Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-8318/2007
{T 1/2}

Urteil vom 3. Februar 2009

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter Beat Forster,
Richter Lorenz Kneubühler, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

Star TV AG, Wagistrasse 2, 8952 Schlieren,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Florian Baumann und
Rechtsanwältin Silvia Eggenschwiler Suppan,
Kellerhals Hess Rechtsanwälte, Rämistrasse 5,
8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM),
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Werbung.

Sachverhalt:

A.
Die Star TV AG strahlte bis Ende Oktober 2006 das erotische Nachtprogramm „Lovers TV“ aus, welches von den Firmen Lawa AG, Zürich und Televox AG, Zürich produziert wurde. Für die Überlassung der Sendezeit entschädigten die Produzentinnen die Star TV AG mit Fr. 100'000.-- pro Monat (vgl. Kooperationsvertrag vom 3. Februar 2003, Beschwerdebeilage 3). Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) eröffnete am 18. September 2006 ein Aufsichtsverfahren gegen die Star TV AG wegen möglicher Verletzung der Werbe- und Sponsoringvorschriften im Nachtprogramm „Lovers TV“ vom 13. September 2006. Gegenstand der Untersuchung waren unter anderem die am unteren Bildschirmrand eingeblendeten Lauftexte, die einerseits im „Erotic Magazine“ während den Sequenzen aus Erotic-Clips und andererseits während den Filmausschnitten der Sequenz „Erotic Amateurs“ eingespielt wurden. Mit Schreiben vom 9. August 2007 informierte das BAKOM die Star TV AG über die Absicht, unrechtmässig erzielte Einnahmen einzuziehen und gewährte dieser das rechtliche Gehör.

B.
Das BAKOM kam mit Verfügung vom 7. November 2007 unter anderem zum Schluss, die Star TV AG habe während des redaktionellen Programms der Sendung „Lovers TV“ Lauftext-Werbung ausgestrahlt und damit das Werbetrennungebot verletzt (Dispositiv Ziff. 1.4). Im Sinne einer administrativen Massnahme ordnete es die Einziehung von Fr. 100'000.-- an (Dispositiv Ziff. 4).

C.
Mit Eingabe vom 7. November 2007 (recte: 7. Dezember 2007) führt die Star TV AG (Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung des BAKOM (Vorinstanz) vom 7. November 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragt, Dispositiv Ziff. 1.4 sowie 4 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und von einer Einziehung von Einnahmen sei vollumfänglich abzusehen. Eventualiter sei die Einziehung von Einnahmen zeitlich zu beschränken auf die Ausstrahlungszeit der dem Verfahren zugrunde liegenden Sendung vom 13. September 2006 (4 Wochen).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Lauftexte seien keine Werbung, sondern lediglich sogenannte Publikumsteaser oder interaktive

Elemente, welche die Attraktivität der Sendung für den Zuschauer erhöhen sollten. Weiter habe die Vorinstanz einen Verstoss gegen die Werbevorschriften nur für die Sendung vom 13. September 2006 festgestellt, weshalb sich eine allfällige Einziehung auf die Laufzeit dieser Sendung von 4 Wochen beschränken müsse. Aber auch in diesem Zeitraum seien ihr keine Vorteile entstanden, die eingezogen werden könnten. Überdies wäre eine Einziehung unverhältnismässig, da sie sich von den Produzentinnen die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen vertraglich habe zusichern lassen und von allfälligen Rechtsverletzungen nicht profitiert habe. Schliesslich sei die Vorinstanz in ihrer Aufforderung zur Stellungnahme vom 9. August 2007 bezüglich der Berechnung des einzuziehenden Betrags von anderen Parametern ausgegangen als nun in der angefochtenen Verfügung. Diese unbegründete Änderung der selbst gesetzten Parameter, zu welcher sie nicht habe Stellung nehmen können, verletze das rechtliche Gehör.

D.
Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 29. Januar 2008 auf Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, für die Qualifikation als Werbung sei unwesentlich, ob die beworbene Ware oder Dienstleistung selbst entgeltlich sei. Vielmehr sei entscheidend, dass die Einnahmen in der Höhe von Fr. 100'000.-- pro Monat die Gegenleistung bildeten für die Abtretung von Sende- und Werbezeit an externe Produzentinnen. Zur Verletzung des rechtlichen Gehörs erläutert die Vorinstanz, sie habe die mutmassliche Berechnung der Einziehung der Beschwerdeführerin nicht zwingend unterbreiten müssen. Zudem sei erst durch die Edition des Kooperationsvertrags in begrenztem Rahmen eine präzise, allerdings vom Entwurf abweichende Berechnung möglich gewesen. Schliesslich könne mit Hilfe des Entscheids der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 30. Juni 2006 belegt werden, dass bereits Anfangs 2006 werbliche Lauftexte ausgestrahlt worden seien.

E.
In ihrer Replik vom 30. April 2008 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie ist der Ansicht, die Kenntnis der Vorinstanz des Kooperationsvertrags habe mit der Änderung des Berechnungsparameters nichts zu tun. Der Vertrag definiere zudem klar, für welche Gegenleistung die Vergütung von Fr. 100'000.-- geschuldet sei; für die Lauftexte sei keine solche vorgesehen. Weiter handle es sich bei den Lauftexten lediglich um Begleitmaterialien, hinter denen keinerlei kommer-

zielle Motivation stecke. Weder ihr noch den Produzentinnen seien durch die Lauftexte Einnahmen angefallen. Auch habe die Vorinstanz praktisch identische Lauftexte in einem früheren Verfahren im Jahr 2002/2003 für zulässig erachtet. Dem von der Vorinstanz zitierten UBI-Entscheid seien darüber hinaus die Inhalte der Lauftexte und die Dauer derselben nicht zu entnehmen. Die Annahme einer über die Sendung vom 13. September 2006 hinausgehenden Ausstrahlung sei willkürlich. Schliesslich betrage die Dauer des Lauftextes in der Sendung vom 13. September 2006 nicht wie von der Vorinstanz vorgebracht 30, sondern lediglich 11,7 Minuten pro Stunde.

F.
Mit Duplik vom 11. Juni 2008 macht die Vorinstanz geltend, die beanstandeten Sequenzen förderten den Abschluss von Rechtsgeschäften und die Botschaften seien gegen Entgelt bzw. eine geldwerte Leistung ausgestrahlt worden. Nicht entscheidend sei, dass hierbei Einnahmen erzielt würden. Weiter sei irrelevant, ob im Kooperationsvertrag die Einblendung von Lauftexten namentlich erwähnt werde. Abschliessend weist die Vorinstanz darauf hin, sie stelle als Basis für die Berechnung eines konkreten Einziehungsbetrags grundsätzlich auf die gesamte Vertragsdauer ab.

