

# **BGer 2A.563/2006 vom 3. Mai 2007**

Bundesgericht, 2007-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.563\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.563_2006)

FR: TF 2A.563/2006 du 3 mai 2007

IT: TF 2A.563/2006 del 3 maggio 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid erging am 30. Juni 2006 und damit vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juli 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110, AS 2006 1205 ff.). Die vorliegende Eingabe ist somit noch nach den Regeln des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) zu erledigen (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG ; Mitteilungen des Bundesgerichts zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, Ziff. I, publ. in: ZBl 108/2007 S. 56).

#### **E. 1.2.1**

Am 1. April 2007 ist das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG 2006) in Kraft getreten (AS 2007 737 ff., dort S. 781; SR 784.40), welches die gleichnamige Regelung vom 21. Juni 1991 ersetzt hat (RTVG 1991; AS 1992 S. 601). Art. 113 Abs. 2 RTVG 2006 sieht vor, dass das Gesetz von 1991 Anwendung findet, falls sich ein aufsichtsrechtlicher Sachverhalt vor Inkrafttreten des neuen Rechts ereignet hat und ein Verfahren hängig ist; am 1. April 2007 hängige Aufsichtsverfahren sind durch die nach dem neuen Recht zuständige Behörde nach dem angepassten Verfahrensrecht zu erledigen (Art. 113 Abs. 1 RTVG 2006).

#### **E. 1.2.2**

Das aufsichtsrechtliche Verfahren wurde im vorliegenden Fall mit dem Entscheid der UBI am 30. Juni 2006 abgeschlossen und bezog sich auf einen altrechtlichen Sachverhalt; dieser beurteilt sich somit - auch hinsichtlich der Zuständigkeit - noch nach dem Radio- und Fernsehgesetz von 1991 und der Rechtsprechung hierzu (vgl. die Botschaft des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, in: BBl 2003 S. 1569 ff., dort S. 1751).

#### **E. 1.3**

Der Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen über die rundfunkrechtliche Konformität einer Sendung kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 65 Abs. 2 RTVG 1991). Die Star TV AG als Veranstalterin der umstrittenen Sendung wird durch die Feststellung, Programmbestimmungen verletzt zu haben, in ihrer Programmautonomie (vgl. Art. 17 und Art. 93 Abs. 3 BV ) und damit in schutzwürdigen eigenen Interessen berührt ( Art. 103 lit. a OG ). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. Den vor der Unabhängigen Beschwerdeinstanz aufgetretenen Populärbeschwerdeführern kommt im bundesgerichtlichen Verfahren regelmässig keine Parteistellung zu. Ihre Stellungnahme ist als Vernehmlassung weiterer Beteiligter im Sinne von Art. 110 Abs. 1 OG entgegenzunehmen ( BGE 131 II 253 E. 1.2 mit Hinweisen [Rentenmissbrauch]).

### **E. 2.1.1**

Nach Art. 58 Abs. 2 RTVG 1991 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 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).

### **E. 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.; 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 unesehen Anwendung finden können (etwa das "Sachgerechtigkeitsgebot"; vgl. BGE 126 II 7 E. 3c/bb [ACS/TCS]; 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]; 118 Ib 356 E. 3c S. 361 ["Camel-Trophy"]; vgl. auch die Urteile 2A.303/2004 vom 26. Januar 2005, E. 3 u. 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]).

### **E. 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 (BBI 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 RTVG 2006), 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).

### **E. 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 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 (BBI 1984 I 364 ff.) verboten - noch vor Inkrafttreten des Radio- und Fernsehgesetzes von 1991 - Spots, die gegen die guten Sitten verstieszen (Art. 9 lit. a), wobei die Frage im Einzelfall durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz beurteilt wurde (vgl. VPB 56/1992 Nr. 25 E. 2 ["Anleihe SRG"]).

### **E. 2.2.2**

Die UBI war somit kompetent, zu prüfen, ob die beanstandeten Werbespots gegen Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 verstieszen. 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; BBI 2003 S. 1628; Art. 13 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007; AS 2007 787 ff., dort S. 792 [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 (E. 6.3).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht geltend, der angefochtene Entscheid sei nichtig. Im Dispositiv werde lediglich festgestellt, dass sie "Programmrechtsbestimmungen" verletzt habe, indessen nicht gesagt, welche Bestimmungen gemeint seien; dies könne ihr nicht "zugemutet" werden. Sie habe ein offensichtliches Interesse daran, dass nicht nur pauschal beurteilt werde, ob eine

Programmrechtsverletzung vorliege, sondern auch inwiefern dies der Fall sei.

### **E. 3.2.1**

Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit einer Verfügung wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet erscheint. Inhaltliche Mängel haben nur selten die Nichtigkeit zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie gegebenenfalls schwer wiegende Verfahrensfehler in Betracht ( BGE 132 II 21 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2.2**

Von einer solchen Mangelhaftigkeit kann vorliegend nicht die Rede sein: Wie dargelegt, war die UBI befugt, die bei ihr eingereichte Populärbeschwerde zu prüfen, auch wenn sie sich auf Werbespots bezog. Zwar beschränkt sich das Dispositiv ihres Entscheids darauf, festzustellen, dass Programmrechtsbestimmungen verletzt worden sind; aus ihrer Begründung ergibt sich indessen klar, dass damit Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG 1991 sowie Art. 15 Abs. 1 lit. e RTVV 1997 gemeint waren, auf welche sie eingehend Bezug nahm. Ihr Entscheid bildet in Dispositiv und Begründung eine Einheit, auch wenn im Urteilserkenntnis nicht noch einmal ausdrücklich auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen worden ist. Aus diesen ergibt sich auch klar, dass nicht alle Werbungen beanstandet wurden, sondern bloss jene mit "pornographischem" Charakter.

### **E. 3.2.3**

Die Beschwerdeführerin war damit in der Lage, sich diesbezüglich mit dem angefochtenen Entscheid detailliert auseinanderzusetzen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör wurde dementsprechend nicht verletzt (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2), selbst wenn sie geltend macht, nur "hypothetisch" davon auszugehen, das Dispositiv beziehe sich auf die genannten Werbespots und Bestimmungen. Anhaltspunkte dafür, dass die UBI befangen gewesen sein könnte, bestehen nicht. Da die Unabhängige Beschwerdeinstanz Sendungen nur auf Beschwerde hin prüfen kann (vgl. Art. 62 RTVG 1991), geht auch die Kritik fehl, sie habe die Beschwerdeführerin im Vergleich zu anderen Veranstaltern rechtsungleich behandelt.

### **E. 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 insofern 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 ["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).

#### **E. 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 vereinzelt 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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:

##### **E. 5.2.1**

Nach dem Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989 (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 unsittlich 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 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).

### **E. 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 Fernsehaktivität in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juni 1997).

### **E. 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.], Strafgesetzbuch II, Basler Kommentar, N. 12 ff. zu Art. 197; 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, Band 133, Ziff. 35, sowie Scherer gegen Schweiz vom 14. Januar 1993, Serie A, Band 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 sozialetischer 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"]).

### **E. 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 vergrößert 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 blosses 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").

### **E. 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 (BB1 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" (BB1 2003 S. 1668).

### **E. 6**

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

#### **E. 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).

#### **E. 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 sprätze 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", "Naturgeili Schülerinnen ab 18 Jahre befriedigen sich mit ihrem Dildo", "Geili jungi Meitli schläcket sich gägesitig 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.

### **E. 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.

### **E. 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).

### **E. 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 ausstrahlen, wo angenommen werden dürfte, dass keine Jugendlichen mehr vor dem Fernseher sassen, 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 Fernsehapparate nicht nur in Stuben, sondern direkt auch in Schlafzimmern von Jugendlichen (vgl. Ostendorf, a.a.O., S. 380).

### **E. 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 Gesetzesmaterialien 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).

### **E. 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 junges oder junggebliebenes Publikum anspricht und dieses allenfalls über seine wirtschaftlichen Mittel hinaus von solchen Angeboten Gebrauch macht, genügt 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.

#### **E. 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.

#### **E. 8**

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu tragen (Art. 156 Abs. 1 i.V.m. Art. 153 und Art. 153a OG ). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet, nachdem die Beschwerdegegner nur als weitere Beteiligte in das Verfahren einbezogen wurden (vgl. Art. 159 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.