

# **BVGer A-2023/2021 vom 14. November 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-11-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-2023\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2023_2021)

FR: TAF A-2023/2021 du 14 novembre 2022

IT: TAF A-2023/2021 del 14 novembre 2022

## **Regeste**

Konzessionen

## **Erwägungen**

### **E. 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 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (vgl. Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit der ihr abweichend von ihrer Selbstdeklaration eine Konzessionsabgabe in der Höhe von insgesamt Fr. 127'764.- für das Jahr 2018 auferlegt wird, sowohl formell als auch materiell beschwert. Sie ist entsprechend zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

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

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, das vorliegende Verfahren sei mit dem Verfahren A-2024/2021 zu vereinigen, welches die Festlegung der Konzessionsabgabe 2019 betrifft. Eine Vereinigung der beiden Verfahren drängt sich angesichts der unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen nicht auf. Da die Sachverhalte jedoch vergleichbar sind und sich die gleichen Rechtsfragen stellen, werden sie koordiniert behandelt (vgl. Urteil des BVGer A-2024/2021 vom 14. November 2022 E. 2.1). Der Antrag ist abzuweisen.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin ersucht um Beizug der Akten des Verfahrens A-5480/2019, das vom Bundesverwaltungsgericht am 10. Februar 2020 abgeschrieben wurde. Für die

Bearbeitung des vorliegenden Verfahrens ist das Abschreibungsverfahren nicht relevant und die notwendigen Akten liegen vollständig vor.

### **E. 3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, soll in Gewichtigkeitsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz respektieren. Sie muss zwar eine unangepasste Entscheidung korrigieren, darf aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen der Vorinstanz überlassen. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, kann sie sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, ohne damit ihre Kognition in unzulässiger Weise zu beschränken (vgl. insb. BGE 135 II 296 E. 4.4.3; BVGE 2010/19 E. 4.2). Der Vorinstanz kommt in Fragen im Bereich von Werbeeinnahmen und Konzessionsabgaben ein ausgeprägtes Fachwissen zu. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen. Es hat sich daher eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde. Dagegen prüft es frei und uneingeschränkt, ob die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft, die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat und sich dabei von sachkonformen Erwägungen hat leiten lassen (vgl. auch Urteil des BVGer A-1847/2010 vom 21. April 2011 E. 4).

### **E. 3.2**

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 12 VwVG), der durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. Art. 13 VwVG) jedoch erheblich relativiert wird. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich insbesondere auf Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne deren Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (vgl. BGE 138 II 465 E. 8.6.4 m.H.). Das Ausmass der Mitwirkungspflicht richtet sich nach der Zumutbarkeit und der Verhältnismässigkeit, wobei die Mitwirkungshandlungen grundsätzlich durch die verfahrensleitende Behörde bestimmt werden. Die Mitwirkungspflicht besteht im Übrigen auch dann, wenn sie sich für eine Partei negativ auswirkt (vgl. BGE 132 II 113 E. 3.2). Sie ist daher auch zur Auskunft über für sie ungünstige Umstände verpflichtet (vgl. zum Ganzen Christoph Auer in: Auer/Müller/Schindler, VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Rz. 6 zu Art. 13 VwVG). Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht kann bei der Beweiswürdigung zum Nachteil der mitwirkungspflichtigen Partei berücksichtigt werden (vgl. Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG) und kann insbesondere dazu führen, dass die Behörde aufgrund der bestehenden Aktenlage entscheidet (vgl. insb. BVGE 2008/46 E. 5.6.1; Urteil des BVGer A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 8.7.4.1).

### **E. 4**

Streitig und zu prüfen ist die Frage, ob die Vorinstanz die Konzessionsabgabe 2018 in Abweichung der von der Beschwerdeführerin selbstdeklarierten Bruttoeinnahmen für Werbung und Sponsoring zu Recht auf insgesamt Fr. 127'764.- festgelegt hat.

### **E. 5.1**

Wer in der Schweiz ein Radio- oder Fernsehprogramm anbieten will, muss dies vorgängig dem BAKOM melden oder über eine Konzession verfügen (vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 [RTVG; SR 784.40]). Konzessionierte Veranstalter schweizerischer Programme haben auf einer solchen Konzession jährlich eine Abgabe zu entrichten (vgl. Art. 22 Abs. 1 RTVG). Die Höhe der Abgabe und ein Freibetrag werden vom Bundesrat festgelegt (vgl. Art. 22 Abs. 2 RTVG). Die Konzessionsabgabe beträgt pro Kalenderjahr 0,5 Prozent der Fr. 500'000.- übersteigenden Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring (vgl. Art. 22 Abs. 2 RTVG i.V.m. 34 Abs. 2 Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV; SR 784.401]). Abgestellt wird auf die im vorangegangenen Kalenderjahr erzielten Bruttoeinnahmen (vgl. Art. 34 Abs. 3 RTVV). Konzessionierte Programmveranstalter müssen der Vorinstanz die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring melden (vgl. Art. 15 RTVG). Darüber hinaus kommen ihnen weitere Melde-, Auskunfts-, Berichterstattungs- und Aufzeichnungspflichten zu (vgl. Art. 16 ff. RTVG). Insbesondere haben sie gegenüber der Vorinstanz die Pflicht, unentgeltlich Auskünfte zu erteilen und diesen die Akten herauszugeben, die diese im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeiten benötigen (vgl. Art. 17 Abs. 1 RTVG). Juristische und natürliche Personen, welche für den Programmveranstalter Werbung oder Sponsoring akquirieren, sind gegenüber der Vorinstanz ebenfalls auskunftspflichtig (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. b RTVG). Der gleichen Pflicht unterliegen Unternehmen, an denen der Programmveranstalter namhaft beteiligt ist oder die am Programmveranstalter namhaft beteiligt sind und die im Radio- und Fernsehmarkt oder in verwandten Märkten tätig sind (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. a RTVG). Die Vorinstanz überprüft die gemeldeten Bruttoeinnahmen und erlässt die Abgabeverfügung (vgl. Art. 34 Abs. 6 RTVV). Sie kann im Rahmen ihrer Finanzaufsicht sowohl bei der Konzessionärin als auch bei den genannten auskunftspflichtigen Dritten Finanzprüfungen vor Ort vornehmen (vgl. Art. 42 Abs. 2 RTVG).

## **E. 5.2**

Ist die Bedeutung einer Rechtsnorm zweifelhaft, ist sie durch Auslegung zu ermitteln. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Norm, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Bedeutungen zulässt. Diesfalls muss unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente wie der Entstehungsgeschichte, des zeitgemässen Verständnisses und des Zwecks der Norm nach der wahren Tragweite der Rechtsnorm gesucht werden. Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (Systematik). Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu. Vielmehr befolgt das Bundesgericht einen «pragmatischen Methodenpluralismus» (vgl. BGE 142 V 299 E. 5.1; 135 V 50 E. 5.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 216 f.; Moser/Beusch/ Kneubühler/Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.182 f.).

## **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, dass sich bei der Abgabenerhebung eine konzernrechtliche Betrachtung aufdrängt.

### **E. 6.1.1**

Sie macht insbesondere geltend, die Vorinstanz habe bei der Festlegung der Konzessionsabgabe die Organisationsstruktur, in welche sie zusammen mit den anderen beiden konzessionierten Programmveranstalterinnen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ eingebettet sei, nicht berücksichtigt. Der von ihr deklarierte Betrag für Werbung und Sponsoring ergebe sich sodann aus dem Umstand, dass sie sowie auch die anderen beiden Programmveranstalterinnen ihre Vermarktungsrechte vollständig an die E.\_\_\_\_\_ abgetreten hätten. Die C.\_\_\_\_\_, die D.\_\_\_\_\_ und sie selbst hätten der Vorinstanz zusammengezählt die gesamten von der E.\_\_\_\_\_ aus ihrer Vermarktungstätigkeit für die (...) Sender erzielten Erträge aus Werbung und Sponsoring deklariert und insbesondere über die jeweiligen Jahresrechnungen ausgewiesen.