G.
Auf Aufforderung des Instruktionsrichters äussert sich die Vorinstanz mit ergänzender Duplik vom 13. August 2008 zu ihrer Praxis, unter welchen Umständen sie Lauftexte als Hinweise auf Begleitmaterialien, welche nicht als Werbung gelten, qualifiziert.

H.
Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahme vom 28. August 2008 fest, für die Lauftexte sei nie eine Gegenleistung vereinbart oder bezahlt worden. Auch sei sie mit Bezug auf die Inhalte der Lauftexte an keinen Einnahmen beteiligt gewesen. Folglich handle es sich bei den Lauftexten nicht um Werbung, sondern um Hinweise auf Begleitmaterialien.

I.
Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung vorliegender Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.1 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

1.2 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
Im Sinne einer Vorbemerkung ist auf das vorliegend anwendbare Recht hinzuweisen: Am 1. April 2007 trat eine revidierte Radio- und Fernsehgesetzgebung in Kraft (vgl. das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40] sowie die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]). Die angefochtene Verfügung mit Datum vom 7. November 2007 ist aufsichtsrechtlicher Natur und bezieht sich auf einen Sachverhalt, der

sich noch unter der Geltung des alten Rechts zugetragen hat (vgl. das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [aRTVG, AS 1992 601] sowie die Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 [aRTVV, AS 1997 2903]). Gemäss der Übergangsbestimmung des neuen RTVG (Art. 113 Abs. 2 RTVG) kommen im vorliegenden Fall dementsprechend noch das aRTVG und die aRTVV zur Anwendung, was von den Parteien auch nicht bestritten wird.

4.
Die Beschwerdeführerin macht vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorinstanz sei in ihrer Aufforderung zur Stellungnahme vom 9. August 2007 bezüglich der Berechnung des einzuziehenden Betrags von anderen Parametern ausgegangen als nun in der angefochtenen Verfügung. Zu dieser unbegründeten Änderung der selbst gesetzten Parameter habe sie nicht Stellung nehmen können. Wolle eine Behörde einen Entscheid mit einer völlig neuen, von den Parteien in keiner Weise zu erwartenden Begründung versehen, so müsse sie den dadurch möglicherweise Betroffenen vorgängig das rechtliche Gehör gewähren. Zudem sei von einer Erhöhungsmöglichkeit nie die Rede gewesen und habe die Änderung der Parameter nichts mit der Kenntnis der Vorinstanz des Kooperationsvertrags zu tun. Auch sei eine Heilung des rechtlichen Gehörs vorliegend nicht möglich, da die Vorinstanz das Abweichen von den selbst gesetzten Parametern in keiner Weise begründet habe.

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst mehrere Teilgehalte, so das Recht auf Informationen über den Verfahrensausgang, die Möglichkeit sich zu äussern, bevor entschieden wird, und dabei angehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie auf einen begründeten Entscheid (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 129; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 846 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheids führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst. In der Praxis ist die Heilung einer – nicht besonders schwerwiegenden – Gehörsverletzung aber dann möglich, wenn die Beschwerdeinstanz in denjenigen Fragen, in denen

das rechtliche Gehör verletzt worden ist, dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz und entsprechend das Versäumte nachholen kann (BGE 133 I 201 E. 2.2 mit Hinweisen).

4.2 Ob vorliegend tatsächlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs stattgefunden hat, indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Änderung der von ihr gesetzten Berechnungsparameter nicht angehört bzw. diese Änderung nicht oder mangelhaft begründet hat, kann vorliegend offen gelassen werden. Denn wie die nachfolgenden Erwägungen (vgl. E. 16 ff.) zeigen, ist die angefochtene Verfügung ohnehin aufzuheben und die Angelegenheit zum weiteren Vorgehen und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Überprüft das Bundesverwaltungsgericht die Streitsache entsprechend nicht vollumfänglich, fällt auch eine Heilung einer allfälligen Gehörsverletzung ausser Betracht.

5.
Vorliegend ist umstritten, ob die Lauftexte der im Rahmen des Nachtprogramms „Lovers TV“ ausgestrahlten Sendungen „Erotic Magazine“ und „Erotic Amateurs“ vom 13. September 2006 als Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV zu qualifizieren sind.

Die fraglichen, von der Vorinstanz beurteilten Lauftexte, die während der Sendung am unteren Bildschirmrand eingespielt wurden, lauten wie folgt:

- „Topaktuelle Cherry News GRATIS auf dein Handy! Sende NEWS an 646 (-.20/SMS) für ein kostenloses Schnupper-ABO! Ab 18 Jahren.“

- „Bi üs chunsch heissi Telefon-Erotik zum Festnetztarif über! Lüt schnäll uf 044 511 59 59 a und la dich vo heisse CH-Girls verwöhne! Ab 18 Jahren.“

- „Ein heisses GRATIS-PUSSY-BILD direkt auf dein Handy! Sende schnell ein SMS mit PIC an 639 (0.40/mms) und schon hast Du Dein geiles und KOSTENLOSES PIC! Ab 18 Jahren.“

- „TELETEXT 610: Lust auf ein spritziges Date? Gib jetzt ein Inserat im grössten Erotik Kontaktmarkt der CH per SMS auf TXT 610.“

- „Hol dir jetzt den Gratis Sex Video-Clip auf dein Handy! Sende HC1 an 644 (0.40/MMS). Ab 18 Jahren.“

6.

Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, die Lauftexte seien keine Werbung, sondern lediglich sogenannte Publikumsteaser oder interaktive Elemente, welche die Attraktivität der Sendung für den Zuschauer erhöhen sollten. Solche Hinweise auf Begleitmaterialien, die inhaltlich in direktem Zusammenhang mit den Programmen stünden, gälten nicht als Werbung. Mit ihnen würden weder von ihr noch von den Produzentinnen Werbeeinnahmen oder zählbare andere Einnahmen erwirtschaftet. Es stecke keine finanzielle Motivation hinter diesen Hinweisen. Der SMS-Preis entspreche dem Einkaufspreis, die Telefonerotik werde zu normalen Festnetztarifen belastet und der Gratis-Clip könne zum MMS-Einkaufspreis heruntergeladen werden. Auch der Verweis auf die Teletextseite bringe keine Einnahmen. Mit dem Kooperationsvertrag habe sie den Produzentinnen eine Zeitschiene eingeräumt, welche auch die potentielle Werbezeit von 12 Minuten pro Stunde sowie die Teletextseiten 600-800 beinhalte. Für diese Zeitschiene habe sie Fr. 100'000.-- pro Monat bekommen, egal ob die Produzentinnen einen Gewinn erzielt hätten oder nicht. Diese Vergütung sei eine Abgeltung für konkrete Gegenleistungen gewesen. Für die Lauftexte habe sie keine solche Vergütung erhalten. Auch verpflichte der Vertrag die Produzentinnen, bei sämtlichen Werbemassnahmen die gesetzlichen Bestimmungen und die Vorschriften der Vorinstanz zu beachten. Darüber hinaus habe die Vorinstanz in einem früheren Verfahren im Jahre 2002/2003 mit Schreiben vom 7. März 2003 praktisch identische Lauftexte als zulässig erachtet und somit nicht als Werbung qualifiziert. Diese Lauftexte seien der beiliegenden DVD zu entnehmen, die das Programm „Lovers TV“ in der Zeit vom 24. Februar bis 9. März 2003 wiedergebe. Qualifiziere die Vorinstanz praktisch identische Lauftexte unterschiedlich, verstosse sie gegen das Willkürverbot.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Qualifizierung als Werbung hange in keiner Weise davon ab, ob die angebotenen Dienste unentgeltlich seien oder ob aus den eingeblendeten Nummern Einnahmen erzielt würden. Der Werbebegriff basiere inhaltlich auf einer öffentlichen Äusserung, die auf den Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen oder auf eine andere vom Werbetreibenden gewünschte Wirkung abziele. Eine Aufforderung zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts sei jedoch nicht zwingend. Diese werbliche Botschaft verbreite die Veranstalterin gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung. Die Produzentinnen hätten auf die Abgeltung der Produktionskosten verzichtet (geldwerte Leistung) und darüber hinaus eine

