

# **BVGer A-6381/2009 vom 16. März 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6381\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6381_2009)

FR: TAF A-6381/2009 du 16 mars 2010

IT: TAF A-6381/2009 del 16 marzo 2010

## **Regeste**

Werbung und Sponsoring

## **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 (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung vorliegender Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formelle Verfügungsadressatin der belastenden Verfügung ist die Beschwerdeführerin ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.4**

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

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin beantragte am 6. April bzw. 2. Juli 2009 bei der Vorinstanz eine Wiedererwägung der Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi". Die Vorinstanz ist auf diese Wiedererwägungsgesuche nicht eingetreten.

### **E. 2.2**

Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, prüft das Bundesverwaltungsgericht nur die Rechtsfrage, ob die Vorinstanz auf die bei ihr erhobene Einsprache zu Recht nicht eingetreten ist. Die Beschwerdeführerin kann entsprechend allein geltend machen, die Vorinstanz habe ihr gegenüber zu Unrecht das Bestehen einer Eintretensvoraussetzung verneint. Damit wird das Anfechtungsobjekt auf die Eintretensfrage beschränkt, deren Verneinung als Verletzung von Bundesrecht mit Beschwerde gerügt werden kann (vgl.

ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8 und 2.164 mit Hinweisen; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 71 ff.).

### **E. 2.3**

Die nachfolgende Prüfung hat sich somit auf die Frage zu beschränken, ob sich die Vorinstanz zu Recht einer Wiedererwägung ihrer ursprünglichen Verfügungen vom 8. Februar und 25. April 2008 betreffend die Einziehungsbeträge verschlossen hat und formell auf die Wiedererwägungsgesuche nicht eingetreten ist. Auf materielle Fragen ist hingegen nicht einzutreten. So ist insbesondere die Höhe der Einziehungssumme nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auf den Beschwerdeantrag Ziffer 2 kann deshalb insofern nicht eingetreten werden, als die Beschwerdeführerin darin verlangt, die Vorinstanz sei anzuweisen, das Nettoprinzip anzuwenden.

### **E. 3.1**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich aus einer Praxisänderung der Vorinstanz ein Anspruch auf Wiedererwägung der Einziehungsbeträge in den Fällen "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi". Seit Erlass der Urteile A-1625/2008 und A-3364/2008 gewähre die Vorinstanz nicht nur vorgängig, d.h. vor Erlass der Einziehungsverfügung, das rechtliche Gehör, sondern bringe ebenso das Nettoprinzip zur Anwendung, indem sie den Abzug der Akquisitions- und Produktionskosten zulasse. Diese Praxisänderung stelle einen Umstand dar, der eine nachträgliche Anpassung der ursprünglichen Verfügungen rechtfertige. Würde die neue Praxis nicht auch auf die Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" angewandt, führte dies zu einem klar stossenden Ergebnis und einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, da sich die Vorinstanz damit diesem Abzug beim Vollzug der vom Gericht beurteilten Fälle verschlosse. Es sei insofern nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die neue Praxis nicht auch auf die gerichtlich entschiedenen Fälle anwende, als die beiden Fälle noch nicht abgeschlossen seien, sondern die darauf gründenden Rechtsbeziehungen noch andauerten, indem die Entscheide noch zu vollziehen seien.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass über die Sache vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig entschieden worden sei und es aufgrund des Devolutiveffekts nicht in ihrer Kompetenz liege, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Wiedererwägung zu ziehen bzw. zu revidieren. Wiedererwägungsgesuche könnten sich nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen und Rechtsmittelentscheide könnten nicht durch die Verwaltungsbehörde in Wiedererwägung gezogen werden. Eine Wiedererwägung einer Verfügung, über welche ein Beschwerdeentscheid ergangen sei, dürfe nur ausnahmsweise erfolgen. Dies sei der Fall, wenn ein Dauersachverhalt in Frage stehe und sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die materielle Rechtslage wesentlich verändert habe. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Ausserdem habe die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Praxisänderung der Vorinstanz so nicht stattgefunden. Die Anwendung des Nettoprinzips sei von der Vorinstanz nie in Frage gestellt worden. Die Praxisänderung sei einzig auf verfahrensrechtlicher Ebene erfolgt, indem gestützt auf die Anweisungen des Bundesverwaltungsgerichts einem fehlbaren Veranstalter die geplante Abschöpfung und deren Höhe neu bereits vor dem Erlass der Verfügung kommuniziert und ihm zu dieser Frage separat das rechtliche Gehör gewährt

werde. Für die beiden zur Diskussion stehenden Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" habe diese verfahrensrechtliche Bereinigung aber keine Bedeutung, da in beiden Urteilen die Gehörsverletzung infolge der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts als geheilt erklärt worden sei.

### **E. 3.3**

Über die vorliegend interessierenden Einziehungsverfügungen vom 8. Februar 2008 in Sachen "einfachluxuriös / Meteo" und vom 25. April 2008 in Sachen "Alinghi" wurde mit Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-1625/2008 vom 3. Februar 2009 (nachfolgend: A-1625/2008) und A-3364/2008 vom 18. Februar 2009 (nachfolgend: A-3364/2008) rechtskräftig von einem verwaltungsun-abhängigen Gericht entschieden. Da Beschwerdeentscheide im Unterschied zu Verfügungen in materielle Rechtskraft erwachsen, können sie unter Vorbehalt der Revision nicht mehr geändert werden. Eine Verfügung kann deshalb grundsätzlich in dem Umfang, in dem über ihren Gegenstand bereits ein Beschwerdeentscheid in der Sache erging, nicht mehr in Wiedererwägung gezogen werden (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 162 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Als Ausnahme zu diesem Grundsatz kann jedoch die erstinstanzlich zuständige Behörde ausnahmsweise auch in Fällen von rechtskräftig beurteilten Verfügungen neu verfügen, wenn ein Dauersachverhalt in Frage steht und sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die materielle Rechtslage seit Erlasse des rechtskräftigen Urteils wesentlich verändert haben (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 162; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1025; GYGI, a.a.O., S. 233 und S. 323 ff.; BGE 97 I 748 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A- 8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 4.1 mit Hinweisen). Dieser ausnahmsweise Anspruch auf Wiedererwägung ergibt sich aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung und dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 29 VwVG; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1833; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 160). Ein Widerspruch mit der formellen und materiellen Rechtskraft der damaligen Verfügung oder des damaligen Rechtsmittelentscheides, welche sich ja einzig auf die damals bestehende Sach- und Rechtslage beziehen konnten, besteht nicht; vielmehr handelt es sich um die Neuregelung eines Rechtsverhältnisses, welche der neu eingetretenen Sachlage Rechnung trägt (vgl. *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden / VPB* 60.37 E. 1b; GYGI, a.a.O., S. 234).

### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin möchte mit ihren Wiedererwägungsgesuchen die Einziehungsbeträge in den Fällen "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" im Sinne der beschriebenen Ausnahme neu beurteilt haben, weil infolge der Praxisänderung der Vorinstanz veränderte Umstände vorlägen und das zu beurteilende Rechtsverhältnis noch andauere. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob ein Dauersachverhalt vorliegt (E. 3.6) und eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der materiellen Rechtslage seit Erlass der rechtskräftigen Urteile eingetreten ist (E. 3.7).

### **E. 3.6**

In den Fällen "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" hat die Beschwerdeführerin in ihren Sendungen gegen die Werbe- und Sponsoringvorschriften verstossen. Diese Verstösse fanden punktuell statt und wurden in der Folge behoben. Die von der Vorinstanz ausgesprochenen administrativen Massnahmen betrafen damit ausnahmslos abgeschlossene Sachverhalte. Der in E. 3.4 beschriebene Ausnahmefall, in welchem ein Gerichtsurteil ein fortwährendes Rechtsverhältnis dauerhaft regelt und infolge einer nachträglichen Veränderung der Verhältnisse die Regelung in einem späteren Zeitpunkt als nicht mehr richtig erscheint, ist vorliegend gerade nicht gegeben. Insbesondere macht der noch ausstehende Vollzug der Verfügungen bzw. der Entscheide die Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" nicht zu Dauersachverhalten, muss doch jede Verfügung und jeder Entscheid vollzogen werden. Damit liegt entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in keinem der Fälle ein Dauersachverhalt vor und es fällt schon von vornherein eine Grundvoraussetzung für eine nachträgliche Anpassung der hier interessierenden Verfügungen weg.

### **E. 3.7**

Des Weiteren stellt auch die von der Vorinstanz vorgenommene Praxisänderung keine Veränderung der Verhältnisse im Sinne der in E. 3.4 geschilderten Ausnahme dar. Eine Praxisänderung, welche die verfügende Behörde in Ausführung der in einem rechtskräftigen Urteil enthaltenen Weisungen vornimmt, kann zwar die Verhältnisse in Bezug auf die angefochtene Verfügung nachträglich verändern (indem im Vergleich zur Praxis vor dem Urteil nach dem Richterspruch eben anders vorgegangen wird), ist aber im Verhältnis zum rechtskräftigen Entscheid gerade keine Veränderung, sondern vielmehr dessen Bestätigung. Es treten nämlich keine neuen Umstände ein, welche im rechtskräftigen Urteil nicht beurteilt worden wären. Vorliegend hat die Vorinstanz mit ihrer Praxisänderung die in den rechtskräftigen Urteilen A-1625/2008 und A-3364/2008 getroffenen Entscheidungen umgesetzt, indem sie seither die Beschwerdeführerin im Aufsichtsverfahren nicht nur zu den vermutungsweise verletzten Bestimmungen anhört, sondern sie auch über die von ihr konkret in Erwägung gezogene Massnahme und insbesondere über die von ihr beabsichtigte Höhe der Einziehung vorgängig orientiert und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (vgl. A-1625/2008 E. 7.2 und A-3364/2008 E. 8.2). Diese Anpassung stellt zwar in Bezug auf die frühere Praxis, nicht aber in Bezug auf die vorliegend interessierenden Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" eine Veränderung dar. Weiter wendet die Vorinstanz in Anschluss an die beiden Urteile bei der Berechnung des Einziehungsbetrages unbestritten das Nettoprinzip an und bringt unter anderem die Akquisitions- und Produktionskosten in Abzug. Auch diesbezüglich macht die Vorinstanz nichts anderes als die beiden Gerichtsurteile zu befolgen. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat darin festgehalten, dass sich die Einziehungssumme aus den Nettoeinnahmen ergebe und somit unter anderem die Akquisitions- und Produktionskosten abzuziehen seien (vgl. A-1625/2008 E. 12.2 sowie A-3364/2008 E. 13).

### **E. 3.8**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" weder Dauersachverhalte bilden noch die Praxisänderung der Vorinstanz eine Veränderung der Verhältnisse darstellt. Genausowenig hat sich die materielle Rechtslage seit Erlass der rechtskräftigen Urteile verändert. Damit liegen in den Fällen "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" keine Verhältnisse vor, für die eine nachträgliche Wiedererwägung im Sinne von E. 3.4 in Frage kommt.

### **E. 3.9**

Sind die eben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht weder ein Behandlungsanspruch noch darf sich die erstinstanzliche Behörde überhaupt mit der Sache nochmals befassen. Damit fehlen für die vorliegend interessierenden Gesuche mangels Wiedererwägungsgründe die Eintretensvoraussetzungen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 161). Indem die Vorinstanz als grundsätzlich zuständige Behörde auf die Wiedererwägungsgesuche nicht eingetreten ist, hat sie - zumindest im Ergebnis - richtig entschieden, da es sich nicht um Fälle handelt, die ausnahmsweise nachträglich angepasst werden können.

### **E. 3.10**

Die Vorinstanz hat sich in den angefochtenen Verfügungen aufgrund des Devolutiveffekts als nicht kompetent bzw. zuständig erachtet. Gemäss Art. 54 VwVG geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde grundsätzlich auf das Bundesverwaltungsgericht als funktionell übergeordnete Rechtsmittelinstanz über (sog. Devolutiveffekt). Das Bundesverwaltungsgericht wird damit zuständig, sich mit der Angelegenheit zu befassen; auf der anderen Seite verliert die Vorinstanz die Befugnis, sich weiterhin mit der Streitsache als Rechtspflegeinstanz auseinanderzusetzen, also beispielsweise ihren Entscheid aufgrund der Rechtsmittelvorbringen nachträglich zu ändern. Für das Beschwerdeverfahren gemäss VwVG gilt diesbezüglich freilich insofern eine Sonderregelung, als die Vorinstanz die angefochtene Verfügung im Sinne von Art. 58 VwVG in Wiedererwägung ziehen kann, so dass die Devolutivwirkung lediglich abgeschwächt besteht bzw. bis zur Einreichung der Vernehmlassung hinausgeschoben wird (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 110 Rz. 3.7 und S. 126 Rz. 3.44). Wird nun nach Eintritt der Rechtskraft des Beschwerdeentscheides vorgebracht, es gelte auf Grund von Revisionsgründen (Art. 66 VwVG bzw. Art. 121 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]) im Sinne eines ursprünglichen Fehlers die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides neu zu beurteilen, ist - wegen des Devolutiveffekts - stets diejenige Behörde zuständig, die letztinstanzlich entschieden und nicht diejenige, welche erstinstanzlich verfügt hat (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1830 und Rz. 1982 f.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 162 mit Hinweisen; vgl. auch VPB 60.37 E. 1b). Die Beschwerdeführerin beruft sich indes ausdrücklich auf Tatsachen, die erst nach den beiden Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sein sollen, indem sie sich durch Anwendung der neuen Praxis der Vorinstanz auf die Fälle "einfachluxuriös / Meteo" und "Alinghi" eine Reduktion der Einziehungsbeträge erhofft. Als Folge davon hat sie sich entschieden, bei der Vorinstanz Wiedererwägungsgesuche einzureichen, um eine nachträgliche Anpassung der ursprünglichen Verfügungen an veränderte Verhältnisse zu bewirken. Unter diesen Umständen spielte der Devolutiveffekt entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine Rolle.

### **E. 3.11**

Selbst wenn sich die Vorinstanz von anderen Überlegungen hat leiten lassen, führt dies nicht zu einer Gutheissung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht ist als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG) und kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution;

MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 21 Rz. 1.54).

#### **E. 4**

In ihren Eingaben beanstandet die Beschwerdeführerin auch, dass sie in den Verfahren A-1625/2008 und A-3364/2008 vor Bundesverwaltungsgericht keine Gelegenheit erhalten habe, zu den Akquisitions- und Produktionskosten vorgängig angehört zu werden. Ihrer Ansicht nach hätten die gerichtlich beurteilten Einziehungssummen um diese Kostenanteile reduziert werden müssen. Diese Beanstandung ist als Kritik an den beiden fraglichen Gerichtsurteilen zu verstehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Einziehungen in beiden Fällen insgesamt als verhältnismässig beurteilt (vgl. Urteil A-1625/2008 E. 13.4 und Urteil A-3364/2008 E. 14.3). Der Beschwerdeführerin stand der Weg offen, ihre Kritik in einem ordentlichen Rechtsmittelverfahren vorzubringen. Sie hat jedoch darauf verzichtet, die beiden Urteile anzufechten. Weiter hat sie weder förmlich ein Revisionsgesuch beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht noch können ihre diesbezüglichen Vorbringen inhaltlich als ein solches Begehren gewertet werden. Im Übrigen gelten Gründe, die von der um Revision ersuchenden Partei bereits mit einer Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hätte geltend machen können, nicht als Revisionsgründe (Art. 46 VVG). Damit besteht keine Veranlassung, auf die Beanstandung der Beschwerdeführerin weiter einzugehen.

#### **E. 5**

Aus diesen Gründen sind die Beschwerden abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 6**

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.- zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. Angesichts ihres Unterliegens steht der Beschwerdeführerin von vornherein keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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