#### **E. 6.1.2**

Die Vorinstanz erachtet eine solche Betrachtungsweise als nicht korrekt. Vielmehr ist sie der Auffassung, dass die Bruttoeinnahmen für jeden einzelnen Radiosender separat ausgewiesen und belegt werden müssen.

#### **E. 6.1.3**

Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, wer im Rahmen der geltend gemachten Konzernstruktur der (...) Gruppe das Subjekt der Konzessionsabgabe ist und inwiefern firmen- und obligationenrechtliche Umstände bei der Abgabepflicht zu berücksichtigen sind. Da sich das RTVG zu dieser Frage nicht explizit äussert, ist für deren Beantwortung eine Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen notwendig.

#### **E. 6.2.1**

Die Pflicht zur Konzessionsabgabe ist in Art. 22 Abs. 1 RTVG verankert. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist insoweit klar, als er den «konzessionierten Veranstalter schweizerischer Programme» (frz. «les concessionnaires diffusant des programmes suisses»; ital. «le emittenti di programmi svizzeri concessionarie») in einer in allen drei Landessprachen vergleichbaren Weise ins Zentrum der Abgabepflicht stellt. Auch die im Zusammenhang mit der Konzessionsabgabe einhergehende Pflicht zur Meldung der Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring (Art. 15 RTVG) richtet sich unmittelbar an den «konzessionierten Veranstalter schweizerischer Programme». Aus der Legaldefinition von Art. 2 Bst. d RTVG ergibt sich, dass als «Programmveranstalter ... die natürliche oder juristische Person» gilt, «welche die Verantwortung für das Schaffen von Sendungen oder für deren Zusammenstellung zu einem Programm trägt». Auch hier ergeben sich aus der französischen und der italienischen Fassung keine wesentlichen Abweichungen. Aus der grammatikalischen Auslegung lässt sich damit schliessen, dass sich die Abgabepflicht an den inhaltlich für die Ausstrahlung und die Produktion der Radio- oder Fernsehsendung verantwortlichen Inhaber einer Konzession richtet. Subjekt der Abgabepflicht ist mit anderen Worten, wer die mit der Erfüllung des Leistungsauftrags einhergehende rundfunkrechtliche Verantwortung trägt. In welche organisatorische Strukturen der konzessionierte Programmveranstalter dabei eingebettet ist, ist aufgrund des Wortlauts der einschlägigen Gesetzesbestimmungen unerheblich.

#### **E. 6.2.2**

In systematischer Hinsicht lässt sich feststellen, dass das Gesetz grundsätzlich zwischen Programmveranstaltern, die lediglich einer Meldepflicht (vgl. Art. 3 Bst. a RTVG), und solchen, die einer Konzessionspflicht (vgl. Art. 3 Bst. b RTVG) unterliegen, unterscheidet. Konzessionspflichtig sind dabei nicht nur die Schweizerische Radio- und

Fernsehgesellschaft SRG (vgl. Art. 23 ff. RTVG), sondern auch Veranstalter lokal-regionaler Programme, welchen ein Leistungsauftrag zukommt (vgl. Art. 38 ff. RTVG). Letztere unterscheiden sich wiederum in Veranstalter mit (vgl. Art. 38 RTVG) oder ohne Abgabenteil (vgl. Art. 43 RTVG) und damit danach, ob sie durch die Konzession über den Zugang zu einer drahtlos-terrestrischen Verbreitung eines Programms hinaus auch einen Anspruch auf einen Anteil am Ertrag der Abgaben für Radio und Fernsehen erhalten (vgl. Art. 38 Abs. 2 RTVG). Während der Gesetzestext bei der Konzessionsabgabe - wie ausgeführt - spezifisch die konzessionierten Programmveranstalter in die Pflicht nimmt (vgl. Art. 22 RTVG), richten sich die weiteren im Zusammenhang mit der Radio- und Fernsehübertragung bestehenden Verpflichtungen allgemein an die «Programmveranstalter» (vgl. Art. 17 RTVG) respektive die «Veranstalter schweizerischer Programme» (vgl. Art. 16 und Art. 18 RTVG). Im Zusammenhang mit der Verordnung wird dabei deutlich, dass etwa die Pflicht zur Einreichung einer Jahresrechnung konzessionierte und andere Veranstalter nur trifft, soweit deren jährlicher Betriebsaufwand mehr als eine Million Franken beträgt (vgl. Art. 18 RTVG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 RTVV). In Bezug auf die Abgabepflicht lassen sich der Verordnung keine weiteren Präzisierungen entnehmen. Insbesondere gibt es für konzessionierte Veranstalter keine Möglichkeit, sich von der Abgabe zu befreien. Vielmehr erscheinen alle konzessionierten Veranstalter gleichermassen abgabepflichtig. Für die systematische Auslegung aufschlussreich sind sodann die Regelungen zur Berechnung der Abgabe sowie die in diesem Zusammenhang bestehenden Pflichten. So ergibt sich aus Art. 34 Abs. 1 RTVV, dass sich die Abgabepflicht auf alle durch Werbung und Sponsoring erzielten Erträge des konzessionierten Veranstalters richtet und zwar unabhängig davon, ob dieser sie selbst oder durch Dritte erzielt hat. «Dritte» werden vom Gesetz - wie bereits erwähnt wurde - insoweit in die Pflicht genommen, als juristische und natürliche Personen, welche für den Programmveranstalter Werbung und Sponsoring akquirieren, in Bezug auf diese Einnahmen auskunftspflichtig sind (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. b RTVG). Dieselbe Verpflichtung trifft namentlich auch juristische oder natürliche Personen, an denen der Programmveranstalter namhaft beteiligt ist oder die am Programmveranstalter namhaft beteiligt sind (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. a RTVG). Unternehmen, die mit dem Programmveranstalter in einer namhaften konzern- oder anderen obligationenrechtlichen Beziehung stehen, kommen demnach im Zusammenhang mit der Konzernabgabe gesetzliche Auskunftspflichten, jedoch keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen zu. Auch die systematische Auslegung weist demnach darauf hin, dass das Subjekt der Abgabe die Konzessionärin selbst ist und Dritte - wie konzernrechtlich mit dieser in einer Beziehung stehende Gesellschaften oder Vermarktungsunternehmen - bei der Abgabenerhebung lediglich insofern relevant sind, als sie im Rahmen der Programme Einnahmen über Werbung oder Sponsoring erzielen. Die Firmenstruktur oder allfällige obligationenrechtliche Vereinbarungen zwischen der Konzessionärin und Dritten sind für die Abgabepflicht unerheblich.