beträchtliche Geldleistung erbracht. Für die Qualifizierung als Werbung sei entscheidend, dass die Fr. 100'000.-- pro Monat die Gegenleistung für die Abtretung der Sende- und Werbezeit an externe Produzentinnen bildeten. Inhaltlich seien die Lauftexte klar kommerzielle Botschaften und somit als Werbung zu qualifizieren. Auch wenn die Lauftexte nicht eindeutig als kommerzielle Botschaften zu qualifizieren wären, wäre der Werbebegriff erfüllt. Denn der rundfunkrechtliche Werbebegriff sei weit gefasst und beinhalte auch die ideelle Werbung. Auch handle es sich bei den Lauftexten nicht um Begleitmaterialien, die nicht unter den Werbebegriff fielen. Gemäss ihrer Praxis könne es sich nur dann um Begleitmaterialien handeln, wenn keine Gegenleistung eines Dritten an die Erwähnung derselben gekoppelt sei. Vorliegend erhalte die Beschwerdeführerin für die Ausstrahlung der Lauftexte jedoch eine Gegenleistung. Zum Verfahren im Jahr 2002/2003 führt die Vorinstanz aus, sie habe damals einzig bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands akzeptiert, dass die Lauftexte den Aufbau einer Viewer-Community fördern sollten.

7.

Werbung und Sponsoring ermöglichen die Finanzierung von Programmen. Zugunsten der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen (Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit) bedarf es dabei einer gesetzlichen Rahmenordnung, die einerseits eine klare Trennung von redaktionellen Programminhalten und Werbebotschaften erlaubt, andererseits die Drittfinanzierung und das damit verbundene Beeinflussungspotenzial von Programmen erkennbar werden lässt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2278/2006 vom 30. Oktober 2007 E. 6.3 mit Hinweis). So verlangt denn auch Art. 18 Abs. 1 aRTVG, dass Werbung vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein muss.

Als Werbung gilt dabei jede öffentliche Äusserung zur Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, zur Unterstützung einer Sache oder einer Idee oder zur Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung, wofür dem Werbetreibenden gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung Sendezeit zur Verfügung gestellt wird (Art. 11 Abs. 1 aRTVV, vgl. auch Art. 2 Bst. k RTVG). Art. 11 Abs. 1bis aRTVV hält weiter fest, dass als Werbung auch Eigenwerbung des Veranstalters gilt, mit Ausnahme von Hinweisen auf eigene Programme und Begleitmaterialien, die inhaltlich in direktem Zusammenhang mit diesem Programm ste-

hen.

Ebenfalls zu beachten sind die Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989 (EÜGF, SR 0.784.405). Die Bestimmungen des EÜGF sind über weite Strecken inhaltlich identisch mit denjenigen des aRTVG bzw. der aRTVV; dies gilt etwa für die Werbe-Begriffsbestimmung in Art. 2 Bst. f.

Die Vorinstanz hat zudem Sponsoring-Richtlinien (Sponsoring-Richtlinien BAKOM, Biel Juni 1999) herausgegeben. Funktion der Richtlinien ist es unter anderem, die unbestimmten Rechtsbegriffe der Werbung und des Sponsorings mit Blick auf eine einheitliche Entscheidpraxis und damit im Dienste der Rechtssicherheit näher auszuführen. Diese Richtlinien wurden mit dem Rundschreiben zu Werbung und Sponsoring des BAKOM vom Mai 2002 ergänzt. Seit dem 1. Juli 2008 existiert zudem eine aktualisierte Fassung dieser Richtlinien (Sponsoring-Richtlinien BAKOM, Biel 2008). Im vorliegenden Zusammenhang besteht kein Anlass zur Annahme, dass die in den Richtlinien wiedergegebenen Überlegungen dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zuwiderlaufen würden. Die Beschwerdeführerin stellt die Richtlinien als solche denn auch nicht in Frage.

8.

Der Kooperationsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und den Produzentinnen vom 3. Februar 2003 sieht unter anderem vor, dass die Beschwerdeführerin diesen für die von ihnen produzierte Sendung „Lovers TV“ Sendezeit zur Verfügung stellt. Gemäss Vertrag besteht die Sendung aus erotischer Unterhaltung sowie aus 3 x 4 = 12 Minuten Werbespots pro Stunde und wird von den Produzentinnen in von ihnen bestimmten Zeitabständen inhaltlich erneuert (Ziff. 1). Weiter stellt die Beschwerdeführerin den Produzentinnen die Teletextseiten 600-800 für Werbung und zur freien Vermarktung zur Verfügung (Ziff. 2) und die Beschwerdeführerin verpflichtet sich, auf der Teletextseite 100 mit einem Link auf die Erotik-Angebote der Produzentinnen ab Teletextseite 600 hinzuweisen (Ziff. 3). Darüber hinaus stehen den Produzentinnen 50% der Einnahmen aus allfälligen Balkenwerbung mit erotischen Angeboten auf der Teletextseite 100 zu (Ziff. 4). Die Produzentinnen entschädigen die Beschwerdeführerin für die Leistungen gemäss Ziff. 1-4 mit Fr. 100'000.-- pro Monat (Ziff. 5).

9.
Die Lauftexte weisen auf die Bestellmöglichkeit eines Schnupperabos für Cherry-News hin, bieten Telefonerotik sowie Erotik-Bilder an, preisen die Aufgabe eines Kontaktinserats an und offerieren einen Sex-Video-Clip fürs Handy (vgl. E. 5 hiervor). Mit den Lauftexten werden Produkte der Produzentinnen angepriesen, die auf den kurzfristigen Abschluss von konkreten Rechtsgeschäften ausgerichtet sind (vgl. hierzu BGE 126 II 7 E. 5 sowie ROLF H. WEBER, Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring, in: Mitteilungen über das Immaterialgüterrecht [SMI] 1993, S. 215 ff.; Entscheid des UVEK 519.1-328 vom 28. Juni 2006 E. 3).

9.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Qualifizierung als Werbung ein, es mangle einerseits an der erforderlichen Entgeltlichkeit der zur Verfügung gestellten Sendezeit für die Lauftexte. Sie erhalte mithin von den Produzentinnen für die Ausstrahlung dieser Lauftexte keine Entschädigung, was für die Qualifizierung als Werbung aber notwendig sei. Andererseits handle es sich bei den Lauftexten ohnehin um Hinweise auf Begleitmaterialien, welche nicht unter den Werbebegriff fielen.

9.2 Der Werbebegriff ist rechtlich weit definiert und umschreibt einen eigentlichen Auffangtatbestand: Alles, was werbenden Charakter hat und – wie von der Beschwerdeführerin richtigerweise als Voraussetzung für die Qualifizierung als Werbung geltend gemacht – gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung im Programm platziert wird, erfüllt den Tatbestand der Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV und unterliegt den entsprechenden Rechtsfolgen, d.h. muss insbesondere vom übrigen Programm abgetrennt werden. Die Qualifizierung als Werbung setzt nicht voraus, dass aus dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Gewinn resultiert. Mit anderen Worten muss die Ausstrahlung der Lauftexte nicht zur Folge haben, dass die Nutzung der angepriesenen Produkte durch die Konsumentinnen und Konsumenten für die Beschwerdeführerin oder die Produzentinnen einen Gewinn abwirft. Weder ist der Legaldefinition der Werbung in Art. 11 Abs. 1 aRTVV noch den Materialien oder der Literatur Gegenteiliges zu entnehmen. Somit ist es unerheblich, ob die SMS- bzw. MMS-Kosten lediglich dem Einkaufspreis entsprochen haben und ob die Telefonangebote zu Festnetzpreisen angeboten worden sind. Der werbliche Charakter eines Angebots – vorliegend die Werbung für erotische Angebote – verlangt keine Entgeltlichkeit eben dieser Offerte, mithin kann

auch ein unentgeltliches Angebot unter den Begriff der Werbung fallen, sofern es auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts, auf die Unterstützung einer Sache bzw. einer Idee oder auf die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung gerichtet ist. Sobald eine Gegenleistung für die Ausstrahlung der Werbebotschaften erbracht wird, handelt es sich somit um Werbung im Sinne der Verordnung. Folglich steht auf der einen Seite die Einräumung von Sendezeit zur freien Gestaltung und auf der Gegenseite die Erbringung einer Gegenleistung (zum Ganzen ausführlich: WEBER, a.a.O., S. 217; MARTIN DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band „Informations- und Kommunikationsrecht", Unterband „Rundfunkrecht", Basel 1996, Rz. 272; PHILIPP MÄDER, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen, S. 157; Entscheid des UVEK 519.1-328 vom 28. Juni 2006 E. 5; Entscheid des BAKOM vom 2. Juli 2004 E. 3).

9.3 Somit ist vorliegend einzig massgebend, ob die Beschwerdeführerin den Produzentinnen gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung Sendezeit für die Ausstrahlung der werblichen Lauftexte zur Verfügung gestellt hat. Denn sobald auch die Ausstrahlung von Hinweisen auf Begleitmaterialien, welche gemäss Art. 11 Abs. 1bis aRTVV grundsätzlich nicht als Werbung angesehen werden, gegen eine Gegenleistung erfolgt, handelt es sich um Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV. Mit anderen Worten müssen Hinweise auf Begleitmaterialien ohne Erbringung einer Gegenleistung ausgestrahlt werden, damit sie nicht unter den rundfunkrechtlichen Werbebegriff fallen. Dieses Erfordernis bzw. diese Bedingung ergibt sich sinngemäss aus Art. 11 Abs. 1bis aRTVV und wird durch die Materialien zum heute geltenden Recht bestätigt und in der heutigen RTVV dann auch explizit erwähnt: Art. 11 Abs. 1 Bst. c RTVV hält fest, dass Hinweise auf Begleitmaterialien nur dann nicht als Werbung gelten, wenn sie ohne Gegenleistung ausgestrahlt werden. Hierzu äussert sich der erläuternde Bericht zur RTVV (Total revidierte Radio- und Fernsehverordnung [RTVV] – Erläuternder Bericht, 9. März 2007, UVEK, S. 5 f.) dahingehend, dass dieses Erfordernis der fehlenden Entgeltlichkeit der Ausstrahlung von Hinweisen auf Begleitmaterialien keine Neuerung der Totalrevision der Radio- und Fernsehgesetzgebung ist. Vielmehr entspreche Art. 11 Abs. 1 Bst. c RTVV Art. 11 Abs. 1 aRTVV. Dies stimmt im Übrigen mit der Praxis der Vorinstanz überein. Nach dieser kommt unter dem aRTVG bzw. der aRTVV der Begriff des Begleitmaterials nur dann zum Tragen, wenn keine Gegenleistung eines Dritten an die Erwähnung

des Begleitmaterials gekoppelt ist (vgl. die Ausführungen der Vorinstanz in der ergänzenden Duplik vom 13. August 2008 sowie den Entscheid des BAKOM vom 2. Juli 2004 E. 3e, bestätigt durch den Entscheid des UVEK 519.1-258 vom 25. Oktober 2006 E. 4 S. 13).

Folglich ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für die Lauftextausstrahlung von den Produzentinnen eine Gegenleistung erhalten hat. Ist dies zu bejahen, erübrigt sich eine weitergehende Prüfung der Lauftexte dahingehend, ob es sich bei diesen Botschaften um Hinweise auf Begleitmaterialien handelt.

