

# **BVGer BVGE 2009/36 vom 3. Februar 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2009\\_36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2009_36)

FR: TAF BVGE 2009/36 du 3 février 2009

IT: TAF BVGE 2009/36 del 3 febbraio 2009

## **Regeste**

Werbung und Sponsoring

## **Erwägungen**

### **E. 5.1**

Am 1. April 2007 traten 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) in Kraft und lösten damit die alte Radio- und Fernsehgesetzgebung ab (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]). Die angefochtene Verfügung mit Datum vom 8. Februar 2008 ist aufsichtsrechtlicher Natur und bezieht sich auf einen Sachverhalt, der sich sowohl unter der Geltung des neuen wie auch unter derjenigen des alten Rechts zugetragen hat (Ausstrahlung der beanstandeten Sponsoringbillboards in der Sendung « einfachluxuriös » vom 19. Januar 2006 bis am 5. April 2007 sowie in der Sendung « Meteo » von Januar 2006 bis am 2. Mai 2007).

### **E. 5.2**

Dauert ein Sachverhalt nach Inkrafttreten des neuen RTVG an und ist ein aufsichtsrechtliches Verfahren hängig, so beurteilen sich diejenigen Verstösse, die sich vor Inkrafttreten des neuen RTVG ereignet haben, nach altem Recht, diejenigen, welche sich später zugetragen haben, nach neuem Recht (vgl. Art. 113 Abs. 2 RTVG). Im vorliegenden Fall sind somit je nach Zeitpunkt des jeweiligen Verstosses das alte oder das neue Recht anwendbar.

### **E. 5.3**

Das materielle Recht für den vorliegend besonders interessierenden Bereich des Sponsorings sowie der Massnahmen bei Rechtsverletzungen hat sich im Unterschied zu anderen Bereichen der Radio- und Fernsehgesetzgebung nur punktuell geändert (vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1625, 1655, 1680 und 1738; nachfolgend: Botschaft zum RTVG): So deckt sich etwa die Regel von Art. 19 Abs. 3 aRTVG, wonach in gesponserten Sendungen grundsätzlich keine Werbung über Waren oder Dienstleistungen des Sponsors oder von Dritten gemacht werden darf, fast wörtlich mit dem neuen Art. 12 Abs. 3 RTVG. Ferner hat die neue RTVV beispielsweise die Frage der Sponsornennung als Regelung aufgenommen (vgl. Art. 20 RTVV), welche der bisherigen (Auslege-)Praxis der Vorinstanz gemäss ihren Sponsoring-Richtlinien entspricht. Die Sponsoringvorschrift gemäss Art. 19 Abs. 2 aRTVG wurde insofern angepasst, als die Sponsoren neu nur noch am Anfang oder am Ende einer Sendung genannt werden müssen (vgl. Art. 12 Abs. 2 RTVG). Wie nach bisherigem Recht (Art. 67 Abs. 1 aRTVG) steht der Aufsichtsbehörde

bei festgestellten Rechtsverletzungen nach wie vor eine Auswahl von Massnahmen zur Verfügung (Art. 89 Abs. 1 RTVG); als neue Interventionsmöglichkeit wurde einzig das Instrument der Verwaltungsanktionen geschaffen (Art. 90 RTVG). Da das alte und das neue Recht somit weitgehend identisch sind, rechtfertigt es sich, nachfolgend - unabhängig vom Zeitpunkt des jeweiligen Verstosses gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen - eine Gesamtbeurteilung der Beschwerdesache mit Bezug auf beide Rechte vorzunehmen.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeinstanz darf im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in der Regel die Verfügung nur insoweit überprüfen, als sie angefochten ist. In der Verwaltungsverfügung festgelegte, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige Fragen prüft das Gericht nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, S. 26 Rz. 2.8 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin verzichtet ausdrücklich auf eine Anfechtung der Feststellung der Vorinstanz, dass die Sponsornennungen in den Sendungen « einfachluxuriös » und « Meteo » werbende Aussagen enthielten und in der Sendung « Meteo » ungenügend auf das Sponsoringverhältnis hinwiesen. Streitgegenstand sind somit grundsätzlich nur noch die von ihr beanstandete Einziehung der Einnahmen aus den Sponsoringverträgen mit dem TCS im Umfang von Fr. 341'000.- sowie die Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Dennoch muss nachfolgend im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit der Einziehung auch noch kurz auf die Unzulässigkeit der diese auslösenden Sponsornennungen eingegangen werden (vgl. E. 11.5 ff.).

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe ihr lediglich die Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens betreffend die Sendung « einfachluxuriös » (Schreiben vom 21. Dezember 2006) beziehungsweise die Ausdehnung des Verfahrens auf die Sendung « Meteo » (Schreiben vom 8. Februar 2007) mitgeteilt. In beiden Schreiben habe sie darauf hingewiesen, dass ihrer Auffassung nach ein Verstoss gegen Art. 19 Abs. 3 aRTVG vorliege, und die massgeblichen Sponsoringverträge einverlangt; mit keinem Wort habe sie jedoch erwähnt, dass sie eine Einziehung in Erwägung ziehe. Weder habe sie auf den einschlägigen Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG verwiesen noch andere mögliche Sanktionen angedroht. Sie (die Beschwerdeführerin) sei somit nicht in der Lage gewesen, sich zu sämtlichen anwendbaren Rechtsnormen und zu den wesentlichen Sachverhaltselementen zu äussern. Gerade weil Art. 67 aRTVG der Behörde einen grossen Ermessensspielraum belasse, hätte ihr durch Offenlegung der Entscheidungsgrundlagen eine umfassende Darlegung der eigenen Interessenlage ermöglicht werden müssen. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz keineswegs in allen Fällen eine Einziehung anordne und diese daher für sie auch nicht voraussehbar gewesen sei. Angesichts der Schwere dieser Gehörsverletzung falle deren Heilung im Beschwerdeverfahren ausser Betracht.

#### **E. 7.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör richtet sich nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und verleiht einer Person, welche vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, verschiedene Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte (vgl. JÖRG PAUL

MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 846 ff.). So soll der Betroffene unter anderem zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen und in die massgeblichen Akten Einsicht nehmen können, bevor ein Entscheid gefällt wird. Dies betrifft in erster Linie den rechtserheblichen Sachverhalt und nur in Ausnahmefällen auch die anwendbaren Rechtsnormen oder die von den Behörden vorgesehenen rechtlichen Begründungen. Ein solcher Ausnahmefall kann grundsätzlich dann angenommen werden, wenn die Behörde ihren Entscheid auf einen für die betroffene Partei vernünftigerweise nicht voraussehbaren Rechtsgrund stützen will, wenn sich die Rechtslage geändert hat oder wenn der Behörde ein grosszügiger Ermessensspielraum zusteht (BGE 132 II 485 E. 3.2, BGE 132 II 257 E. 4.2, BGE 129 II 497 E. 2.2, BGE 121 II 29 E. 2b, BGE 116 Ib 37 E. 4e).