### **E. 6.2.3**

Bis zu der 2006 in Kraft gesetzten Totalrevision des RTVG waren alle Veranstalter von Radio- und Fernsehprogrammen konzessions- und damit auch abgabepflichtig (vgl. Art. 10 Abs. 1 und Art. 50 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 [aRTVG; AS 1992 601]). Die gesetzlich vorgesehene Konzessionsabgabe wurde mit der durch die Konzessionserteilung einhergehenden Übertragung von wirtschaftlich nutzbaren Rechten begründet (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September

1987, BBl 1987 III 689, 746). Seit der Lockerung der Konzessionspflicht unterstehen private Veranstalter mit Ausnahme derjenigen, denen ein staatlicher Leistungsauftrag zukommt, lediglich noch einer Meldepflicht (vgl. Art. 3 Bst. a und b RTVG). Den privaten Veranstaltern sollte damit ein erleichterter Marktzugang ermöglicht werden, indem sie insbesondere vom aufwändigen Konzessionsverfahren entlastet und von der Bezahlung der Konzessionsabgabe entbunden werden. Dies unter der Voraussetzung, dass sie weder Vorteile durch eine Gebührenfinanzierung noch vergünstigte Verbreitung (Zugangsrechte) beanspruchen (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, BBl. 2003 1569, 1572, 1615 ff.). Die darüber hinaus weiterhin bestehende Konzessionspflicht gewisser Programmveranstalter dient der Sicherstellung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages (vgl. Art. 93 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, SR 101). Mit der in Art. 3 ff. RTVG getroffenen Unterscheidung zwischen melde- und konzessionspflichtigen Veranstaltern wollte der Gesetzgeber gemäss Botschaft zum Ausdruck bringen, dass konzessionspflichtige Veranstalter besondere Pflichten zu erfüllen haben, die über die blosser Meldung und die Einhaltung der im Gesetz enthaltenen Vorschriften hinausgehen (vgl. BBl 2003 1569, 1668; Rolf Weber, Handkommentar zum Rundfunkrecht: Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen, 2008, Rz. 3 ff., insb. Rz. 17 zu Art. 3 RTVG). Im Gegenzug für die mit dem Leistungsauftrag einhergehende öffentliche Aufgabenerfüllung erhalten konzessionierte Programmveranstalter staatliche Leistungen in Form des Erhalts eines Anteils aus den Gebührenerträgen oder zumindest einem privilegierten Zugang zur Verbreitungsinfrastruktur (vgl. BBl 2003 1569, 1592). Diesen Vorteilen steht die Pflicht des Programmveranstalters gegenüber, für die Nutzung der Konzession eine Abgabe zu entrichten. Die Abgabe dient im Übrigen der Medienforschung und der Technologieförderung (vgl. Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 58 und Art. 77 RTVG). Ihr Verwendungszweck steht damit im öffentlichen Interesse. Aus (historisch-)teleologischen Gesichtspunkten lässt sich somit schliessen, dass der Abgabepflicht unmittelbare Vorteile in Form von staatlichen Leistungen gegenüberstehen. Die Konzessionsabgabe rechtfertigt sich damit insbesondere durch die im Rahmen der Konzession übertragenen Rechte. Subjekt der Abgabe ist in diesem Sinne, wer unmittelbar Vorteile aus der Konzessionsübertragung zieht. Nebst der Sicherstellung des Leistungsauftrages ist Sinn und Zweck der Abgabe schliesslich die Förderung der Forschung und Technologie im Bereich der Medien. Nicht dem öffentlichen Interesse und dem Verwendungszweck der Norm entspräche es, wenn die Konzessionärin die Abgabeverpflichtung durch unterschiedliche Konzernstrukturen selbst beeinflussen oder diese gar umgehen könnte.

#### **E. 6.2.4**

Die Auslegung von Art. 22 RTVG ergibt demnach, dass sich die Abgabepflicht an die konzessionierten Programmveranstalter richtet und zwar unabhängig von dessen - selbst gewählten - obligationenrechtlichen Verpflichtungen oder der Einbettung in eine Konzernstruktur. Sind mehrere Programmveranstalter im Rahmen eines Konzerns angesiedelt, hat jeder die eigenständige Pflicht, die ihn betreffenden Einnahmen für die Festlegung der Abgabe vollumfänglich und von der Konzernstruktur unabhängig auszuweisen. Mithin drängt sich eine konzernrechtliche Betrachtung bei der Abgabenerhebung nicht auf (vgl. auch Urteil des BVGer A-2024/2021 E. 6.2.4).

#### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin ist nach dem Gesagten unabhängig von ihren Beziehungen zur C.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ oder der E.\_\_\_\_\_ abgabepflichtig. Sie verfügte von Januar 2009 bis August 2022 im Rahmen einer Konzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil über das Recht, ein lokal-regionales Radioprogramm zu verbreiten. Dabei erfüllte sie einen Programmauftrag, der sie insbesondere zur Verbreitung regionaler und nationaler Informationen verpflichtete, was auch für die hier relevante Geschäftsperiode galt (vgl. Konzession des Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] für ein lokal-regionales Programm vom 15. Januar 2010 [Stand 1. Januar 2020], abrufbar über die Datenbank des BAKOM, unter: <https://rtvdb.ofcomnet.ch/de/v4RxcqNqbsKyQD9dj>, abgerufen am 3. Oktober 2022). Nur nebenbei sei erwähnt, dass die E.\_\_\_\_\_ gemäss Handelsregistereintrag die Vermarktung von Medien (insbesondere aller in der Schweiz unter dem Brand (...) geführten Radiostationen) und Veranstaltungen aller Art bezweckt (vgl. Auszug aus dem Zentralen Firmenindex zur E.\_\_\_\_\_, abzurufen unter: <https://www.zefix.ch> E.\_\_\_\_\_, abgerufen am 3. Oktober 2022). Sie veranstaltet somit weder selbst ein Radioprogramm noch verfügt sie diesbezüglich über eine Konzession. Im Rahmen der Konzessionsabgabe der Beschwerdeführerin kommen ihr damit lediglich insoweit Pflichten zu, als sie der Vorinstanz Auskunft über die mit den Programmen der Beschwerdeführerin erzielten Einnahmen von Werbung und Sponsoring geben muss (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. b RTVG). Die Geschäftstätigkeiten der C.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ sodann sind für die Konzessionspflicht der Beschwerdeführerin nicht relevant.

#### **E. 7.1**

Weiter ist zu prüfen, wie sich die Konzessionsabgabe berechnet und welche Pflichten daraus abzuleiten sind.

##### **E. 7.1.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die für die Berechnung der Konzessionsabgabe relevanten Bruttoeinnahmen setzten sich abschliessend aus den den Programmveranstaltern ausgerichteten Pachtzinsen, welche die E.\_\_\_\_\_ für die Vermarktungsrechte an sie bezahle, und den von dieser für das jeweilige Programm mit Werbung und Sponsoring erzielten Erträgen zusammen. Die insgesamt über die E.\_\_\_\_\_ für alle drei (...) -Programmveranstalter generierten Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring könnten dabei zusammen den Gesamtbetrag aus allen drei Pachtzinsen und die gesamten Einnahmen aus Werbung und Sponsoring der E.\_\_\_\_\_ im jeweiligen Jahr nicht übersteigen. Spätestens mit den am 12. Februar 2021 zu den Akten gereichten Dokumenten sei jeder relevante Ertragsfranken deklariert worden.

