



## Urteil vom 21. April 2011

---

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richter André Moser, Richterin Marianne Ryter Sauvant,  
Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

---

Parteien

**Espace Media AG**, Dammweg 9, Nordring, 3013 Bern,  
vertreten durch Fürsprecher Christoph Zubler, von  
Graffenried & Cie Recht, Zeughausgasse 18, Postfach,  
3000 Bern 7,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Kommunikation BAKOM**,  
Abteilung Radio und Fernsehen, Zukunftstrasse 44,  
Postfach, 2501 Biel BE,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Konzessionsabgabe 2006.

**Sachverhalt:****A.**

Die Espace Media AG (früher Telebärn AG) betreibt den Regionalfernsehsender Telebärn. Als Veranstalterin eines Regionalfernsehprogramms wurde ihr (resp. der damaligen Telebärn AG) eine Konzession erteilt, für die sie eine jährliche Abgabe zu leisten hat. Am 23. März 2006 reichte sie dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Konzessionsabgabe-Erklärung für das Jahr 2006 ein. Bei der Prüfung der Unterlagen fiel dem BAKOM auf, dass die Kommissionen an die Conradio-TV AG im Vergleich zum Vorjahr um 10 % von 25 % auf 35 % erhöht worden waren. Auf Nachfrage hin führte die Espace Media AG aus, die Conradio-TV AG habe die Vermarktungsaktivitäten deutlich ausgebaut und dafür rund 1.2 Mio. Franken Mehrausgaben getätigt. Da die Deklaration in der Konzessionsabgabe-Erklärung für den fraglichen Zeitraum dennoch einen praktisch unveränderten Werbeumsatz auswies, sah sich das BAKOM zu einer Revision veranlasst. Die Revision fand vom 2. bis 20. April 2007 bei der Espace Media AG statt.

**B.**

Mit Verfügung vom 19. Februar 2010 stellte das BAKOM fest, dass sich die Bruttowerbeeinnahmen der Espace Media AG für das Geschäftsjahr 2005 auf Fr. 10'842'500.-- beliefen, und legte die Konzessionsabgabe für das Jahr 2006 statt der von der Beschwerdeführerin in ihrer Selbstdeklaration berechneten Fr. 15'765.55 neu auf Fr. 54'212.50 fest.

**C.**

Dagegen gelangt die Espace Media AG (Beschwerdeführerin) mit Beschwerde vom 23. März 2010 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Festsetzung der Konzessionsabgabe für das Jahr 2006 auf Fr. 15'765.55 basierend auf der von ihr eingereichten Konzessionsabgabe-Erklärung. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Konzessionsabgabe 2006 auf Fr. 18'416.35 festzusetzen, subeventualiter sei sie aufzuheben und zur Neuurteilung an das BAKOM (Vorinstanz) zurückzuweisen.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht einerseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil sie einzig zum Revisionsbericht, nicht aber zur Verfügung habe Stellung nehmen können. Andererseits habe die Vorinstanz die Revision unzulässigerweise durchgeführt, da ihr nach den anwendbaren

altrechtlichen Bestimmungen keine Prüfungsberechtigung zukomme. Als Basis für die Konzessionsabgabe sei daher auf die Konzessionsabgabe-Erklärung 2006 abzustellen, wonach die Abgabe für das Jahr 2006 auf Fr. 15'765.55 zu stehen komme.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe bei der Berechnung des Werbeumsatzes die Unterscheidung zwischen verrechneter und effektiv ausgestrahlter Werbung unterlassen. Der Zusammenhang zwischen einer Werbeausstrahlung und der Ertragsbuchung lasse sich ausserdem lückenlos nachweisen und es seien alle handelsrechtlich aufgestellten Anforderungen an eine korrekte Buchführung eingehalten worden, weshalb die Vorinstanz keine Schätzungen hätte vornehmen müssen. Auch lägen in Bezug auf die Vermittler- und Beraterprovisionen konkrete Zahlen vor, so dass eine Zuhilfenahme eines Berechnungskoeffizienten nicht nötig gewesen sei. Bei der Ermittlung des durchschnittlichen Tarifs habe die Vorinstanz nicht die gegenüber den Kunden ausgewiesenen Sekundenzahlen, sondern jede Wiederholung zusätzlich als weitere Werbesekunde berücksichtigt. Sie habe es somit unterlassen zu unterscheiden, dass der durchschnittliche Tarif für die effektiv ausgestrahlten Werbesekunden entsprechend den Wiederholungen erheblich tiefer ausfalle als der vom Werbekunden für einen Sendeblock bezahlte Tarif. Betreffend die Konzernwerbung bestünden sodann objektive Gründe, weshalb diese zu einem tieferen Tarif verrechnet würde. Diese Werbung werde nämlich als sogenannte Füllerwerbung aufgeschaltet und nur bei Bedarf gesendet, wenn keine andere Werbung für diesen Platz akquiriert werden könne. Es handle sich dabei nicht um einen Rabatt für Werbung zu normalen Konditionen, sondern um den unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten angebrachten Tarif unter Berücksichtigung der spezifischen Konditionen und wirtschaftlichen Tatsachen. Des Weiteren sei auch die von der Vorinstanz gemachte Einschätzung betreffend Gegengeschäfte nicht korrekt. Es handle sich dabei nämlich nicht um Werbung, sondern vielmehr um Sponsoring, das nach anwendbarem alten Recht nicht zu den Bruttowerbeeinnahmen gehöre und damit für die Berechnung der Konzessionsabgabe nicht zu berücksichtigen sei. Schliesslich sei auch die Berechnung für die im Programmblock "WatchMe TV.ch" gesendete Werbung falsch erfolgt. Aufgrund des Dargelegten beliefen sich die Bruttowerbeeinnahmen insgesamt auf Fr. 4'183'270.80. Nach Abzug des Freibetrags von Fr. 500'000.-- errechne sich die Konzessionsabgabe von 0.5 % der massgeblichen Bruttowerbeeinnahmen für das Jahr 2006 auf Fr. 18'416.35.

**D.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 3. Juni 2010 die Abweisung der Beschwerde. Ihre Zuständigkeit für Revisionen ergebe sich aus der Mitwirkungs- und Editionsspflicht, die im vorliegend anwendbaren altrechtlichen Art. 69 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (aRTVG, AS 1992 601) statuiert sei. Art. 34 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (aRTVV, AS 1997 2903) regle ausserdem, dass sie zur Überprüfung der massgeblichen Berechnungsgrundlagen die Geschäftsbücher des Konzessionärs einsehen könne. Der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs sei unberechtigt, zumal die Beschwerdeführerin Kenntnis von den Aufrechnungen gehabt habe und sich ein Bild über die Höhe der beabsichtigten Konzessionsabgabe habe machen können. Deren Stellungnahme sei zudem in die Verfügung eingeflossen.

In Bezug auf die angeblichen materiellen Mängel der Verfügung verweist die Vorinstanz auf die Grundsätze der Vollständigkeit und der Nachprüfbarkeit. Ergebe eine Prüfung eine grössere Abweichung zwischen fakturierten und ausgestrahlten Werbesekunden, sei dies ein Hinweis auf eine unvollständige und somit nicht ordnungsmässige Buchführung. Gleich verhalte es sich, wenn die Prüfspur nicht gewährleistet sei. Beide Aspekte träfen bei der Beschwerdeführerin zu. Nachdem ihr der Einblick in die Geschäftsbücher der Konzerntochter der Beschwerdeführerin, der Conradio-TV AG, welche mit deren Werbungsvermarktung beauftragt sei, verweigert worden sei und daher die für die Überprüfung relevanten Angaben nicht lückenlos offen gelegen hätten, habe sie aufgrund von vorgängig festgelegten Kriterien eine eigene Berechnung vorgenommen. Da die von der Beschwerdeführerin eingereichte Sekundenkontrolle mit diesen Berechnungen nicht übereinstimmend habe, habe sie nicht als Basis für die Berechnung der Bruttowerbeeinnahmen dienen können. Es sei daher einzig auf die visierten Sendelisten abgestellt worden. Dabei seien entgegen dem Vorwurf der Beschwerdeführerin Wiederholungen nicht ohne Präzisierung der Art der Wiederholung doppelt gezählt worden. Vielmehr habe sie drei Arten von Wiederholungen – Hauptprogramm, Doppelschaltungen und Tagesschaltungen – unterschieden. Auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Berechnung des durchschnittlichen Tarifs seien unzutreffend, weshalb dieser nicht anzupassen sei. Ebenso gebe es keinen Grund, die Bewertung der Konzernwerbung, die Aufrechnung für

"WatchMe TV.ch" sowie die Qualifizierung von Gegengeschäften als Werbung anzupassen resp. zu ändern.

**E.**

Die Beschwerdeführerin widerspricht in ihrer Replik vom 2. Juli 2010 den Aussagen der Vorinstanz und hält an ihren Rechtsbegehren fest.

**F.**

Die Vorinstanz reicht am 25. August 2010 eine Duplik ein.

**G.**

Mit Schreiben vom 17. September 2010 bestreitet die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz, verzichtet aber mit Verweis auf die gestellten Rechtsbegehren und Ausführungen in der Beschwerdeschrift und der Replik darauf, inhaltlich auf die Duplik einzugehen.

**H.**

Auf weitergehende Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheiderelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**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 der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**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.

### 3.

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

### 4.

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 (Art. 49 VwVG). Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltungsgericht übt daher Zurückhaltung und greift in Gewichtungsfällen nicht leichthin in den Spielraum der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2, 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.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie habe einzig zum Revisionsbericht der Vorinstanz Stellung nehmen können. Zwar habe diese die Verfügung in der Folge mehrheitlich auf der Basis der im Revisionsbericht dargestellten Erkenntnisse erlassen, die Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesem Bericht entbinde die Behörde aber nicht, die Partei auch zur Verfügung anzuhören. Dies dränge sich vorliegend umso mehr auf, als zwischen dem Revisionsbericht und dem Erlass der Verfügung fast zwei Jahre vergangen seien und anzunehmen sei, dass die Vorinstanz in dieser Zeit weitere Ermittlungen vorgenommen habe. So habe sie an verschiedenen Punkten, etwa bei den Ziffern 2.2.3.4.3 und 2.2.3.6.1 der Verfügung, den Sachverhalt abgeändert. Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs lasse sich auch nicht vor dem Bundesverwaltungsgericht heilen.

**5.1.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und umfasst verschiedene Teilgehalte, so das Recht auf Information über den Verfahrensausgang, die Möglichkeit sich zu äussern, bevor entschieden wird, und dabei angehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie auf eine begründete Entscheidung (BGE 136 I 265 E. 3.2, BGE 135 II 286 E. 5.1, jeweils mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.84 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 846 ff.). Die Verpflichtung der Behörde, die Partei vor Erlass einer Verfügung anzuhören, ist in Art. 30 Abs. 1 VwVG geregelt. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung und Äusserung besteht primär in Bezug auf die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Dagegen erwächst den Parteien kein allgemeiner Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung. Im Allgemeinen genügt es, wenn sich die Partei zu allen relevanten Fragen in einem einzigen Verfahrensschritt äussern kann; es besteht kein Anspruch darauf, mehrmals Gelegenheit zur Äusserung und Stellungnahme zu erhalten, soweit sich eine bestimmte Frage immer wieder unverändert gleich stellt. Mehrere Anhörungen sind in der Regel nur geboten, wenn neue Aspekte tatsächlicher Natur in das Verfahren einfliessen (BERNHARD WALDMANN/ JÜRGEN BICKEL, in:

Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009,  
Art. 30 N 18, 35).

Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur. Daraus folgt, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt. Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs indes als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Kognition prüft wie die untere Instanz. Ausgeschlossen ist die Heilung jedoch, wenn die Verletzung der Parteirechte besonders schwer wiegt; überdies darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 135 I 279 E. 2.6.1, BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4597/2009 vom 17. Juni 2010 E. 2.5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 986 f.).

**5.2.** Die Beschwerdeführerin erhielt mit Schreiben der Vorinstanz vom 30. April 2008 deren Revisionsbericht zur Jahresrechnung 2005 zugestellt. Daraus gehen die von der Vorinstanz beabsichtigten Aufrechnungen und damit letztlich die voraussichtliche Höhe der Konzessionsabgabe 2006 hervor. Mit Schreiben vom 16. Juni 2008 nahm die Beschwerdeführerin dazu Stellung, was die Vorinstanz in ihre Verfügung einfliessen liess. Bei den von der Beschwerdeführerin erwähnten, abgeänderten Ziffern handelt es sich um Korrekturen der Berechnung. So wurde einerseits aufgrund einer nochmaligen Prüfung der Sendelisten eine Korrektur von einigen Sekunden zugunsten der Beschwerdeführerin vorgenommen (Ziff. 2.2.3.4.3 der angefochtenen Verfügung). Andererseits wurde die Konzernwerbezeit beim Drittvergleich erhöht (Ziff. 2.2.3.6.1 der angefochtenen Verfügung). Der Beschwerdeführerin war somit die Gelegenheit erteilt worden, sich im Vorfeld zu sämtlichen wesentlichen Punkten, die den rechtserheblichen Sachverhalt betreffen, zu äussern, was von ihr auch wahrgenommen wurde. Die konkrete Berechnung der Bruttowerbeeinnahmen stellt aber eine Rechtsfrage dar. In welchem Umfang die Vorinstanz Aufrechnungen zur Konzessionsabgabe-Erklärung der Beschwerdeführerin vornehmen durfte, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Prüfung abzuklären und beschlägt nicht das rechtliche Gehör. Die Rüge der Verletzung des

rechtlichen Gehörs ist daher abzuweisen. Eine allfällige Verletzung hätte sich – wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt – indes ohnehin heilen lassen, da das Bundesverwaltungsgericht über eine grundsätzlich umfassende Kognition verfügt (vgl. vorstehende E. 4), die Argumente der Beschwerdeführerin daher im gleichen Umfang prüft wie die Vorinstanz und nicht von einer besonders schwerwiegenden Gehörsverletzung gesprochen werden müsste.

## 6.

Am 1. April 2007 traten das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) sowie die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) in Kraft und lösten damit die alte Radio- und Fernsehgesetzgebung ab (vgl. aRTVG sowie aRTVV). Vorliegend umstritten ist die Festsetzung der Konzessionsabgabe für das Jahr 2006, für deren Bemessung die Bruttowerbeeinnahmen aus dem Jahr 2005 massgebend sind (vgl. Art. 22 RTVG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 und 3 RTVV resp. Art. 50 aRTVG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 und 2 aRTVV). Das heisst, der massgebliche Sachverhalt fand vor Inkrafttreten des neuen RTVG statt, weshalb die altrechtlichen Bestimmungen des aRTVG sowie der aRTVV zur Anwendung gelangen (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 24 Rz. 9).

## 7.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz berechtigt war, bei der Beschwerdeführerin eine Revision durchzuführen.

7.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Durchführung der Revision habe keine gesetzliche Grundlage bestanden, weshalb diese unzulässig gewesen sei. Die Vorinstanz habe sich für die vom 2. bis 20. April 2007 durchgeführte Revision auf das am 1. April 2007 in Kraft getretene, revidierte RTVG sowie die gleichzeitig in Kraft getretene RTVV gestützt. Die neue Verordnungsbestimmung sehe explizit vor, dass die Vorinstanz die gemeldeten Bruttoeinnahmen prüfe. Der bis am 31. März 2007 geltende Art. 30 Abs. 6 aRTVV habe demgegenüber eine entsprechende Prüfungsmöglichkeit nicht vorgesehen und die Zuständigkeit der Vorinstanz auf den Erlass der Abgabeverfügung beschränkt. Nachdem sowohl die vorliegend umstrittene Jahresrechnung 2005 als auch die Konzessionsabgabe 2006 den altrechtlichen Bestimmungen unterlägen, müsse auch die Prüfung dieser Gegenstände den altrechtlichen Grundlagen folgen, welche der Vorinstanz eine solche

Prüfungsberechtigung nicht eingeräumt hätten. Die Vermutung liege nahe, dass die Vorinstanz das Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen abgewartet habe, um damit einen altrechtlichen Sachverhalt neu aufrollen zu können. Dies sei nicht zulässig. Dasselbe gelte für den von der Vorinstanz angeführten Art. 42 RTVG, der in seiner revidierten Form neu explizit die Finanzprüfung vor Ort vorsehe. Auch diese Berechtigung habe unter dem alten, vorliegend massgeblichen Recht noch nicht bestanden.

**7.2.** Dagegen macht die Vorinstanz geltend, ihre Zuständigkeit zur Durchführung von Revisionen ergebe sich aus der Mitwirkungs- und Editionsspflicht, die in Art. 69 Abs. 1 aRTVG statuiert sei. Danach müsse der Konzessionär zu Aufsichtszwecken Auskünfte erteilen und Akten aushändigen. Art. 34 Abs. 2 aRTVV regle ausserdem, dass sie zur Überprüfung der massgeblichen Berechnungsgrundlagen die Geschäftsbücher des Konzessionärs einsehen könne. Mit Art. 42 RTVG sei im Übrigen kein neues Recht geschaffen, sondern lediglich die bereits nach altem Recht geltende Rechtslage deutlich zum Ausdruck gebracht worden.

**7.3.** Fraglich ist somit, ob sich die durch die Vorinstanz bei der Beschwerdeführerin durchgeführte Revision auf eine rechtliche Grundlage stützen lässt.

**7.3.1.** Der Veranstalter eines Radio- oder Fernsehprogramms muss jährlich eine Konzessionsabgabe entrichten. Diese beträgt pro Kalenderjahr ein halbes Prozent der 500'000 Franken übersteigenden Brutto-Werbeinnahmen (Preis der Werbeminute multipliziert mit der Anzahl gesendeter Minuten, unter Abzug der vereinbarten Rabatte) und wird aufgrund der im vergangenen Jahr erzielten Brutto-Werbeinnahmen erhoben (Art. 50 aRTVG i.V.m. Art. 30 aRTVV). Zur Festsetzung der Konzessionsabgabe reicht der Veranstalter der Vorinstanz eine Konzessionsabgabe-Erklärung ein, in der er die Werbeeinnahmen deklariert. Die Vorinstanz erlässt gestützt darauf die Abgabeverfügung (Art. 30 Abs. 6 und Art. 34 Abs. 1 aRTVV). Gemäss Art. 69 Abs. 1 aRTVG muss der Konzessionär Auskünfte erteilen und Akten aushändigen, wenn im Rahmen der allgemeinen Aufsicht oder Programmaufsicht ein Sachverhalt abgeklärt wird. Zur Überprüfung der massgeblichen Berechnungsgrundlagen kann die Vorinstanz dabei die Geschäftsbücher des Konzessionärs einsehen (Art. 34 Abs. 2 aRTVV).

Umstritten ist, ob sich hieraus eine Berechtigung der Vorinstanz zur Durchführung einer Revision ergab.

**7.3.2.** Ist die Bedeutung einer Rechtsnorm zweifelhaft, ist sie durch Gesetzesauslegung 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" (BGE 135 V 50 E. 5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 216 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 90 ff; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.182 f.).

**7.3.3.** Wie soeben erwähnt, ist der Konzessionär nach Art. 69 Abs. 1 aRTVG verpflichtet, Auskünfte zu erteilen und Akten auszuhändigen. Die Bestimmung erteilt der Vorinstanz zwar nicht ausdrücklich die Berechtigung zur Durchführung von Revisionen. Dem Wortlaut der französischen und italienischen Fassungen des Gesetzes ist nichts anderes zu entnehmen. Eine entsprechende Bestimmung lässt sich, wie die Beschwerdeführerin anführt, im aRTVG in der Tat auch an anderer Stelle nicht finden. Mit Art. 69 Abs. 1 aRTVG war indes beabsichtigt, die rechtliche Grundlage für eine Mitwirkungspflicht des Konzessionärs zu begründen. Wenn Anlass zur Vermutung bestand, dass ein Konzessionär sich rechtswidrig verhalte oder verhalten wolle, war die Aufsichtsbehörde, das heisst die Vorinstanz, verpflichtet, der Sache nachzugehen. Da sie dazu auf Angaben oder Akten des Konzessionärs angewiesen war, musste dessen Herausgabepflicht, mithin seine Mitwirkungspflicht, gesetzlich begründet sein. Art. 69 Abs. 1 aRTVG bildete die Grundlage dafür (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, Bundesblatt (BBl) 1987 689, 750 f.).

**7.3.4.** Den Veranstalter treffen somit weitgehende Auskunft- und Offenlegungspflichten gegenüber der konzessionsrechtlichen

Aufsichtsbehörde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.377/2000 vom 13. Februar 2001 E. 2.b.aa). Aufgrund der Mitwirkungspflicht des Konzessionärs, aber auch um ihrer Aufgabe nachkommen zu können, muss es der Vorinstanz vor Erlass der Abgabeverfügung möglich sein, die Berechnungsgrundlage der Abgabe, das heisst die Selbstdeklaration der Werbeeinnahmen, zu überprüfen. Der Vorinstanz kommt insofern eine Aufsichtsfunktion zu und in diesem Rahmen muss sie, wie die Verordnung ausdrücklich festhält (vgl. Art. 34 Abs. 2 aRTVV), die Möglichkeit haben, Geschäftsbücher einzusehen. Dasselbe muss aber auch für die Durchführung von Revisionen gelten. Denn nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass die Vorinstanz Einblick in die genaue Buchführung, die eben gerade für die Bemessung der Konzessionsabgabe relevant ist, von Veranstaltern erhält (vgl. Art. 30 aRTVV sowie oben E. 7.3.1). Diese Aufsichtsfunktion kann die Vorinstanz nur sinnvoll ausüben, wenn ihr auch die Mittel zur Durchsetzung zur Verfügung stehen.

**7.3.5.** Im heute geltenden Art. 42 Abs. 2 RTVG ist anders als im aRTVG ausdrücklich festgehalten, dass die Vorinstanz Auskünfte vom Konzessionär verlangen und vor Ort Finanzprüfungen vornehmen kann. Daraus allein lässt sich jedoch, entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, nicht schliessen, dass nach Massgabe der alten Radio- und Fernsehgesetzgebung keine Möglichkeit zur Vornahme einer Revision bestanden habe. Der neue Art. 42 Abs. 2 RTVG (Art. 52 des Entwurfs) war in den Diskussionen der eidgenössischen Räte umstritten, wurde zunächst vom Nationalrat gestrichen und später vom Ständerat wieder eingeführt. Anlässlich der Beratungen wurde hervorgehoben, dass die Absätze 2 und 3 die Grundlage dazu seien, den aktuellen Stand der Aufsicht aufrechtzuerhalten. Bei einem allfälligen Problem könnten aufgrund dieser Bestimmungen auch Revisionen vor Ort durchgeführt werden (vgl. Amtliches Bulletin (AB) 2004 N 122, Votum Aeschbacher). Es ging somit darum, die bisherige Aufsicht beizubehalten und die nötigen Mittel zur Durchführung dieser Aufsicht zur Verfügung zu stellen.

**7.3.6.** Auch wenn es der Wortlaut des Gesetzes so nicht vorsieht, zeigt sich somit im Ergebnis, dass der Vorinstanz sowohl nach Sinn und Zweck, aber auch nach dem Willen des Gesetzgebers, die Möglichkeit, Revisionen durchzuführen, (auch) nach der alten Radio- und Fernsehgesetzgebung zustehen musste.

#### **7.4.**

**7.4.1.** Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang des Weiteren, die Vorinstanz sei nicht berechtigt gewesen, bei der Conradio-TV AG eine Revision durchzuführen und in deren Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen. Nach Art. 34 Abs. 2 aRTVV könne die Vorinstanz zur Überprüfung der massgeblichen Berechnungsgrundlagen zwar die Geschäftsbücher des Konzessionärs einsehen; Konzessionärin sei aber alleine die Beschwerdeführerin und nicht die Conradio-TV AG.

**7.4.2.** Die Vorinstanz führte dazu in der angefochtenen Verfügung aus, die von der Beschwerdeführerin erwähnte Kooperation von Conradio-TV AG habe sich einzig auf die Offenlegung der Monatsabrechnungen beschränkt, die teilweise als Gutschriften an die Beschwerdeführerin zu betrachten seien und somit auch als Bestandteil deren Buchhaltung gälten. Bei den Sendelisten handle es sich im Übrigen ohnehin um Dokumente der Beschwerdeführerin. In ihrer Vernehmlassung bringt die Vorinstanz weiter vor, mit der Vermarktung der Werbung für die Beschwerdeführerin sei die Conradio-TV AG, eine Konzerntochter der Beschwerdeführerin, beauftragt. Der Prozess von der Akquisition bis zur Rechnungsstellung werde durch diese abgewickelt. Die Beschwerdeführerin werde unter Abzug einer Kommission von 35 % für die Ausstrahlung der Werbung von Conradio-TV AG entschädigt. Bei den von dieser zur Verfügung gestellten Unterlagen handle es sich um Belege der Beschwerdeführerin. Auf die relevanten Unterlagen, die einzig bei der Conradio-TV AG vorgelegen hätten, habe die Vorinstanz dagegen keinen Zugriff gehabt.

**7.4.3.** Gemäss Art. 34 Abs. 2 aRTVV kann die Vorinstanz Einsicht in die Geschäftsbücher des Konzessionärs nehmen. Dem Wortlaut zufolge wird lediglich vom Konzessionär gesprochen. Dies kann aber nicht bedeuten, dass der Konzessionär die Führung seiner Geschäfte an einen Dritten delegieren kann, um sich auf diese Weise der Offenlegung der Geschäftsbücher zu entledigen. Ein solches Vorgehen entspräche weder Sinn und Zweck des Gesetzes noch dem gesetzgeberischen Willen, sondern würde vielmehr eine rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung darstellen (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b.bb, BGE 121 II 97 E. 4, BGE 114 IB 11 E. 3a je mit Hinweisen; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22 Rz. 26). Insofern kann es an dieser Stelle offen bleiben, wie der Umstand, dass die Conradio-TV AG eine Konzessionstochter der Beschwerdeführerin ist, zu beurteilen ist, da ein Berufen auf dieses Vorgehen unabhängig von der rechtlichen Gesellschaftsform der Beteiligten im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich wäre.

**7.5.** Die Vorinstanz wäre demnach gestützt auf die damals gültige alte Radio- und Fernsehgesetzgebung berechtigt gewesen, eine Revision bei der Conradio-TV AG durchzuführen und in die dort vorhandenen Geschäftsbücher der Beschwerdeführerin Einsicht zu nehmen, weshalb ihr die Beschwerdeführerin den Einblick in deren Buchhaltung zu Unrecht verweigerte.

## **8.**

**8.1.** Die Beschwerdeführerin macht sodann in materieller Hinsicht geltend, die Vorinstanz habe seit 2008 über die Sendelisten für den Monat Oktober 2005 verfügt, in denen jede Ausstrahlung von Werbung dokumentiert sei. Am 14. Dezember 2009 habe sie zudem die detaillierten Buchhaltungsunterlagen der Conradio-TV AG zum Verkauf der Werbung der Beschwerdeführerin für das gesamte Jahr 2005 erhalten. Aufgrund dieser Unterlagen sei es der Vorinstanz möglich gewesen, die in der Konzessionsabgabe-Erklärung gemachten Angaben ohne Zuhilfenahme von Schätzungen konzise nachzuvollziehen. Es bestehe somit eine Prüfspur des buchungsrelevanten Tatbestands, der Zusammenhang zwischen einer Werbeausstrahlung und der Ertragsbuchung lasse sich lückenlos nachweisen, weshalb sich die Vorinstanz unnötigerweise auf Schätzungen abgestützt habe.

**8.2.** Der Vorinstanz zufolge haben lediglich die Gutschriften der Conradio-TV AG an die Beschwerdeführerin in der Höhe von 13'218 Sekunden sowie die Sendelisten für die Oktober-Werbung 2005 (37'634 Sekunden) vorgelegen. Gestützt auf die vorhandenen Unterlagen habe weder von den Sendelisten auf die Buchung noch von der Buchung auf die Ausstrahlung geschlossen werden können. Die Abweichung von 24'416 Sekunden für den Monat Oktober sei nicht nachvollziehbar gewesen. Nachdem ihr der Einblick in die Geschäftsbücher der Conradio-TV AG verweigert worden sei und daher die für die Überprüfung relevanten Angaben nicht lückenlos vorgelegen seien, habe sie aufgrund von vorgängig festgelegten Kriterien eine eigene Berechnung vorgenommen, was nach bundesverwaltungsgerichtlicher Praxis zulässig sei. Sie ist der Auffassung, dass ihre Berechnung nachvollziehbar und verhältnismässig ist und überdies der Rechtsgleichheit dient.

**8.3.** Art. 957 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) verpflichtet zur ordnungsgemässen Buchführung. Die von der Praxis entwickelten Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung fanden Eingang ins Aktienrecht (Art. 662a Abs. 2 OR). Die dort formulierten

Grundsätze können als allgemein gültig anerkannt werden (MARKUS NEUHAUS/ERIK STEIGER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Obligationenrecht II, Art. 530 – 1186 OR, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2008, Rz. 29 ff. zu Art. 957 OR, nachfolgend: "BSK-OR"). Im Einzelnen handelt es sich um die Grundsätze der Vollständigkeit der Jahresrechnung, der Klarheit und Wesentlichkeit der Angaben, der Vorsicht, der Fortführung der Unternehmenstätigkeit, der Stetigkeit in Darstellung und Bewertung sowie das Verrechnungsverbot (vgl. MARKUS NEUHAUS/JÖRG BLÄTTLER, BSK-OR, Rz. 8 ff. zu Art. 662a OR; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl., Bern 2007, § 8 N 30 ff.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 Rz. 96 ff.). Wesentlich betroffen im vorliegenden Fall sind vor allem die Grundsätze der Vollständigkeit, wonach alles Relevante aufgezeichnet werden muss, der Klarheit, das heisst, dass eine systematische und präzise Buchführung vorliegt, und deren Nachprüfbarkeit.

**8.4.** Die Vorinstanz hatte bereits anlässlich der Revision der Jahresrechnung 2005 der Beschwerdeführerin festgestellt, dass sich die von der Beschwerdeführerin gutgeschriebenen Werbesekunden weder mit den gesendeten Sekunden noch mit dem verrechneten Umsatz abstimmen lassen, die Vollständigkeit nicht gewährleistet war und die Konzessionsabgabe nicht ausschliesslich aufgrund der Buchhaltung berechnet werden konnte, weshalb sie sich gezwungen sah, Schätzungen vorzunehmen (Ziff. 3.1 des Revisionsberichts). In der angefochtenen Verfügung hatte sie die Ausführungen der Beschwerdeführerin in deren Stellungnahmen berücksichtigt, hat sich aber, wo ihr die Angaben ungenügend waren, auf eigene Berechnungen abgestützt.

Während die Frage, wie die Vorinstanz die Berechnungen im Detail vorgenommen hat, nachfolgend zu prüfen sein wird (vgl. nachstehend E. 9), ist an dieser Stelle vorerst darauf einzugehen, ob sie grundsätzlich solche eigenen Berechnungen durchführen durfte. Diesbezüglich ist insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführerin, wie bereits festgestellt (vorne E. 7.3.3 f.), eine Mitwirkungspflicht zukommt. Die Mitwirkungspflicht gilt vorab für solche Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die diese ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erheben können (BGE 128 II 139 E. 2.b). Die Vorinstanz bemühte sich,

die von der Beschwerdeführerin gesendeten Werbesekunden möglichst aufgrund der ihr vorliegenden Unterlagen zu berechnen. Da sich dabei aber Lücken auftaten und selbst nach Aufforderung nicht nachvollziehbare Zahlen der Beschwerdeführerin vorlagen, musste sie die massgeblichen Zahlen auf andere Weise festlegen. Die Beschwerdeführerin ist ihrer Mitwirkungspflicht in dieser Hinsicht deshalb nicht genügend nachgekommen. So kann es nicht angehen, dass sich die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die ausgelagerte Buchführung ihrer Mitwirkungspflicht entzieht und der Vorinstanz damit verunmöglicht, ihre Angaben in der Konzessionsabgabe-Erklärung zu überprüfen. In einem solchen Fall bleibt der Vorinstanz nach vergeblicher Aufforderung zur Mitwirkung nichts anderes übrig, als sich auf eigene Schätzungen abzustützen, zumal andernfalls eine konkrete Berechnung der zu leistenden Abgabe nicht möglich ist. Ob tatsächlich eine Verletzung der Buchführungsvorschriften vorliegt, ist dabei nicht entscheidend und kann hier offen bleiben, da wie die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorgaben der kaufmännischen Buchführung nicht mit den Offenlegungspflichten im Rahmen der Radio- und Fernsehgesetzgebung identisch zu sein brauchen. Da die Beschwerdeführerin diese zumindest verletzt hat, ist gegen das Vorgehen der Vorinstanz somit grundsätzlich nichts einzuwenden.

## **9.**

Im Folgenden sind weiter die konkreten Berechnungen der Vorinstanz zu überprüfen. Diese verfügt im Bereich der Radio- und Fernsehgesetzgebung, wie gesehen, über ein besonderes Fachwissen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich daher, 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 und überprüft lediglich, 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. 4 vorstehend).

**9.1.** Dem Bundesverwaltungsgericht obliegt eine umfassende Sachverhaltskontrolle. Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz kann eigenständig gerügt werden (Art. 49 Bst. b VwVG). Stellt das Bundesverwaltungsgericht eine fehlerhafte oder lückenhafte Feststellung des Sachverhalts fest, kommt es oft nicht umhin, die Sache an die

Vorinstanz zurückzuweisen, denn diese ist mit den Verhältnissen besser vertraut und darum besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen. Eine Rückweisung ist sodann unumgänglich, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt von der Vorinstanz klar unrichtig oder unvollständig festgestellt, mithin Art. 49 Bst. b VwVG schwerwiegend verletzt wurde (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.188 ff., 3.194 f.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind im Folgenden die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen.

## **9.2.**

**9.2.1.** In Bezug auf den Koeffizienten der Vermittler- und Beraterprovision rügt die Beschwerdeführerin zunächst, die Vorinstanz hätte angesichts der klaren Zahlen die Aufrechnung für die Provisionen präzise auf Fr. 595'351 beziffern können. Die Zuhilfenahme eines Berechnungskoeffizienten sei nicht nötig gewesen; anstelle des Koeffizienten sei dieser Betrag dem deklarierten Umsatz hinzuzurechnen.

**9.2.2.** Die Vorinstanz ging in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 2.2.3.3.1) für die Berechnung des Koeffizienten für die Aufrechnung von Vermittlerprovision und Beraterkommission vom Nettoumsatz aus. Mangels Angaben der Beschwerdeführerin habe sie dabei angenommen, dass nur auf der Hälfte des Umsatzes eine Vermittlerprovision und eine Beraterkommission abgerechnet werde.

**9.2.3.** Im Revisionsbericht vom 30. April 2008 berechnete die Vorinstanz einen Koeffizienten für die Aufrechnung von Vermittlerprovisionen und Beraterkommissionen, weil es keine geprüfte Übersicht über die verbuchten Kommissionen und Provisionen gab. Dass die Vorinstanz grundsätzlich einen Koeffizienten festlegte, ist nicht zu beanstanden, da bei der Bestimmung der Bruttowerbeeinnahmen auch die Kommissionen und Provisionen zu berücksichtigen sind, was von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten wird (siehe auch nachstehend E. 9.5.2). Dabei nahm die Vorinstanz an, dass nur auf der Hälfte des Umsatzes Vermittlerprovisionen und Beraterkommissionen berechnet wurden (Ziff. 3.2 f. des Revisionsberichts). In ihrer Stellungnahme vom 16. Juni 2008 bestritt die Beschwerdeführerin die Aufrechnungen, soweit nicht die Aufträge von Radiotele betreffend, und kam in ihrer eigenen Berechnung auf einen Betrag von total Fr. 215'959 (Fr. 181'411 für Beraterkommissionen und Fr. 34'548 für Vermittlerprovisionen). Diesen

Betrag hat die Vorinstanz überprüft und die Daten in ihrer Verfügung für nachvollziehbar erklärt (vgl. Ziff. 2.2.3.5.1 der angefochtenen Verfügung). Ausserdem hat sie gemäss Sendeabrechnung von Radiotele einen Betrag von Fr. 379'392 aufgerechnet (Ziff. 2.2.3.5.2 der angefochtenen Verfügung). Bei der Zusammenfassung der Revisiionsergebnisse hat die Vorinstanz eben diese Beträge erfasst und zur Aufrechnung hinzugezählt (vgl. Ziff. 2.2.3.11 der angefochtenen Verfügung). Die Beschwerdeführerin bestreitet beide Beträge ausdrücklich nicht, vertritt aber die Ansicht, dass sich angesichts dieser klaren Zahlen die Aufrechnung für die Provisionen präzise auf Fr. 595'351 beziffern lasse. Nachdem die Vorinstanz bei ihrer Aufrechnung von den gleichen Beträgen wie die Beschwerdeführerin ausgegangen ist, geht ihre Rüge insofern fehl (vgl. auch nachstehend E. 9.5.2).

Indessen gelangt der Koeffizient etwa bei der Berechnung des durchschnittlichen Tarifs (Ziff. 2.2.3.3.2 der angefochtenen Verfügung) zur Anwendung, weshalb sich die Frage, ob die Vorinstanz im vorliegenden Fall von einem Berechnungskoeffizienten ausgehen durfte und wenn ja, von welchem, trotzdem als relevant erweist. Wie bereits erwähnt, hielt die Vorinstanz bereits im Revisionsbericht vom 30. April 2008 fest, sie gehe von der Annahme aus, dass nur auf der Hälfte des Umsatzes Beraterkommissionen und Vermittlerprovisionen abgerechnet würden. Die Beschwerdeführerin führte dazu im Rahmen ihrer Stellungnahme aus, ausserhalb der Aufträge von Radiotele würden nur wenig Vermittlerprovisionen bezahlt, da diese Aufträge meist direkt verkauft würden. Es sei nur auf 7 % der Aufträge (ausgenommen TNC) eine Vermittlerprovision enthalten gewesen. Eine Beraterkommission sei ausserhalb der Aufträge von Radiotele (TNC) nur auf ca. 18 % der Aufträge bezahlt worden. Die Vorinstanz wich nun aber in ihrer Verfügung nicht vom Revisionsbericht ab, sondern hielt an ihrer ursprünglichen Annahme fest, weil die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme ohne weitere Begründung geltend gemacht habe, dass diese Annahmen für die Aufrechnung nicht zutreffend seien. Die Beschwerdeführerin habe die Berechnung somit nicht nachvollziehbar widerlegt, weshalb kein Grund bestehe, vom Revisionsbericht abzuweichen.

Selbst wenn der Konzessionärin im Verfahren zur Festlegung der Konzessionsabgabe eine weitgehende Mitwirkungspflicht zukommt (vgl. E. 7.3.3 f.), geht es nicht an, dass die Vorinstanz gar nicht erst auf deren Vorbringen eingeht. Zeigen sich Unklarheiten, ist sie gehalten, diesen nachzugehen und den Sachverhalt näher abzuklären. Die Annahme der

Vorinstanz, dass nur auf der Hälfte des Umsatzes Beraterkommissionen und Vermittlerprovisionen abgerechnet würden, ist nicht weiter begründet und lässt sich daher nicht nachvollziehen. Dabei wäre es an der Vorinstanz gelegen, bei der Beschwerdeführerin weitere Nachforschungen zu tätigen und allenfalls konkrete Belege einzufordern. Indem sie dies unterliess, hat sie ihre Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig zu erheben, verletzt (vgl. E. 9.1). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist folglich insoweit gutzuheissen und die Angelegenheit in dieser Hinsicht zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **9.3.**

**9.3.1.** Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin die Berechnung des durchschnittlichen Tarifs einer Werbesekunde durch die Vorinstanz. Die in der Gutschrift der Conradio-TV AG aufgeführten Sekunden für den Monat Oktober würden mit einem Gesamttotal von 14'098 (12'288 und 1'180) den den Kunden in Rechnung gestellten Sekunden und nicht den effektiv ausgestrahlten Werbesekunden entsprechen. Letztere betragen gemäss der Berechnung der Vorinstanz anhand der Sendelisten (Oktober 2005) 43'784 Sekunden. Für die Berechnung des Werbeumsatzes sei diese Unterscheidung von zentraler Bedeutung. Die Vorinstanz habe aber auf die effektiv ausgestrahlten Werbesekunden abgestellt, womit sie jede Wiederholung zusätzlich als weitere Werbesekunde berücksichtigt habe. Sie habe auf diese Weise den durchschnittlichen Tarif für die den Kunden verrechneten Werbesekunden (ohne Wiederholungen), nicht aber den korrekten durchschnittlichen Tarif für die effektiv ausgestrahlten Werbesekunden (inklusive Wiederholungen) verwendet. Werde von den 43'784 Werbesekunden ausgegangen, betrüge das Jahrestotal nach den von der Vorinstanz getätigten Abzügen 260'928 Sekunden. Vom massgeblichen Umsatz von Fr. 3'347'415, von dem die Vorinstanz ausgegangen sei, müssten auch hier die separat berücksichtigten Umsätze für Konzerngesellschaften (Fr. 134'000) und für WatchMe TV.ch (Fr. 260'000) abgezogen und der Koeffizient für Beraterkommissionen und Vermittlungsprovisionen durch den fixen Betrag von Fr. 595'351 ersetzt werden. Der so errechnete Werbeumsatz von total Fr. 3'548'766 sei durch die Anzahl Werbesekunden (260'928) zu teilen, was einen durchschnittlichen Tarif von Fr. 13.60 ergebe.

**9.3.2.** Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die Auswertung der Sendelisten habe ergeben, dass 21'744 Sekunden von der Beschwerdeführerin nicht gutgeschrieben und somit auch nicht im

Bruttowerbeumsatz deklariert worden seien. Um die Höhe des nicht deklarierten Umsatzes berechnen zu können, hätten die Sekunden mit einem Sekundentarif multipliziert werden müssen. Dabei hätten die nicht gutgeschriebenen Sekunden nicht in die Berechnung des Tarifs einbezogen werden dürfen. Der von der Beschwerdeführerin berechnete Durchschnittstarif entspreche nicht der Marktrealität. Aufschluss über die verschiedenen Werbeprodukte gebe der Werbetarif. Der offizielle Tarif der Beschwerdeführerin weise einen Sekundenpreis von Fr. 59.-- bis Fr. 75.-- aus. Selbst unter Berücksichtigung aller im Tarif aufgeführten Rabatte werde (mit Ausnahme des Sozialtarifs) nie ein so tiefer Sekundentarif erreicht. Im Folgenden führt sie als Beispiele die von der Beschwerdeführerin eingebrachten Einzelfälle vor, wonach – mit Ausnahme des Sozialtarifs – alle weit über den vorgeschlagenen Durchschnittstarif von Fr. 13.60 zu liegen kämen (Fr. 25.64, Fr. 34.91 (inkl. Freespace), Fr. 27.88, Fr. 9.69 (Sozialtarif), Fr. 49.03 (inkl. Beraterkommission)).

**9.3.3.** Die Vorinstanz stellte in denjenigen Fällen, in denen eine Bewertung fehlte, auf den von ihr ermittelten durchschnittlichen Tarif ab. Als Grundlage zu dessen Berechnung dienten ihr die Gutschriften der Conradio-TV AG an die Beschwerdeführerin. Diese setzen sich zusammen aus den Kategorien "Regional einzeln", "Regional pauschal", "National einzeln" und "TNC" und ergeben einen Umsatz von – unbestritten – insgesamt Fr. 3'347'415. Geteilt durch die Anzahl Sekunden (114'016) gelangt die Vorinstanz auf einen Tarif von Fr. 29.36 pro Werbesekunde, erhöht um den Anteil Beraterkommission und Vermittlerprovision (15.3 %) auf einen Tarif von Fr. 33.85. Die von der Vorinstanz dargelegten Beispiele zeigen, dass es sich bei diesem Wert durchaus um einen realistischen Durchschnittstarif handelt. Das Vorgehen der Vorinstanz, der in diesem Bereich ein grosses Fachwissen und entsprechendes Ermessen zukommt, leuchtet ein und ist nachvollziehbar (E. 4 und 9). Dagegen stand es der Beschwerdeführerin offen, ihre Bedenken bereits anlässlich der Stellungnahme zum Revisionsbericht vorzubringen, was sie in diesem Zusammenhang indessen unterliess. Da die Berechnungen der Vorinstanz jedenfalls nicht unangemessen erscheinen, ist die Rüge abzuweisen. Jedoch wird die Berechnung insofern neu erfolgen müssen, als die Höhe des Berechnungskoeffizienten für Vermittlerprovision und Beraterkommission neu festzulegen ist und dies auch auf den durchschnittlichen Tarif Auswirkungen zeigt (vgl. E. 9.2.3).

#### **9.4.**

**9.4.1.** Die Beschwerdeführerin macht sodann in Bezug auf die Sendelisten (Ziff. 2.2.3.4 der angefochtenen Verfügung) geltend, diese Listen, in denen jede effektiv ausgestrahlte Werbesekunde aufgeführt sei, dienten als Grundlage für die Bemessung der ausgestrahlten Werbesekunden. Im Oktober 2005 seien 43'784 Sekunden effektiv ausgestrahlt worden, hochgerechnet auf ein Jahr handle es sich um 525'408 Werbesekunden. Anzuwenden sei ein Tarif von Fr. 13.60. Nach sämtlichen Abzügen verblieben für den Monat Oktober 21'744, hochgerechnet auf das ganze Jahr 260'928 Sekunden. Der Umsatz belaufe sich damit auf Fr. 3'548'620.80. Für die Zusammenstellung der Bruttowerbeeinnahmen sei somit allgemein von einem Umsatz in dieser Höhe auszugehen. Die von der Vorinstanz festgestellte Abweichung von über 15'000 Sekunden für den Monat Oktober 2005 lasse sich dadurch erklären, dass diese die Wiederholungen der Sendungen mitgezählt habe.

**9.4.2.** Demgegenüber weist die Vorinstanz darauf hin, aufgrund erheblicher Differenzen einzig auf die visierten Sendelisten abgestellt zu haben. Die Auswertung aller Sendelisten habe ein Total von 43'784 Sekunden im Oktober 2005 ergeben. Die Summe der Sekunden, die auf die Trailer und die Werbetrennsignete fielen, seien für die Berechnung der Bruttowerbeeinnahmen nicht berücksichtigt worden, da sie nicht als Werbung, sondern als redaktionelles Programm zu qualifizieren seien. Die separat zu behandelnde Konzernwerbung sei ebenfalls nicht berücksichtigt worden. Wiederholungen habe sie nicht gezählt. Die von der Beschwerdeführerin der Stellungnahme beigelegte Sekundenkontrolle stimme nicht mit den Berechnungen der Vorinstanz überein und habe daher nicht als Basis für Berechnungen der Bruttowerbeeinnahmen dienen können. Wegen der erheblichen Differenzen habe auf die visierten Sendelisten abgestellt werden müssen. Der Vorwurf, sie habe die eingereichten Unterlagen nicht berücksichtigt, sei unzutreffend. Vielmehr hätten in diesen keine klärenden Aussagen gefunden werden können, weshalb sie nicht darauf Bezug genommen habe.

**9.4.3.** Die Vorinstanz wie auch die Beschwerdeführerin kommen auf ein Total von 21'744 Werbesekunden im Oktober 2005 resp. von 260'928 hochgerechnet auf das ganze Geschäftsjahr 2005. Bei den Gutschriften ergibt sich indessen eine Differenz von 13'218 Sekunden für verrechenbare Werbung. Diese Differenz zu begründen unterliess die

Beschwerdeführerin sowohl in ihrer Stellungnahme zuhanden der Vorinstanz als auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Sie bleibt daher unbegründet und kann für die Berechnung der Aufrechnung nicht verrechneter Sekunden nicht berücksichtigt werden. Dagegen erweist sich die Verfügung der Vorinstanz hier als ausführlich begründet. Da das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung von Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, nicht leichthin von deren Auffassung abweicht und der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen zu überlassen ist (E. 4 und 9), ist in Bezug auf diesen Rügepunkt am vorinstanzlichen Vorgehen nichts auszusetzen. Das Vorgehen der Vorinstanz, auf die Sendelisten abzustellen und damit die effektiv ausgestrahlten Werbesekunden zu berücksichtigen, ist nachvollziehbar und erscheint angemessen. Insbesondere legte sie im Rahmen ihrer Vernehmlassung und der Duplik ausführlich dar, dass zwischen den deklarierten und den durch sie berechneten Sekunden teilweise erhebliche Differenzen vorlagen (etwa betreffend das Total aller Werbeblöcke sowie Trailer und Trennsignete). In den durch die Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen konnten dazu keine Erklärungen gefunden werden. Es ist somit von dem von der Vorinstanz errechneten Betrag auszugehen. Dieser wird allerdings mit dem neu errechneten durchschnittlichen Tarif zu multiplizieren und entsprechend anzupassen sein (vgl. E. 9.2.3, 9.3.3).

## **9.5.**

**9.5.1.** In Bezug auf die Aufrechnung der Vermittlerprovision und die Beraterkommission der Conradio-TV AG (Ziff. 2.2.3.5 der angefochtenen Verfügung) zweifelt die Beschwerdeführerin die Berechnung nicht an. Hingegen seien diese Beträge bereits bei der Berechnung des durchschnittlichen Tarifs und somit in die Berechnung des allgemeinen Umsatzes eingeflossen und daher bereits an anderer Stelle berücksichtigt worden.

**9.5.2.** Bei der Vermittlerprovision und der Beraterkommission handelt es sich um Entschädigungen für Leistungen, die durch externe Werbevermittler oder Agenturen erbracht werden. Sowohl nach Praxis zur alten als auch zur neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung gehören diese auch zu den Bruttoeinnahmen und sind daher bei deren Berechnung entsprechend zu berücksichtigen (vgl. den Erläuternden Bericht zur RTVV des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] vom 9. März 2007, S. 20). Die Beschwerdeführerin legt nicht substantiiert dar, inwiefern in ihrem Fall

von dieser Praxis abzuweichen sei. Die Vorinstanz hat die Beträge somit zu Recht bei der Aufrechnung berücksichtigt (siehe bereits E. 9.2.3).

## **9.6.**

**9.6.1.** Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, sie habe freie Hand bei der Tarifgestaltung, es sei ihr somit unbenommen, einzelnen Gesellschaften tiefere Preise zu offerieren. Betreffend die Konzernwerbung (Ziff. 2.2.3.6 der angefochtenen Verfügung) bestünden objektive Gründe, diese zu einem tieferen Tarif zu verrechnen. So würde diese Werbung als sogenannte Füllerwerbung aufgeschaltet und nur bei Bedarf gesendet, wenn keine andere Werbung für diesen Platz akquiriert werden könne. Die Konditionen für diese Werbung seien somit weniger attraktiv als für normale Werbung. Zum einen werde die Werbung typischerweise an unattraktiven Sendeplätzen ausgestrahlt, zum anderen entscheide sich jeweils erst kurzfristig, ob eine entsprechende Werbung aufgeschaltet werde oder nicht. Es handle sich somit nicht um einen Rabatt für Werbung zu normalen Konditionen, sondern um den unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten angebrachten Tarif unter Berücksichtigung der spezifischen Konditionen und wirtschaftlichen Tatsachen. Dass dieser Preis pro Sekunde mit Fr. 4.64 tiefer ausfalle als der durchschnittliche Tarif von Fr. 13.60, verstehe sich von selbst. Die Rechnung der Vorinstanz mit einer Aufrechnung um 33 % könne daher nicht nachvollzogen werden.

**9.6.2.** Dagegen wendet die Vorinstanz ein, für die Bewertung der Konzernwerbung den sogenannten Drittvergleich beigezogen zu haben. Sie habe eine Bewertung vorgenommen, wie wenn die Leistung einem Dritten in Rechnung gestellt worden wäre. Die Auswertung habe ergeben, dass im Oktober 2'408 Sekunden Konzernwerbung gesendet, jedoch nur 1'810 gutgeschrieben worden seien. Die Erklärung, dass es sich bei dieser Differenz um Wiederholungen handle, könne nicht zugelassen werden. Aus der Auswertung der Vorinstanz gehe klar hervor, dass keine Sekunde im Combi-Block gebucht worden sei. Da die Differenz zwischen gesendeten und gutgeschriebenen Sekunden im Oktober 2005 33 % der gutgeschriebenen Sekunden betragen habe, habe sie für das gesamte Jahr die gutgeschriebenen Sekunden um diesen Prozentsatz erhöht.

**9.6.3.** Zur Berechnung der Konzernwerbung stellte die Vorinstanz auf den gutgeschriebenen Umsatz von Fr. 134'000 ab. Dieser Betrag wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Vielmehr ist sie der Ansicht, dass nur dieser Betrag aufzurechnen sei. Demgegenüber nahm die

Vorinstanz einen Drittvergleich vor. Hierzu zog sie vom gutgeschriebenen Umsatz den Betrag für die Anzahl gesendeter Sekunden gemäss Sendelisten ab. Die jährliche Anzahl Sekunden Konzernwerbung von 18'783 erhöhte sie dabei gegenüber dem Revisionsbericht um 33 %, das heisst um das Verhältnis von den gesendeten (2'408) zu den gutgeschriebenen Sekunden (1'810) im Referenzmonat Oktober 2005. Dieses Vorgehen der Vorinstanz erscheint, wie gesehen (E. 9.4.3), vertretbar. Multipliziert mit dem Tarif für den Umsatz mit Dritten (ohne Beraterkommissionen und Vermittlerprovisionen) von Fr. 29.36 kam sie auf einen Betrag von Fr. 733'442, den sie vom gutgeschriebenen Umsatz (Fr. 134'000) abzog. Am Ende bleibt somit ein Betrag von Fr. 599'442, den die Vorinstanz als Rabatt an Konzerngesellschaften wertete und deshalb als geldwerte Leistung aufgerechnet hat. Gleichzeitig berücksichtigte sie eine Korrektur des Konzernumsatzes um 35 % zu Gunsten der Beschwerdeführerin. Der Konzernumsatz war in der Konzessionsabgabe-Erklärung um 35 % hochgerechnet worden. Weil er aber bereits zu 100 % gutgeschrieben worden war, musste er korrigiert werden. Die Vorinstanz zog folglich Fr. 46'900 (35 % des Konzernumsatzes von Fr. 134'000) wieder von den Aufrechnungen ab. Diese Vorgehensweise erscheint dem Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar und die Begründung hinreichend klar. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich demnach als unbegründet. Indessen ist auch hier insofern eine Neuberechnung vorzunehmen, als der durchschnittliche Tarif anzupassen ist (vgl. E. 9.2.3, 9.3.3).

## **9.7.**

**9.7.1.** Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren, die Vorinstanz habe in ihren Berechnungen allgemein den tatsächlichen wirtschaftlichen Begebenheiten zu wenig Beachtung geschenkt. Es sei nicht korrekt, jede Werbung zum gleichen (fiktiven) Tarif zu übernehmen. Vielmehr müsse auf die effektiven wirtschaftlichen Begebenheiten abgestellt werden. Bei den unter Ziff. 2.2.3.7 der angefochtenen Verfügung aufgeführten Tarifen gehe es nicht um Rabatte, sondern um eigenständig im Rahmen der wirtschaftlichen Marktlage abgeschlossene Tarife. Angesichts der Marktlage sei sie in vielen Fällen gezwungen, tiefere Konditionen für einen Vertragsabschluss zu akzeptieren als den offiziellen Tarif. Teilweise müsse sogar sogenannter Freespace gewährt werden, Werbung von guten Kunden werde ohne Gegenleistung und ohne vertragliche Verpflichtung gesendet, damit ein Werbegefäss nach aussen erfolgreich wirke, um so für potentielle Werbeauftraggeber attraktiv zu wirken. Entgegen der Vorinstanz sei hier nicht vom offiziellen Tarif, der ohnehin

nur eine Richtgrösse darstelle, auszugehen. Relevant könne nur sein, was effektiv eingenommen werde, also der effektiv vereinbarte Wert. Dies sei bereits bei der Berechnung des durchschnittlichen Tarifs erfolgt, eine zusätzliche Aufrechnung bestimmter Tarife auf einen hypothetischen offiziellen Richtwert sei nicht zulässig.

**9.7.2.** Hierzu macht die Vorinstanz geltend, sie habe gestützt auf Art. 30 Abs. 5 aRTVV eine Aufrechnung derjenigen Rabatte vorgenommen, die nicht in den offiziellen Werbetarifen aufgeführt gewesen seien. Eine Abweichung vom Durchschnittstarif habe sich aufgedrängt, weil die aRTVV diese Aufrechnung ausdrücklich vorschreibe. Hätte jeder individuell ausgehandelte Sekundenpreis als offizieller Tarif gegolten, hätte diese Bestimmung problemlos umgangen werden können. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit habe sie die neun umsatzstärksten Kunden berücksichtigt und bei diesen den Rabatt aufgerechnet. Sie habe nicht unterschiedliche Tarife angenommen, sondern den offiziellen Tarif 2005 konsequent angewendet. Die Unterschiede seien eine Folge der Rabattstufen.

**9.7.3.** In Ziff. 2.2.3.7 der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz neun Kunden der Beschwerdeführerin auf, von denen sie ausgeht, dass sie Rabatte über dem offiziellen Tarif erhalten haben. Wie den Vorakten entnommen werden kann, berechnete sie anhand der Sekunden und des verrechneten Tarifs den Werbeumsatz. Von diesem zog sie Mengen- und teilweise Sommerrabatte ab, was den Betrag für Bruttowerbung ergab. Hiervon subtrahierte sie sodann den fakturierten Umsatz und gelangte auf diese Weise zum Betrag nicht akzeptierter Rabatte, den sie bei der Aufrechnung mit einbezog. Dass diese nach Art. 30 Abs. 5 aRTVV – mit Ausnahme der vereinbarten Mengenrabatte – anzurechnen sind, wird von der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich bestritten. Sie macht indes geltend, bei den von der Vorinstanz berücksichtigten Tarifen handle es sich gar nicht um Rabatte, sondern um eigenständig im Rahmen der wirtschaftlichen Marktlage abgeschlossene Tarife. Wie die Vorinstanz vorbringt, leuchtet ein, dass die Bestimmung problemlos umgangen werden kann, wenn jeder individuell ausgehandelte Sekundenpreis als offizieller Tarif gilt. Art. 30 Abs. 5 aRTVV sieht gerade vor, dass Rabatte, also Preisnachlässe für Waren oder Dienstleistungen bzw. Sonderpreise, abgezogen werden. Aus welchem Grund ein Preisnachlass erfolgt, ob es etwa darum geht, im Markt wirtschaftlich attraktiv zu erscheinen, ist dabei nicht entscheidend. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Rabatte gemäss Art. 50 Abs. 2 aRTVG i.V.m. Art. 30 Abs. 5

aRTVV bei der Aufrechnung berücksichtigt hat. Die konkrete Berechnung, von den neun umsatzstärksten Kunden auszugehen, fällt in das Ermessen der Vorinstanz und erscheint zumindest weder unverhältnismässig noch unangemessen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht daher keinen Anlass, diesbezüglich einzugreifen (vgl. E. 4 und 9).

## **9.8.**

**9.8.1.** Ausserdem rügt die Beschwerdeführerin, die von der Vorinstanz gemachte Einschätzung betreffend Gegengeschäfte (Ziff. 2.2.3.9 der angefochtenen Verfügung) sei nicht korrekt. Bei diesen Tatbeständen handle es sich um typisches Sponsoring, das erst seit der Revision des RTVG und der RTVV für die Konzessionsabgabe zu berücksichtigen sei. Die von der Vorinstanz vorgenommene Aufrechnung der Bruttowerbeeinnahmen in der Höhe von total Fr. 434'370 sei somit nicht zulässig.

**9.8.2.** Hierzu weist die Vorinstanz darauf hin, dass das "Kleidersponsoring" als Werbung zu qualifizieren sei. Diese rechtliche Qualifikation entspreche ihrer langjährigen Praxis. Die Gegengeschäfte seien für die Berechnung der Konzessionsabgabe daher zu Recht berücksichtigt worden.

**9.8.3.** Seit Inkrafttreten des neuen RTVG müssen nebst den Werbeeinnahmen auch die Einnahmen aus Sponsoring deklariert werden, da neu auch diese der Konzessionsabgabe unterliegen (vgl. Art. 22 Abs. 2 RTVG; ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen, Handkommentar, Bern 2008, Rn. 5 zu Art. 22). Nach der vorliegend anwendbaren alten Gesetzgebung fiel Sponsoring demgegenüber nicht unter die Abgabepflicht. Somit ist für den vorliegenden Fall und die Berechnung der Höhe der Konzessionsabgabe entscheidend, ob ein Tatbestand als Werbung oder als Sponsoring gilt.

**9.8.4.** Gemäss Art. 11 Abs. 1 aRTVV gilt als Werbung jede öffentliche Äusserung zur Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, zur Unterstützung einer Sache oder Idee oder zur Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung, wofür dem Werbetreibenden gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung Sendezeit zur Verfügung gestellt wird. Der Werbebegriff ist rechtlich weit definiert und umschreibt einen eigentlichen Auffangtatbestand: Alles, was werbenden Charakter hat und gegen

Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung im Programm platziert wird, erfüllt den Tatbestand der Werbung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 aRTVV und unterliegt den entsprechenden Rechtsfolgen. Die Qualifizierung als Werbung setzt dabei nicht voraus, dass aus dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Gewinn resultiert. Der werbliche Charakter eines Angebots verlangt keine Entgeltlichkeit, mithin kann auch ein unentgeltliches Angebot unter den Begriff der Werbung fallen, sofern es auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts, auf die Unterstützung einer Sache bzw. einer Idee oder auf die Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung gerichtet ist (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8318/2007 vom 3. Februar 2009 E. 9.2 mit Hinweisen; ROLF H. WEBER, Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring, in: Mitteilungen über das Immaterialgüterrecht [SMI] 1993, S. 217; MARTIN DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band "Informations- und Kommunikationsrecht", Unterband "Rundfunkrecht", Basel 1996, Rz. 272).

**9.8.5.** Unter Sponsoring wird demgegenüber die Beteiligung einer natürlichen oder juristischen Person, die an der Veranstaltung von Radio- oder Fernsehprogrammen oder an der Produktion audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, an der direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung, um den Namen, die Marke oder das Erscheinungsbild der Person zu fördern, verstanden (Art. 16 Abs. 1 aRTVV). Das Sponsoring dient dem langfristigen Imagegewinn und ist nicht auf den kurzfristigen Abschluss von Rechtsgeschäften ausgerichtet. Im Gegensatz zur Werbung bezieht es sich auf einen Teil des redaktionellen Programms, das in der Verantwortung der Veranstalter verbleibt. Es soll die Produktion und Ausstrahlung einer vom Publikum als wertvoll beurteilten Sendung ermöglichen und dadurch das Ansehen des Sponsors im Sinne eines langfristigen Imagegewinns steigern (BGE 134 II 223 E. 3.2; WEBER, Handkommentar, Rn. 8, 11 ff. zu Art. 12; PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, S. 444 f.).

**9.8.6.** Die Vorinstanz begnügt sich in der angefochtenen Verfügung mit der Feststellung "Das Kleidersponsoring wird durch das BAKOM als Werbung qualifiziert". Es geht indes aus der Verfügung in keiner Weise hervor, inwiefern das Kleidersponsoring als Werbung zu qualifizieren ist resp. sich nicht als – der Abgabepflicht nach vorliegend anwendbarem Recht nicht unterliegendes – Sponsoring erweist. Auch in ihrer

Vernehmlassung belässt es die Vorinstanz dabei, unter Angabe einer Verfügung gegen die Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2000, auf ihre langjährige Praxis zu verweisen, ohne weiter auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin in deren Beschwerdeschrift einzugehen. Sie setzt sich somit nicht mit der Unterscheidung von Werbung und Sponsoring auseinander, obwohl dies hier von entscheidender Bedeutung ist. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist es nicht eindeutig, ob die umstrittene Ausstattung als Werbung oder nicht etwa als Sponsoring zu qualifizieren ist. Da dem Bundesverwaltungsgericht weitere Angaben zu Art und Weise der Ausstattung, deren Ausstrahlung, Dauer und konkreten Umständen nicht bekannt sind, ist es vorliegend nicht möglich, diese Frage abschliessend zu beurteilen. Sie ist deshalb ebenfalls zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. E. 9.1).

## **9.9.**

**9.9.1.** Schliesslich macht die Beschwerdeführerin in Bezug auf WatchMe TV.ch (Ziff. 2.2.3.10.1 der angefochtenen Verfügung) geltend, dass für die Berechnung der Bruttowerbeeinnahmen der Gesamtbetrag von Fr. 260'000 in das Entgelt für Produktion und Ausstrahlung und das Entgelt für die 270 Sekunden Werbung aufzuschlüsseln sei. Nur Letzteres sei für die Konzessionsabgabe von Bedeutung. Hierzu könne auf die Provision von Conradio-TV AG abgestellt werden, die, wie von der Vorinstanz bestätigt, je Fr. 35'502 gegenüber der Lawa AG und der Televox AG in ihrer Buchhaltung aufweise. Es handle sich hierbei um die Provision der Conradio-TV AG für die an diese beiden Gesellschaften vermittelte Werbung. Da die Provision 35 % betrage, lasse sich der Gesamtwert der Werbung bei einer Hochrechnung auf 100 % auf Fr. 202'868 beziffern. Der Differenzbetrag zu Fr. 260'000 entfalle somit auf die Produktionskosten, die nicht zu berücksichtigen seien. Die Werbeeinnahmen für den Programmblock betrügen folglich pauschal Fr. 202'868. Bei einer jährlichen Ausstrahlung von 98'550 Sekunden Werbung ergebe dies einen durchschnittlichen Tarif von Fr. 2.05 pro Werbesekunde. Der Vertrag ermögliche es der Beschwerdeführerin, zu günstigen Konditionen Sendegefässe in unattraktiven Sendezeiten zu füllen. Die Bruttowerbeeinnahmen seien anhand dieser effektiv erwirtschafteten Zahlen zu bemessen.

**9.9.2.** Die Vorinstanz bezeichnet auch diese Ausführungen der Beschwerdeführerin als unzutreffend. Die Sendung WatchMe TV.ch werde von der Beschwerdeführerin produziert. Gemäss Rechnungen

seien je Fr. 130'000 an die Televox AG und an die Lawa AG fakturiert worden. Zusätzlich seien je Fr. 35'502 von Conradio-TV AG im Konto Programm gutgeschrieben worden. Im Rahmen dieser Sendung seien 5 Minuten (= 300 Sekunden) Werbezeit vereinbart, die vom Kunden akquiriert würden, was als Vermittlung von Werbung in Analogie zu einem Werbepool zu qualifizieren sei. Weil die Televox AG und die Lawa AG das von der Beschwerdeführerin produzierte Programm auch gleich zur Ausstrahlung zur Verfügung stellen würden, ohne dass dafür eine Abgeltung durch die Beschwerdeführerin geleistet werde, handle es sich um ein Gegengeschäft.

**9.9.3.** Dem Kooperationsvertrag zwischen der Lawa AG und Televox AG sowie der Beschwerdeführerin zufolge produziert Letztere die Sendung WatchMe TV.ch und ist für den Programminhalt verantwortlich. Ein permanenter Einblender weist auf die Teletext-Seiten hin. Des Weiteren stellt sie 50 Teletext-Seiten sowie 5 Minuten Werbezeit zur Verfügung, kopiert die neue Sendung sowie die Werbung und stellt sie Ersteren zu. Diese bezahlen pauschal Fr. 260'000 für die Produktion, die Werbezeit und die Teletext-Seiten. Ausserdem liefern sie die Teletext-Seiten grafisch und textlich fertig an, unterstützen die Beschwerdeführerin soweit möglich beim Bezug von erotischen DVDs und stellen, wo möglich, die Kontakte zu entsprechenden Vertreibern und Lieferanten her. Wie die Beschwerdeführerin darlegt, wird mit dem Pauschalbetrag von Fr. 260'000 nicht nur die Werbezeit, sondern auch die Produktion der Sendung und deren Ausstrahlung abgegolten. Insofern erscheint es in der Tat fraglich, ob nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird, auf die Gutschriften der Conradio-TV AG von je Fr. 35'502 abzustellen ist. Doch überzeugen die Überlegungen der Vorinstanz: Die Kooperationspartner der Beschwerdeführerin stellen die von dieser produzierte Sendung auch gleich zur Ausstrahlung zur Verfügung, ohne dass dafür eine Abgeltung geleistet wird. Der Zahlungsfluss (Fr. 260'000) stellt demnach einen Ausgleich zwischen der Werbeleistung (Fr. 956'790) und dem errechneten Gegenwert der Sendung (Fr. 705'790) dar. Die Vorinstanz hat diese Differenz deshalb nicht als Rabatt qualifiziert, sondern als Gegengeschäft. Gegen ihr Vorgehen, folglich die effektiven Werbesekunden (gemäss der Tabelle Sekundenkontrolle 2005 täglich 270 Sekunden) auf das Jahr hochzurechnen (98'550 Sekunden) und mit dem offiziellen Tarif abzüglich Rabatt zu multiplizieren, ist daher nichts einzuwenden. Die Vorinstanz ist so auf einen aufzurechnenden Betrag von Fr. 965'790 gekommen, welcher der Werbeleistung entspricht. Letztlich erweist sich damit auch diese Berechnung als nachvollziehbar

und zweckmässig, weshalb die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin ebenfalls abzuweisen ist.

**9.10.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz in Bezug auf den Berechnungskoeffizienten für die Beraterkommission und die Vermittlerprovision (vgl. E. 9.2.3 sowie E. 9.3.3, E. 9.4.3 und E. 9.6.3) sowie in Bezug auf die Beurteilung der Gegengeschäfte (E. 9.8.6) den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und ihre Verfügung nicht ausreichend begründet hat.

**10.**

Die Beschwerde erweist sich demnach als teilweise begründet und ist in diesem Umfang gutzuheissen. Im Übrigen ist sie abzuweisen.

**11.**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend gilt die Beschwerdeführerin lediglich als teilweise unterliegend, weshalb es gerechtfertigt erscheint, ihr die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 3'000.-- zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'500.--, aufzuerlegen. Ihr sind damit nach Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss (von Fr. 3'000.--) Fr. 1'500.-- zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten zu überbinden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**12.**

Ganz oder teilweise obsiegende Parteien haben für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Obsiegt die Partei nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Wird – wie im vorliegenden Fall – keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erscheint aufgrund des lediglich teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) als angemessen und wird der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 10 und 14 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird sie abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 3'000.-- festgesetzt und im Betrag von Fr. 1'500.-- der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet. Hierfür hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

**3.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. OS 1000287340; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Mia Fuchs

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: