

# **BVGer A-7471/2016 vom 5. Mai 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-7471\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7471_2016)

FR: TAF A-7471/2016 du 5 mai 2017

IT: TAF A-7471/2016 del 5 maggio 2017

## **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 Bst. d 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 der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

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. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

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

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit voller Kognition. Es überprüft den angefochtenen Entscheid auf Verletzung von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Gemäss Art. 11 Abs. 1 aBst. b RTVV (AS 2007 787), der zum Zeitpunkt der Ausstrahlung des Radiotrailers in Kraft war, gelten Hinweise auf konkrete Sendungen in anderen Programmen des gleichen Unternehmens, die inhaltlich in direktem Zusammenhang mit der Sendung stehen, in welcher sie ausgestrahlt werden, nicht als Werbung. Die Vorinstanz sprach dem fraglichen Radiotrailer diesen inhaltlichen Konnex ab und stellte entsprechend fest, dass die Beschwerdeführerin damit gegen das Werbeverbot in Radioprogrammen der

SRG (Art. 14 Abs. 1 RTVG) verstosse hatte. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin war diese Verordnungsbestimmung nicht rechtskonform und daher zu Unrecht angewendet worden.

### **E. 3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrats auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Es prüft, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat (BGE 139 II 460 E. 2.3, 137 III 217 E. 2.3, 136 II 337 E. 5.1 a.E.; Urteil des BVGer A-2768/2014 vom 30. April 2015 E. 4.4 m.w.H.; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.177 ff.). Die gesetzesvertretenden Verordnungen, die einer besonderen Ermächtigung bedürfen (Art. 164 Abs. 1 BV) und die gesetzliche Regelung ergänzen oder ändern und damit Gesetzesfunktion übernehmen, sind hierbei von den Vollziehungsverordnungen zu unterscheiden. Letztere verdeutlichen Gesetzesbestimmungen und haben den Gedanken des Gesetzgebers durch Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen. Sie dürfen das auszuführende Gesetz - wie auch alle anderen Gesetze - weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen insbesondere die Rechte der Betroffenen nicht eingeschränkt oder ihnen neue Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären. Zum Erlass von Vollziehungsverordnungen ist der Bundesrat bereits aufgrund von Art. 182 Abs. 2 BV berechtigt. Eine gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich (BGE 141 II 169 E. 3.3, 136 I 29 E. 3.3, 130 I 140 E. 5.1 je m.H.; Urteile des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 4.3, A-5258/2014 vom 24. Juli 2015 E. 2.6 und A-718/2013 vom 27. Dezember 2013 E. 1.2.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2014, § 14 Rz. 19 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, Rz. 99 ff.).

### **E. 3.2**

Der Begriff "Werbung" ist in Art. 2 Bst. k RTVG definiert. Darunter fällt demnach jede öffentliche Äusserung im Programm, welche die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden oder vom Rundfunkveranstalter selbst gewünschten Wirkung zum Zweck hat und gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung verbreitet wird. Diese Bestimmung überträgt dem Bundesrat keine Gesetzgebungsbefugnisse beziehungsweise stellt keine Delegationsnorm dar. Der sich darauf beziehende Art. 11 Abs. 1 aBst. b RTVV darf in der Konsequenz auch keine gesetzesvertretende Qualität aufweisen. Vielmehr fällt dieser Regelung die Funktion zu, die gesetzliche Bestimmung im Sinne einer Vollziehungsverordnung auszuführen.

### **E. 3.3**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes (grammatikalisches Element). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der

Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck der Norm (teleologisches Element), die ihr zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) abzustellen. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (vgl. zum Ganzen BGE 142 I 135 E. 1.1.1 m.w.H.). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel dazu, den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (vgl. BGE 141 II 262 E. 4.2 m.w.H.).