##### **E. 7.1.2**

Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, der von der E.\_\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin bezahlte Pachtzins spiele im Kontext der Konzessionsabgabe eine untergeordnete Rolle. Als Bemessungsgrundlage für die Konzessionsabgabe 2018 dienten sämtliche Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring, die im Zusammenhang mit dem Programm der Beschwerdeführerin bei ihr selber oder von Dritten im Geschäftsjahr 2017 erzielt worden seien. Aus dem Pachtvertrag ergebe sich, dass dieser nicht die effektiv erzielten Bruttoeinnahmen im konzessionsabgabepflichtigen Jahr widerspiegle, sondern auf Prognosen und Pauschalen beruhe. In der vorliegenden Konstellation würden die massgeblichen Bruttoeinnahmen der

Konzessionärin von der Vermarkterin E. \_\_\_\_\_ erzielt, welche der Beschwerdeführerin gestützt auf den Werbepachtvertrag lediglich einen festen, im Voraus verabredeten Pachtzins bezahle. Aufgrund der ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen seien die deklarierten Einnahmen nicht hinreichend nachvollziehbar. Insbesondere zeige die eingereichte Sendeliste, die das wichtigste Dokument im Rahmen der Finanzaufsicht darstelle, die tatsächlich in Rechnung gestellten Beträge nicht auf. So fehlten diesen unter anderem die Rechnungsnummern, der effektiv berücksichtigte Tarif sowie der erstellte Rechnungsbetrag pro Auftrag.

### **E. 7.2.1**

Aus Art. 22 Abs. 2 RTVG und Art. 34 Abs. 2 RTVV ergibt sich, dass die Grundlage für die Berechnung der Konzessionsabgabe die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring bilden. Konkret beträgt die Abgabe pro Kalenderjahr 0,5 Prozent der Fr. 500'000.- übersteigenden Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring. Nach Art. 34 Abs. 1 RTVV gelten als massgebliche Bruttoeinnahmen - wie bereits ausgeführt - alle Erträge, welche im Programm eines konzessionierten Veranstalters von diesem selbst oder von Dritten mit Werbung und Sponsoring erzielt werden. Darüber hinaus lässt sich dem RTVG oder dem RTVV nicht entnehmen, wie sich die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring im Einzelnen zusammensetzen. Es ist deshalb mittels Auslegung von Art. 22 RTVG i.V.m. Art. 34 RTVV zu ermitteln, wie die Konzessionsabgabe anhand der Bruttoeinnahmen festgelegt wird.

### **E. 7.2.2**

Der Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 RTVG und Art. 34 Abs. 2 RTVV ist insoweit klar, als dem Total der Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring ein Freibetrag von Fr. 500'000.- abzuziehen ist und sich die jährliche Abgabe aus 0.5 Prozent dieser Differenz ergibt. Aus der Legaldefinition von Art. 34 Abs. 1 RTVV, die sich in den drei Landessprachen nicht wesentlich unterscheidet, lässt sich sodann schliessen, dass mit den Bruttoeinnahmen die Summe aller Erträge gemeint ist, die durch Werbung und Sponsoring über das Programm des Konzessionärs erzielt werden. Unerheblich ist dabei, ob der Konzessionär selbst oder ein Dritter die Erträge erwirtschaftet. Aus dem Sinngehalt von «Brutto» ergibt sich sodann, dass die Erträge ohne Abzug von Steuern oder anderen Kosten gemeint sind (vgl. Kompakt-Lexikon: Wirtschaft, 12. Aufl. 2014, S. 89). Den Erträgen sind damit grundsätzlich keine Aufwände entgegenzustellen. Der grammatikalischen Auslegung lässt sich demnach entnehmen, dass der Verordnungsgeber bei der Zusammensetzung der Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen nicht zwischen Erträgen des Programmveranstalters oder anderen juristischen oder natürlichen Personen unterscheidet. Wesentlich ist, dass die Erträge im Programm des Konzessionärs erzielt wurden. Im Zentrum der Abgabe steht sodann die Summe aller Werbe- und Sponsoringerträge vor dem Abzug von allfälligen Aufwänden.

### **E. 7.2.3**

In systematischer Hinsicht erscheint ein Blick auf die im Zusammenhang mit den Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen bestehenden Offenlegungspflichten des Konzessionärs aufschlussreich. Diese Pflicht ergibt sich nicht nur aufgrund der spezifischen auf die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring gerichteten Meldepflicht nach Art. 15 RTVG, sondern auch aufgrund der allgemeinen Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflicht (vgl. Art. 18 RTVG i.V.m. Art. 27 Abs. 2 Bst. 1 RTVV). Die

Rechnungslegung und Buchführung von konzessionierten Programmveranstaltern werden im Rahmen der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007 (SR 784.401.11; nachfolgend: UVEK-Verordnung) präzisiert, die unter anderem auf einer in Art. 27 Abs. 5 RTVV verankerten Delegationsnorm des Bundesrats beruht. Daraus ergibt sich, dass im Zusammenhang mit der Deklaration der Einnahmen von Werbung und Sponsoring nebst den allgemeinen Buchführungsprinzipien nach Obligationenrecht auch der Grundsatz gilt, dass die Erträge so weit verbucht werden müssen, als diese tatsächlich erzielt worden sind, inklusive allfälliger Provisionen, die Dritte für die Akquisition von Werbung und Sponsoring erhalten (vgl. Art. 34 Abs. 1 RTVV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 3 UVEK-Verordnung; UVEK, Erläuterungen zur UVEK-Verordnung, 5. Oktober 2007, S. 3; zu den Grundsätzen der ordnungsgemässen Buchführung vgl. insb. Art. 957a Abs. 2 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Der Programmveranstalter oder ein von ihm beauftragter Dritter im Sinn von Art. 17 Abs. 2 RTVG muss die geleistete und verrechnete Ausstrahlung von Werbung und Sponsoring, auf die Ertragskonten abgestimmt, nachweisen können. Im Nachweis aufzuführen sind pro Kunde und pro Auftrag die im konzessionierten Programm tatsächlich ausgestrahlte Werbezeit und die eingeräumten Sponsoringrechte sowie die dafür geleistete Abgeltung (vgl. Art. 3 Abs. 3 UVEK-Verordnung). Die Erfolgsrechnung und die Bilanz sind zudem nach einem besonderen Kontenplan zu erstellen, der von der Vorinstanz verbindlich vorgegeben wird (vgl. Art. 27 Abs. 6 RTVV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 UVEK-Verordnung). Die Vorinstanz präzisiert in einer Wegleitung die einzelnen Konten und legt dabei auch explizit fest, aus welchen Beträgen sich die Einnahmen für Bruttowerbung und -sponsoring zusammensetzen (vgl. BAKOM, Wegleitung zum Kontenplan für die Jahresrechnung konzessionierter Veranstalter, Februar 2021 [nachfolgende: Wegleitung zum Kontenplan], S. 3 f.). Mit Blick auf die Transparenz, welche dem im öffentlichen Interesse dienenden Verwendungszweck der Abgabe dient, sowie aus Gleichbehandlungsgründen sind einheitliche Vorgaben für die Überprüfung und Berechnung der Konzessionsabgabe sinnvoll, weshalb die Richtlinien bei der Auslegung des materiellen Normgehalts berücksichtigt werden können. Gemäss den Richtlinien fallen unter die Bruttoeinnahmen nebst den durch die Konzessionärin selbst akquirierten Bruttowerbe- und -sponsoringerträgen auch solche, die von Dritten und Konzerngesellschaften erzielt wurden, inklusive Beraterkommissionen und Provisionen. Als Erträge zu verbuchen sind sodann nicht nur Einnahmen durch das Überlassen von Sendezeit mit Werbung gegen Entgelt an einen Dritten, sondern namentlich auch Einnahmen aus eigenen und fremden Produktionen durch Verkauf oder Verleih, Gewährung von Rechten oder Vergabe von Lizenzen (vgl. Wegleitung zum Kontenplan, S. 3 f. [Konto-Nummer 3020 und 3320]). Transaktionen zwischen Konzerngesellschaften müssen im Übrigen vollumfänglich in der Buchhaltung des Veranstalters erfasst sein und gemäss Art. 5 Abs. 1 der UVEK-Verordnung zu den marktüblichen Bedingungen honoriert werden (vgl. Ergänzender Leitfaden des BAKOM zur Jahresrechnung, Dezember 2017, S. 6). Unter systematischen Überlegungen kann damit gesagt werden, dass die Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen auf die tatsächlich durch Werbung und Sponsoring erzielten Erträge gerichtet sind. Darunter zählen auch Entgelte für die Vermittlung von Werbegeschäften. Ob die Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen dabei von der Konzessionärin selbst, einer mit ihr in naher Verbindung stehenden Konzerngesellschaft oder einer anderen juristischen oder natürlichen Person erwirtschaftet werden, ist nicht relevant. Die Einnahmen von Dritten oder Konzerngesellschaften werden vielmehr so

