Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-7662/2010

Urteil vom 19. Mai 2011

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Richterin Marianne Ryter Sauvant,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR idée suisse,
Generaldirektion, Rechtsdienst, Giacomettistrasse 1,
3000 Bern 31,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Abteilung Radio und Fernsehen, Zukunftstrasse 44,
Postfach, 2501 Biel BE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Werbung und Sponsoring.

Sachverhalt:

A.
Vom 1. bis 27. März 2010 sowie am 5. und 6. April 2010 strahlte die Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft, SRG SSR idée suisse (nachfolgend SRG), in ihren Fernsehprogrammen SF1, SF zwei, SF info, TSR1 und TSR2 zwei verschiedene Werbespots der Firma Schuler St. Jakobskellerei (nachfolgend auch Auftraggeberin) aus. Darin wurde insbesondere ein limitiertes Sonderangebot für sechs bestimmte Flaschen Wein zum Preis von Fr. 79.— statt Fr. 137.30 beworben. In den im März 2010 ausgestrahlten Spots wurden die Telefonnummer sowie die Internetadresse der Auftraggeberin eingeblendet, in den Spots vom 5. und 6. April 2010 war die Telefonnummer nicht mehr enthalten. Ab dem 9. April 2010 wurde ein überarbeiteter Spot gesendet, der weder eine Telefonnummer noch eine Internetadresse enthielt.

B.
Am 23. April 2010 eröffnete das Bundesamt für Kommunikation BAKOM ein rundfunkrechtliches Aufsichtsverfahren gegen die SRG wegen des Verdachts, dass ein von der SRG am 19. April 2010 ausgestrahlter Werbespot gegen das Verbot für die Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke verstossen haben könnte.

C.
Die SRG nahm am 21. Mai 2010 zu den Vorwürfen Stellung und reichte diverse Dokumente sowie Datenträger mit den betreffenden Werbespots ein. In der Folge bot das BAKOM der SRG die Möglichkeit, sich zu möglichen administrativen Massnahmen, namentlich einer Einziehung der durch den Spot erzielten Einnahmen zu äussern, was die SRG innert erstreckter Frist am 4. August 2010 tat. Unbestritten blieb dabei, dass die ersten beiden Spots die einschlägigen Vorschriften betreffend Werbung für alkoholische Getränke verletzten. Hingegen stellte sich die SRG auf den Standpunkt, dass eine Einziehung des gesamten Ertrages aus den ausgestrahlten Spots unverhältnismässig sei, weil es sich um einen erstmaligen Verstoss handle, der überdies bereits vor Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens behoben worden sei.

D.
Mit Verfügung vom 27. September 2010 stellte das BAKOM fest, dass die beiden von der SRG zwischen dem 1. März 2010 und dem 6. April 2010 ausgestrahlten Werbespots für die Schuler St. Jakobskellerei Verkaufswerbespots darstellten und gegen die Bestimmungen über

Werbung für alkoholische Getränke verstossen hatten (Dispositiv Ziffer 1). Weiter stellte das BAKOM fest, dass die SRG mit dem ab 9. April 2010 ausgestrahlten Werbespot das Rundfunkrecht nicht verletzt hatte (Ziffer 2). Die SRG wurde verpflichtet, dem Bund Fr. 185'766.— abzuliefern (Ziffer 3), was dem gesamten der SRG verbleibenden Ertrag aus den unzulässigen Werbespots entspricht. Schliesslich auferlegte das BAKOM der SRG die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'200.— (Ziffer 4).

E.
Am 28. Oktober 2010 erhebt die SRG (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des BAKOM (Vorinstanz) vom 27. September 2010 und beantragt die Aufhebung von Ziffer 3 des Dispositivs, eventuell eine angemessene Reduktion des in Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung festgelegten Betrages sowie die Auferlegung der Gerichtskosten an die Vorinstanz.

Zur Begründung des Hauptantrages führt die Beschwerdeführerin aus, Alkoholwerbung sei erst seit dem 1. Februar 2010 zulässig, weshalb noch keine Erfahrung damit bestanden habe. Die Beschwerdeführerin habe den Spot umgehend so angepasst, dass er rechtskonform war. Zudem habe die Beschwerdeführerin den von ihr selbst erkannten Verstoss gemeldet und die Verletzung anerkannt. Die Einziehung sei unverhältnismässig, weil die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verkaufsangebote hinreichend und erfolgsversprechend sei zur Vermeidung zukünftiger Widerhandlungen. Den Eventualantrag begründet die Beschwerdeführerin damit, die Vorinstanz habe die einziehungsmindernden Umstände nicht berücksichtigt, die Einziehung der ganzen Einnahmen sei gesetzeswidrig und unverhältnismässig. Teile der Werbespots würden die Bestimmungen über Alkoholwerbung zwar verletzen, mindestens zwei Drittel der Dauer der Werbespots stellten hingegen kein Verkaufsangebot dar. Die Einziehung sei daher auf die anteiligen Nettowerbeeinnahmen zu beschränken, die auf die unzulässigen Teile entfielen. Es sei daher eine Unterteilung der Spots in zulässige und unzulässige Teile vorzunehmen.

F.
In ihrer Vernehmlassung vom 6. Dezember 2010 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Die verfügte Einziehung ziele auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ab und sei

keine repressive Massnahme. Die Strafzumessungsgrundsätze seien daher weder direkt noch analog anwendbar. Die einschlägige Bestimmung zur Alkoholwerbung stelle eine absolute Verbotsnorm dar, und es sei gesetzlich, aber auch in den Erläuterungen der Botschaft, einlässlich und klar definiert, was ein Verkaufsangebot sei. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin bei Unklarheiten den Auskunftsdienst des BAKOM im Bereich von Werbe- und Sponsoring-Fragen konsultieren und die Spots überprüfen lassen können. Der Verstoss gegen eine absolute Verbotsnorm stelle eine Rechtsverletzung dar, die Einziehung sei daher die mildeste mögliche Massnahme. Der Aufbau und die Dramaturgie der Werbespots liessen keine Aufteilung in zulässige und unzulässige Teile zu, auch die zulässigen Bestandteile des Werbespots spielten eine wesentliche Rolle für die Wirkung des Verkaufsangebots bzw. ohne diese würde dessen Wirkung weitgehend geschmälert. Der Einführungsteil hänge untrennbar mit dem eigentlichen Verkaufsangebot zusammen und müsse als integraler Bestandteil des Verkaufsangebots betrachtet werden. Zudem sei auch in der Einführungsphase die Internetadresse eingeblendet gewesen.

G.
Die Beschwerdeführerin hält in ihren Bemerkungen vom 20. Januar 2011 an ihren Standpunkten fest. Wie in der Praxis zum Sponsoring müsse auch in einem Werbespot zwischen zulässigen und unzulässigen Teilen unterschieden werden, wenn sich solche wie im vorliegenden Fall unterscheiden liessen. Es stehe zudem kein absolutes Werbeverbot in Frage, sondern eine unzulässige Aufforderung zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts in einem im Übrigen zulässigen Werbespot. Eine vollständige Einziehung rechtfertige sich daher nicht.

H.
Auf die übrigen Rügen und Vorbringen der Parteien sowie die in den Akten befindlichen Schriftstücke und elektronischen Daten wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidrelevant sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1. 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 Bst. d VVG 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 der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Ihren Anträgen wurde von der Vorinstanz nicht entsprochen, so dass sie sowohl formell wie materiell beschwert und zur vorliegenden Beschwerde berechtigt ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.
Im Rahmen des Hauptantrages rügt die Beschwerdeführerin, die Ablieferung der Einnahmen gemäss Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung sei unverhältnismässig, weil sie nicht erforderlich sei, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und ein zukünftiges rechtskonformes Verhalten zu gewährleisten.

