



519.1-177 ozj/pfm

3003 Bern, 11. Januar 2004

Das Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)

hat

in der Beschwerdesache

der

**SRG SSR idée suisse, Giacomettistrasse 3, 3000 Bern 15**

**- Beschwerdeführerin -**

gegen

**Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), Zukunftstrasse 44, 2501 Biel**

**- Vorinstanz -**

betreffend

**Verfügungen des BAKOM vom 14. März und vom 11. April 2003 bezüglich verbotener politischer Werbung und Ablieferung unrechtmässig erzielter Einnahmen/Werbepot  
„Jetzt ein Stromausfall“ des Forums für Stromversorgung Schweiz**

festgestellt:

- A. Das Forum Stromversorgung Schweiz gelangte im November 2002 mit einem Werbespot an die publisuisse SA, welche für die SRG SSR idée suisse (nachfolgend: SRG) die Werbung akquiriert. Der Spot „Jetzt ein Stromausfall!“ zeigt einen Mann und eine Frau in einem Lift, die sich beide einen Stromausfall wünschen. Ihre Wünsche gehen jedoch nicht in Erfüllung, der Lift erreicht sein Ziel. Mann und Frau gehen in verschiedenen Richtungen davon. Danach sagt eine Stimme: „Damit das so bleibt, sind Wasserkraft und Kernenergie ein unverzichtbares Paar“. Zum Schluss erscheint eine blaue Seite mit den Aussagen „Wasserkraft + Kernenergie“ und „Die sichere Stromversorgung“ sowie dem Hinweis auf die Internetseite „www.60-40.ch“.
- B. Am 28. November 2002 erkundigte sich die publisuisse SA beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) telephonisch über die Zulässigkeit eines solchen Werbespots, der für den bis anhin in der Schweiz verwendeten „Strommix“ (60% Elektrizität aus Wasserkraft, 40% aus Kernkraftwerken) wirbt. Dies geschah im Hinblick auf Art. 18 Abs. 5 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40), der politische Werbung am Radio und Fernsehen verbietet. Zur Sprache kamen dabei auch die anstehenden Abstimmungen über die Volksinitiativen „Strom ohne Atom – Für eine Energiewende und die schrittweise Stilllegung der Atomkraftwerke (Strom ohne Atom)“ vom 28. September 1999 (BBl 1999 8962 und BBl 2002 8156) und „MoratoriumPlus – Für die Verlängerung des Atomkraftwerk-Baustopps und die Begrenzung des Atomrisikos (MoratoriumPlus)“ vom 28. September 1999 (BBl 1999 8966 und BBl 2002 8154). Ein konkreter Spot wurde dem BAKOM jedoch nicht vorgelegt.

Die vom BAKOM erteilte Auskunft ist im Übrigen strittig. Das BAKOM behauptet, es hätte eine Ausstrahlung nur für solange als zulässig erachtet, als noch keine Diskussion über die beiden Initiativen angelaufen sei; spätestens mit der Bekanntmachung des Abstimmungsdatums sei der Spot nicht mehr zulässig. Demgegenüber machen die publisuisse SA und die SRG geltend, das BAKOM hätte einer Ausstrahlung bis 6-8 Wochen vor der Abstimmung zugestimmt.

- C. Am 29. Januar 2003 legte der Bundesrat das Abstimmungsdatum für die Volksinitiativen „Strom ohne Atom“ und „MoratoriumPlus“ auf den 18. Mai 2003 fest. Dieser Beschluss wurde gleichentags in einer Pressemitteilung bekannt gemacht und im Bundesblatt vom

4. März 2003 veröffentlicht (BBl 2003 1944).

- D. Ab 19. Februar 2003 wurde der Spot „Jetzt ein Stromausfall“ von der SRG auf allen sprachregionalen Senderketten des Schweizer Fernsehens innerhalb des Werbeblockes ausgestrahlt. Auf den Sendern der deutschen und rätoromanischen Schweiz gelangte der Spot 52 Mal zur Ausstrahlung (39 Mal auf SF1, 13 Mal auf SF2), im Fernsehen der französischen Schweiz 19 Mal und im italienischsprachigen Fernsehen 22 Mal. Insgesamt war er folglich 93 Mal in den Werbeblöcken zu sehen. Die letzte Ausstrahlung erfolgte am 15. März 2003.
- E. Das Bundesamt für Kommunikation eröffnete am 25. Februar 2003 ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen die SRG. Es informierte die SRG mit Schreiben vom gleichen Tag darüber, dass es die Vermutung habe, der Spot „Jetzt ein Stromausfall“ verstosse mit Blick auf die bevorstehenden Abstimmungen gegen das Verbot politischer Werbung. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, dem Bundesamt die nötigen Dokumente betreffend Ausstrahlungsdaten und Einnahmen sowie die entsprechenden Verträge einzureichen. Gleichzeitig erhielt sie Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die SRG bestritt in ihrer Vernehmlassung die Zuständigkeit des BAKOM zum Erlass aufsichtsrechtlicher Massnahmen in diesem Fall. Sie führte aus, die Frage der Vereinbarkeit eines Werbespots mit Art. 18 Abs. 5 RTVG sei im Bereich der politischen Werbung eine Frage der Programmaufsicht und falle gemäss BGE 126 II 7 E. 3 in die Zuständigkeit der UBI. Für eine Zuständigkeit des BAKOM bestehe kein Raum, auch nicht neben der UBI. Betreffend der materiellen Fragen verzichtete die SRG auf eine Stellungnahme. Die verlangten Unterlagen wurden bei der Behörde ebenfalls nicht eingereicht.

- F. Mit Verfügung vom 14. März 2003 stellte das BAKOM fest, dass die SRG mit der Ausstrahlung des Werbespots gegen Art. 18 Abs. 5 RTVG verstossen hatte. Es verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bis zum 17. März 2003 und verpflichtete die SRG zur Ablieferung aller erzielten Nettoeinnahmen an den Bund. Einer allfälligen Beschwerde wurde betreffend Feststellung der Gesetzeswidrigkeit und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes die aufschiebende Wirkung entzogen. Die genaue Höhe der abzuliefernden Einnahmen wurde vom BAKOM mit Verfügung vom 11. April 2003 auf Fr. 428'592.10 festgesetzt, nachdem die SRG die erforderlichen Unterlagen beim BAKOM eingereicht hatte.

Das BAKOM hielt in seiner Verfügung vom 14. März 2003 im Wesentlichen fest, seine Zuständigkeit ergebe sich aus der allgemeinen Aufsicht des Bundesamtes über die Veranstalter von Fernsehprogrammen gemäss Art. 56 Abs. 1 RTVG. Da es sich beim Verbot der politischen Werbung nicht um eine Programm-, sondern um eine Werbevorschrift handle, sei im vorliegenden Fall das BAKOM zuständig. Bei Art. 18 Abs. 5 RTVG gehe es mindestens zum Teil auch um die Einhaltung von Finanzierungsvorschriften, was in jedem Fall eine Zuständigkeit des BAKOM begründe. Materiell entschied das Bundesamt, die Ausstrahlung des Spots falle unter den Kernbereich des Verbots politischer Werbung, der auch nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) i.S. VgT Verein gegen Tierfabriken (VPB 65.119) weiterhin bestehe. Der Spot weise einen zeitlich und inhaltlich genügend engen Bezug zu den beiden Volksinitiativen auf, um als politisch im Sinne von Art. 18 Abs. 5 RTVG zu gelten. Die Ausstrahlung bis zwei Monate vor der Abstimmung (trotz der vom BAKOM geäusserten Bedenken) sei deshalb unzulässig gewesen. Die Einziehung der erzielten Einnahmen erfolge in der Absicht, zumindest vermögensmässig den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und Verstösse gegen das Gesetz unattraktiv zu machen.

- G. Die SRG erhob mit Eingabe vom 28. April 2003 beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) Verwaltungsbeschwerde gegen die beiden Verfügungen des BAKOM vom 14. März und vom 11. April 2003. Sie verlangt die vollumfängliche Aufhebung der Entscheide mangels Zuständigkeit. Eventualiter seien die Verfügungen mangels Verstosses gegen Art. 18 Abs. 5 RTVG aufzuheben. Subeventualiter begehrt die Beschwerdeführerin einen Verzicht auf die administrativen Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Ablieferung der Einnahmen. Subsubeventualiter schliesslich verlangt sie, die Höhe der verfügbaren Ablieferung sei nach unten anzupassen.
- H. Das mit der Instruktion beauftragte Generalsekretariat (Rechtsdienst) des UVEK verlangte von der Beschwerdeführerin mit verfahrensleitender Verfügung vom 13. Mai 2003 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.--, welcher fristgerecht geleistet wurde.
- I. Das BAKOM verlangt in seiner Vernehmlassung vom 11. Juli 2003 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

- J. Auf die in den Rechtsschriften der Parteien enthaltenen Begründungen wird in den Erwägungen zurückzukommen sein.

Das Eid. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation hat

in Erwägung gezogen

## I. Formelles

1. a) Beim ersten angefochtenen Entscheid vom 14. März 2003 handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), da dieser einerseits die Rechtswidrigkeit einer Handlung feststellt und andererseits Pflichten der Beschwerdeführerin begründet. Damit liegt ein taugliches und zulässiges Anfechtungsobjekt für die vorliegende Verwaltungsbeschwerde vor (Art. 44 VwVG).

Der Entscheid vom 11. April 2003 ist ebenfalls eine eigenständige Verfügung des Bundesamtes, obschon er als Nachtrag zur Verfügung vom 14. März 2003 bezeichnet wird und im Wesentlichen einzig deren Ziffer 3 des Dispositives näher präzisiert, indem die abzuliefernden Einnahmen in der Höhe festgelegt werden. Der Umfang der Ablieferungspflicht wird aber erst in der Anordnung vom 11. April mit hinreichender Genauigkeit festgesetzt, womit dem Schreiben vom 11. April ebenfalls Verfügungscharakter zukommt. Dagegen kann gemäss Art. 44 VwVG ebenfalls Beschwerde erhoben werden.

b) Vorliegend führt die SRG Beschwerde gegen beide Verfügungen. Aufgrund des sachlichen Zusammenhanges rechtfertigt es sich, die Beschwerden gegen die Verfügungen zu vereinigen und im Folgenden gemeinsam zu behandeln.

c) Die Beschwerdeführerin rügt, die Verfügung sei von der unzuständigen Behörde erlassen worden. Sollte dieser Vorwurf zutreffen, so läge dennoch eine anfechtbare Verfügung vor. In Fällen offensichtlicher Unzuständigkeit wird zwar bisweilen von der Nichtigkeit der Verfügung ausgegangen (Häfelin Ulrich/Müller Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N. 956 ff.). Nach Auffassung des UVEK läge vorliegend aber nicht

ein evidenter und leicht erkennbarer Mangel vor, weshalb die Verfügungen des BAKOM nicht als nichtig betrachtet werden dürfen.

2. Gemäss Art. 47a Satz 1 VwVG sind die Departemente zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen der Bundesämter. Für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde gegen den Entscheid des BAKOM ist folglich das UVEK zuständig. Die Frage, ob die Vorinstanz zum Erlass der Verfügungen zuständig war, ist im Beschwerdeverfahren eine materielle Frage und dort zu prüfen.

Die Zuständigkeit des Generalsekretariates UVEK zur Instruktion des Verfahrens ergibt sich aus Art. 42 Abs.1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. e der Organisationsverordnung für das UVEK (OV-UVEK, SR 172.217.1). Nach Massgabe von Art. 49 Abs. 1 lit. a und c RVOG i.V.m. Ziff. 5 der Verfügung des Departementvorstehers UVEK vom 1. November 1995 sind der Generalsekretär und seine Stellvertreter zum Entscheid in der vorliegenden Sache ermächtigt.

3. a) Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin gemäss Art. 49 lit. a VwVG zur Beschwerde ohne weiteres legitimiert, da die angefochtene Verfügung ihre Interessen finanzieller und ideeller Art berührt. Die Beschwerdeführerin ist auch formell beschwert, da sie am vorinstanzlichen Verfahren als Partei beteiligt war und mit ihren Anträgen unterlegen ist.

b) Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss das geltend gemachte Rechtsschutzinteresse zudem aktuell sein. Hinsichtlich der verfügten Gebühreneinziehung ist ein aktuelles Interesse zum jetzigen Zeitpunkt der Entscheidfällung auf jeden Fall vorhanden. Ob die Beschwerdeführerin auch bezüglich der übrigen Fragen über ein aktuelles Interesse verfügt, kann offen bleiben: Allein die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Einziehung hat zur Folge, dass die Begehren der Beschwerdeführerin geprüft werden müssen.

4. Da die Beschwerde (unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 22a VwVG über Ostern) fristgerecht eingereicht wurde und auch ansonsten alle formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde nachfolgend einzutreten.

## II. Materielles

1. Unbehelflich ist der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte im vorliegenden Fall einen in Art. 8 Abs. 2 VwVG vorgesehenen Meinungsaustausch mit der UBI führen müssen. Dieser Meinungsaustausch wird durchgeführt, wenn sich mehrere oder keine der in Frage kommenden Behörden für zuständig erachten, mithin also ein Kompetenzstreit zwischen Verwaltungsträgern zu bereinigen ist (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 83). Wird die Zuständigkeit hingegen von einer Partei bestritten, so hat die sich zuständig erachtende Behörde zu verfügen und über die Zuständigkeitsfrage ist im Rechtsmittelverfahren zu entscheiden (Art. 9 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat mit den angefochtenen Verfügungen ihre Zuständigkeit festgestellt und sich folglich korrekt verhalten.
  
2. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit des BAKOM zum Erlass der angefochtenen Verfügung. Zur Prüfung der inhaltlichen Zulässigkeit eines Werbespots sei vielmehr die UBI berufen, weshalb die angefochtenen Verfügungen wegen Unzuständigkeit aufzuheben seien.

a) Die Vorinstanz hat sich mit der Frage der Zuständigkeit bereits in ihrer Verfügung vom 14. März 2003 ausführlich befasst und in ihrer Vernehmlassung zur vorliegenden Verwaltungsbeschwerde an ihrer Sichtweise festgehalten. Sie macht geltend, dass dem Bundesamt die allgemeine konzessionsrechtliche Aufsicht über Fernsehveranstalter gemäss Art. 56 Abs. 1 RTVG obliege. Diese Aufsicht sei mit Ausnahme der eigentlichen Programmaufsicht umfassend und erstrecke sich auf Fragen der Finanzierung, auf die Einhaltung technischer Bestimmungen, aber auch auf Fragen, welche die Programmgestaltung betreffen können. Die eigentliche Programmaufsicht sei dagegen als genau spezifizierte Ausnahme durch Verfassung und Gesetz der UBI übertragen worden, da eine verwaltungsinterne Kontrolle von Fernsehsendungen stets potentiell die Gefahr einer zu starken Staatsintervention mit sich bringe. Namentlich im Bereich der Werbung bringe die Abgrenzung der Zuständigkeiten mitunter Schwierigkeiten mit sich.

Bezüglich bezahlter Werbung innerhalb einer Sendung und somit innerhalb des eigentlichen Programms (sog. Schleichwerbung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung [RTVV, SR 784.401]) habe sich eine Kompetenzabgrenzung etabliert.

Danach sei in solchen Fällen nach der Rechtsprechung eine Doppelzuständigkeit gegeben, wobei die UBI prüfe, ob Programmbestimmungen verletzt worden sind, während das BAKOM im Rahmen der allgemeinen Aufsicht für finanzrechtliche Aspekte zuständig sei (BGE 114 Ib 152 E. 2b; 118 Ib 356 E. 3). Weniger klar sei die Rechtslage im Bereich der bezahlten Werbung ausserhalb des Programms, d.h. im vom Programm abgetrennten Werbeblock. Einerseits sei zweifelhaft, ob Werbung überhaupt eine Sendung im Sinne von Art. 58 Abs. 2 RTVG darstelle, welche der Prüfung durch die UBI unterliege. In anderem Zusammenhang sei vom Bundesgericht jedenfalls erkannt worden, dass Werbung nicht zum Programm zähle (BGE 123 II 409 E. 3b). Andererseits könne die UBI nur die Einhaltung von Programmbestimmungen überprüfen, nicht jedoch der Werbevorschriften, denn diese hätten vorwiegend finanziellen Charakter. Das ergebe sich auch aus der Systematik des RTVG, das die Werbevorschriften im Abschnitt „Finanzierung“ aufführe und nicht bei den „Grundsätzen für Radio und Fernsehen“, wo sich die Programmvorschriften befinden. Diese Sichtweise treffe auch für das Verbot der politischen Werbung zu. Das Bundesgericht habe sich bisher zu dieser Frage nur im Rahmen eines obiter dictums geäussert und eine Zuständigkeit der UBI bejaht (BGE 126 II 7 E. 3c/bb). Da die Ausstrahlung von Werbespots aber in jedem Fall auch finanzielle Aspekte betreffe, sei eine Zuständigkeit des BAKOM begründet, wobei offen bleiben könne, inwiefern auch die UBI zur Beantwortung dieser Frage parallel zuständig sei.

b) Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, das BAKOM sei zum Erlass der Verfügungen nicht zuständig gewesen. Wenn es um Fragen der Meinungs- und Willensbildung, um die Transparenz einer Sendung oder um Probleme verfälschter Information gehe, sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die UBI zuständig. Dies ergebe sich aus den einlässlichen Ausführungen des Bundesgerichtes in BGE 126 II 7 E. 3c/bb, welche entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht bloss den Charakter eines obiter dictums aufweisen würden. Auch die UBI selber erachte sich in Fällen wie dem vorliegenden, wo es um die Vereinbarkeit eines im abgetrennten Werbeblock gesendeten Spots mit Art. 18 Abs. 5 RTVG gehe, als zuständig (VPB 57.49 E. 2). Es bestehe folglich eine klare Zuständigkeitsabgrenzung zu Gunsten der UBI. Ob ein Werbespot überhaupt eine Sendung im Sinne von Art. 58 Abs. 2 RTVG darstelle, sei deshalb nur von untergeordneter Bedeutung, müsse aber bejaht werden, da das UVEK sogar die Zeitangabe vor der „Tagesschau“ als eigene Sendung betrachte. Zusammenfassend lasse sich festhalten, dass die UBI zuständig sei, Werbespots auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot politischer Werbung zu kontrollieren. Bei diesem Verbot gehe es nicht um finanzielle Aspekte, sondern um die



Sicherstellung der freien Meinungsbildung, indem finanzschwache politische Gruppierungen vor grossangelegten und teuren Werbekampagnen ihrer finanzstarken Gegner geschützt werden sollen. Es gehe mithin um die Sicherstellung eines „politischen Wettbewerbsvorteils“ und nicht eines „kommerziellen Wettbewerbsvorteils“.

c) Vorerst ist festzuhalten, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter gewissen Umständen möglich ist, dass *im gleichen Fall* sowohl das BAKOM wie auch die UBI für die Beurteilung von Werbung zuständig sind können (BGE 118 Ib 356 E. 3a; 126 II 7 E. 3c/bb). Damit ist gesagt, dass eine allfällige Zuständigkeit der UBI nicht zwingend eine völlige Unzuständigkeit des Bundesamtes zur Folge hat.

Unklar bleibt hingegen, in welchem Verhältnis die beiden Behörden bei einer solchen Doppelzuständigkeit zueinander stehen. Das BAKOM scheint der Auffassung zu sein, die beiden Behörden wären je für die Behandlung *der gleichen Fragen*, also gewissermassen parallel zuständig. Weil in casu eine Zuständigkeit des BAKOM bestehe, könne offenbleiben, inwiefern auch die UBI zuständig wäre. Eine solche parallele Zuständigkeit ist jedoch weder sinnvoll noch nötig. Zu Recht scheint auch das Bundesgericht von einer anderen Art der doppelten Zuständigkeit auszugehen, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

Vorerst gibt es jedoch, die Zuständigkeiten von BAKOM und UBI einzeln zu bestimmen.

d) Dem BAKOM obliegt als zuständige Behörde gemäss Art. 56 Abs. 1 RTVG die allgemeine Aufsicht über die Veranstalter von Fernsehprogrammen. Im Rahmen dieser Konzessionsaufsicht hat das Bundesamt zu prüfen, ob die Konzessionäre die einschlägigen internationalen und nationalen Vorschriften sowie die Bestimmungen der Konzession einhalten. Nicht zulässig sind dagegen reine Zweckmässigkeitskontrollen. Stellt das BAKOM eine Rechtsverletzung fest, so kann es die in Art. 67 Abs. 1 RTVG vorgesehenen Sanktionen ergreifen. Danach kann es den Konzessionär auffordern, festgestellte Mängel zu beseitigen und künftige Verletzungen durch geeignete Massnahmen zu verhindern (lit. a), aber auch rechtswidrig erzielte Einnahmen vom Veranstalter herausverlangen (lit. b) oder beim Departement die Abänderung oder den Entzug der Konzession beantragen (lit. c). Bei der Auswahl der Massnahme ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.

Die UBI ist demgegenüber nur für die eigentliche Programmaufsicht zuständig, wie Art. 58 Abs. 2 RTVG festhält, wonach diese Instanz Beschwerden gegen ausgestrahlte Fernsehsendungen schweizerischer Veranstalter behandelt. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, wurde mit der Schaffung der UBI ein spezifischer Teil der staatlichen Aufsicht vom Departement abgetrennt und auf eine verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz übertragen. Ziel war es, die Veranstalter zwar einer externen Programmaufsicht zu unterstellen, diese aber von der Zentralverwaltung unabhängig auszugestalten, um die Gefahr staatlicher Intervention und Manipulation der elektronischen Medien zu minimieren (vgl. zum Ganzen Martin Dumermuth, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Diss. Basel 1992, S. 153 ff.). Die UBI beurteilt allerdings Sendungen nur auf Beschwerde hin, welche wiederum nur dann offen steht, nachdem eine Schlichtung vor der Ombudsstelle des Veranstalters erfolglos geblieben ist (Art. 62 Abs. 1 RTVG). Die UBI kann in ihren Urteilen feststellen, dass Programmbestimmungen verletzt worden sind. Sie kann die festgestellte Verletzung zudem dem Veranstalter mitteilen, der die geeigneten Vorkehren zu treffen hat (Art. 67 Abs. 2 RTVG). Schliesslich kann die UBI - als schärfste Massnahme - beim Departement die Änderung oder den Entzug der Konzession beantragen. Andere hoheitliche Befugnisse kommen der UBI darüber hinaus aber nicht zu.

e) Massgeblich für die Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeit ist somit, ob sich Fragen der allgemeinen (finanziellen und technischen) Aufsicht stellen oder ob Aspekte mit Programmnatur vorliegen (BGE 118 Ib 356 E. 3). In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht die zwischen der UBI und dem UVEK herausgebildete Praxis geschützt, wonach Aspekte mit Programmnatur immer dann vorliegen, „wenn es um Fragen der Meinungs- und Willensbildung, um die Transparenz einer Sendung oder um Probleme verfälschter Information geht“ (BGE 126 II 7 E. 3b). Für diese sensiblen Bereiche wollte der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Zentralverwaltung zu Gunsten der UBI ausschliessen.

Zentral ist demzufolge, welchem Zweck eine bestimmte Norm des Radio- und Fernsehrechtes dient: Schützt eine Vorschrift die freie Meinungs- und Willensbildung, so gehört sie zu den Programmbestimmungen, und über ihre Auslegung und Einhaltung soll die verwaltungsunabhängige UBI wachen. Wie das Bundesgericht klargestellt hat, gilt dies unbeschrieben von der systematischen Stellung der Norm im RTVG: „Die Unabhängige Beschwerdeinstanz ist (...) nur insoweit zum Entscheid berufen, als vorrangig Aspekte der freien Willensbildung zur Diskussion stehen, deren Beurteilung ihr aus staats- und me-

dienpolitischen Gründen übertragen ist (...). Betreffen die zur Diskussion stehenden Werbebeschränkungen die Transparenz und unverfälschte Meinungsbildung, geht der mit der Schaffung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz verfolgte Zweck (verwaltungsunabhängige Sicherung der freien Meinungs- und Willensbildung des Zuschauers und Schutz der Programmautonomie) den formellen Kriterien vor“ (BGE 126 II 7 E. 3c/bb).

f) Vom Bundesgericht ist zwar anerkannt, dass die Werbevorschriften des Art. 18 RTVG im Grundsatz keine Programmvorschriften darstellen. Sie sind Normen mit primär finanzrechtlichem Charakter, da sie den Veranstaltern gewisse Einnahmequellen untersagen. Über die Einhaltung dieser Normen hat folglich grundsätzlich das BAKOM im Rahmen der allgemeinen Aufsicht zu wachen (BGE 126 II 7 E. 3c/bb).

Dieser Grundsatz kann nun aber nicht für alle Werberegeln unbesehen übernommen werden. Werbevorschriften regeln meist nicht nur finanzielle Aspekte, sondern verfolgen darüber hinaus auch weitergehende Zwecke, wie dies insbesondere bei den Verboten von Art. 18 Abs. 5 RTVG der Fall ist. Das Verbot der Werbung für Alkohol- und Tabakwaren beispielsweise hat eine gesundheitspolitische Motivation und das Verbot der religiösen Werbung dient dem religiösen Frieden. Das Verbot der politischen Werbung schliesslich hat zum Ziel, finanzschwache Politakteure vor einem politischen Wettbewerbsvorteil der finanzstarken Gruppierungen zu schützen (Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen, BBl 1987 III 689, S. 734 f.). Das Verbot soll also sicherstellen, dass der politische Diskurs nicht mittels teurer Werbekampagnen verfälscht wird.

Bei derartigen Verboten mit doppeltem Zweck stellt sich die Frage, ob deren Einhaltung durch die Verwaltung oder durch die UBI zu überprüfen ist. Das Problem wird dadurch verstärkt, dass für die Überprüfung der Verbote von Art. 18 Abs. 5 RTVG regelmässig (vorfrageweise) der Inhalt von Werbespots und damit der gesendete Inhalt zu prüfen ist; eine Aufgabe, für deren Erfüllung an sich die mit medienspezifischer Fachkompetenz ausgerüstete UBI besser geeignet ist (Christoph Beat Graber, Anmerkungen zur Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 14.03.2003, in: *medialex* 2003, S. 116).

g) Für die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Aufsicht des BAKOM grundsätzlich umfassend, die Aufsicht der UBI dagegen auf programmrelevante Aspekte beschränkt ist. Daraus ergibt sich erstens, dass das BAKOM bei sämtlichen Werbeverboten für die finanzrechtlichen Fragen zuständig ist. Dies wird im

RTVG auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass eine Einziehung der Einnahmen nur durch das BAKOM verfügt werden kann (Art. 67 Abs. 1 lit. b RTVG; Art. 67 Abs. 2 und 3 RTVG e contrario).

Zweitens ergibt sich aus der subsidiären Zuständigkeit des BAKOM, dass die verwaltungsinterne Aufsichtsbehörde über diejenigen Werbeverbote, welche nicht die freie Meinungs- und Willensbildung des Publikums tangieren, umfassend zu wachen hat. In diesen Bereichen ist das BAKOM demzufolge auch befugt bzw. verpflichtet, Werbespots inhaltlich zu beurteilen, um feststellen zu können, ob ein Spot einen verbotenen Inhalt bewirbt. Das Bundesgericht hat deshalb beispielsweise festgehalten, es obliege dem BAKOM zu prüfen, ob ein Spot für alkoholfreies Bier derart angelegt sei, dass beim Publikum der Eindruck eines Spots für alkoholhaltiges Bier entstehe (BGE 126 II 21 E. 2d/bb). Da es in diesem Fall um die Zulässigkeit von Wirtschaftswerbung ging und die freie Meinungs- und Willensbildung des Publikums nicht tangiert war, entfiel eine Zuständigkeit der UBI.

Anders ist nun aber beim Verbot politischer Werbung zu verfahren. Dabei geht es letztlich um das Anliegen, die freie Meinungs- und Willensbildung des Publikums nicht zu beeinträchtigen. Dient das Verbot politischer Werbung aber diesem Zweck, so hat über seine Einhaltung die UBI zu wachen. Es ist Aufgabe der unabhängigen Beschwerdeinstanz, Werbespots auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot politischer Werbung zu überprüfen, berührt doch diese Frage zentrale Aspekte der freien Meinungs- und Willensbildung des Publikums. Das BAKOM ist nach dem Willen des Gesetzgebers als verwaltungsinterne Stelle für diese Aufgabe nicht geeignet, zumal in diesem sensiblen Bereich leicht der Eindruck einer staatlichen Manipulation oder Zensur entstehen könnte.

Schliesslich ist die UBI auch unter einem anderen Gesichtspunkt zum Entscheid zuständig: Politische Inhalte gehören ins eigentliche Programm und nicht in die wirtschaftlich orientierte und immer auch tendenziell manipulative Werbung. Politische Werbespots unterlaufen diese Trennung zwischen Programm und Werbung, werden damit zu einem Programmteil und unterliegen deshalb der Aufsicht der UBI (Martin Dumermuth, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Diss. Basel 1992, S. 187 f.). Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Begründung des BAKOM als zweifelhaft, Werbespots seien gänzlich der Aufsicht der UBI entzogen, weil sie keine „Sendungen“ im Sinne von Art. 58 Abs. 2 RTVG darstellten. Die UBI hat denn auch erklärt, auch Werbespots könnten von der UBI unter gewissen Voraussetzungen überprüft werden (VPB

57.49).

h) Das BAKOM bleibt aber auch im Bereich der politischen Werbung für die finanzrechtliche Aufsicht über die Veranstalter zuständig. Sobald folglich die UBI einen Verstoss gegen das Verbot politischer Werbung festgestellt hat, hat das BAKOM die finanziellen Folgen des Verstosses zu regeln und beispielsweise eine Einziehung der Einnahmen anzuordnen. Zwar hat die UBI gemäss Art. 67 Abs. 2 und 3 RTVG e contrario nicht explizit die Möglichkeit, eine Einziehung der Einnahmen zu beantragen. Das BAKOM kann eine solche aber von Amtes wegen kraft seiner Aufsichtszuständigkeit in finanzieller Hinsicht verfügen, wenn zuvor von der UBI festgestellt worden ist, dass ein unzulässiger Spot gesendet worden ist.

In diesem Sinne ist auch die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung erwähnte doppelte Zuständigkeit zu verstehen: Zwar sind *im gleichen Fall* die UBI und das BAKOM zuständig, aber nicht für die Beantwortung der *gleichen Fragen*. Der Verstoss gegen das Verbot politischer Werbung ist von der UBI festzustellen, die finanziellen Folgen des Verstosses vom BAKOM zu regeln. Die doppelte Zuständigkeit ist folglich nicht als parallele, sondern als ergänzende, nachfolgende zu verstehen. Diese Konzeption kann auch den Urteilen des Bundesgerichtes entnommen werden, wenn es ausführt, „die Unabhängige Beschwerdeinstanz [sei] nur *insoweit* zum Entscheid berufen, als vorrangig Aspekte der freien Willensbildung zur Diskussion stehen“ (BGE 126 II 7 E. 3c/bb). Solche Aspekte stehen nur bei der Frage der Vereinbarkeit des Inhalts des Werbeverbots mit dem Verbot zur Diskussion, nicht aber bei der (anschliessenden) Frage der finanziellen Sanktionierung des verpönten Spots, weshalb hierfür das BAKOM zuständig ist.

i) Folglich hat das BAKOM in seiner Verfügung vom 14. März 2003 zu Unrecht geprüft, ob der Werbespot „Jetzt ein Stromausfall“ gegen Art. 18 Abs. 5 RTVG verstösst. Diese Verfügung ist mangels Zuständigkeit aufzuheben. Die zweite Verfügung vom 11. April 2003, welche die Höhe der Gewinneinziehung bestimmt, ist ebenfalls aufzuheben. Eine Einziehung der Gewinne läge zwar in der Kompetenz des BAKOM, muss aber entfallen, solange die Verletzung des Verbots politischer Werbung von der UBI nicht festgestellt worden ist. Beide Verfügungen des BAKOM vom 14. März und vom 11. April 2003 sind deshalb aufzuheben und die Beschwerde demzufolge vollumfänglich gutzuheissen.

3. Die Lehre hat die vom BAKOM angenommene umfassende Zuständigkeit im vorliegenden Fall aus ergebnisorientierter Perspektive begrüsst, weil ansonsten dem Verbot politischer Werbung nur ungenügend Nachachtung verschafft werden könne. Das Verfahren der UBI sei erstens dem Verfahren vor der Ombudsstelle nachgeordnet und führe zweitens einzig zu einer Feststellungsentscheidung mit beschränkten Sanktionsmöglichkeiten. Insgesamt sei aufgrund der langen Verfahrensdauer und der beschränkten Sanktionsgewalt der UBI klar, dass dieses Prozedere in Fällen wie dem vorliegenden nicht geeignet sei, die freie politische Meinungsbildung des Publikums wirksam zu schützen (Christoph Beat Graber, Anmerkungen zur Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 14.03.2003, in: *medialex* 2003, S. 116).

Diesen Argumenten ist zum einen entgegenzuhalten, dass die fehlende Sanktionsgewalt der UBI durch ein nachlaufendes finanzrechtliches Verfahren beim BAKOM korrigiert werden kann. Wie bereits dargelegt, bleibt das BAKOM zuständig, Massnahmen gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. b RTVG zu verhängen, sobald eine Verletzung des Verbots politischer Werbung von der UBI festgestellt worden ist. Dem Bundesamt ist es gemäss Art. 63 Abs. 2 RTVG möglich, selber ein Verfahren auf Feststellung der Unrechtmässigkeit eines Spots einzuleiten. Dadurch ist es möglich, sowohl die Wiederherstellung des finanziell rechtmässigen Zustandes zu erreichen, wie auch die präventive Wirkung der möglichen Einnahmenabschöpfung spielen zu lassen, selbst wenn keine Privaten eine Überprüfung des Spots vor der Ombudsstelle und der UBI verlangen.

Andererseits ist auch eine schnelle Reaktion auf möglicherweise verbotene politische Werbung durchaus möglich: Das BAKOM hat die Möglichkeit, beim UVEK eine Beanstandung des strittigen Werbespots bei der UBI zu beantragen. Dem Departement steht gemäss Art. 63 Abs. 2 RTVG nämlich nach herrschender Auffassung das Beschwerderecht derart zu, dass es direkt, d.h. ohne vorgängig die Ombudsstelle einschalten zu müssen, an die UBI gelangen kann (Martin Dumermuth, *Rundfunkrecht*, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), *Informations- und Kommunikationsrecht*, Basel und Frankfurt a.M. 1996, S. 193). Die UBI kann daraufhin klären, ob das Verbot politischer Werbung verletzt ist oder nicht. Diese Prüfung kann ebenso speditiv erfolgen wie eine Prüfung seitens des BAKOM. Wird eine Verletzung seitens der UBI festgestellt, so kann bereits die UBI den Veranstalter auffordern, geeignete Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt, also etwa eine Absetzung des Spotes verlangen. Das BAKOM kann danach allfällige Einnah-

men, die zu Unrecht erfolgt sind, einziehen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auch ohne umfassende Zuständigkeit des BAKOM eine wirksame Aufsicht möglich ist.

### III Kostenentscheid und Rechtsmittel

1. In Anwendung von Art. 63 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Da die Beschwerdeführerin obsiegt, werden ihr keine Kosten auferlegt. Der Kostenvorschuss ist vollumfänglich zurückzuerstatten.

Die unterliegende Vorinstanz ist als Bundesbehörde gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG von der Übernahme der Verfahrenskosten befreit.

2. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Die Beschwerdeführerin hat keinen Antrag auf eine Parteientschädigung gestellt. Da im vorliegenden Fall ein verhältnismässig hoher Aufwand der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich ist, wird keine Parteientschädigung gesprochen.
3. Nach Massgabe von Art. 97 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110) beurteilt das Bundesgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz nach Art. 98 OG ergangen sind. Da im vorliegenden Fall kein Ausschlussgrund nach den Art. 99 bis 101 OG vorliegt (insbesondere auch nicht Art. 99 lit. d OG), kann gegen diesen Entscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht geführt werden.

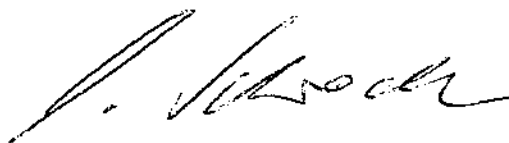
Demgemäss wird vom UVEK

erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Verfügungen des Bundesamtes für Kommunikation vom 14. März und vom 11. April 2003 werden aufgehoben.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist vollumfänglich zurückzuerstatten.
4. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

*Gegen diesen Entscheid kann innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist mindestens in dreifacher Ausfertigung einzureichen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Rechtsmittel sowie die Unterschrift der Beschwerdeführenden zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführenden sie in Händen haben (Art. 108 Abs. 1 und 2 OG).*

Eidgenössisches Departement für  
Umwelt, Verkehr, Energie, Kommunikation  
Der stellv. Generalsekretär



André Schrade