behandelt, wie wenn die Konzessionärin diese selbst erzielt hätte. In welcher obligationenrechtlichen Beziehung die Konzessionärin zu diesen steht, spielt für die Berechnung der Bruttoeinnahmen keine Rolle. Geldflüsse zwischen der Konzessionärin und Dritten oder der Konzerngesellschaft werden insbesondere dann zu den Bruttowerbe- und Sponsoringerträgen hinzugezählt, wenn sie Provisionen oder Beraterkommissionen darstellen und damit in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Vermittlung von Werbe- oder -sponsoringaufträgen stehen. Entscheidend erscheint, dass die verbuchten Erträge den tatsächlich erzielten Einnahmen entsprechen, unmittelbar im Programm der Konzessionärin erzielt werden und marktübliche Bedingungen erfüllen. Der Konzessionärin kommt denn auch die Pflicht zu, den tatsächlich erzielten Ertrag zu verbuchen und die ausgewiesenen Erträge anhand der tatsächlich ausgestrahlten Werbezeit pro Kunde und pro Auftrag nachzuweisen. Für den Nachweis dieser Erträge nimmt die Verordnung nicht nur die Konzessionärin selbst, sondern auch die von ihr beauftragten Dritten in die Pflicht, was mit der bereits aufgezeigten gesetzlichen Auskunftspflicht nach Art. 17 Abs. 2 RTVG korreliert.

#### **E. 7.2.4**

Die Berechnung der Konzessionsabgabe hat sich unter dem revidierten Recht insofern verändert, als sich der Wortlaut des aRTVG lediglich auf Bruttowerbeeinnahmen richtete und die Erträge aus Sponsoring nicht ausdrücklich erwähnt hatte (vgl. Art. 50 Abs. 2 aRTVG). Die Brutto-Werbebeeinnahmen definierte das aRTVG sodann als «Preis der Werbeminute multipliziert mit der Anzahl gesendeter Minuten, unter Abzug der vereinbarten Rabatte» (vgl. Art. 50 Abs. 2 aRTVG). Seit der Gesetzesrevision 2007 beziehen sich die Bruttoeinnahmen explizit auch auf die Erträge aus Sponsoring (vgl. Art. 22 Abs. 2 RTVG), womit der Gesetzgeber die Rechtslage der bereits geltenden Rechtsauffassung anpasste (vgl. zur Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts zum aRTVG Urteil A-1847/2010 E. 9.8). Auf die in Art. 50 Abs. 2 aRTVG enthaltene Definition der Brutto-Werbebeeinnahmen wurde im revidierten RTVG aus Zweckmässigkeitsgründen verzichtet, da sich die Begriffsbestimmung nicht auf die Sponsoringeinnahmen übertragen liess (vgl. UVEK, Erläuterungen zum RTVV: Konsolidierte Fassung, 1. Oktober 2018, S. 34). Eine Umschreibung ist heute sinngemäss in Art. 3 Abs. 3 der UVEK-Verordnung verankert, allerdings ohne den möglichen Abzug von Rabatten explizit zu erwähnen. Bezüglich Rabatten lässt sich den Erläuterungen zur UVEK-Verordnung entnehmen, dass solche bei der Berechnung der Konzessionsabgabe nicht pauschal akzeptiert werden können, sondern nur im Mass, wie sie tatsächlich gewährt worden sind. Die Berücksichtigung von pauschalen, überhöhten Rabatten würde dazu führen, dass der Ertrag der Konzessionsabgabe gesetzeswidrig geschmälert würde und dadurch weniger Mittel für die vorgesehenen Verwendungszecke der Abgabe zur Verfügung stünden (vgl. UVEK, Erläuterungen zur UVEK-Verordnung, 5. Oktober 2007, S. 3). Im Zusammenhang mit der Deklaration der Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring - so auch betreffend Rabatten - gelte sodann der Grundsatz, dass die Erträge soweit verbucht werden müssen, als sie tatsächlichen und zu marktüblichen Bedingungen erzielt worden seien. Diese Ausführungen stimmen mit dem bereits zuvor Gesagten und dem in E. 6.2.3 dargelegten Sinn und Zweck der Konzessionsabgabe überein. (Historisch-)Teleologische Überlegungen stützen damit die bisherige Auslegung, wonach die Bruttoeinnahmen dem tatsächlichen Wert und marktüblichen Bedingungen zu entsprechen haben. Verhindert werden soll, dass die Konzessionsabgabe durch die Gewährung von überhöhten Rabattierungen geschmälert werden kann.

### **E. 7.2.5**

Nach dem Gesagten ist zur Auslegung von Art. 22 RTVG i.V.m. Art. 34 RTVV festzuhalten, dass die Bruttoeinnahmen grundsätzlich der Summe aller auf dem Programm der Konzessionärin ausgestrahlter, pro Auftrag und Kunde in Rechnung gestellter Werbebeiträge (in der Regel gesendete Werbeminuten multipliziert mit dem Preis pro Werbeminute) und den nachgewiesenen tatsächlichen Einnahmen aus Sponsoring entsprechen. Hinzuzuzählen sind Provisionen, die an juristische oder private Personen durch Akquirierung von Werbung oder Sponsoring bezahlt wurden. Ob die Einnahmen durch den Programmveranstalter selbst, einem Vermarktungsunternehmen oder einem anderen Dritten erzielt wurden, ist unerheblich. Keinen Einfluss auf die Berechnung hat ausserdem die rechtliche Gesellschaftsform der Beteiligten. Rabatte sind insoweit abzuziehen, als sie tatsächlich und nicht zu einem überhöhten Betrag respektive zumindest nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den marktüblichen Preisen gewährt worden sind. Darüber hinaus umfassen die Bruttoeinnahmen in der Regel keine Abzüge. Die Bezahlung von Pachtzinsen für die Vermarktung der Werbe- und Sponsoringrechte erscheinen für die Berechnung der Bruttoeinnahmen nur insofern relevant, als sie in einem - vergleichbar mit Provisionen - engen Zusammenhang mit den Werbe- und Sponsoringerträgen stehen und einem tatsächlichen und marktüblichen Geschäft entsprechen (vgl. auch Urteil des BVGer A-2024/2021 E. 7.2.5).

### **E. 7.3**

In Bezug auf die deklarierten Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring ergibt sich Folgendes.