### **E. 7.2**

Vorliegend sind die bei einer Rechtsverletzung drohenden Administrativmassnahmen gesetzlich ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 67 Abs. 1 aRTVG bzw. Art. 89 Abs. 1 RTVG), so dass sie der Beschwerdeführerin grundsätzlich bekannt sein mussten. Zudem hat die Vorinstanz bereits in der Vergangenheit ihr gegenüber gelegentlich nach einer festgestellten Verletzung der Werbe- und Sponsoringbestimmungen eine Ablieferung der daraus resultierenden Einnahmen angeordnet (vgl. Verfügungen der Vorinstanz vom 15. September 2000 betreffend « Der Nissan Almera Tino - ab September in der Schweiz » [in Bezug auf die Einziehung aufgehoben mit Entscheid des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation {UVEK} 519.1/103 vom 9. November 2001], vom 13. September 2002 betreffend « Verkehrsinfo DRS, mit den Expo-Eröffnungsfeiern vom 14., 15. und 16. Mai, Tickets sind erhältlich beim Ticket Corner » sowie « Mit der SBB entspannt an die Expo. Heute gilt der Fahrplan grün » [in Bezug auf die Einziehung aufgehoben mit Entscheid des UVEK 519.1/160 vom 18. August 2003], vom 12. Dezember 2002 betreffend « ABCDRS 3 - mit Fruchtsäften von Minute Maid starten Sie gut in den Tag », vom 21. Juli 2003 betreffend « L'heure avec le Petit Larousse, le dictionnaire qui a le dernier mot! », vom 15. Oktober 2003 betreffend « Ds Wätter präsentiert vo Air Alps, mit tägliche Diräktflüg ab Bern-Belp nach Amsterdam, ab em 30. März », vom 5. Juli 2005 betreffend « RailAway, der Freizeitanbieter der SBB » sowie vom 7. November 2006 betreffend die Sendung « Glanz & Gloria »). Es ist daher höchst zweifelhaft, ob die Beschwerdeführerin - auch ohne ausdrücklichen Hinweis durch die Vorinstanz - nicht erneut mit einer solchen Anordnung rechnen musste. Zu beachten gilt es jedoch auch, dass sowohl das bisherige (Art. 67 Abs. 1 aRTVG) wie auch das neue Recht (Art. 89 Abs. 1 RTVG) der Vorinstanz bei Rechtsverletzungen eine breite Auswahl von Massnahmen zur Verfügung stellen (vgl. dazu eingehender E. 9). Bei diesem recht grossen Ermessensspielraum und angesichts der finanziellen Tragweite ihres getroffenen Entscheides wäre die Vorinstanz daher gehalten gewesen, der Beschwerdeführerin - selbst bei Voraussehbarkeit der Anordnung einer Einziehung - nicht nur das rechtliche Gehör zu den vermutungsweise verletzten Bestimmungen des RTVG (d. h. insbes. zu Art. 19 Abs. 3 aRTVG [Art. 12 Abs. 3 RTVG]) zu gewähren, sondern sie vorgängig auch über die von ihr konkret in Erwägung gezogene Massnahme, insbesondere aber auch über die von ihr beabsichtigte Höhe der Einziehung, ausdrücklich zu orientieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. hierzu auch BGE 127 V 431 E. 2b).

### **E. 7.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache

selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt. Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer - nicht besonders schwerwiegenden - Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist jedoch selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 133 I 201 E. 2.2).

#### **E. 7.4**

Das BVGer hat volle Kognition und kann daher die Argumente der Beschwerdeführerin im gleichen Umfang prüfen wie die Vorinstanz. Angesichts der grundsätzlichen Voraussehbarkeit der Anordnung einer Einziehung (vgl. E. 7.2) ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz mit der fehlenden Ankündigung ihrer Absicht eine besonders schwerwiegende Gehörsverletzung begangen hat. Aber selbst wenn ein solch qualifizierter Mangel zu bejahen wäre, würde dieser einer Heilung im Beschwerdeverfahren nicht entgegenstehen: Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung zum Ausdruck gebracht, dass sie in der Sache erneut gleich entscheiden würde. Eine Rückweisung würde folglich dem Interessen der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Behandlung ihrer Streitangelegenheit zuwiderlaufen und wäre der Prozessökonomie nicht dienlich. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit als im Beschwerdeverfahren geheilt zu betrachten.

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe mit der Einziehung ihrer Einnahmen aus den Sponsoringverträgen mit dem TCS im Umfang von Fr. 341'000.- die Eigentumsgarantie verletzt. Sie könne sich in Bereichen wie der Werbung, welche nicht ihrem Leistungsauftrag zuzurechnen seien, auf die Grundrechte berufen und eine Einschränkung derselben sei nur bei Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses sowie unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig.

#### **E. 8.2**

Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) schützt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Eigentum im sachenrechtlichen Sinn, die beschränkten dinglichen Rechte und den Besitz, obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte und wohlerworbene Rechte, nicht aber - wie von einem Teil der Lehre gefordert - das Vermögen als Gesamtheit (MÜLLER/SCHEFER, a. a. O., S. 1013 ff.; vgl. auch BGE 132 I 201 E. 7.1 sowie BGE 127 I 60 E. 3b). Bei der Einziehung der Sponsoringeinnahmen handelt es sich um einen Eingriff in das Vermögen der Beschwerdeführerin, welches vom sachlichen Geltungsbereich der Eigentumsgarantie nicht erfasst wird. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob sich die Beschwerdeführerin als juristische Person des öffentlichen Rechts überhaupt auf die Eigentumsgarantie berufen könnte (persönlicher Schutzbereich). Auch wenn die Beschwerdeführerin im vorliegenden Bereich keine Verletzung der Eigentumsgarantie geltend machen kann, bleibt es ihr dennoch unbenommen, die Verletzung allgemeiner Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts wie das Verhältnismässigkeitsprinzip oder das Gebot von Treu und Glauben zu rügen (vgl. E. 10 ff.).

## **E. 9**

Art. 67 Abs. 1 aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 RTVG räumen der Aufsichtsbehörde bei festgestellten Rechtsverletzungen ein recht grosses Auswahl- und Entschliessungsermessen hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen ein: Sie kann die für die Verletzung verantwortliche Person anhalten, den Mangel zu beheben und Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt. Weiter kann sie von ihr verlangen, sie über die getroffenen Vorkehren zu unterrichten, sie auffordern, die Einnahmen, die sie bei der Rechtsverletzung erzielt hat, an den Bund abzuliefern oder dem Departement beantragen, die Konzession durch Auflagen zu ergänzen, sie einzuschränken, zu suspendieren oder zu widerrufen. Zusätzlich steht nach neuem Recht (Art. 90 Abs. 1 RTVG) der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit offen, bestimmte Rechtsverletzungen (wie beispielsweise die Verletzung von Vorschriften über Werbung und Sponsoring [vgl. Bst. c]) mit einer Verwaltungssanktion zu ahnden, welche bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes betragen kann.

## **E. 10**

Die Beschwerdeführerin ist vorab der Auffassung, eine Sanktion wie die Einziehung dürfe von der Behörde nur dann ausgesprochen werden, wenn sie vorgängig angedroht worden sei. Die Vorinstanz habe in der Vergangenheit zwar bereits in zwei Fällen die Einziehung verfügt. Da jedoch nicht ersichtlich gewesen sei, dass sie nun generell zu diesem Mittel greife, hätte sie diese Praxisänderung vorgängig ankündigen müssen. Eine entsprechende Aufklärungspflicht ergebe sich bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und sei vorliegend umso mehr geboten, als die Praxis der Vorinstanz bezüglich Sponsoring und Einziehung alles andere als klar und eindeutig sei. Die Vorinstanz wendet ein, dass sie der Beschwerdeführerin die Einziehung nicht habe ankündigen müssen, habe sie doch weder zugesichert, diese Massnahme nicht (mehr) zu ergreifen noch sich widersprüchlich verhalten.

### **E. 10.1**

Gelangen Privatpersonen durch die Missachtung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu unrechtmässigen Vorteilen, können die betreffenden Vermögenswerte eingezogen werden. Die Abschöpfung eines widerrechtlich erworbenen Vermögensvorteils bedarf jedoch einer gesetzlichen Grundlage (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1208). Wie vorstehend in E. 9 aufgezeigt, ist die Ablieferung unrechtmässig erzielter Einnahmen in Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG beziehungsweise Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG ausdrücklich vorgesehen. Dabei handelt es sich um eine Mischform zwischen exekutorischer und repressiver Massnahme. Primär dient sie (wie auch die anderen in Art. 67 Abs. 1 aRTVG bzw. Art. 89 Abs. 1 RTVG vorgesehenen Massnahmen) der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1738 f.); nur in untergeordneter Form hat sie daneben auch noch einen präventiven und erzieherischen Charakter. Deutlich macht dies auch die neu geschaffene Verwaltungssanktion gemäss Art. 90 RTVG, deren Aufgabe insbesondere darin besteht, mittels der Verpflichtung zu Geldleistungen Anreize zu einem rechtskonformen Verhalten zu setzen (vgl. allgemein zum administrativen Rechtsnachteil: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 1138). Eine verwaltungsrechtliche Sanktion zur Durchsetzung von unmittelbar durch Rechtssatz begründeten Pflichten darf in der Regel erst nach vorgängiger Androhung mit Einräumung einer letzten Erfüllungsfrist

(Mahnung) verhängt werden, wird doch damit bezweckt, den Verfügungsadressaten ultimativ zur (freiwilligen) Erfüllung seiner Pflichten zu bewegen (vgl. bspw. die Aufforderung zur Mängelbehebung und Berichterstattung gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a aRTVG bzw. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Ziff. 2 RTVG, mit welcher die Vorinstanz dem jeweiligen Programmveranstalter unter Androhung weitreichenderer administrativer Massnahmen eine « letzte Chance » gewähren kann; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 1140 und Rz. 1150 sowie Art. 41 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Nicht so bei der hier in Frage stehenden Einziehung: Der Gesetzgeber hat mit dieser Massnahme der Aufsichtsbehörde bewusst die Möglichkeit eingeräumt, nach festgestellter Rechtsverletzung (jeweils unter pflichtgemässer Ausübung ihres Auswahlermessens und Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips [vgl. E. 11 ff.]) die unrechtmässige Bereicherung des Programmveranstalters rückgängig zu machen, ohne diesem vorgängig noch Gelegenheit zur Korrektur einzuräumen. Genau genommen ist vorliegend auch nicht die fehlende vorgängige Androhung zu beanstanden, sondern die unzureichende Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. E. 7.2).

### **E. 10.2**

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz habe sich treuwidrig verhalten, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Gemäss dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und dessen Teilgehalten dürfen sich Privatpersonen auf behördliche Äusserungen, welche berechtigterweise bestimmte verhaltenswirksame Erwartungen wecken, verlassen, selbst wenn diese Äusserungen falsch waren oder gar nicht hätten getätigt werden dürfen. Zudem darf eine Behörde von einem Standpunkt, den sie in einer bestimmten Angelegenheit einmal eingenommen hat, nicht ohne sachlichen Grund wieder abweichen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 22 Rz. 3 sowie Rz. 17). Vorliegend hat die Vorinstanz jedoch bereits in der Vergangenheit TCS-Sponsoringbillboards der Beschwerdeführerin vorgeprüft und dabei ihre (widerspruchsfreie) Praxis hinreichend dargelegt (vgl. eingehender E. 11.5.3). Weiter hat sie schon früher gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Auswahlermessens gemäss Art. 67 Abs. 1 aRTVG vereinzelt eine Einziehung angeordnet (vgl. E. 7.2) und nie Andeutungen gemacht, dass sie von dieser Massnahme zukünftig absehen werde. Unter diesen Umständen fehlt es aber an einem Verhalten der Vorinstanz, welches bei der Beschwerdeführerin berechtigterweise anderweitige Erwartungen hätte wecken können oder in sich widersprüchlich wäre. Dazu kommt, dass selbst wenn die Vorinstanz vorliegend erstmals eine Einziehung verfügt hätte, ihr die bisherige Praxis nicht entgegengehalten werden dürfte, könnte sie doch ansonsten das ihr von Gesetzes wegen eingeräumte Auswahlermassen gar nie vollumfänglich ausüben.

### **E. 11.1**

Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe vorliegend zwar die mildeste Massnahme gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a aRTVG ergriffen und die Widerrechtlichkeit der Sponsornennungen festgestellt. Anstatt sie jedoch anschliessend aufzufordern, über die getroffenen Vorkehren zur Vermeidung zukünftiger gleichgearteter Verstösse Bericht zu erstatten (Art. 67 Abs. 1 Bst. a aRTVG), habe sie (die Vorinstanz) unter Verweis auf zahlreiche, bereits in der Vergangenheit beanstandete Sponsornennungen sogleich die schwerwiegendere, erheblich in ihre Rechtsstellung eingreifende Massnahme der

Einziehung gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG angeordnet. Mit dieser Vorgehensweise habe sie aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Es sei jeweils schwierig zu beurteilen, ob eine Sponsornennung eine unzulässige werbende Aussage enthalte oder nicht und die diesbezügliche Praxis der Vorinstanz sei alles andere als klar und widerspruchsfrei; sie habe daher nicht wissen können, dass die von ihr gewählten Sponsoringbillboards unzulässig seien. Ein solches Vorwissen hätte ihr allenfalls dann angerechnet werden können, wenn sie die Billboards trotz abschlägigem Vorbescheid der Vorinstanz gesendet hätte. Dies sei jedoch vorliegend gerade nicht der Fall gewesen. Die von der Vorinstanz in der Vergangenheit sanktionierten Regelverstösse könnten ihr nicht mehr entgegengehalten werden, lägen diese doch bereits über zwei beziehungsweise drei Jahre zurück. Angesichts der langen Zeitdauer, innert welcher sie trotz umfangreichem Sponsoring zu keinerlei Beanstandungen Anlass gegeben habe, schiesse die angeordnete Einziehung weit über das Ziel hinaus. Dies gelte umso mehr, als sie mit Schreiben vom 2. Mai 2007 mitgeteilt habe, dass sie die beanstandeten Sponsoringbillboards von sich aus vom Sender genommen beziehungsweise angepasst habe. Damit habe sie den Mangel beseitigt und ihre Bemühungen um rechtskonformes Verhalten zureichend dargetan; eine weitergehende Massnahme sei infolgedessen nicht mehr notwendig.

### **E. 11.2**

Die Vorinstanz wendet ein, die vorliegend beanstandeten Sponsornennungen seien keine Grenzfälle, sondern eindeutig werblicher Natur. Sie sei sich jedoch bewusst, dass in anderen Fällen die Grenzziehung zwischen Sponsoring und Werbung oftmals schwierig sei. Sie habe Sponsoringrichtlinien erlassen, ihre langjährige Praxis sei allgemein zugänglich und sie biete zudem den Programmveranstaltern als grundsätzlich unentgeltliche Dienstleistung an, die Sponsoringbillboards vor der Ausstrahlung auf deren Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, ein Angebot, von welchem die Beschwerdeführerin regen Gebrauch mache. Was die Sponsornennungen des TCS für die Sendung « Meteo » anbelange, habe sie der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen früherer Vorprüfungen beschieden, welche Aussagen sie als werblich erachte und welche nicht. Die Beschwerdeführerin habe in der Vergangenheit mehrfach in gesponserten Sendungen nur unzureichend oder gar nicht auf das Sponsoringverhältnis hingewiesen, obwohl sie (die Vorinstanz) die Programmveranstalter wiederholt auf die Wichtigkeit der Transparenz aufmerksam gemacht habe. Entgegen ihren Behauptungen habe sich die Beschwerdeführerin in den letzten Jahren mehrere Verstösse gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen zuschulden kommen lassen. Es würde Sinn und Zweck von Art. 67 Abs. 1 aRTVG widersprechen, wenn - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - mit der Einstellung beziehungsweise Anpassung der beanstandeten Sponsoringbillboards eine Ablieferung der unrechtmässig erzielten Einnahmen ausgeschlossen wäre.

### **E. 11.3**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) fordert kumulativ, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Privaten allenfalls auferlegt werden. Geeignet ist eine behördliche Anordnung dann, wenn mit dieser das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erreicht oder zur Zielerreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag geleistet werden kann (sogenannte Zwecktauglichkeit). Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber mildereren Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso

erreicht werden kann (sogenanntes Übermassverbot). Eine Verwaltungsmassnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation besteht, das heisst der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unvertretbar schwer wiegt (sogenannte Zumutbarkeit; vgl. zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 581 ff. mit Hinweisen; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a. a. O., § 21 Rz. 1 ff.).

#### **E. 11.4**

Die Ablieferung unrechtmässig erzielter Einnahmen gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG ist zweifelsohne geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die Beschwerdeführerin anzuhalten, die rundfunkrechtlichen Werbe- und Sponsoringbestimmungen zukünftig einzuhalten. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der angestrebte Erfolg nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber milderen Massnahme erreicht werden kann. Eine mildere Massnahme bestünde darin, die Widerrechtlichkeit der gewählten Sponsornennungen festzustellen und die Beschwerdeführerin aufzufordern, die Mängel zu beheben, Vorkehren zur Vermeidung zukünftiger Wiederhandlungen zu ergreifen und darüber Bericht zu erstatten (Art. 67 Abs. 1 Bst. a aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Ziff. 2 RTVG). Die Aufforderung, Vorkehren zur Vermeidung zukünftiger Rechtsverletzungen zu treffen, erscheint aufgrund des bisherigen Verhaltens der Beschwerdeführerin (vgl. E. 11.5.4) als wenig erfolgsversprechende Massnahme. Da die Beschwerdeführerin zudem nach Eröffnung beziehungsweise Ausdehnung des Aufsichtsverfahrens die Mängel bereits von sich aus behoben und der Vorinstanz darüber berichtet hat (vgl. Schreiben vom 2. Mai 2007), verbliebe damit als mögliche (mildere) Alternative einzig noch der Erlass einer blossen Feststellungsverfügung.

#### **E. 11.5**

Eine Einziehung erweist sich dann als erforderlich, wenn die begangenen Rechtsverletzungen so schwerwiegend sind, dass eine anderweitige mildere Massnahme als nicht mehr ausreichend angesehen werden kann, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und ein zukünftiges rechtskonformes Verhalten des Fehlbaren zu gewährleisten. Es ist daher nachfolgend - auch wenn die Widerrechtlichkeit als solche nicht mehr bestritten ist (vgl. E. 6) - zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin schwerwiegende, das heisst schwere oder wiederholte Verstösse gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen vorzuwerfen sind.

##### **E. 11.5.1**

Die Beschwerdeführerin verwendete in der Sendung « einfachluxuriös » die Sponsornennung « einfachluxuriös reise - mit em Uslandschutz vom TCS » sowie in der Sendung « Meteo » die Sponsornennung « Bi jedem Wätter mit Meteo und em Rächtsschutz vo TCS » beziehungsweise « Bi jedem Wätter mit Meteo und ... » unter Einbezug eines variierenden Produkts des Sponsors TCS. Sponsoring ist die Beteiligung eines Dritten an der Finanzierung einer Sendung mit dem Ziel, den eigenen Namen, die eigene Marke oder das Erscheinungsbild zu fördern. Die Sponsoren sind jeweils am Anfang oder am Schluss jeder gesponserten Sendung zu nennen, wobei ein eindeutiger Bezug zwischen Sponsor und Sendung geschaffen werden muss. Nicht zulässig ist es, in gesponserten Sendungen resp. in Sponsorhinweisen gezielte Aussagen werbenden

Charakters über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten zu machen oder zum Abschluss von Rechtsgeschäften anzuregen. Als Werbung gilt dabei nicht nur die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung, sondern generell jede öffentliche Äusserung im Programm, welche die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden selbst gewünschten Wirkung bezweckt (vgl. insbes. Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 aRTVG, Art. 11 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 aRTVV bzw. Art. 2 Bst. k und Bst. o, Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 RTVG, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 RTVV). Sowohl das BVGer als auch das Bundesgericht (BGer) gehen von einem weit auszulegenden Werbebegriff aus (vgl. BVGE 2008/29 betreffend « Montres Breguet - Depuis 1775 » sowie Urteil des BVGer A-2278/2006 vom 30. Oktober 2007 betreffend « SEAT auto emoción »; Urteil des BGer 2C\_713/2007 vom 20. Mai 2008 sowie Urteil des BGer 2C\_643/2007 vom 20. Mai 2008).

### **E. 11.5.2**

Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend ausführt, wird durch die verwendete Formulierung im Billboard der Sendung « einfachluxuriös » der Eindruck vermittelt, der Sponsor TCS ermögliche unbeschwertes Reisen dank seines guten (Versicherungs-) Schutzes für Notfälle. Gleiches gilt für das in der Sendung « Meteo » verwendete Billboard « Bi jedem Wätter mit Meteo und ... »: Auch hier wird beim Zuschauer der Eindruck erweckt, das jeweilige Produkt des Sponsors TCS garantiere « bei jedem Wetter », das heisst jederzeit, einen umfassenden (Versicherungs-)Schutz. Beide Sponsornennungen haben damit eine eindeutig werbende Wirkung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 aRTVG i. V. m. Art. 11 Abs. 1 aRTVV resp. von Art. 12 Abs. 3 RTVG i. V. m. Art. 2 Bst. k RTVG und Art. 20 Abs. 2 RTVV. Unbestritten ist auch, dass die Beschwerdeführerin im Billboard der Sendung « Meteo » nur in unzureichender Weise auf das Sponsoringverhältnis hingewiesen und damit gegen Art. 19 Abs. 2 aRTVG resp. Art. 12 Abs. 2 RTVG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 RTVV verstossen hat, wird doch mit der gewählten Formulierung der Bezug zwischen der Sendung und dem Sponsor TCS zu wenig deutlich aufgezeigt.

### **E. 11.5.3**

Die Vorinstanz hat bereits im Rahmen der Vorprüfung von Sponsoringbillboards des TCS für die Sendung « Meteo » vom 8. Dezember 2004 resp. vom 8./9. November 2005 (zu Recht) die Sponsornennungen « Bei jedem Wetter. Meteo mit TCS » sowie « Damit Sie bei jedem Wetter sicher heimkehren. Meteo mit TCS Auslandschutz » als werbend qualifiziert, « Bei jedem Wetter sicher heimkehren mit Meteo. Präsentiert von TCS etc. » jedoch als zulässig erklärt. Die Beschwerdeführerin musste sich daher bewusst sein, dass Formulierungen mit dem Wort « mit » einzig dann unbedenklich sind, wenn Letzteres anstelle von « präsentiert von » und nicht in Verbindung mit einer werblichen Aussage verwendet wird (zulässig: « Meteo mit dem Rechtsschutz des TCS » oder « einfachluxuriös mit dem Auslandschutz des TCS », unzulässig: « Bei jedem Wetter mit Meteo und TCS » oder « einfachluxuriös reisen - mit dem Auslandschutz des TCS »). Hat die Beschwerdeführerin aber in Missachtung dieser widerspruchsfreien, als bekannt vorauszusetzenden Praxis der Aufsichtsbehörde die beanstandeten Sponsoringbillboards dennoch ausgestrahlt, so ist ihr dies als nicht entschuldbares Fehlverhalten anzulasten. Daran ändert auch das von ihr als Gegenbeispiel angeführte Sponsoringbillboard « Filmvergnügen fürs Leben mit TCS und SF DRS » nichts: Die Unzulässigkeit dieses

Billboards der Beschwerdeführerin begründete die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 5. Juli 2005 damit, dass dieses eindeutig an Bilder und die Slogans « für immer », « lebenslänglich » beziehungsweise « mit Vergnügen » anknüpfe, welche der TCS in parallel dazu laufenden Werbekampagnen verwendet habe. Nicht allein das Wort « mit » führte somit zu einer (unzulässigen) werblichen Aussage zum Sponsor, sondern erst die Kombination mit aus der Werbung bekannten Bildern und dem Zusatz « Filmvergnügen fürs Leben ».

#### **E. 11.5.4**

Bereits die Schwere der begangenen Rechtsverletzungen rechtfertigt daher die Anordnung einer Einziehung ohne weiteres. Dazu kommt noch Folgendes: Aus den von der Vorinstanz eingereichten Vergleichsfällen lässt sich entnehmen, dass diese - trotz gegenläufiger Behauptungen der Beschwerdeführerin - seit 2003 wiederholt verschiedene Verfehlungen Letzterer (jeweils von unterschiedlichem Schweregrad) gegen die rundfunkrechtlichen Werbe- und Sponsoringbestimmungen festgestellt hat (vgl. Verfügungen der Vorinstanz vom 24. Juni 2003 betreffend « Nous sommes fiers de soutenir Alinghi, le défi suisse pour la Coupe de l'America 2003 » sowie « ...präsentiert von der UBS, dem Hauptsponsor des Spenglercups Davos » [bestätigt mit Entscheid des UVEK 519.1/187 vom 22. Juni 2005], vom 21. Juli 2003 betreffend « Info-traffic RSR avec Amandine, un nouveau goût de pomme de terre », vom 21. Juli 2003 betreffend « L'heure avec le Petit Larousse, le dictionnaire qui a le dernier mot! », « Avec la gamme Iso-dog et Iso-cat pour chiens et chats, l'aliment swiss premium de haute qualité » sowie « Le journal des sports vous est présenté par le quotidien < Le Matin >. Vite lu, bien vu », vom 15. Oktober 2003 betreffend « Ds Wätter i der Region, präsentiert vo Intersky, jede Tag mit Diräktflüg vo Bern-Belp nach Wien » sowie « Ds Wätter präsentiert vo Air Alps, mit tägliche Diräktflüg ab Bern-Belp nach Amsterdam, ab em 30. März », vom 27. April 2004 betreffend die Sendung « Aeschbacher », die Sendung « Quiz Today » sowie die Sendung « MTW » [mit Entscheid des UVEK 519.1/236 vom 28. Juni 2005 betreffend die Sendung « Aeschbacher » teilweise aufgehoben], vom 5. Juli 2005 betreffend « RailAway, der Freizeitanbieter der SBB » und « Filmvergnügen fürs Leben mit TCS und SF DRS », vom 15. Juli 2005 betreffend die Sendung « Traumjob » [bestätigt mit Entscheid des UVEK 519.1/328 vom 28. Juni 2006], vom 28. März 2006 betreffend die Sendung « Wetterkanal », vom 6. November 2006 betreffend die Sendung « Swiss Lotto », vom 7. November 2006 betreffend die Sendung « Glanz & Gloria », vom 21. November 2006 betreffend « La météo avec l'exposition < Du Greco à Delacroix >, à la Fondation de l'Hermitage, à Lausanne, avec Credit Suisse », vom 29. November 2006 betreffend die Sendung « Credit Suisse Sports Awards », vom 19. April 2007 betreffend die Sendung « C'est tous les jours dimanche » sowie vom 8. Januar 2008 betreffend « Swisscom Mobile - einfach verbunden »). Da die Beschwerdeführerin somit als « Wiederholungstäterin » auftritt und mit ihrem bisherigen Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, dass sie nicht gewillt oder in der Lage ist, sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten, ist eine Einziehung umso mehr angezeigt.

#### **E. 11.6**

Die Beschwerdeführerin wendet zusätzlich ein, repressive Massnahmen wie die Einziehung dürften erst dann ergriffen werden, wenn es keine mildereren präventiven Mittel gebe. Sie könne bereits heute problematische Sponsoringbillboards der Vorinstanz zur Prüfung vorlegen, bevor sie damit auf Sendung gehe. Diese Beratungspflicht der Vorinstanz sei zwar gesetzlich nicht vorgesehen, ergebe sich aber aus dem Grundsatz von Treu und

Glauben. Die Vorinstanz hätte sie darauf aufmerksam machen müssen, dass sie vorab eine « Genehmigung » einzuholen habe. Dadurch dass sie diese mildere Präventivmassnahme ausser Acht gelassen habe, sei die Erforderlichkeit der angeordneten Einziehung nicht gegeben. Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie biete den Programmveranstaltern eine Vorprüfung der Sponsoringbillboards als blosser Dienstleistung an, um Aufsichtsverfahren möglichst zu vermeiden. Sie habe bereits in der Vergangenheit ein TCS-Sponsoringbillboard der Beschwerdeführerin einer Vorprüfung unterzogen. Es sei nicht ihr anzulasten, dass die Beschwerdeführerin das Angebot vor der Ausstrahlung der hier in Frage stehenden TCS-Sponsoringbillboards nicht in Anspruch genommen beziehungsweise früher erteilte Auskünfte nicht entsprechend umgesetzt habe.

#### **E. 11.6.1**

Der Auffassung der Vorinstanz ist zuzustimmen: Bei der Vorprüfung von Sponsoringbillboards handelt es sich um eine reine Dienstleistung der Vorinstanz, welche das ihr in Art. 67 Abs. 1 aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 RTVG eingeräumte Auswahlermessen nicht berührt. Die Beschwerdeführerin wusste von diesem Beratungsangebot, hat sie dieses in der Vergangenheit doch bereits mehrfach in Anspruch genommen; es wäre somit an ihr selber gewesen, davon Gebrauch zu machen, um damit ein allfälliges Aufsichtsverfahren zu vermeiden.

#### **E. 11.7.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet weiter die Zumutbarkeit der angeordneten Einziehung. Die Vorinstanz habe es unterlassen, eine Interessenabwägung vorzunehmen, die sämtliche öffentlichen und privaten Interessen einbeziehe. Es liege ein ausnehmend schwerer Eingriff in ihre Finanzen vor. Ihr würden dadurch zusätzliche Sponsoringgelder entzogen, so dass die hohen Gesamtproduktionskosten der beiden Sendungen vollumfänglich über Gebührengelder finanziert werden müssten. Der Einziehung stehe somit nicht nur ein gewichtiges privates, sondern auch ein erhebliches öffentliches Interesse an der sparsamen Verwendung der Gebührengelder entgegen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass sie keinen Gewinn erzielt habe. Das Sponsoringbillboard in der Sendung « einfachluxuriös » habe ausreichend auf das Sponsoringverhältnis hingewiesen und einzig mit dem Wort « reisen » einen gewissen werbenden Charakter erhalten. Dieser nicht allzu schwerwiegende Regelverstoss rechtfertige daher noch keine Einziehung von Einnahmen im Umfang von Fr. 34'000.-. In der Sendung « Meteo » sei zwar auch der Hinweis auf das Sponsoringverhältnis unzureichend gewesen. Dem stehe aber die Einziehung von Fr. 307'000.- gegenüber, welche zu einer beträchtlichen, über Gebührengelder zu deckenden Finanzierungslücke führe. Gerade mit Blick auf die unklare Praxis der Vorinstanz und dem recht grossen Ermessensspielraum bei der Anwendung von Art. 19 Abs. 3 aRTVG könne das öffentliche Interesse an einer Ablieferung der Einnahmen nicht derart ins Gewicht fallen, dass sich eine Einziehung aufdränge. Die Vorinstanz macht geltend, dass - falls bei der Interessenabwägung das öffentliche Interesse an einer sparsamen Verwendung der Gebührengelder tatsächlich jeweils höher zu gewichten wäre als dasjenige an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes - eine Ablieferung von rechtswidrig erlangten Sponsoringgeldern gar nicht mehr möglich wäre. Dies würde jedoch Sinn und Zweck von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG respektive Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG zuwiderlaufen.

#### **E. 11.7.2**

Der Zweck der Einziehung muss deren Wirkung rechtfertigen, das heisst das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss gegenüber dem Interesse des Betroffenen am Verzicht auf die Einziehung überwiegen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 1149 sowie E. 11.3). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin wiederholt und in schwerer Weise gegen die Werbe- und Sponsoringbestimmungen verstossen (vgl. E. 11.5.2 ff.). Unter diesen Umständen ist das öffentliche Interesse an einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes höher zu gewichten als das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Verwendung der von ihr rechtswidrig erlangten Sponsoringgelder. Könnte die Beschwerdeführerin, welche sich zur Hauptsache über Empfangsgebühren finanziert (vgl. Art. 17 Abs. 1 aRTVG bzw. Art. 34 RTVG), dem Restitutionsinteresse des Staates jeweils das öffentliche Interesse an einem sparsamen Umgang mit Gebührengeldern entgegenhalten, würde dies zu einem Ergebnis contra legem führen: Einerseits würde die Beschwerdeführerin damit gegenüber privat finanzierten Programmveranstaltern (bspw. lokale und regionale Veranstalter ohne Gebührenanteil [vgl. Art. 17 Abs. 2 aRTVG] bzw. Veranstalter mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil [vgl. Art. 43 RTVG]) regelmässig besser gestellt, was mit dem im Geltungsbereich von Art. 67 Abs. 1 aRTVG beziehungsweise Art. 89 Abs. 1 RTVG zentralen Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung sämtlicher Programmveranstalter nicht vereinbar wäre (vgl. auch Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1739). Andererseits würde die Beschwerdeführerin damit generell vom Anwendungsbereich von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG beziehungsweise Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG ausgenommen, was mit Sinn und Zweck besagter Gesetzesbestimmungen offensichtlich nicht zu vereinbaren wäre.

### **E. 11.8**

Als Zwischenfazit kann folglich festgehalten werden, dass die Anordnung der Einziehung durch die Vorinstanz sowohl geeignet als auch erforderlich und grundsätzlich zumutbar ist (vgl. ebenfalls E. 13.3). Die Vorinstanz hat damit nicht nur ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt, sondern auch eine angemessene Massnahme getroffen, welche zweckmässig ist und den Umständen des konkreten Einzelfalls gerecht wird (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., S. 88 Rz. 2.192).

### **E. 12**

Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz dürfe nur den Gewinn einziehen, gelte doch im Anwendungsbereich von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. von Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG das Nettoprinzip. Sie habe jedoch die Sponsoringeinnahmen vollumfänglich zur Deckung eines Teils der Produktionskosten der gesponserten Sendungen verwendet und daher gar keinen Gewinn erzielt. Zumindest habe sie den die Produktionskosten für das Billboard übersteigenden Erlös bereits verbraucht. Da gesetzlich nicht vorgesehen, stehe der Vorinstanz bei fehlendem Gewinn auch keine Ersatzforderung zu. Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass schon aus dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG hervorgehe, dass nicht der Gewinn, sondern die Einnahmen abzuliefern seien. Es wäre mit Sinn und Zweck dieser Gesetzesbestimmung nicht vereinbar, wenn der durch rechtswidriges Verhalten erzielte Vermögensvorteil beim Fehlbaren nicht mehr eingezogen werden könnte, weil Letzterer diesen in der Zwischenzeit bereits anderweitig verwendet hat. Ansonsten könnte durch eine entsprechende Vorgehensweise eine Einziehung umgangen werden.

### **E. 12.1**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a. a. O., § 25 Rz. 3 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 90 ff.; BGE 131 II 697 E. 4.1).

#### **E. 12.1.1**

Gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG kann die Aufsichtsbehörde - falls sie eine Rechtsverletzung feststellt - von der für diese Verletzung verantwortlichen Person verlangen, dem Bund die Einnahmen abzuliefern, welche sie durch die Rechtsverletzung erzielt hat. Dieser Wortlaut lässt grundsätzlich darauf schliessen, dass der gesamte Erlös aus dem unzulässigen Sponsoring (ohne Abzug allfälliger Aufwendungen) eingezogen werden kann (sogenanntes Bruttoprinzip). Anders der Wortlaut der beiden anderen Sprachfassungen besagter Gesetzesbestimmungen: Während der französische Gesetzestext noch wenig aussagekräftig von der Ablieferung des unzulässigen finanziellen Vorteils (« l'avantage financier illicite ») spricht, sieht die italienische Fassung die Abschöpfung von unrechtmässig erzielten Erträgen (« i proventi conseguiti illecitamente ») vor, eine Formulierung, welche eher auf eine blosser Einziehung des Gewinns (nach Abzug allfälliger Gestehungskosten) hindeutet (sogenanntes Nettoprinzip). Da die grammatikalische Auslegung somit kein eindeutiges Resultat liefert, ist nachfolgend auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen.

#### **E. 12.1.2**

Den Gesetzesmaterialien zum alten RTVG lässt sich entnehmen, dass mit der administrativen Massnahme der Einziehung verhindert werden soll, dass der Programmveranstalter aus einer rechtswidrigen Handlung einen finanziellen Vorteil erzielt (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987 III 750; nachfolgend: Botschaft zum aRTVG). Zum neuen RTVG hat der Gesetzgeber festgehalten, dass die Ablieferung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dient und sich die Ablieferungspflicht deshalb auf den erzielten Gewinn (Nettoprinzip) bezieht; die Aufsichtsbehörde müsse die Aufwendungen berücksichtigen, welche dem Verantwortlichen zur Finanzierung seines rechtswidrigen Verhaltens erwachsen seien (Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1739). Diese Auffassung wird auch von der Lehre noch unter der Geltung des alten RTVG vertreten (vgl. MARTIN DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. « Informations- und Kommunikationsrecht », Unterband « Rundfunkrecht », Basel 1996, Rz. 493).

#### **E. 12.1.3**

Ein solches Ergebnis deckt sich auch mit Sinn und Zweck von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG: Mit der Einziehung soll einerseits verhindert werden, dass widerrechtlich handelnde Programmveranstalter einen finanziellen Vorteil erzielen und dadurch besser gestellt werden als diejenigen Wettbewerbskonkurrenten, welche sich an die gesetzlichen Vorgaben halten. Andererseits soll damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden. Beide Ziele lassen sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit bereits erreichen, indem nicht die gesamten Einnahmen, sondern bloss

die aus der widerrechtlichen Handlung erzielten Gewinne eingezogen werden. Die fehlbare Beschwerdeführerin soll so gestellt werden, wie wenn sie die unzulässigen Sponsoringbillboards nicht ausgestrahlt hätte.

### **E. 12.2**

Aus der historischen und teleologischen Auslegung ergibt sich somit, dass die Vorinstanz gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG und in Anwendung des Nettoprinzips einzig den erzielten Gewinn abschöpfen darf. Es müssen daher von den Sponsoringeinnahmen der Beschwerdeführerin diejenigen Aufwendungen in Abzug gebracht werden, welche ihr zur Finanzierung ihres rechtswidrigen Verhaltens entstanden sind. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann dies aber nicht bedeuten, dass sämtliche Kosten für die Produktion einer Sendung, in deren Rahmen unzulässige Sponsoringbillboards ausgestrahlt wurden, zu berücksichtigen sind. Zum einen wären diese Kosten weitgehend auch ohne Rechtsverletzung angefallen. Zum anderen hätte eine solche Auffassung zur Folge, dass meist kein Gewinn eingezogen werden könnte, sind die gesamten Produktionskosten einer Sendung bei der hauptsächlich aus Gebührengeldern finanzierten Beschwerdeführerin doch regelmässig höher als die finanziellen Beiträge der Sponsoren. Dies würde aber Sinn und Zweck von Art. 67 Abs. 1 Bst. b aRTVG resp. Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG widersprechen. Infolgedessen sind bloss Aufwendungen abzuziehen, welche unmittelbar mit der beanstandeten Rechtsverletzung zusammenhängen, das heisst die Kosten der Produktion und Akquisition der unzulässigen Sponsoringbillboards (wobei vorliegend ein Abzug der Produktionskosten der Billboards entfällt, da diese gemäss den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Sponsor TCS zu tragen hat). Unbeachtlich zu bleiben hat weiter, ob die Beschwerdeführerin den ihre Aufwendungen übersteigenden Erlös allenfalls bereits verwendet hat oder nicht.

### **E. 13**

Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, den einzuziehenden Betrag auf höchstens 5 % des « Gewinns » zu beschränken, da einer umfangreicheren Einziehung insbesondere die eigenen Vermögensinteressen sowie das öffentliche Interesse an einer sparsamen Verwendung der Gebührengelder entgegenstünden.

#### **E. 13.1**

Gemäss den Sponsoringvereinbarungen schuldete der TCS der Beschwerdeführerin für die Sponsornennung in der Sendung « einfachluxuriös » pro Jahr (elf Sendungen) Fr. 192'000.- sowie einen Reisegutschein pro Sendung im Wert von mind. Fr. 3'000.-. Bei fünfzehn ausgestrahlten Sendungen (Januar 2006 bis April 2007) ergibt dies folglich Sponsoringeinnahmen im Umfang von insgesamt ca. Fr. 306'800.-. Weiter hatte der TCS der Beschwerdeführerin für die Sponsornennung in der Sendung « Meteo » nach « 10vor10 » pro erstes Dritteljahr Fr. 166'000.- sowie für die Sponsornennung in der Sendung « Meteo am Mittag » pro Jahr Fr. 442'000.- auszurichten. Mit Einstellung der unzulässigen Sponsoringbillboards per Ende April 2007 resultierten somit aus diesen beiden letztgenannten Sendungen Einnahmen von insgesamt Fr. 921'300.- (« Meteo » nach « 10vor10 »: Fr. 332'000.- [Ausstrahlung: Januar bis April 2006 sowie Januar bis April 2007], « Meteo am Mittag »: ca. Fr. 589'300.-).

#### **E. 13.2**

Zur Berechnung des einzuziehenden Betrages bedient sich die Vorinstanz generell folgender Methode: Ausgehend von den mit einem bestimmten Sponsoringbillboard

erzielten Einnahmen nimmt sie in einem ersten Schritt dann eine (erste) Kürzung vor, wenn das Billboard teilweise den rundfunkrechtlichen Werbe- und Sponsoringbestimmungen entspricht. Von dieser Geldsumme stellt sie in einem zweiten Schritt bei einem erstmaligen Verstoss grundsätzlich nur einen Drittel, beim zweiten Verstoss zwei Drittel und ab dem dritten Verstoss den gesamten Betrag in Rechnung, wobei eine Abweichung von dieser Regel erfolgen kann, wenn der letzte gleichartige Verstoss längere Zeit zurückliegt. Übertragen auf das werbliche Sponsoringbillboard der Sendung « einfachluxuriös » führt dies zu folgendem Ergebnis: Von den Sponsoringeinnahmen von ca. Fr. 306'800.- bringt die Vorinstanz Zweidrittel für die korrekte Nennung des Sponsors am Anfang und am Ende der Sendung sowie für den genügenden Hinweis auf das Sponsoringverhältnis in Abzug, um der Beschwerdeführerin anschliessend - mit Verweis auf die bereits einige Zeit zurückliegende letztmalige Einziehung wegen einer werblichen Sponsornennung (Verfügung vom 5. Juli 2005) - vom verbleibenden Betrag (ca. Fr. 102'000.-) bloss ein Drittel in Rechnung zu stellen (Total: Fr. 34'000.-). Der einzuziehende Betrag für die unzulässigen Sponsoringbillboards der Sendungen « Meteo » nach « 10vor10 » sowie « Meteo am Mittag » errechnet die Vorinstanz wie folgt: Abzug von einem Drittel von Fr. 921'300.-, da der Sponsor am Anfang und am Ende der Sendungen jeweils genannt wurde. Von dem auf die werbliche Aussage entfallenden Drittel (ca. Fr. 307'000.-) unterliegen mit derselben Begründung wie beim Sponsoringbillboard der Sendung « einfachluxuriös » lediglich ein Drittel (Fr. 102'333.-) der Einziehung. Von dem auf den ungenügenden Hinweis auf das Sponsoringverhältnis entfallenden Drittel werden dagegen zwei Drittel (Fr. 204'666.-) in Rechnung gestellt, da vor nicht allzu langer Zeit (7. November 2006) ein solcher Verstoss bereits beanstandet und als Folge davon ein Drittel der Einnahmen eingezogen worden ist (Total: Fr. 307'000.-).

### **E. 13.3**

Mit ihrem Vorgehen unterwirft die Vorinstanz zu Recht auch den Umfang der Einziehung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (zur Verhältnismässigkeit der Massnahme an sich vgl. E. 11 ff.). Die von ihr benutzten Kriterien zur Berechnung des konkret einzuziehenden Betrages erscheinen weiter zweckmässig und nachvollziehbar. Mit einer Kürzung der Sponsoringeinnahmen je nach Zulässigkeit einzelner Elemente des Billboards sowie einer Abstufung des einzuziehenden Betrages je nach Zeitpunkt der letztmals festgestellten gleichartigen Widerhandlung der Beschwerdeführerin mit Einziehungsfolge wendet die Vorinstanz eine Methode an, welche dem jeweiligen Einzelfall gerecht wird und damit angemessen ist. Einzig was die Abstufung anbelangt, erschiene es wohl sachgerechter, auf das Datum der letztmals festgestellten gleichartigen Rechtsverletzung abzustellen, unabhängig davon, ob damit eine Einziehung verbunden war oder nicht (d. h. auf den 8. Januar 2008 bei den unzulässigen werblichen Aussagen bzw. auf den 19. April 2007 beim unzureichenden Hinweis auf das Sponsoringverhältnis). Da sich die Vorinstanz mit der von ihr gewählten Lösung jedoch nach wie vor in dem ihr zustehenden Ermessensspielraum bewegt und sich das Ergebnis nicht als offensichtlich unbillig erweist, besteht für das BVGer keine Veranlassung, berichtigend in ihre Berechnung einzugreifen.

### **E. 13.4**

Unter diesen Umständen ist die von der Vorinstanz angeordnete Einziehung von insgesamt Fr. 341'000.- (d. h. rund 28 % der Sponsoringeinnahmen) nicht zu beanstanden. Da die angefochtene Verfügung somit auch bezüglich Ziff. 2 des Dispositivs rechtmässig ist, erscheint die Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten im Umfang von Fr.

3'500.- an die Beschwerdeführerin (Dispositiv Ziff. 3) als gerechtfertigt.

**E. 14**

Die Beschwerde erweist sich demnach insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

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