#### **E. 3.4.1**

Nach der Definition von Art. 2 Bst. k RTVG ist der Werbebegriff sehr weit gefasst. Sie schliesst neben der kommerziellen auch die ideelle Werbung ein. Insbesondere fallen auch Äusserungen darunter, mit denen vom Rundfunkveranstalter gewünschte Wirkungen angestrebt und die als Eigenwerbung verbreitet werden (vgl. BGE 134 II 223 E. 3.4.1; Urteil des BVGer A-825/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 6.2). Die genaue Bedeutung von Eigenwerbung erschliesst sich nicht aus dem Gesetzestext, wird aber in der Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (BBl 2003 1569) näher umrissen. Demnach bezweckt die Unterstellung der Eigenwerbung unter die Werbung die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen, die eintreten würden, wenn ein Veranstalter eigene Waren und Dienstleistungen ausserhalb der eigentlichen Werbesendungen bewerben könnte, während dies Dritten für gleiche Produkte verwehrt ist. Nicht als Eigenwerbung und somit nicht als Werbung würden Hinweise des Veranstalters auf sein eigenes Programm und auf einzelne Sendungen in seinem Programm gelten, sowie Hinweise auf Begleitmaterialien wie Bücher oder Kassetten, welche im Zusammenhang mit einer bestimmten Sendung aus journalistischen Beweggründen empfohlen werden (BBl 2003 1569, 1666).

#### **E. 3.4.2**

Aus den wiedergegebenen Materialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber anhand eines einschränkenden Verständnisses von Eigenwerbung Programm- beziehungsweise Sendungshinweise von der Werbequalität und den damit einhergehenden Restriktionen ausnehmen wollte. Nicht beantwortet ist die Frage, wie umfassend diese Ausnahme zu verstehen ist, ob mithin lediglich Hinweise innerhalb eines Programms, auf andere Programme der gleichen Medienart oder dann auch zwischen verschiedenen Medienarten eines Unternehmers von der Werbung ausgenommen werden sollen. Die parlamentarische Debatte bestätigt, dass diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen bestanden. Die eindeutige Absicht, an eine frühere Praxis anzuknüpfen, geht daraus nicht hervor (AB 2005 S 53 f.).

#### **E. 3.4.3**

Die dargelegte Unklarheit bezüglich der Abgrenzung von Eigenwerbung und Programmhinweisen ohne Werbequalität, wie sie der gesetzlichen Regelung zugrunde liegt, indiziert einen Ausführungsbedarf in Form einer Vollziehungsverordnung. Der Bundesrat erliess in diesem Sinne Art. 11 Abs. 1 aBst. a und b RTVV. Die Verordnung unterscheidet zwischen Hinweisen allgemeiner Art, welche sich auf das eigene Programm beziehen (Bst. a), und solchen, die bestimmte Sendungen des gleichen Unternehmens betreffen, aber nicht im gleichen Programm ausgestrahlt werden (Bst. b). Im ersten Fall stellen die Hinweise per se keine (Eigen-)werbung dar. Im zweiten Fall trifft dies nur zu, wenn der Sendungshinweis auch einen inhaltlich direkten Zusammenhang mit der Sendung aufweist, in welcher er ausgestrahlt wird. Mit der besonderen Regelung von Hinweisen auf andere Programme desselben Unternehmens wollte der Ordnungsgeber verhindern, dass Senderfamilien beliebig die Programme gegenseitig bewerben können. Solche Hinweise können nur dann ausserhalb der Werbung ausgestrahlt werden, wenn sie sich auf eine konkrete Sendung beziehen und ein direkter Bezug zum eigenen Programm hergestellt ist, zum Beispiel indem im Anschluss an eine Sportsendung im Radio auf die Sportsendung im Fernsehen mit demselben Thema hingewiesen wird (Erläuterungen zur Radio- und Fernsehverordnung - Konsolidierte Fassung, Stand 1. Januar 2015, S. 7 f.).

#### **E. 3.4.4**

Der Bundesrat traf mit Art. 11 Abs. 1 aBst. a und b RTVV eine differenzierte Regelung für die Sendungs- beziehungsweise Programmhinweise, ohne dabei den gesetzlich vorgegebenen Rahmen zu überschreiten. Insbesondere sind sogenannte crossmediale Hinweise ausserhalb der Werbung, wie sie vorliegend in Radioprogrammen zugunsten einer Fernsehsendung ergangen sind, nicht per se ausgeschlossen worden. Dass hierfür ein sachlicher Zusammenhang gefordert wird, ist begründet und bedeutet für die betroffenen Medienunternehmen eine verhältnismässige Einschränkung (vgl. E. 3.4.3). Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich die Vereinbarkeit mit dem EÜGF in Abrede. Gemäss Zweckartikel verfolgt das Übereinkommen das Ziel, die grenzüberschreitende Verbreitung und Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen zwischen den Vertragsparteien zu erleichtern. Da es sich folglich nicht auf Radioprogramme erstreckt, kann Art. 11 Abs. 1 aBst. b RTVV im vorliegenden Anwendungsfall auch nicht damit in Konflikt geraten. Darüber hinaus enthält das EÜGF Minimalvorschriften, welche die Vertragsparteien nicht daran hindern, strengere oder ausführlichere Bestimmungen zu erlassen (vgl. Art. 28 EÜGF; BGE 127 II 79 E. 4b). Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine weitere Befassung mit den Bestimmungen des EÜGF. Der Bundesrat hat mit der fraglichen Verordnungsbestimmung den gesetzlichen Spielraum insgesamt rechtmässig ausgeführt. Es besteht kein Anlass, Art. 11 Abs. 1 aBst. b RTVV für den vorliegenden Fall die Anwendbarkeit zu versagen.

#### **E. 4.1**

Der zu beurteilende Trailer wurde in Radioprogrammen der Beschwerdeführerin ausgestrahlt und bezog sich auf eine Fernsehsendung. Damit hat er crossmedialen Charakter. Gleichzeitig entbehrte er jeweils unbestrittenermassen eines inhaltlichen Bezugs zu den Sendungen, in denen er ausgestrahlt wurde. In Anwendung von Art. 11 Abs. 1 aBst. b RTVV i.V.m. Art. 2 Bst. k RTVG ist ihm entsprechend die Qualität von Eigenwerbung zuzuschreiben.

#### **E. 4.2**

Art. 14 Abs. 1 RTVG bestimmt, dass Werbung in den Radioprogrammen der SRG verboten ist, räumt dem Bundesrat aber gleichzeitig die Möglichkeit ein, Ausnahmen für die Eigenwerbung vorzusehen. Von dieser Befugnis hat er in Art. 22 Abs. 5 RTVV Gebrauch gemacht. Demnach darf die SRG in ihren Radioprogrammen Eigenwerbung ausstrahlen, sofern diese überwiegend der Publikumsbindung dient. Diese Ausnahme entbindet des Weiteren nicht vom Grundsatz, dass Werbung vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein muss (Art. 9 Abs. 1 RTVG; Urteil des BVGer A-825/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 6.3). Zu diesem Zweck ist nach Art. 12 Abs. 1 RTVV ein besonderes akustisches beziehungsweise optisches Erkennungssignal zu verwenden. Aus dem Gesagten folgt, dass Eigenwerbung in den Radioprogrammen der SRG nicht in jedem Fall unzulässig ist. Vorliegend ist der Radiotrailer nach Angaben der Beschwerdeführerin allerdings in redaktionellen Programmteilen von Radio SRF 1 und Radio SRF 2 ausgestrahlt worden. Die bei den Akten liegenden Aufzeichnungen des Radiotrailers machen deutlich, dass entsprechend keine akustischen Erkennungssignale zur Abtrennung verwendet worden sind. Die Rechtswidrigkeit des ausgestrahlten Radiotrailers betrifft folglich die Nichtbeachtung der nach Art. 9 Abs. 1 RTVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 RTVV vorgeschriebenen Erkennbarkeit von Eigenwerbung. Die von der Vorinstanz getroffene Feststellung in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 2. November 2010 ist in diesem Sinne zu präzisieren. Die nach Dispositiv-Ziffer 2 von der Beschwerdeführerin zu treffenden und bekanntzugebenden Massnahmen, damit sich die Rechtsverletzung nach Dispositiv-Ziffer 1 nicht mehr wiederholt, erfährt in diesem Sinne auch eine neue Bedeutung. Ungeachtet davon dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nicht durch. Die Beschwerde ist insgesamt als unbegründet abzuweisen.

## **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG die auf Fr. 3'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Die ihr überbundenen Verfahrenskosten sind dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu entnehmen. Der unterliegenden und nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario und Art. 9 Abs. 2 VGKE). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat unabhängig vom Verfahrensausgang keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Das Dispositiv befindet sich auf der folgenden Seite.

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