#### **E. 7.3.1**

Die Beschwerdeführerin hat die Rechte für die Vermarktung der Werbung sowie das Sponsoring vollständig an die E. \_\_\_\_\_ übertragen (vgl. Pachtvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der E. \_\_\_\_\_ betreffend die kommerzielle Nutzung von Werbemöglichkeiten vom 4. März 2011, Ziff. 2 ff.). Als Grundlage für die Berechnung der Konzessionsabgabe 2018 gelten demnach grundsätzlich alle durch die E. \_\_\_\_\_ im Jahr 2017 auf dem Radioprogramm der Beschwerdeführerin verkauften Werbebeiträge sowie die Summe aller Einnahmen für Sponsoring. Hinzuzuzählen sind Provisionen, welche die E. \_\_\_\_\_ an juristische oder private Personen für die Akquirierung von Werbung oder Sponsoring bezahlt hat. Keinen Einfluss auf die Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen der Beschwerdeführerin haben die Geschäftstätigkeiten der E. \_\_\_\_\_ für die C. \_\_\_\_\_ und die D. \_\_\_\_\_. Die Beschwerdeführerin weist als Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring einen Gesamtbetrag von Fr. 7'707'667.- (vor Abzug des Freibetrags) aus. Gemäss den Erklärungen zur Jahresrechnung 2017 setzt sich dieser Betrag aus Werbeeinnahmen im Umfang von Fr. 6'553'073.- sowie Sponsoringeinnahmen im Umfang von Fr. 1'154'594.- zusammen. In der Beschwerde wird der Gesamtbetrag demgegenüber aufgeteilt in einen als «selber erzielt» bezeichneten Betrag von Fr. 3'584'374.- sowie einen als «von der E. \_\_\_\_\_ erzielt» bezeichneten Betrag von Fr. 4'123'293.-. Die Positionen stellen gemäss Argumentation der Beschwerdeführerin die aus den Bruttoeinnahmen der von der E. \_\_\_\_\_ in ihrem Programm erzielten Erträgen aus Werbung und Sponsoring sowie die Pachtzinsen dar, welche die E. \_\_\_\_\_ für die Vermarktungsrechte bezahlt. Für das Geschäftsjahr 2017 wurde am 16. Dezember 2016 denn auch ein Pachtzins in der Höhe von Fr. 3'584'374.- vereinbart (vgl. Anhang 3 vom 16. Dezember 2016 zum Pachtvertrag vom 4. März 2011). Aus den weiteren Dokumenten -

insbesondere der Erfolgsrechnung sowie der Übersicht der Einnahmen aus Werbung und Sponsoring 2017 vom 15. Februar 2021 - ergibt sich wiederum, dass sich der Betrag von Fr. 3'584'374.- aus den «Nettoerlösen aus Lieferung und Leistung [Digital Media Erlöse zzgl. Erlösminderungen]/Erlöse Revisionsbericht (Fr. 3'589'483.-)» abzüglich einem «nicht gebührenpflichtigen Umsatz (Fr. 5'109.-)» ergibt. Letzterer umfasst die Positionen «Pauschalwertberichtigung (Fr. 100.-)» und «Erträge ggü. Mitarbeitern aus HR Autm. (Rückzahlung aus der Überlassung von Leasingfahrzeugen) (Fr. 5'009.-)». Der Betrag von Fr. 4'123'293.- wird in der Übersicht vom 15. Februar 2021 im Übrigen als «Umverteilung aus E. \_\_\_\_\_» ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin argumentiert zwar, dass die Zuordnung der von der E. \_\_\_\_\_ gesamthaft erzielten Bruttoeinnahmen auf die drei konzessionierten Programmveranstalterinnen jeweils auf Basis der tatsächlich beim bzw. zugunsten des jeweiligen Programms in Rechnung gestellten Werbe- und Sponsoringumsätzen erfolgt sei, sie vermag diese Behauptung jedoch nicht zu plausibilisieren. Insbesondere ist nicht hinreichend erkennbar, wie sie konkret auf die in der Erklärung zur Jahresrechnung ausgewiesenen Werbeeinnahmen im Umfang von Fr. 6'553'073.- und Sponsoringeinnahmen im Umfang von Fr. 1'154'594.- kommt. Nicht nachvollziehbar ist sodann, wie sich der Betrag von Fr. 4'123'293.- zusammensetzt, der nebst den Pachtzinsen die tatsächlich über das Radioprogramm der Beschwerdeführerin von der E. \_\_\_\_\_ erzielten Erträge darstellen soll. In Bezug auf die Werbung hat sie zwar Sendelisten eingereicht, diesen sind jedoch die tatsächlich in Rechnung gestellten Beträge pro Auftrag nicht zu entnehmen. Eine Nachvollziehbarkeit der Bruttowerbeerträge anhand der im Radioprogramm der Beschwerdeführerin ausgestrahlten, pro Kunde und pro Auftrag ausgewiesenen Werbebeiträgen ist damit nicht gegeben. In Bezug auf die Sponsoringeinnahmen weist die Beschwerdeführerin in den eingereichten Excel-Listen sodann einzig die Anzahl der Geschäfte aus. Ausser dem Hinweis «handbestätigt» finden sich darüber hinaus keine Angaben zu den tatsächlich erzielten Sponsoringerträgen. Die eingereichten revidierten Jahresabschlüsse der Beschwerdeführerin, der C. \_\_\_\_\_, der D. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ vermögen keinen weiterführenden Aufschluss über die Zusammensetzung der deklarierten Bruttowerbe- und -sponsoringeinnahmen zu geben. Abgesehen davon muss jede Programmveranstalterin diese unabhängig von den Konzernstrukturen nachvollziehbar darlegen, was vorliegend nicht geschehen ist. Im Übrigen weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass die Jahresabschlüsse zwar gewisse Rückschlüsse auf die Nettoeinnahmen der Beschwerdeführerin zulassen, für die Festlegung der Konzessionsabgabe jedoch die Bruttoeinnahmen im zuvor dargelegten Sinne massgebend sind.

### **E. 7.3.2**

Was die von der E. \_\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin bezahlten Pachtzinsen betrifft, so müssen diese entsprechend dem Auslegungsergebnis im unmittelbaren Zusammenhang mit den tatsächlich erzielten Werbe- und Sponsoringerträgen stehen, damit sie in der Berechnung der Konzessionsabgabe zu berücksichtigen sind. Gemäss dem Pachtvertrag bezahlt die E. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin einen festen, jeweils vor einem laufenden Geschäftsjahr neu zu vereinbarenden Pachtzins für die Vermarktungsrechte. Bei der Festlegung der Summe können veränderte Markt- und Kostengegebenheiten sowie die Entwicklung der Hörerzahlen berücksichtigt werden (vgl. Pachtvertrag vom 4. März 2011 Ziff. 5). Der jährlich zu bezahlende Pachtzins steht damit nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den spezifischen Werbe- oder Sponsoringgeschäften des laufenden Geschäftsjahrs, sondern bemisst sich unabhängig davon und bezieht sich insbesondere nicht

auf die massgebliche Periode. Die Ansicht der Vorinstanz, wonach die von der Beschwerdeführerin verbuchten Pachtzinsen nicht die effektiv erzielten Bruttoeinnahmen im konzessionsabgabepflichtigen Jahr widerspiegeln, sondern auf Prognosen und Pauschalen beruhen, erweist sich damit als korrekt. Die am 16. Dezember 2016 vereinbarten Pachtzinsen stellen daher keinen für die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring relevanten Betrag dar.

#### **E. 7.4**

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin selbstdeklarierten Bruttoeinnahmen für Werbung und Sponsoring nicht gesetzes- bzw. verordnungskonform berechnet wurden. Die Vorinstanz ist zu Recht zum Schluss gelangt, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist, die tatsächlich in ihrem Radioprogramm erzielten Bruttowerbe- und Sponsoringeinnahmen nachzuweisen.

#### **E. 8.1**

Es ist demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz die Konzessionsabgabe aufgrund ihrer eigenen Berechnungen festlegen durfte und ob sie diese korrekt bemessen hat.

##### **E. 8.1.1**

Die Beschwerdeführerin stellt an sich nicht in Frage, dass die Vorinstanz für die Überprüfung der deklarierten Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring eine Prüfung vor Ort vornehmen und die Abgabe gegebenenfalls unter Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt berechnen kann. Sie bestreitet jedoch, dass die Vorinstanz die Einschätzung pflichtgemäss vorgenommen hat. Insbesondere sei sie zu formalistisch und willkürlich vorgegangen. Zum einen stelle das Einreichen der eingeforderten Unterlagen eine unverhältnismässige Verpflichtung dar, zumal sie zusammengezählt die gesamten von der E. \_\_\_\_\_ aus ihrer Vermarktungstätigkeit für die (...) Sender erzielten Erträge aus Werbung und Sponsoring deklariert und alle dafür wesentlichen Unterlagen eingereicht habe. Zum anderen sei der von der Vorinstanz festgelegte Konzessionsbetrag deutlich zu hoch ausgefallen. Es sei nicht korrekt, dass sie die Bruttoeinnahmen aus Werbung anhand der insgesamt ausgestrahlten Werbesekunden auf ihrem Programm und dem publizierten Werbetarif multipliziert habe, da dies die gewährten Rabattierungen nicht beinhalte. Zudem gehe es nicht an, dass sie die Bruttoeinnahmen aus Sponsoring anhand des bei den Werbebruttoeinnahmen festgelegten Korrekturfaktors festgelegt habe, da diesbezüglich ganz andere Mechanismen zur Anwendung gelangen würden. Die Vorinstanz habe bei ihren Annahmen nicht alle eingereichten Akten berücksichtigt und insbesondere die Unterlagen vom 12. Februar 2021 ignoriert. Stattdessen werfe sie ihr eine Mitwirkungspflichtverletzung vor. Auch die detaillierteste Einreichung von Verträgen, Belegen und Rechnungsnummern könne im Ergebnis nicht dazu führen, dass mehr Bruttoeinnahmen resultieren würden, als über die drei Radioprogramme durch die Vermarkterin tatsächlich - und über die revidierten Jahresrechnungen nachgewiesenermassen - erwirtschaftet worden seien. Der festgelegte Betrag komme faktisch einer Sanktionierung für die festgestellte Mitwirkungspflichtverletzung gleich. Für eine solche Art von Busse bestehe keine gesetzliche Grundlage.

##### **E. 8.1.2**

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass sie bei der Festlegung der Konzessionsabgabe rechtmässig vorgegangen sei. Wirke eine Partei im Verfahren nicht mit und lege die für die Berechnung der Konzessionsabgaben notwendigen Zahlen nicht vor, so

könne sie die Einnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen einschätzen. Nachdem sich die selbstdeklarierten Beträge aufgrund der vorliegenden Akten nicht bestätigt hätten, habe sie sich aufgrund der ungenügenden Mitwirkung der Beschwerdeführerin entschlossen, eine Berechnung der Bruttowerbeeinnahmen aufgrund der ausgewiesenen Werbeminuten und den offiziellen Werbetarifen vorzunehmen. Beim Sponsoring, wo kein Tarif vorgelegt worden sei und zahlreiche, lediglich «handbestätigte» Geschäfte figurierten, die noch bruchstückhafter dokumentiert seien als die Werbung, habe eine eigenständigere Schätzung vorgenommen werden müssen. Da die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rabattierungen in keiner Weise belegt worden seien und sie ihr die den Werbekunden effektiv in Rechnung gestellten Beträge nicht zugänglich gemacht habe, habe sie diese nicht berücksichtigt. Eine Abgleichung mit den deklarierten Beträgen weise sodann auf eine durchschnittliche Rabattierung von 70% gegenüber den offiziellen Tarifen hin, was auffällig hoch erscheine. Die Annahme von pauschalen Abzügen sei mit einer pflichtgemässen Einschätzung demgegenüber nicht vereinbar. Sie habe die Beschwerdeführerin im Übrigen mehrmals im Voraus über Art und Umfang der für die Prüfung bereitzustellenden Dokumente informiert und diese später nochmals genau bezeichnet und nachgefordert. Der Umfang der angeforderten Unterlagen entspreche der konstanten Praxis und sei verhältnismässig. Diese würden die notwendige Basis für Stichproben bilden um die Angaben des Programmveranstalters zu überprüfen und seien auch für andere Prüfungen vor Ort üblich, welche sie im Rahmen ihrer Finanzaufsicht regelmässig durchführe.

#### **E. 8.2.1**

Der Beschwerdeführerin kommen im rundfunkrechtlichen Verfahren zur Festlegung der Konzessionsabgabe über die allgemeine Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG) hinaus weitgehende gesetzliche Auskunfts- und Offenlegungspflichten zu (vgl. Art. 15 ff. RTVG). Angesichts der umfassenden Mitwirkungspflichten steht es - im Rahmen der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit - grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz, darüber zu entscheiden, welche Auskünfte erheblich und notwendig sind (vgl. zuvor E. 3.2). Die Vorinstanz kann im Übrigen im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit Finanzprüfungen vor Ort durchführen (vgl. Art. 42 Abs. 2 RTVG), was auch für die Überprüfung und Festlegung der Konzessionsabgabe gilt (vgl. bereits unter altem Recht Urteil des BVerfG A-1847/2010 E. 7.3).

#### **E. 8.2.2**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin im Verlaufe des Abgabeverfahrens wiederholt aufgefordert, ihre Berechnungsgrundlagen darzulegen und ihr mehrmals mitgeteilt, welche Unterlagen sie für die Überprüfung der deklarierten Bruttoeinnahmen und die Festlegung der Konzessionsabgabe benötigt. Zudem gewährte sie ihr zu den beabsichtigten Korrekturen das rechtliche Gehör. Der Umfang der verlangten Mitwirkung wurde von der Vorinstanz somit sehr präzise aufgezeigt. Die Beschwerdeführerin hat sich jedoch geweigert, die entsprechenden Angaben vollständig zu liefern, obwohl insbesondere die eingeforderten Ergänzungen zu den Sendelisten Aufschluss über die Bruttoeinnahmen aus Werbung hätten geben können und das Einreichen von Belegen die geltend gemachten Rabattierungen hätten nachweisen können. Betreffend die Sponsoringerträge machte die Beschwerdeführerin sodann nebst dem Hinweis, die Transaktionen seien «handbestätigt», keine weiteren Angaben, was für die Nachvollziehbarkeit jedoch notwendig gewesen wäre. Die Vorinstanz verlangte damit von der Beschwerdeführerin keine unverhältnismässigen

Mitwirkungshandlungen. Vielmehr lagen die eingeforderten Unterlagen im Interesse einer korrekten und vollständigen Einschätzung der Abgabe. Die Beschwerdeführerin hatte zudem ausreichend Gelegenheit aufzuzeigen, inwiefern die von der Vorinstanz beabsichtigten Korrekturen unzutreffend sind, was sie jedoch nicht in einer konkreten Weise und mit Belegen tat.

### **E. 8.3.1**

Nachdem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin gleich mehrmals vergeblich zur Mitwirkung aufgefordert hatte, blieb ihr nichts anderes übrig, als eine eigene Schätzung vorzunehmen. Dieses Vorgehen ist nicht zuletzt mit Blick auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung sachgemäss, da andernfalls eine konkrete Berechnung der zu leistenden Abgabe nicht möglich ist (vgl. auch Urteil des BVGer A-1847/2010 E. 8.4 und E. 7.4.3 [u.a. betr. rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung]) und ein erhebliches öffentliches Interesse an der Durchsetzung der Abgabenerhebung besteht. Im Übrigen ergibt sich auch aus der UVEK-Verordnung, dass die Vorinstanz die Bruttoeinnahmen aus Werbung und Sponsoring nach pflichtgemässen Ermessen einzuschätzen hat, wenn es einem Programmveranstalter nicht gelingt, diese nachzuweisen (vgl. Art. 22 RTVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 RTVV und Art. 3 Abs. 1 UVEK-Verordnung). Davon ist vorliegend auszugehen. Da die Vorinstanz im Bereich der Radio- und Fernsehgesetzgebung, wie gesehen, über ein besonderes Fachwissen verfügt, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht, soweit es um die Zusammensetzung der Werbeeinnahmen und die Festlegung der Höhe der Konzessionsabgabe, mithin um einen Bereich geht, in dem der Vorinstanz ein erheblicher Handlungsspielraum zukommt, eine gewisse Zurückhaltung. Es überprüft bei der sich stellenden Frage daher einzig, ob die Berechnungen zweckmässig und nachvollziehbar sind. Hingegen greift es, wo sich die Vorinstanz für eine unter möglichen angemessenen Lösungen entschieden hat, nicht in deren Ermessen ein (vgl. E. 3.1).

### **E. 8.3.2**

Die Vorinstanz hat die Konzessionsabgabe 2018 anhand der von ihr insgesamt zur Verfügung stehenden Unterlagen festgelegt. Der Berechnung der Bruttoeinnahmen aus Werbung hat sie die von der Beschwerdeführerin eingereichte Sendeliste zugrunde gelegt und die im Geschäftsjahr 2017 ausgewiesenen Sendeminuten mit den offiziellen Tarifen multipliziert und insgesamt aufaddiert. Die Vorinstanz führt zu Recht aus, dass die geltend gemachten Rabatte von der Beschwerdeführerin in keiner Weise belegt worden sind. Aufgrund ihrer Berechnung legt sie sodann nachvollziehbar dar, dass der selbstdeklarierte Betrag der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den anhand der Sendelisten ausgewiesenen verkauften Werbeminuten und den massgeblichen Werbetarifen auf Rabattierungen von durchschnittlich 70% hinweist, was ein offensichtliches Missverhältnis zum publizierten Werbetarif indiziert. Dies ist mit dem zuvor dargelegten Auslegungsergebnis nicht vereinbar (vgl. E. 7.2.5). Das Vorgehen der Vorinstanz, bei der Berechnung der Bruttoeinnahmen keine Rabatte zu berücksichtigen, ist demnach nicht zu beanstanden. Dasselbe ist in Bezug auf die Pachtzinsen festzustellen, welche, wie dargelegt, keine effektiv erzielten Bruttoeinnahmen darstellen. Die Vorinstanz hat ihre Berechnungen anhand von Tabellen ausgewiesen und es ist für das Gericht nachvollziehbar, wie sie zum Ergebnis von Fr. 22'150'279.80 für die Bruttowerbeeinnahmen kam. Die Festlegung des Betrags beruht demnach auf objektiven Kriterien und ist zweckmässig, so dass die Einschätzung im pflichtgemässen Ermessen erfolgte.

### **E. 8.3.3**

Auch für die Berechnung der Bruttoeinnahmen aus Sponsoring ist keine Verletzung des pflichtgemässen Ermessens ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat die Erträge der in einer Excel-Liste aufgeführten Geschäfte nicht ausgewiesen, sondern lediglich mit dem Vermerk «handbestätigt» versehen. Insgesamt hat sie keinen Nachweis für die konkreten und tatsächlich erzielten Sponsoringeinnahmen erbracht. Es bestehen damit keine vergleichbaren Zahlen, wie bei den Werbeeinnahmen, auf welche sich die Vorinstanz bei der Berechnung stützen konnte. Die Vorinstanz hat den von der Beschwerdeführerin deklarierten Betrag um denselben Faktor korrigiert, der sich aus der Abweichung der Bruttoeinnahmen für Werbung ergab. Da ihr konkrete Zahlen für die Festlegung der tatsächlichen Einnahmen fehlten, ist dieses Vorgehen nicht zu beanstanden. Eine sachgerechtere Berechnungsmethode ist, vor dem Hintergrund der fehlenden Mitwirkung der Beschwerdeführerin, nicht ersichtlich. Der festgelegte Betrag von Fr. 3'902'527.70 ist damit objektiv nachvollziehbar.

### **E. 8.3.4**

Auf der Grundlage der genannten Beträge hat die Vorinstanz die Konzessionsabgabe abzüglich des Freibetrags von Fr. 500'000.- auf Fr. 127'764.- festgelegt, was den Vorgaben von Art. 22 Abs. 1 RTVG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 RTVV entspricht. Die von der Vorinstanz vorgenommenen Korrekturen sind insgesamt nachvollziehbar und ihre Einschätzung erfolgte pflichtgemäss. Die Rüge, wonach die festgelegte Höhe der Konzessionsabgabe einer Busse gleichkomme, erweist sich damit als nicht stichhaltig. Inwieweit darüber hinaus ein Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) oder das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) vorliegen soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht näher substantiiert. Insbesondere lassen sich hinsichtlich des Vorwurfs der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz die eingereichten Dokumente nicht hinreichend berücksichtigt habe, keinerlei Anhaltspunkte finden. Es sind sodann keine Gründe erkennbar, die eine Rückweisung der Angelegenheit rechtfertigen würden.

### **E. 8.4**

Die Vorinstanz legte die Konzessionsabgabe für das Jahr 2018 nach dem Gesagten rechtmässig fest.

### **E. 9.1**

Die Vorinstanz kann für den Erlass von Verfügungen und ihre Aufsichtstätigkeit eine Verwaltungsgebühr erheben (vgl. Art. 100 Abs. 1 Bst. a und c RTVG). Für die Festlegung der Konzessionsabgabe wird eine solche erhoben, wenn der Programmveranstalter durch sein Verhalten ausserordentlichen Aufwand verursacht (vgl. Art. 78 Abs. 3 RTVV). Die Verwaltungsgebühren bemessen sich nach dem Zeitaufwand, wobei der Stundenansatz Fr. 210.- beträgt (vgl. Art. 78 Abs. 1 und 2 RTVV).

### **E. 9.2**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin für die Verfahren zur Festlegung der Konzessionsabgabe 2018 und 2019 je hälftig Gebühren in der Höhe von Fr. 630.- in Rechnung gestellt. Angesichts des ausserordentlichen Aufwandes, insbesondere für die Durchführung der Prüfung vor Ort und das aufwändige Instruktionsverfahren mit dem mehrmaligen Einfordern der wesentlichen Unterlagen, ist die Auferlegung dieser Kosten

angemessen. Die Beschwerdeführerin legt in ihrer Beschwerde keine Gründe dar, welche zu einer anderen Einschätzung führen. Sie bringt einzig vor, die Kosten seien angesichts des im Verfahren zur Anwendung gelangten überspitzten Formalismus nicht gerechtfertigt, was nach dem zuvor Gesagten nicht überzeugt.

#### **E. 10**

Der vorinstanzliche Entscheid ist daher nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen (vgl. auch Urteil des BVGer A-2024/2021 E. 10).

#### **E. 11.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 4'500.- festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 11.2**

Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat unabhängig vom Verfahrensausgang keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

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