Linie ein

BGE 133 II 136 S. 150

jugendliches oder junggebliebenes Publikum anspricht und dieses allenfalls über seine wirtschaftlichen Mittel hinaus von solchen Angeboten Gebrauch macht, genügte für sich allein deshalb nicht, um sämtliche im Radio oder Fernsehen ausgestrahlten crossmedialen Formen von Mehrwertdienstleistungen (Gewinnspiele, Ratespiele, Tele-Voting usw.) unter diese Bestimmung fallen zu lassen.

7. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass der angefochtene Entscheid der UBI nicht bundesrechtswidrig ist und weder Bundesverfassungs- noch Konventionsrecht verletzt: Der damit verbundene Eingriff in die Wirtschafts- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit beruht auf einer durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisierten gesetzlichen Grundlage (Art. 6 RTVG 1991), liegt zur Wahrung der Jugendlichen vor (Werbe-)Sendungen, die geeignet sind, ihre ethische Entwicklung zu beeinträchtigen, indem menschenverachtendes

Verhalten im sexuellen Bereich als üblich, positiv und nachahmenswert dargestellt wird, im öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig, da dadurch nicht jegliche Werbung für zulässige weiche Pornographie verboten wird. Zwar erstreckt sich die Meinungsäusserungsfreiheit von Art. 10 EMRK auch auf pornographische Darstellungen, die keinerlei informativen Gehalt aufweisen und rein kommerziellen Zwecken dienen, doch räumt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den nationalen Behörden in diesem Zusammenhang einen relativ grossen Beurteilungsspielraum ein (BGE 128 IV 201 E. 1.4.3), der hier nicht überschritten wurde. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.