9.4 Hinsichtlich der Frage, ob die Beschwerdeführerin für die Ausstrahlung der fraglichen Lauftexte von den Produzentinnen eine Gegenleistung erhalten hat, ist zwar mit der Beschwerdeführerin einig zu gehen, dass der Kooperationsvertrag die fraglichen Lauftexte nicht ausdrücklich erwähnt. Doch erhält die Beschwerdeführerin gemäss Vertrag für das Zurverfügungstellen von Sendezeit für die Sendung „Lovers TV“ – bestehend aus erotischer Unterhaltung und Werbespots von 3 x 4 = 12 Minuten pro Stunde – und von Teletextseiten eine monatliche Pauschalentschädigung von Fr. 100'000.--. Die Vertragspartnerinnen haben der Beschwerdeführerin nicht nur Fr. 100'000.-- bezahlt, sondern für diese auch eine Sendung produziert. Die Gegenleistung der Beschwerdeführerin bestand darin, den Produzentinnen den Sendeplatz zur Verfügung zu stellen für die Werbeblöcke und eben auch die Bannerwerbung. Für Letztere waren die Lauftexte zweifellos wirtschaftlich interessant, weil sie damit für (eigene und/oder dritte) Produkte und Dienstleistungen werben konnten. Ihre Leistung zugunsten der Beschwerdeführerin wäre mit anderen Worten geringer ausgefallen, wenn die Möglichkeit, Lauftexte auszustrahlen, entfallen wäre. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin hierfür eine Gegenleistung erhalten hat.

10.

Die Beschwerdeführerin macht im Zusammenhang mit der Qualifizierung der fraglichen Lauftexte als Werbung weiter geltend, die Vorinstanz habe in einem früheren Verfahren im Jahre 2002/2003 mit Schreiben vom 7. März 2003 praktisch identische Lauftexte als zulässig erachtet und somit nicht als Werbung qualifiziert. Diese Lauftexte seien der beiliegenden DVD (Replikbeilage 3) zu entnehmen, die das Programm „Lovers TV“ in der Zeit vom 24. Februar bis 9. März 2003 wiedergebe. Qualifiziere die Vorinstanz praktisch identische Lauftexte un-

terschiedlich, verstosse sie gegen das Willkürverbot.

Zum Verfahren im Jahre 2002/2003 führt die Vorinstanz aus, sie habe damals einzig bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands akzeptiert, dass die Lauftexte den Aufbau einer Viewer-Community fördern sollten. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte DVD sei ihr nie zur Beurteilung vorgelegt worden und sie habe die auf dieser DVD enthaltenen Einblendungen nie für zulässig erklärt.

10.1 Bereits im Jahre 2002/2003 führte die Vorinstanz ein Aufsichtsverfahren gegen die Beschwerdeführerin durch. Mit Verfügung vom 24. Januar 2003 wurde schon damals unter anderem im Programm „Lovers TV“ eine Verletzung des Werbetrennverbots festgestellt, indem die Beschwerdeführerin werbliche Lauftexte ausgestrahlt hat. In der Folge teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit Schreiben vom 26. Februar 2003 (Replikbeilage 1) mit, der rechtmässige Zustand sei nun wiederhergestellt worden. Die Lauftexte seien hierbei mit dem Ziel überarbeitet worden, eine Viewer-Community aufzubauen. Dazu sollten die Zuschauer von „Lovers TV“, welche bereit seien, via SMS oder Teletext Kontakt aufzunehmen, einen unentgeltlichen Mehrwert im Sinne von Gratisgeschenken oder zu Selbstkosten abgegebenen Dienstleistungen erhalten. Dadurch werde auf rechtlich zulässige Weise die Zuschauerbindung unterstützt. Ein direktes kommerzielles Interesse bestehe nicht. Die Vorinstanz stellte mit Schreiben vom 7. März 2003 (Replikbeilage 2) fest, mit den im Schreiben vom 26. Februar 2003 von der Beschwerdeführerin geschilderten Massnahmen sei der rechtmässige Zustand wiederhergestellt worden und das Aufsichtsverfahren werde formell abgeschlossen.

10.2 Der erwähnten DVD ist zu entnehmen, dass die Lauftexte des Programms „Lovers TV“ in der Zeit vom 24. Februar bis 9. März 2003 den im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Lauftexten ähnlich sind. Die Vorinstanz hat sich bei ihrer damaligen Feststellung, der rechtmässige Zustand sei aufgrund der von der Beschwerdeführerin getroffenen Massnahmen als wiederhergestellt zu betrachten, aber nicht auf diese DVD, mithin auf die Lauftexte der Sendung „Lovers TV“ in der Zeit vom 24. Februar bis 9. März 2003 gestützt, sondern lediglich auf das im Brief der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2003 geschilderte Ziel, eine Viewer-Community aufzubauen. Wie die Erreichung dieses Ziels von der Beschwerdeführerin in die Realität umgesetzt worden ist, hat die Vorinstanz unterlassen zu überprüfen. Sie hat

sich damit begnügt, der Zusicherung der Beschwerdeführerin Glauben zu schenken und hat das damalige Verfahren abgeschlossen. Dieses Vorgehen erscheint aus heutiger Sicht ungenügend; eine Kontrolle der fraglichen Sendung in Form einer Visionierung wäre angebracht gewesen. Doch ist für das vorliegende Verfahren einzig von Bedeutung, wie die hier zu beurteilenden Lauftexte des Programms „Lovers TV“ vom 13. September 2006 zu beurteilen sind. Wie bereits ausgeführt, fallen diese unter den Begriff der Werbung gemäss Art. 11 Abs. 1 aRTVV. Die Beurteilung der Lauftexte der Sendung „Lovers TV“ vom 24. Februar bis 9. März 2003 ist hingegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Wenn aber tatsächlich davon auszugehen wäre, dass die Lauftexte des damaligen Verfahrens auch nach den von der Beschwerdeführerin vorgenommenen und mit Schreiben vom 26. Februar 2003 der Vorinstanz mitgeteilten Anpassungen nach wie vor den gesetzlichen Bestimmungen widersprochen haben, mithin wie die vorliegend zu beurteilenden Lauftexte als Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV zu qualifizieren gewesen wären, würde dies keine andere Beurteilung der Lauftexte der Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006 nach sich ziehen. Denn ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht grundsätzlich nicht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2038/2006 vom 6. Februar 2007 E. 12.1) und dem Bundesverwaltungsgericht liegen keine Hinweise vor, wonach die Vorinstanz nicht bemüht wäre, die rechtmässige Ordnung durchzusetzen. Eine allfällige Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) wäre folglich zu verneinen. Insbesondere impliziert die (zu beanstandende) unterlassene Kontrolle der angepassten Lauftexte im damaligen Verfahren keine Praxisänderung der Vorinstanz. Auch inwieweit bei einer allfälligen Ungleichbehandlung der Lauftexte das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt sein sollte, ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher substantiiert.

11.

Aufgrund vorstehender Erwägungen steht fest, dass es sich bei den Lauftexten der Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006 um Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV handelt. Somit hätten sie gemäss den gesetzlichen Bestimmungen in einem separaten Werbeblock getrennt von den anderen Programmteilen ausgestrahlt werden müssen (vgl. Art. 12 aRTVV). Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

Dass sich die Produzentinnen mittels Kooperationsvertrag verpflichtet

haben, bei sämtlichen Werbemassnahmen die gesetzlichen Bestimmungen und die Vorschriften der Vorinstanz zu beachten, vermag an der Entgeltlichkeit der Lauftexte bzw. an der Subsumierung der Lauftexte unter den Werbebegriff gemäss Art. 11 Abs. 1 aRTVV ebenfalls nichts zu ändern. Massgebend sind die tatsächlichen Gegebenheiten, für welche die Beschwerdeführerin einzustehen hat. Ein allfälliger Rückgriffsanspruch der Beschwerdeführerin gegenüber den Produzentinnen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

12.
Weiter besteht Uneinigkeit über die Frage, ob die Höhe der von der Vorinstanz verfügten Einziehung von Einnahmen rechtmässig ist bzw. was Grundlage dieser Einziehung bildet.

12.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, es fehle an einem unrechtmässigen Vorteil, der eingezogen werden könnte. Von einer allfälligen Rechtsverletzung habe sie in keiner Weise profitiert. Zudem seien die Berechnungsmethoden sachlich unrichtig und willkürlich. Die Vorinstanz wäre aber zumindest auf den zuerst genannten Parametern zu behaften. Der Kooperationsvertrag habe der Vorinstanz ohnehin keine weiteren Erkenntnisse hinsichtlich der Verlängerung der relevanten Zeitspanne für die Einziehung gebracht. Hinzu komme, dass diese Zeitspanne gar nicht vor dem 7. März 2003 beginnen könne, da doch bis zu diesem Zeitpunkt ein früheres Aufsichtsverfahren pendent gewesen sei. Die ganze Vertragsdauer in Betracht zu ziehen und dann eine Einschränkung auf den 1. Januar 2006 vorzunehmen, entbehre jeglicher sachlichen Grundlage, zumal die Vorinstanz eine Rechtsverletzung ausschliesslich für den 13. September 2006 behaupte. Da keine Werbeverträge existierten, hätten auch keine eingereicht werden können. Einzig im Kooperationsvertrag sei ein Fixum von Fr. 100'000.-- pro Monat vorgesehen. Dieses wäre aber auch geschuldet gewesen, wenn die Produzentinnen völlig auf die Ausstrahlung von Werbung verzichtet hätten. Die der Einziehung zugrunde liegenden Verstösse müssten qualitativ und quantitativ einwandfrei nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz habe es aber unterlassen, Beweise für solche Verstösse zu erbringen. Visioniert worden sei zudem eine einzige Sendung. Es spreche vieles dafür, dass die in dieser Sendung enthaltenen Verstösse eine erstmalige Erscheinung gewesen seien. Die Einziehung dürfe sich folglich höchstens auf die Laufzeit der Sendung vom 13. September 2006, mithin auf vier Wochen, beschränken. Denn dem von der Vorinstanz zitierten UBI-Entscheid vom 30. Juni 2006 und dem

BGE 133 III 133 seien die Inhalte der Lauftexte und deren Dauer nicht zu entnehmen. Aus diesen beiden Urteilen sei nicht ersichtlich, welche konkreten Hinweise und über welche Dauer die Lauftexte der Sendung „Lovers TV“ vom 18./21./24./27. Februar 2006 und 1./3./4. März 2006 enthalten hätten bzw. gelaufen seien. Die Annahme einer über die Sendung vom 13. September 2006 hinausgehenden Ausstrahlung sei somit willkürlich. Zudem sei aufgrund der viermonatigen Aufbewahrungspflicht von Sendungen die Einziehung von Einnahmen über vier Monate hinaus gar nicht gewollt; die Vorinstanz habe eine solche denn bisher auch noch nie verfügt. Schliesslich betrage die Dauer der Lauftexte in der Sendung vom 13. September 2006 nicht wie von der Vorinstanz vorgebracht 30, sondern lediglich 11,7 Minuten pro Stunde. Weiter wäre zu begründen, wieso die Vorinstanz von ihrer bisherigen Praxis abweiche, im Sinne der Verhältnismässigkeit jeweils auf allfällige Vorteile seit Visionierung der relevanten Sendung abzustellen. Zusammenfassend käme eine Einziehung höchstens im Umfang von Fr. 3'000.-- in Betracht; dies weil lediglich die Sendung vom 13. September 2006 als Grundlage gelte, die Dauer der Lauftexte insgesamt 11,7 Minuten pro Stunde betrage, höchstens ein Drittel der monatlichen Vergütung von Fr. 100'000.-- als Werbeeinnahmen zu qualifizieren und zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen sei.

12.2 Die Vorinstanz führt hierzu aus, die Einziehung basiere auf der Verletzung des Werbetrenngebots durch die Beschwerdeführerin. Lasse wie vorliegend eine Veranstalterin Sendungen fremdproduzieren, sei sie gegenüber der Aufsichtsbehörde für die Ausstrahlung verantwortlich. Überlasse die Beschwerdeführerin dem Dritten, vorliegend den Produzentinnen, die Vermarktung und erhalte sie eine Pauschalabgeltung, seien die Einnahmen als Gegenleistung für die Werbezeit zu qualifizieren. Dass die Aufbewahrungsfrist von Sendungen lediglich vier Monate betrage, stelle für sie tatsächlich ein Beweisproblem dar. Mit Eröffnung des Aufsichtsverfahrens habe sie eine weitere, vier Monate zurückliegende Aufnahme eingefordert. Diese Sendung vom 19. Mai 2006 sei von der Beschwerdeführerin jedoch nie eingereicht worden, was von ihr (der Vorinstanz) nie gemahnt worden sei. Der Sachverhalt könne aber durch den UBI-Entscheid vom 30. Juni 2006 rekonstruiert werden, welcher die Lauftexte der „Lovers TV“-Sendungen vom 18./21./24./27. Februar 2006 und 1./3./4. März 2006 schildere. Dieser Sachverhalt werde von BGE 133 II 136 bestätigt. Somit sei belegt, dass bereits anfangs 2006 werbliche Lauftexte ausgestrahlt

worden seien. Zudem sei auch den Ausführungen der Beschwerdeführerin zu entnehmen, dass sie davon ausgegangen sei, Lauftexte wie die vorliegenden seien rechtmässig. Die Beschwerdeführerin habe denn auch eine DVD mit dem Programm „Lovers TV“ aus den Kalenderwochen 9 und 10 des Jahres 2003 eingereicht und mache geltend, diese Lauftexte seien praktisch identisch mit jenen der Sendung vom 13. September 2006. Da ein konkretes Sendekonzept bestehe, welches über längere Zeit umgesetzt worden sei, sei nicht nachvollziehbar, dass in der Zwischenzeit keine Lauftexte in der beanstandeten Art ausgestrahlt worden seien. Somit könne mit grosser Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass solche Lauftexte effektiv seit mehreren Jahren so ausgestrahlt würden, nachweislich aber seit Anfang 2006. Sie weise denn auch ausdrücklich darauf hin, dass sie als Basis für die Berechnung eines konkreten Einziehungsbetrags grundsätzlich auf die gesamte Vertragsdauer abstelle. Die viermonatige Aufbewahrungsfrist ziehe sie nur ausnahmsweise bei, wenn sie über keine anderen Angaben zur Dauer der Rechtsverletzung verfüge. Bezüglich der Dauer der Lauftexte weist die Vorinstanz darauf hin, die Beschwerdeführerin habe diese bis anhin nicht beanstandet, sonst hätte sie sie selbstverständlich erneut überprüft. Schliesslich habe sie aufgrund des Kooperationsvertrags den Parameter „Dauer des Rechtsverstosses“ anpassen müssen, da dieser belege, dass die Kooperation seit Februar 2003 bestehe. Da aber eine exakte mathematische Berechnung im Falle von beidseitigen Pauschalleistungen nicht möglich sei, sei eine gewisse Schematisierung unumgänglich.

13.
Einleitend ist zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe sich mittels Kooperationsvertrag die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zusichern lassen und die Vorinstanz habe praktisch identische Lauftexte in einem früheren Verfahren als rechtmässig erklärt, auf E. 10 f. hiervor zu verweisen.

14.
Weiter ist auf die Einwände der Beschwerdeführerin einzugehen, es fehle an einem unrechtmässigen Vorteil, der eingezogen werden könne, und von einer allfälligen Rechtsverletzung habe sie in keiner Weise profitiert.

Wie ausgeführt, liegt durch die Ausstrahlung der fraglichen Lauftexte eine Verletzung des Werbetrennungebots vor, für welche die Beschwer-

deführerin verantwortlich ist. Für die Ausstrahlung der Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006 während vier Wochen hat die Beschwerdeführerin von den Produzentinnen die monatliche Entschädigung in der Höhe von Fr. 100'000.-- erhalten. Diese deckt auch die Möglichkeit ab, Werbung – worunter die Lauftexte zu subsumieren sind – auszustrahlen. Folglich ist ein Teil der Entschädigung von Fr. 100'000.-- der Ausstrahlung der werblichen Lauftexte zuzurechnen (vgl. hierzu E. 8 ff. und auch nachfolgend E. 16).

15.
Gemäss Art. 67 Abs. 1 aRTVG kann die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde bei einer festgestellten Rechtsverletzung administrative Massnahmen ergreifen. Sie kann hierbei den Konzessionär auffordern, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt (Bst. a). Sie kann aber auch vom Konzessionär verlangen, die Einnahmen, die er bei der Rechtsverletzung erzielt hat, an den Bund abzuliefern (Bst. b). Schliesslich hat sie die Möglichkeit, dem Departement zu beantragen, die Konzession durch Auflagen zu ergänzen, einzuschränken, zu suspendieren oder zu widerrufen (Bst. c).

Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, erübrigt sich die Aufforderung zur Mangelbehebung, da die Sendung „Lovers TV“ per Ende Oktober 2006 eingestellt worden ist. Folglich ist vorliegend die Möglichkeit zu prüfen, von der Beschwerdeführerin Einnahmen einzuziehen, die sie bei der Rechtsverletzung erzielt hat (Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG).

16.
Nach dem klarem Wortlaut des Gesetztestexts können diejenigen Einnahmen eingezogen werden, welche die Beschwerdeführerin bei der durch die Vorinstanz festgestellten Rechtsverletzung erzielt hat. Mit anderen Worten ist Grundlage der Einziehung die im konkreten Verfahren beurteilte Rechtsverletzung. Beurteilt werden im vorliegenden Verfahren die Lauftexte der Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006, welche während vier Wochen ausgestrahlt worden ist. Es wurde bereits festgestellt, dass diese Lauftexte Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV darstellen und durch deren Ausstrahlung das Werbetrennngebot gemäss Art. 12 aRTVV verletzt worden ist (vgl. E. 11 hiervor sowie Ziff. 1 und 1.4 der angefochtenen Verfügung). Die vorliegend beanstandete Rechtsverletzung liegt somit in der Nichteinhaltung

des Werbetrennngebots durch die Ausstrahlung der werblichen Lauftexte im normalen Teil der Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006. Für die Ausstrahlung der Sendung vom 13. September 2006 während vier Wochen erhielt die Beschwerdeführerin von den Produzentinnen eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 100'000.--, wovon ein Teil die Ausstrahlung der werblichen Lauftexte abgegolten hat (vgl. hierzu E. 9.4 und 13 hiervor). Folglich sind die Fr. 100'000.-- Ausgangslage für die Berechnung des einzuziehenden Betrags.

Für die Einziehung auf die gesamte Vertragsdauer abzustützen ist nur dann gerechtfertigt, wenn die im Verfahren konkret beurteilte Rechtsverletzung auch tatsächlich seit Beginn des Vertrags bestanden hat. Die vorliegend beurteilten Lauftexte kamen in dieser Form aber nur gerade in der Sendung gemäss 13. September 2006, wie sie während vier Wochen ausgestrahlt worden ist, vor. Will die Vorinstanz die Einziehung auch auf die Verletzung des Werbetrennngebots in Sendungen vor dem 13. September 2006 bzw. seit Vertragsbeginn stützen, hat sie die damals zwar unter Umständen ähnlichen, aber eben nicht identischen Lauftexte einzeln zu untersuchen und festzustellen, dass deren Ausstrahlung die Werbevorschriften gemäss aRTVG bzw. aRTVV verletzt hat. Es reicht hierfür nicht, dass sich die Vorinstanz auf den UBI-Entscheid vom 30. Juni 2006 stützt, der die Lauftexte der Sendungen „Lovers TV“ vom 18./21./24./27. Februar 2006 und 1./3./4. März 2006 beurteilt hat. Diese Lauftexte sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, da sie in diesem nicht beurteilt worden sind. Untersucht wurde in diesem Verfahren nur die Sendung vom 13. September 2006. Folglich kann im vorliegenden Verfahren nur diese Grundlage einer allfälligen Einziehung sein. Hätte die Vorinstanz auch die Einnahmen, die im Zusammenhang mit einer Rechtsverletzung in diesen Sendungen erzielt worden sind, einziehen wollen, hätte sie im Anschluss an den UBI-Entscheid ein entsprechendes Verfahren eröffnen müssen. Denn durch diesen Entscheid hat sie Kenntnis von weiteren Verstössen der Beschwerdeführerin erhalten. Weiter hat die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin zwar zu Beginn des vorliegenden Verfahrens die Aufnahme der Sendung vom 19. Mai 2006 eingefordert. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin dieser Anordnung nicht nachgekommen ist, vermag die Vorinstanz aber nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Denn sie hat entgegen Art. 23 VwVG bei der Einforderung der Sendung vom 19. Mai 2006 der Beschwerdeführerin keine Säumnisfolgen angedroht. Auch dass die Vorinstanz bereits in einem früheren Verfahren im Jahre 2002/2003 eine Verletzung des Werbetrennngebots

durch die Ausstrahlung von Lauftexten in der Sendung „Lovers TV“ festgestellt hat, reicht nicht aus, um die Grundlage der Einziehung auf diese Zeit auszudehnen. Denn in diesem Verfahren wurden bereits unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtskräftig administrative Massnahmen im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. a aRTVG verfügt. Eine erneute Ahndung dieser Rechtsverletzung ist im jetzigen Verfahren nicht mehr möglich. Insoweit erweist sich die Beschwerde demnach als begründet.

17.
Bei der Bestimmung des einzuziehenden Betrags ist weiter zu beachten, dass gemäss Ziff. 5 des Kooperationsvertrags die monatliche Vergütung von Fr. 100'000.-- die Leistungen gemäss Ziff. 1-4 des Vertrags (vgl. E. 8 hiervor) abgilt. Somit fällt lediglich ein Teil dieser Fr. 100'000.-- auf die Ausstrahlung der werblichen Lauftexte, die das Werbetrennгebot verletzt. Die Ausstrahlung der Lauftexte ist, da diese als Werbung zu qualifizieren sind, unter die Leistung nach Ziff. 1 des Vertrags zu subsumieren (siehe auch E. 9.4 hiervor). Zusammenfassend sind demzufolge in einem ersten Schritt die Fr. 100'000.-- auf die einzelnen Leistungen nach Ziff. 1-4 des Vertrags aufzuschlüsseln und nicht einfach, wie von der Vorinstanz vorgenommen, auf die Posten „potentielle Werbeeinnahmen“, „potentielles Sponsoring“ und „Teletextwerbung“ (vgl. angefochtene Verfügung S. 11). In einem zweiten Schritt ist die Vergütung, welche auf die Leistung nach Ziff. 1 des Vertrages fällt, entsprechend dem Verhältnis „erotische Unterhaltung“ und „Werbung“ auf diese beiden Posten aufzuteilen und der auf die Werbung entfallende Teil wiederum entsprechend dem Verhältnis „Dauer der Lauftexte“ und „Dauer der übrigen Werbung“ aufzuschlüsseln. Hierbei ist der Einwand der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Dauer der Lauftexte betrage insgesamt lediglich 11,7 Minuten und nicht wie von der Vorinstanz angenommen 30 Minuten. Bei diesen beiden Aufschlüsselungen besteht mangels genauerer Regelung im Kooperationsvertrag ein erheblicher Ermessensspielraum und ist, wie von der Vorinstanz richtigerweise festgehalten, eine gewisse Schematisierung unumgänglich. Schliesslich ist in einem dritten Schritt der so ermittelte, auf die Ausstrahlung der Lauftexte entfallende Betrag in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips allenfalls zu kürzen. Dieses Vorgehen ist folglich nachzuholen.

18.
Grundsätzlich entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst

und weist diese nur ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Ein Rückweisungsentscheid ist in der Regel dann zu treffen, wenn gravierende Verfahrensmängel vorliegen und eine umfassende Beweiserhebung nachgeholt werden muss, die nicht von der Beschwerdeinstanz durchzuführen ist, etwa weil die Vorinstanz mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut oder die sachlich kompetentere Behörde ist. Unumgänglich ist eine Rückweisung auch dann, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt von der Vorinstanz in wesentlichen Punkten unrichtig oder unvollständig festgestellt und somit Art. 49 Bst. b VwVG schwerwiegend verletzt wurde (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.194 f.; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 694; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 233).

Vorliegend hat die Vorinstanz bei der Berechnung des Einziehungsbetrags auf die gesamte Vertragsdauer abgestellt, mithin auf 46 Monate (Januar 2003 bis Ende Oktober 2006) anstatt auf einen Monat. Entsprechend hat sie die Einziehung eines nicht adäquaten Betrags verfügt. Als Fachbehörde ist sie besser geeignet als das Bundesverwaltungsgericht, in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und unter Berücksichtigung ihres diesbezüglichen Ermessenes eine Neuberechnung des Einziehungsbetrags (gemäss E. 17) vorzunehmen. Demnach ist die ausnahmsweise Rückweisung der Sache nicht nur möglich, sondern im Sinne der zitierten Lehre geradezu geboten.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei der Berechnung eines Einziehungsbetrages nach Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG das Nettoprinzip zu beachten ist. Dieses besagt, dass die Vorinstanz einzig den erzielten Gewinn abschöpfen darf, mithin von den Einnahmen der Beschwerdeführerin diejenigen Aufwendungen in Abzug gebracht werden müssen, welche ihr zur Finanzierung ihres rechtswidrigen Verhaltens entstanden sind (vgl. Bundesblatt [BBl] 2003 1739 sowie ausführlich: Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-1625/2008 vom 3. Februar 2009 E. 12 ff.). Im vorliegenden Verfahren wird von der Beschwerdeführerin aber nicht geltend gemacht, sie habe einen Teil der Entschädigung von Fr. 100'000.-- in die Sendung „Lovers TV“ vom 13. September 2006 investiert. Entsprechendes ist, da die Produktionskosten der fraglichen Sendung vollumfänglich von den

Produzentinnen und nicht (teilweise) von der Beschwerdeführerin getragen worden sind, auch nicht ersichtlich.

19.
Folglich ist die Beschwerde mit Bezug auf die einzuziehenden Einnahmen dahingehend gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung vom 7. November 2007 aufzuheben und die Angelegenheit zum weiteren Vorgehen und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen (E. 16 ff.) an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

20.
Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend gilt die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihren Hauptantrag als unterliegend, hinsichtlich ihres Eventualbegehrens jedoch als obsiegend. Es erscheint somit gerechtfertigt, der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 3'500.-- zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'750.--, aufzuerlegen. Ihr sind damit nach Verrechnung mit dem Kostenvorschuss Fr. 1'750.-- zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten zu überbinden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

21.
Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben am 14. Oktober 2008 eine Kostennote in der Höhe von insgesamt Fr. 24'112.90, eingereicht. Darin enthalten sind Vertretungshonorare von insgesamt Fr. 22'292.--, Barauslagen von Fr. 117.-- sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 1'703.90. Vorliegend erscheinen die geltend gemachten Kosten für die Vertretung als angemessen. Entsprechend dem teilweisen Obsiegen hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Hälfte des geltend gemachten Betrags, ausmachend Fr. 12'056.45, zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung vom 7. November 2007 aufgehoben und die Angelegenheit zum weiteren Vorgehen und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen (E. 16 ff.) an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 3'500.-- festgesetzt und im Betrag von Fr. 1'750.-- der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'500.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'750.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

3.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'056.45 zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1000201764 / 2006-00029; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Michelle Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: