

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

### 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

11-175

#### **Bundesverwaltungsgericht unterteilt Werbespot in zulässigen und unzulässigen Teil und reduziert Umfang der Ablieferung entsprechend**

---

Ablieferung der unrechtmässig erzielten Einnahmen; allgemeine Massnahme; Verhältnismässigkeit; Verkaufsangebot für alkoholische Getränke; Verwaltungssanktion  
Art. 2 Bst. I, 89, 90 RTVG; [Art. 16 Abs. 3 RTVV](#)

---

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2011 ( [A-7662/2010](#) )

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte es als unverhältnismässig, die gesamten Nettoeinnahmen eines Werbespots einzuziehen, wo nur ein in sich abgeschlossener, abtrennbarer Teil des Werbespots ein unzulässiges Verkaufsangebot für alkoholische Getränke enthielt, ein anderer Teil den rundfunkrechtlichen Regeln aber entsprach.

Die SRG strahlte in ihren Fernsehprogrammen SF 1, SF zwei, SF info, TSR und TSR 2 zwei verschiedene Werbespots der Schuler St. Jakobskellerei aus. Darin wurde insbesondere ein limitiertes Sonderangebot für sechs bestimmte Flaschen Wein beworben. In den im März 2010 ausgestrahlten Werbespots wurden die Telefonnummer sowie die Internetadresse der Schuler St. Jakobskellerei eingeblendet. In späteren Ausstrahlungen wurde die Telefonnummer nicht mehr angezeigt. Ab dem 9. April 2010 wurde ein überarbeiteter Spot ausgestrahlt, der weder Telefonnummer noch Internetadresse enthielt.

Das BAKOM eröffnete in der Folge ein Aufsichtsverfahren. Dabei kam es zum Schluss, dass die mit Telefonnummer und Internetadresse bzw. nur mit Internetadresse ausgestrahlten Werbespots gegen das Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke ( [Art. 16 Abs. 3 RTVV](#) ) verstossen hatten. Das BAKOM verfügte die Ablieferung ( [Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG](#) ) der gesamten Nettoeinnahmen aus den unzulässigen Werbespots. In ihrer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die SRG, auf die Ablieferung der Einnahmen sei zu verzichten, eventualiter sei die Höhe des abzuliefernden Betrags angemessen zu reduzieren.

Bei der Beurteilung des Hauptantrags prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme an sich. Es sei unbestritten, dass die betreffenden Werbespots Verkaufsangebote für alkoholische Getränke enthielten und somit gegen [Art. 16 Abs. 3 RTVV](#) verstiesen. Eine Rechtsverletzung und damit die Voraussetzung für Massnahmen gemäss [Art. 89 RTVG](#) seien demnach gegeben. Das BAKOM habe als einzige Massnahme eine Ablieferung gemäss [Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG](#) verfügt und sich mithin im Vergleich zur härteren Verwaltungssanktion gemäss [Art. 90 RTVG](#) der milderen Massnahme bedient.

Zur Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme führte das Bundesverwaltungsgericht weiter aus, die Ablieferung der durch die Rechtsverletzung erzielten Einnahmen sei grundsätzlich eine geeignete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Sie sei vorliegend auch erforderlich. Bei einer blossen Feststellung der Widerrechtlichkeit und einem Verzicht auf die Ablieferung der Einnahmen würde nämlich ein bedenkliches Präjudiz geschaffen, welches zur Folge hätte, dass auch anderen Programmveranstaltern in vergleichbaren Fällen ein erster Verstoss mit rechtswidrig erzielten Einnahmen zuzugestehen wäre. Dies würde den von [Art. 16 Abs. 3 RTVV](#) bezweckten Gesundheitsschutz beeinträchtigen. Die SRG habe die streitigen Werbespots aufgrund eigener Bedenken abgesetzt. Künftige gleichartige Rechtsverletzungen seien daher nicht zu erwarten. Der Verstoss wiege aber doch so schwer, dass er sich nicht lohnen dürfe und einen Ausgleich der wirtschaftlichen Vorteile verlange. Ein solcher könne nur mit der Einziehung der dadurch erzielten Einnahmen erreicht werden. Die Ablieferung der Einnahmen sei für die SRG auch zumutbar. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überwiege das wirtschaftliche Interesse der SRG. Aus diesen Gründen beurteilte das Bundesverwaltungsgericht die Ablieferung der Einnahmen gemäss [Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG](#) vorliegend als eine rechtmässige und verhältnismässige Massnahme.

medialex-2011- 223

Im Rahmen der Beurteilung des Eventualantrags prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob die Höhe des abzuliefernden Betrags verhältnismässig war. Dabei untersuchte das Gericht die Werbespots in inhaltlicher und dramaturgischer Sicht. Der erste Teil der Werbespots bewerbe die Leistungen der Schuler St. Jakobskellerei, nämlich das Angebot prämierter Spitzenweine, telefonische Beratung und Bestellmöglichkeit sowie Heimlieferung mit Rückgaberecht. Es werde weder ein konkreter noch ein bestimmbarer (Rot-)Wein vorgestellt oder angeboten. Den Zuschauern fehlten daher wesentliche Punkte für einen Kaufvertrag, insbesondere der genaue Kaufgegenstand und Preis für einen unmittelbaren Vertragsschluss. Dieser Teil der Werbespots bezwecke offensichtlich die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren und sei daher ohne Weiteres als Werbung im Sinne von [Art. 2 Bst. k RTVG](#) einzustufen. Eine Aufforderung zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts und damit ein Verkaufsangebot im Sinne von [Art. 2 Bst. l RTVG](#) liege jedoch nicht vor. Dieser erste Teil sei in

sich abgeschlossen und es komme ihm eine eigenständige Bedeutung zu. Er könnte auch für sich alleine ausgestrahlt werden. Das befristete Sonderangebot für sechs bestimmte Flaschen Wein und somit die für einen Kauf bzw. für ein Verkaufsangebot wesentlichen Punkte kämen einzig im zweiten Teil der Werbespots vor. Auch dieser zweite Teil der Werbespots sei in sich abgeschlossen und könnte für sich alleine gesendet werden.

Auf diesen Sachverhalt, so das Bundesverwaltungsgericht, könne die bisherige Praxis, wonach Werbespots nicht in zulässige und unzulässige Teile zu unterteilen seien, nicht unbesehen übertragen werden. In den bisher zu beurteilenden Fällen sei eine einheitliche Betrachtung des Werbespots sachgerecht gewesen, da die Werbung für das Produkt insgesamt verboten gewesen sei. Ebenso sei eine Betrachtung als Gesamtheit dann sachgerecht, wenn während des gesamten Werbespots das Produkt erkenn- und bestimmbar sei, das Gegenstand des Verkaufsangebots bildet. In dieser Hinsicht unterscheide sich der vorliegende Fall von den bisher zu beurteilenden Fällen. Die streitigen Werbespots enthielten zwei sowohl inhaltlich als auch gestalterisch deutlich zu unterscheidende Teile, wobei der erste Teil rechtmässig sei. Nur der zweite, in sich geschlossene und vom ersten Teil abtrennbare Teil enthalte ein unzulässiges Verkaufsangebot ( [Art. 16 Abs. 3 RTVV](#) i.V.m. [Art. 2 Bst. I RTVG](#) ). Es sei folglich unter den Gesichtspunkten der Gesetzesauslegung und der Verhältnismässigkeit zu prüfen, welche Einnahmen durch Rechtsverletzung erzielt wurden und daher abzuliefern seien.

Es sei nicht erkennbar, inwiefern der Gesundheitsschutz und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als Zweck vereitelt werden, wenn nur die aus den unzulässigen Teilen der Werbespots erzielten Einnahmen abgeliefert werden müssen. Es bestehe mithin keine Notwendigkeit, die gesamten Nettoeinnahmen aus der Ausstrahlung der Werbespots einzuziehen. Der rechtmässige Zustand werde auch dann wiederhergestellt, wenn sich die Ablieferung auf diejenigen Einnahmen beschränke, die aus unzulässigen Teilen der Werbespots stammen. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde in diesem Punkt folglich gut. Den abzuliefernden Betrag reduzierte es auf einen Drittel der Nettowerbeeinnahmen, da das Verkaufsangebot rund einen Drittel der Dauer des Werbespots umfasst habe.

---

**Anmerkungen** Die Ablieferung der Einnahmen gemäss [Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG](#) bezweckt primär die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Es soll verhindert werden, dass der Programmveranstalter aus einer rechtswidrigen Handlung einen finanziellen Vorteil erlangt. Die Ablieferung hat sich daher auf den erzielten Gewinn zu beschränken (sog. Nettoprinzip). Vom abzuliefernden Betrag sind die Aufwendungen (Akquisitions- und Produktionskosten) abzuziehen, die dem Veranstalter zur Finanzierung seines rechtswidrigen Verhaltens entstanden sind ( [BVG 2009/36](#) [«einfach luxuriös»], E. 12 ff. S. 512 ff.). Es entspricht überdies Sinn und Zweck des [Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG](#) und seiner Anwendung nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass die so errechneten Nettoeinnahmen nur im zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geeigneten, erforderlichen und zumutbaren Umfang abzuliefern sind ( [BVG 2009/36](#), E. 11 ff. S. 505 ff.).

Im Bereich Sponsoring trägt das BAKOM dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Berechnung des Umfangs der Ablieferung durch Abstufungen Rechnung. Es werden ein Drittel, zwei Drittel oder die gesamten Nettoeinnahmen eingezogen. Relevante Kriterien sind in der Regel der Umstand, dass die Rechtsverletzung wiederholt aufgetreten ist und der Zeitpunkt der letztmals festgestellten gleichartigen Widerhandlung. Relevant sind aber auch die Intensität der Rechtsverletzung ([Verfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2010](#))

---

---

[«Gesundheit Sprechstunde»], Ziff. 6.2.7) sowie der Umstand, dass das Sponsoringverhältnis den rundfunkrechtlichen Anforderungen teilweise genügt (Verfügung des BAKOM vom 8. Februar 2008 [«einfach luxuriös»], Ziff. 3.2.4.1). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt diese Kriterien als zweckmässig und die entsprechende Abstufung als eine Methode, die dem jeweiligen Einzelfall gerecht wird und zu angemessenen Ergebnissen führt ( [BVGE 2009/36](#), E. 13.2 S. 515 f.).

Im hier besprochenen, die Ablieferung von Werbeeinnahmen betreffenden Urteil knüpft das Bundesverwaltungsgericht an diese Praxis im Bereich des Sponsorings an. Das Gericht berücksichtigt den Umstand, dass die Werbespots nur zum Teil ein unzulässiges Verkaufsangebot enthielten, im Übrigen aber den rundfunkrechtlichen Anforderungen genügten. Nach einer Visionierung der Werbespots erweist sich eine solche Unterscheidung in zulässige und unzulässige Teile vorliegend tatsächlich als sachgemäss. Die inhaltliche und dramaturgische Gestaltung der Werbespots lässt eine Unterscheidung zwischen dem unzulässigen Verkaufsangebot und der eigentlichen Werbung zu und ermöglicht eine einzelfallgerechte Bemessung des abzuliefernden Betrags. Das Gericht begründet sorgfältig, weshalb unter diesen Umständen bereits die Ablieferung eines Drittels der Nettoeinnahmen eine geeignete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist.

Anzumerken bleibt, dass eine solche Abstufung bei der Berechnung der abzuliefernden Nettowerbeeinnahmen auch künftig voraussetzt, dass sich unzulässige und zulässige Teile unterscheiden lassen und sich eine solche Unterscheidung als sachgemäss erweist, um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Nicht sachgemäss ist eine solche Unterscheidung dort, wo die betreffende Werbung an sich verboten ist (z.B. Tabakwerbung). Denn wo sich die Werbewirkung auf ein unzulässiges Objekt bezieht, erscheinen in der Regel die ganzen Nettowerbeeinnahmen als «durch die Verletzung erzielt» ( [Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG](#) ). Wie das Bundesverwaltungsgericht selber festhält, erweist sich

medialex–2011– 224

in solchen Fällen nur eine einheitliche Betrachtung der Werbespots als sachgerecht (E. 4.4).  
Dr. iur. **Thomas Steiner**, Zürich

---