3.1. Die Vorinstanz wendet demgegenüber ein, das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) sehe eine grosse Bandbreite von Massnahmen zur Durchsetzung der rundfunkrechtlichen Pflichten vor, wobei die Einziehung gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a RTVG eine exekutorische bzw. restitutorische Massnahme sei, die der unmittelbaren Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten diene und für einen gewissen finanziellen Ausgleich für den meistens bereits abgeschlossenen Rechtsverstoss sorge. Anders als bei repressiven Massnahmen fänden die Strafzumessungsgrundsätze keine Anwendung, auch nicht analog. Das Verbot von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke gemäss Art. 16 Abs. 3 der Radio- und

Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) sei eine absolute Verbotsnorm, wobei Art. 2 Bst. l RTVG definiere, was ein Verkaufsangebot sei. Ein Programmveranstalter, der sich nicht an Werbeverbote halte, solle finanziell nicht besser dastehen als diejenigen, die sich an die Rundfunkgesetzgebung hielten. Eine Einziehung nur im Wiederholungsfall würde Missbräuche ermöglichen, dem von Art. 16 Abs. 3 RTVV bezweckten Gesundheitsschutz zuwiderlaufen und zu stossenden Ergebnissen führen.

3.2. Der zweite Abschnitt des siebten Titels des RTVG kennt verschiedene Massnahmen zur Durchsetzung der rundfunkrechtlichen Pflichten. Für jede Rechtsverletzung stehen die in Art. 89 RTVG aufgeführten allgemeinen Massnahmen zur Verfügung, während die härteren Verwaltungssanktionen gemäss Art. 90 RTVG nur in den dort genannten Fällen zulässig sind. Die Vorinstanz hat einzig Massnahmen nach Art. 89 RTVG verfügt, nicht aber Verwaltungssanktionen, die gemäss Art. 90 Abs. 1 Bst. c RTVG auch bei Verstössen gegen die Vorschriften über Werbung und Sponsoring möglich sind. Sie hat sich damit der milderen Massnahmen bedient.

Unbestritten ist, dass die beiden zwischen dem 1. März und dem 6. April 2010 ausgestrahlten Werbespots Verkaufsangebote für Wein, also alkoholische Getränke, enthielten. Als Verkaufsangebot gilt gemäss Art. 2 Bst. l RTVG eine Werbung, welche das Publikum zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts über die vorgestellten Waren oder Dienstleistungen auffordert. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn ein vorgestelltes Angebot mittels Telefon oder eines anderen Kommunikationsmittels unmittelbar angenommen werden kann (Botschaft RTVG, BBl 2003 1666). Die beiden Werbespots zeigen u.a. ein Angebot mit sechs bestimmten Flaschen Wein mit Angabe des (Sonder-)Preises sowie einer Telefonnummer bzw. einer Internetadresse zum Bestellen. Die Werbespots enthalten somit ein Verkaufsangebot und verstossen gegen Art. 16 Abs. 3 RTVV.

Wein und Bier sind zwar alkoholische Getränke, sie unterstehen jedoch nicht dem Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz, SR 680). Das Werbeverbot von Art. 10 Abs. 1 Bst. b 1. Halbsatz RTVG gilt daher nicht für Wein und Bier. Hingegen beauftragt Art. 10 Abs. 1 Bst. b 2. Halbsatz RTVG den Bundesrat ausdrücklich, zum Schutz der Gesundheit und der Jugend weitere Einschränkungen der Werbung für alkoholische Getränke zu erlassen. Überdies ermächtigt

Art. 10 Abs. 5 RTVG den Bundesrat allgemein, zum Schutz der Gesundheit und der Jugend weitere Werbesendungen für unzulässig zu erklären. Somit verfügt das auf den Gesundheitsschutz zielende Verbot von Verkaufsangeboten auch für alkoholische Getränke, die nicht dem Alkoholgesetz unterstehen, über eine hinreichende gesetzliche Grundlage bzw. eine hinreichend bestimmte Delegation durch den Gesetzgeber. Eine Rechtsverletzung und damit die Voraussetzungen für Massnahmen gemäss Art. 89 RTVG sind demnach gegeben.

Der unzulässige Werbespot wurde bereits vor der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens nicht mehr gesendet, die Verletzung somit bereits abgeschlossen. Eine Behebung des Mangels im Sinne von Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 RTVG war nicht mehr möglich und auch Massnahmen gegen eine Wiederholung der Verletzung sowie eine Unterrichtung über die getroffenen Massnahmen (Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 RTVG) waren nicht angezeigt. Die Vorinstanz hat denn auch als einzige Massnahme eine Ablieferung gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG verfügt. Die Ablieferung setzt voraus, dass durch die Rechtsverletzung Einnahmen erzielt worden sind. Damit soll verhindert werden, dass durch das rechtswidrige Verhalten Gewinne erzielt werden bzw. dass dies wirtschaftlich attraktiv ist. Die Ablieferung dient der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, weshalb sie sich auf den erzielten Gewinn zu beschränken hat. Vom abzuliefernden Betrag sind daher die Kosten für die Finanzierung des rechtswidrigen Verhaltens abzuziehen (BVGE 2009/36 E. 12 ff. S. 512 ff.; ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bern 2008, N. 12 zu Art. 89 RTVG). Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aufwändungen, d.h. die Kosten für Produktion und Akquisition, in ihrer Verfügung berücksichtigt. Weder die Einziehung selbst noch die Sachverhaltsfeststelllungen zu den Einnahmen aus der Ausstrahlung des Werbespots und damit die Berechnung des abzuliefernden Betrages sind demnach grundsätzlich rechtswidrig.

3.3. Zu prüfen bleibt, ob die verfügte Massnahme, die Verpflichtung zur Ablieferung der Einnahmen, auch verhältnismässig ist. Die Verhältnismässigkeit der Höhe des abzuliefernden Betrages ist – soweit noch erforderlich – im Rahmen der Beurteilung des Eventualantrages zu beurteilen. Eine Massnahme ist verhältnismässig, wenn sie zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten

auferlegt werden, also zumutbar sein (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 581).

Die Ablieferung unrechtmässig erzielter Einnahmen ist geeignet, den rechtmässigen Zustand wenigstens in finanzieller Hinsicht wiederherzustellen, lässt weitere Verstösse wirtschaftlich uninteressant werden und hält die Beschwerdeführerin an, die rundfunkrechtlichen Werbebestimmungen künftig einzuhalten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3364/2008 vom 18. Februar 2009 E. 12.3.1). Die Eignung ist daher auch in casu zu bejahen.

Die Ablieferungspflicht wird in der Praxis als erforderlich eingestuft, wenn die begangenen Rechtsverletzungen so schwerwiegend sind, dass eine anderweitige mildere Massnahme sich als nicht mehr ausreichend erweist, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und ein künftiges rechtskonformes Verhalten zu gewährleisten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3364/2008 vom 18. Februar 2009 E. 12.3.2). Es ist der Vorinstanz dahingehend zuzustimmen, dass bei einer blossen Feststellung der Widerrechtlichkeit mit Verzicht auf Ablieferung der Einnahmen ein bedenkliches Präjudiz geschaffen würde und auch die anderen Programmveranstalter in vergleichbaren Fällen gleich behandelt werden müssten, ihnen somit ebenfalls ein erster Verstoss mit rechtswidrig erzielten Einnahmen zuzugestehen wäre und damit der von Art. 16 Abs. 3 RTVV bezweckte – und vom Gesetzgeber auch ausdrücklich verlangte – Gesundheitsschutz beeinträchtigt würde. Auch wenn die Absetzung der rechtswidrigen Werbespots aufgrund eigener Bedenken der Beschwerdeführerin bzw. eines mit ihr verbundenen Unternehmens erfolgt ist und daher künftige gleichartige Rechtsverletzungen nicht zu erwarten sind, wiegt der Verstoss doch so schwer, dass er sich nicht lohnen darf und nach einem Ausgleich der wirtschaftlichen Vorteile verlangt, der nur mit der Einziehung der dadurch erzielten Einnahmen erreicht werden kann.

Zumutbar ist eine Massnahme schliesslich, wenn der Zweck der Einziehung deren Wirkung rechtfertigt, d.h. das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss gegenüber dem Interesse der betroffenen Person am Verzicht auf die Einziehung überwiegen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3364/2008 vom 18. Februar 2009 E. 12.3.3). An der strikten Einhaltung des Verbotes für Verkaufsangebote für alkoholische Getränke besteht aus Gründen des

Gesundheitsschutzes ein gewichtiges öffentliches Interesse, das die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin überwiegt. Zudem ist die Norm hinreichend klar und aus sich heraus verständlich. Die Tatbestandselemente müssen daher nicht erst von der Praxis konkretisiert werden, weshalb auch keine anfängliche Rechtsunsicherheit die Durchsetzung von Art. 16 Abs. 3 RTVV i.V.m. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 RTVG im ersten Anwendungsfall unzumutbar erscheinen lässt. Die Ablieferung erweist sich damit nicht nur als rechtmässig, sondern auch in jeder Hinsicht als verhältnismässig, weshalb der Hauptantrag der Beschwerdeführerin als unbegründet abzuweisen ist.

4.
Die Beschwerdeführerin macht in ihrem Eventualstandpunkt geltend, die Einziehung der gesamten Einnahmen sei unverhältnismässig und gesetzwidrig. Zum einen habe die Vorinstanz die einziehungsmindernden Umstände nicht berücksichtigt, nämlich, dass es sich bei der Alkoholwerbung um eine neue Regelung handelt, die die Beschwerdeführerin erstmals angewandt habe, und dass sie selbst bereits vor dem Aufsichtsverfahren gehandelt habe. Zum andern habe die Vorinstanz nicht beachtet, dass Werbung für Wein grundsätzlich zulässig sei und nur Teile der beiden Werbespots, nämlich die Verkaufsangebote, unzulässig seien und daher eine Unterteilung sowohl möglich als auch geboten sei.

4.1. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die Einziehung der unrechtmässig erzielten Einnahmen im Falle der Verletzung des Verbots von Verkaufsangeboten in der Alkoholwerbung sei verhältnismässig. Die Einziehung richte sich verfahrensmässig einzig nach den Grundsätzen des VwVG, die Strafzumessungsgrundsätze seien nicht anwendbar. Auch wenn das konkrete Angebot für sechs Flaschen Wein mit Preisanschrift und mit direkter Bestellmöglichkeit nur im letzten Drittel des Werbespots erfolgt sei, könnten die ersten zwei Drittel deswegen nicht aus der Beurteilung ausgeklammert werden; sie spielten mit Blick auf die beabsichtigte Werbewirkung eine wesentliche Rolle und bildeten einen integralen Teil des Verkaufsangebots. Ohne diese Einleitung würde das konkrete Verkaufsangebot in seiner Wirkung weitgehend geschmälert, weil dem Publikum wesentliche Informationen bzw. Verkaufsargumente wie einfache Bestellmöglichkeit, Beratung und Heimlieferdienst mit vollem Rückgaberecht vorenthalten würden. Auch in der Einleitungssequenz sei die Internetadresse eingeblendet, womit dem Publikum der unmittelbare Abschluss eines Rechtsgeschäfts über prämierte Spitzenweine der

Auftraggeberin bereits damals möglich gewesen sei. Im Übrigen habe auch das Obergericht des Kantons Bern in einem Strafverfahren einen Werbespot als Gesamtheit betrachtet und eine Aufteilung abgelehnt. Schliesslich würde eine Aufschlüsselung ein erhebliches Umgehungspotenzial schaffen, da ein Verkaufsangebot in einem Werbespot für alkoholische Getränke extrem kurz gehalten werden könnte, die gewünschte Botschaft somit platziert und trotz Einziehung der Einnahmen für den kurzen unzulässigen Teil noch ein finanzieller Vorteil verbleiben würde. Das Risiko einer Beanstandung durch das BAKOM würde sich demnach lohnen, was dem Regelungsgedanken und dem dahinter stehenden Schutzgut zuwider laufe. In fast jedem Werbespot würden sich zulässige Teile finden. Endlich gäbe es auch keine solche Aufschlüsselungspraxis bei Sponsor-Nennungen, die Höhe der Einziehung hänge in jenen Fällen davon ab, wie viele der drei gleich gewichteten Anforderungen verletzt seien, wobei jede verletzte Anforderung zur Einziehung eines Drittels der Einnahmen führe. Auch insofern gäbe es keinen Anlass für eine Aufschlüsselung.

4.2. Gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG kann die Vorinstanz verlangen, dem Bund die Einnahmen abzuliefern. Weder das RTVG noch das VwVG kennen jedoch eine Norm, welche sich zur Bemessung der abzuliefernden Beträge oder deren Minderung äussert. Da die Ablieferungspflicht keinen repressiven Charakter hat und auch kein Verschulden voraussetzt, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Strafzumessungsregeln keine Anwendung finden. Der abzuliefernde Betrag hat daher einzig dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dessen unter Erwägung 3.3 genannten Unterkriterien zu genügen.

4.3. Zum Sachverhalt ist Folgendes festzuhalten: Der erste Teil des Werbespots zeigt einen Ehemann, der von seiner Frau beauftragt wird, für ein Essen mit den Schwiegereltern einen Wein zu besorgen. Er ist damit überfordert und benötigt Beratung. Die Schuler St. Jakobskellerei empfiehlt am Telefon einen prämierten Wein, den der Ehemann bestellt und mit Rückgaberecht geliefert erhält. Der Schwiegervater degustiert beim Essen den Wein, mag ihn und lobt den Schwiegersohn für die gute Wahl. Es folgt eine kurze Einblendung des Schriftzuges der Schuler St. Jakobskellerei auf weissem Hintergrund, danach werden sechs Flaschen Wein gezeigt, die als limitiertes Sonderangebot zum Preis von Fr. 79.— statt 137.30 erhältlich sind, unter Angabe einer Telefonnummer und Internetadresse zum Bestellen bzw. im zweiten Spot nur mit Angabe der Internetadresse.

Es ist somit festzuhalten, dass der Werbespot thematisch aus zwei Teilen besteht, die durch die Einblendung der Firma auf weissem Hintergrund abgetrennt sind. Der erste Teil bewirbt die Leistungen der Auftraggeberin, nämlich dass sie prämierte Spitzenweine im Angebot habe, telefonische Beratung und Bestellmöglichkeit anbiete sowie die Heimlieferung mit Rückgaberecht erfolge. Es wird weder ein konkreter noch ein bestimmbarer (Rot-)Wein vorgestellt oder angeboten, weshalb den Zuschauern wesentliche Punkte für einen Kaufvertrag fehlen, insbesondere der genaue Kaufgegenstand und Preis für einen unmittelbaren Vertragsschluss (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 184 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Dieser Teil des Werbespots bezweckt offensichtlich die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren – in casu Weine der Auftraggeberin – und ist ohne weiteres als Werbung im Sinne von Art. 2 Bst. k RTVG einzustufen. Eine Aufforderung zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts und damit ein unzulässiges Verkaufsangebot gemäss Art. 2 Bst. l RTVG liegt jedoch nicht vor. Der erste Teil ist in sich abgeschlossen und es kommt ihm eigenständige Bedeutung zu. Er könnte auch für sich alleine ausgestrahlt werden. Ebenso kann der erste Teil mit Werbung für irgendeinen Wein aus dem Sortiment der Auftraggeberin kombiniert werden. So wird denn auch in dem ab dem 9. April 2010 gesendeten und von der Vorinstanz als zulässig beurteilten Werbespot im Anschluss an denselben ersten Teil ein anderer Wein beworben als in den zuvor gesendeten Spots. Die für einen Kauf bzw. für ein Verkaufsangebot wesentlichen Punkte kommen demnach einzig im zweiten Teil vor. Auch dieser zweite Teil könnte für sich alleine gesendet werden, insbesondere wenn damit auf ein befristetes Sonderangebot hingewiesen werden soll.

4.4. In den bisher zu beurteilenden und von der Vorinstanz geltend gemachten Fällen war nach den einschlägigen Bestimmungen die Werbung für das betreffende Produkt insgesamt verboten und nicht nur eine besondere bzw. qualifizierte Art der Werbung (vgl. z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-439/2007 vom 21. Juni 2007). Ist die betreffende Werbung verboten, so erweist sich nur eine einheitliche Betrachtung des Werbespots als sachgerecht, weil sich die beabsichtigte Werbewirkung auf ein unzulässiges Objekt bezieht. Eine Betrachtung als Gesamtheit ist ferner sachgerecht, wenn während des gesamten Werbespots das Gegenstand des Verkaufsangebots bildende Produkt erkenn- und bestimmbar ist und damit (mit-)beworben wird. In einem

solchen Fall besteht ein derart enger Zusammenhang zwischen dem Verkaufsangebot und dem übrigen Werbespot, dass eine Unterteilung nicht gerechtfertigt ist, sondern das Verkaufsangebot den Höhepunkt des Werbespots bildet. Die an sich zulässige Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften mündet in einem solchen Fall nämlich in die unzulässige Aufforderung zum unmittelbaren Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäfts. Dies kann etwa bei Werbung eines Produzenten oder Unternehmens mit einem bekannten, allenfalls sogar gleichnamigen Hauptprodukt gegeben sein.

Die Praxis, wonach Werbespots nicht in zulässige und unzulässige Teile zu unterteilen sind, kann jedoch nicht unbesehen auf den vorliegenden Sachverhalt und die Bemessung des abzuliefernden Betrages übertragen werden. Aufgrund der vorangehenden Sachverhaltsfeststellungen kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, dass die beiden Teile untrennbar seien. Vielmehr enthalten die streitigen Werbespots zwei sowohl inhaltlich als auch gestalterisch, nämlich durch die kurze Einblendung der Firma auf weissem Hintergrund, deutlich zu unterscheidende Teile, wobei der erste Teil rechtmässig ist.

Der erste Teil des Werbespots wird im Übrigen – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch durch das Einblenden der Internetadresse der Auftraggeberin nicht zum Verkaufsangebot, da in diesem Teil weder ein konkreter Wein vorgestellt, erwähnt oder gezeigt noch ein Preis genannt wird und daher auch keine Aufforderung erfolgt, unmittelbar ein Rechtsgeschäft abzuschliessen.

4.5. Gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG sind dem Bund die Einnahmen abzuliefern, die durch die Verletzung erzielt wurden bzw. in der französischen Fassung "l’avantage financier illicite obtenu du fait de la violation" und in der italienischen Fassung des Gesetzes "i proventi conseguiti illecitamente". Es ist daher unter den Gesichtspunkten der Gesetzesauslegung und der Verhältnismässigkeit zu prüfen, welche Einnahmen durch Rechtsverletzung erzielt worden und daher abzuliefern sind.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Gesundheitsschutz als Zweck des Verbotes für Verkaufsangebote für alkoholische Getränke vereitelt wird, wenn Massnahmen nur gegen die unzulässigen Teile bzw. auf deren Basis verfügt werden, insbesondere lediglich die aus den unzulässigen Teilen eines (tatsächlich unterteilbaren) Werbespots erzielten Einnahmen

abgeliefert werden müssen. Es ist daran zu erinnern, dass das RTVG neben der Ablieferung weitere Mittel kennt, um – insbesondere im Wiederholungsfall – Rechtsverletzungen wirksam zu ahnden und auch wirtschaftlich noch unattraktiver zu machen, als sie durch eine Einziehung der Einnahmen schon sind und damit die Werbeverbote durchzusetzen. Dazu zählen die Aufforderung, Massnahmen gegen eine Wiederholung der Verletzung zu treffen mit Unterrichtung der Vorinstanz über die getroffenen Massnahmen (Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 RTVG), die Ergänzung der Konzession mit Auflagen, deren Einschränkung, Suspendierung oder Entzug durch das UVEK auf Antrag der Aufsichtsbehörde (Art. 89 Abs. 1 Bst. b RTVG) sowie Verwaltungssanktionen mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes (Art. 90 Abs. 1 Bst. c RTVG). Die Durchsetzung der Werbeverbote ist demnach gewährleistet. Da die Sendezeit für Werbung beschränkt ist (Art. 11 Abs. 2 RTVGV), dürfte es für die Programmveranstalter ohnehin kein wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse geben, Werbeverbote zu missachten und dadurch Sanktionen zu gewärtigen und ihre Einnahmen sowie die Konzession zu gefährden.

Es besteht vorliegend somit keine Notwendigkeit, die gesamten Nettoeinnahmen aus der Ausstrahlung der Werbespots einzuziehen. Die Einziehung der Einnahmen aus rechtswidriger Werbung stellt auch dann eine geeignete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dar, wenn sie sich auf diejenigen Einnahmen beschränkt, die aus unzulässigen Teilen von Werbespots stammen. Die so verstandene Einziehung ist erforderlich und als mildeste wirksame Massnahme einzustufen. Angesichts des Zwecks des Verbotes, des angestrebten Gesundheitsschutzes, ist eine Einziehung von überwiegendem öffentlichen Interesse und damit den Betroffenen zumutbar, zumal diese in Zweifelsfällen vorgängig an die Vorinstanz gelangen und von ihr eine Stellungnahme erhalten können.

Die Ablieferung der Einnahmen, die aus der Ausstrahlung der unzulässigen Verkaufsangebote in der Zeit zwischen dem 1. März und 6. April 2010 erzielt worden sind, ist rechtmässig, wahrt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und ist als den konkreten Umständen angemessen zu bezeichnen. Da die Vorinstanz im Rahmen der Sachverhaltsabklärung die Werbespots jeweils ohnehin eingehend zu untersuchen und darzulegen hat, worin die Rechtsverletzung besteht, ist es ihr ohne nennenswerten Zusatzaufwand zugleich möglich, zu prüfen,

ob es voneinander abzugrenzende Teile gibt und diese gegebenenfalls festzulegen.

Die Beschwerde ist demzufolge in Bezug auf die Höhe des abzuliefernden Betrages begründet und teilweise gutzuheissen.

5.
Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Das BAKOM hat die Nettoeinahmen aus den beiden Werbespots bereits festgestellt und auf Fr. 185'766.— beziffert. Diese Sachverhaltsfeststellung ist nicht bestritten und plausibel, weshalb das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung hat, davon abzuweichen. Ebenso ist erstellt, dass das Verkaufsangebot rund einen Drittel der Dauer des Werbespots umfasst. Die Grundlagen für eine neue Entscheidung in der Sache liegen damit vor. Der abzuliefernde Betrag ist nach dem Gesagten auf einen Drittel der Netto-Einnahmen von Fr. 185'766.—, also auf Fr. 61'922.—, festzusetzen.

6.
Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt keine Partei vollumfänglich. Der Beschwerdeführerin sind die Verfahrenskosten gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG zu ermässigen, während der Vorinstanz als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die ermässigte Gerichtsgebühr wird auf Fr. 2'000.— festgesetzt und mit dem geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.— verrechnet. Der verbleibende Betrag von Fr. 2'000.— ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

7.
Da die Voraussetzungen für eine Parteientschädigung nicht gegeben sind, die Beschwerdeführerin namentlich nicht durch einen externen Anwalt vertreten ist (Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario und Art. 9 Abs. 2 VGKE), ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

2.
Die Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 27. September 2010 wird dahingehend abgeändert, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet wird, dem Bund Fr. 61'922.— abzuliefern.

3.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.
Der Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 2'000.— auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.— verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.— wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

5.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 5480-55/1000296176; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
André Moser	Bernhard Keller

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 hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: