
Vorwort

Der vorliegende erste njus-Band zum Wirtschaftsverwaltungsrecht fasst die Entwicklungen im Bereich des Telekommunikationsrechts, des Rechts der audiovisuellen Medien und des Stromversorgungsrechts zusammen. Die Behandlung dieser drei Bereiche in einem Band rechtfertigt sich durch die vielfältigen regulatorischen und technologischen Querbezüge dieser stark durch Netzeffekte geprägten Branchen. Das Buch orientiert Praktiker und Wissenschaftler in Kürze über die wesentlichen Entwicklungen in Rechtsetzung, Rechtsprechung und Literatur in diesen Bereichen.

Die Berichterstattung erfolgt grundsätzlich über den Zeitraum des letzten Jahres. Aufgrund des erstmaligen Erscheinens dieses Bandes wurde der Berichtszeitraum teilweise ausgedehnt. Namentlich im Stromversorgungsbereich wurden aufgrund der dort eingetretenen, umfassenden Umwälzungen im letzten Jahr – etwa das Inkrafttreten des regulierten Netzzugangs – auch Entwicklungen im Jahr 2007 mit berücksichtigt.

Wir danken Frau lic.iur. Daniela Frenkel, Frau Fabienne Och-sner, M.A. HSG in Law and Economics, und Herrn Daniel Zemp, MLaw, die mit ihrer Recherchearbeit und mit Textentwürfen wesentlich zum Werk beigetragen haben. Zu Dank verpflichtet sind wir auch Frau Jeannette Kehrli, BLaw, für Ihre Mitarbeit in der Schlussphase des Projekts, sowie Frau Liliane Amir für die Bereinigung des Entwurfs und die Erstellung von Verzeichnissen. Gedankt sei auch der Rechtsanwaltskanzlei VISCHER für die Zusammenarbeit bei der Realisierung dieses Werks. Die Verantwortung für Inhalte und allfällige Fehler tragen ausschliesslich die Autoren. Anregungen für kommende Bände nehmen wir gerne unter der E-Mail lawyers@vischer.com entgegen.

Zürich, März 2009

PETER HETTICH,
CLAUDIA KELLER &
STEFAN RECHSTEINER

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Linkliste	XIX
<i>Telekommunikationsrecht</i>	1
I. Einleitung	3
II. Rechtsetzung	7
III. Rechtsprechung	13
IV. Literatur	33
<i>Recht der audiovisuellen Medien</i>	39
I. Einleitung	41
II. Rechtsetzung	45
III. Rechtsprechung	59
IV. Literatur	101
<i>Stromversorgungsrecht</i>	107
I. Einleitung	109
II. Rechtsetzung	113
III. Rechtsprechung	143
IV. Literatur	155

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Linkliste	XIX
<i>Telekommunikationsrecht</i>	<i>1</i>
I. Einleitung	3
II. Rechtsetzung	7
A. Fernmeldegesetz	9
B. VO über Fernmeldedienste	9
1. Grundversorgungsdienste (Teilkrafttreten)	9
2. Lehrstellen (Teilkrafttreten)	9
C. VO über Fernmeldeanlagen	10
D. VO des Bakom über Fernmeldeanlagen	10
1. Notifikation und Benutzerinformationen	10
2. Verbotene Anlagen	11
E. VO über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen	11
F. VO über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich	12
G. VO über die Gebühren im Fernmeldebereich	12
III. Rechtsprechung	13
A. Netzzugang	15
1. Entscheide der ComCom	15
2. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts	21
3. Gutachten der Wettbewerbskommission	22
B. Allgemeine Marktordnung	23
1. Entscheide der ComCom	23
2. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts	24
C. Grundversorgung	29
1. Entscheide der ComCom	29
2. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts	29
D. Behörden und Verfahren	30
1. Entscheide der ComCom	30
2. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts	31

IV. Literatur	33
A. Bücher	35
B. Aufsätze	37
<i>Recht der audiovisuellen Medien</i>	39
I. Einleitung	41
II. Rechtsetzung	45
A. EU-Gemeinschaftsrecht.....	47
B. Bundesrecht.....	48
C. Rechtsetzungsprojekte.....	49
D. Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM.....	51
1. Einleitung	51
2. Werbung	52
a) Deklaration von Werbung und Werbedauer	52
b) Unterbrecherwerbung	52
c) Alkoholwerbung, Werbung für alkoholfreie Getränke in Programmen mit Alkoholwerbeverbot und Heilmittelwerbung	53
d) Eigenwerbung.....	53
3. Sponsoring im Allgemeinen	54
a) Grundsatz des Sponsorings und Geltungsbereich der Sponsoringbestimmungen	54
b) Auslegung von Art. 12 Abs. 2 RTVG	55
c) Sponsorwidmung.....	56
d) Sponsoring mit alkoholfreien Produkten und Heilmittelsponsoring....	57
4. Produktplatzierung, Wettbewerbspreise und Medienpartnerschaft	58
III. Rechtsprechung	59
A. Werbe- und Sponsoringvorschriften.....	61
1. Werbedeklaration, Werbetrenngebot und Werbedauer.....	61
2. Schleichwerbung	62
3. Sponsornennung	64
B. Programmrechtliche Vorschriften	72
C. Verfahrensrecht	81
D. Aufschaltung	86
E. Kurzberichterstattungsrecht.....	90
F. Gebührensplitting	93
G. Konzessionsentscheide.....	94

IV. Literatur	101
A. Bücher	103
B. Aufsätze	105
<i>Stromversorgungsrecht</i>	107
I. Einleitung	109
II. Rechtsetzung	113
A. Liberalisierung der Stromversorgung	115
1. Stromversorgungsgesetz.....	115
a) Gründe für die Neuregelung	115
b) Ziele des StromVG.....	116
c) Hauptregelungspunkte.....	117
2. Stromversorgungsverordnung	122
3. Geschäftsreglement der ECom	123
4. VO über Ausnahmen beim Netzzugang und bei anrechenbaren Netzkosten	124
B. Energiegesetz und Ausführungsverordnungen	124
1. Energiegesetz	124
a) Erneuerbare Energien	124
b) Weitere Änderungen.....	130
c) Geplante Änderungen.....	130
2. Energieverordnung	131
3. VO über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität	131
4. VO über Angaben auf der Energieetikette von neuen Personenwagen ...	132
C. Elektrische Anlagen	132
1. Elektrizitätsgesetz.....	132
2. Schwachstromverordnung	133
3. VO über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen	133
4. VO über elektrische Niederspannungserzeugnisse.....	134
5. Niederspannungs-Installationsverordnung	134
6. Leitungsverordnung.....	134
D. Wasserkraft	135
1. Wasserrechtsgesetz.....	135
2. VO über die Gebühren des Bundesamtes für Wasser und Geologie	135
3. VO über die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung	136
E. Kernenergie	136

1. Kernenergiegesetz	136
2. Kernenergieverordnung.....	137
3. VO über die Gefährdungsannahmen und Sicherungsmassnahmen für Kernanlagen und Kernmaterialien.....	137
4. VO über die vorläufige Ausserbetriebnahme von Kernkraftwerken	138
5. Safeguardsverordnung.....	138
6. Stilllegungs- und Entsorgungsfondsverordnung.....	138
7. BG über das Nuklearsicherheitsinspektorat.....	139
8. Kernenergiehaftpflichtgesetz.....	139
9. Kernenergiehaftpflichtverordnung	139
10. VO über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität	139
F. CO ₂ -Emissionen	140
1. CO ₂ -Gesetz.....	140
2. CO ₂ -Anrechnungsverordnung	140
3. CO ₂ -Verordnung	140
4. VO über das Emissionshandelsregister	141
5. BB über die Kompensation der CO ₂ -Emissionen von Gaskombikraftwerken	141
6. VO über die Kompensation der CO ₂ -Emissionen von Gaskombikraftwerken	141
G. Gebühren und Abgaben.....	141
III. Rechtsprechung	143
A. Stromversorgung	145
B. Kernenergie	149
C. Elektrische Anlagen	152
IV. Literatur.....	155
A. Bücher	157
B. Aufsätze	159

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AEFV	Adressierungselemente im Fernmeldebereich (SR 784.104)
AJP / PJA	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
aRTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (AS 1992 601)
aRTVV	Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (AS 1997 2903)
Aufl.	Auflage
AWV	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (SR 812.212.5)
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
BFE	Bundesamt für Energie
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen
BGG	Bundesgerichtsgesetz
BR	Baurecht / Droit de la Construction
Bsp.	Beispiel
Bst.	Bestimmung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
d.h.	das heisst

Abkürzungsverzeichnis

Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DVD	Digital Versatile Disc
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EG	Europäische Gemeinschaft
EICom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende
FAV	Verordnung vom 14. Juni 2002 über Fernmeldeanlagen (SR 784.101.2)
FDV	Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (SR 784.101.2)
FKV	Verordnung vom 9. März 2007 über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (SR 784.102.1)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
FTTH	Fiber to the Home
GebV	Gebührenverordnung
GebV-FMG	Verordnung über die Gebühren im Fernmeldebereich (SR 784.106)
GSG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (SR 192.12)
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IHG	Bundesgesetz über Investitionshilfe für Berggebiete (AS 1997 2995, ausser Kraft)

kbit/s	Kilobits pro Sekunde
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, SR 251)
KOL	Kollokation
lit.	litera
medialex	Zeitschrift für Kommunikationsrecht
ONP	Operator Number Portability
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
resp.	respektive
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RTVV	Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (SR 784.401)
S.	Seite
SF	Schweizer Fernsehen
sic!	Schweizerische Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
sog.	so genannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, SR 734.7)
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (SR 734.71)
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SR 616.1)
TAL	Teilnehmeranschluss
TAS	Telefonie-Anwendungsserver
TCS	Touring Club Schweiz
TSR	Télévision Suisse Romande

Abkürzungsverzeichnis

u.a.	unter anderem
UBI	Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen
usw.	und so weiter
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
vgl.	vergleiche
V-GSG	Verordnung vom 7. Dezember 2007 zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatverordnung, SR 192.121)
VgT	Verein gegen Tierfabriken
VO	Verordnung
VTA	Verrechnung Teilnehmeranschluss
Weko	Wettbewerbskommission
WTO	World Trade Organization
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

- AMGWERD MATTHIAS: Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008
- BALTHASAR MICHÈLE: Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, Zürich 2007
- GRABER CHRISTOPH BEAT: Anmerkungen zu BGE 2C_643/2007, *medialex* 2008, S. 138 f.
- HETTICH PETER: YouTube to be Regulated? The FCC Sits Tight, while European Broadcast Regulators Make the Grab for the Internet, in: *St. John's Law Review* 82 (2008), Nr. 4, 1395 ff.
- HOEREN THOMAS: Internet- und Kommunikationsrecht, Münster 2008
- JUN WU: Telecommunications Competition and Its Driving Force – A comparative Study of Telecommunications Law of the EU, the US and China, Zürich 2008
- KAUFMANN MATTHIAS W.: Die Leistungsstörung bei grenzüberschreitenden Stromhandelsverträgen unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und der UNIDROIT-Principles, Zürich 2007
- KLEY ANDREAS: Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus, in: *medialex* 2008, 15 ff.
- KOHL VANIA: Telekommunikation: Mehr Bandbreite ist dringend nötig!, *AwR* 2008, 407 ff.
- KRATZ BRIGITTA: Energie, in: Andreas Kellerhals (Hrsg.): *Wirtschaftsrecht Schweiz – EG, Überblick und Kommentar 2007/08*, S.128 ff., Zürich 2008
- KRYSTOFIAK JULIA: WTO und Telekommunikation, Hamburg 2008
- MÄDER PHILIPP: Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen – Medienwirkungen als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen? *Diss. Universität Zürich, Schulthess* 2007
- NOBEL PETER / KAEMPF MARKUS: Die neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, in: *EuZ* 2008, S. 58 ff.
- NOBEL PETER / WEBER ROLF H.: *Medienrecht*, 3. Auflage, Bern 2007

- RECHSTEINER STEFAN / WALDNER MICHAEL: Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, AJP 2007, S. 1288 ff.
- REY ALEXANDER / WITTWER BENJAMIN: Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, S. 585 ff.
- ROUSSIANOS LEILA: Développement des télécommunications: communes et opérateurs dans l'impasse?, BR 2008, 34 ff.
- SCHOLL PHYLLIS: Energierecht (Schweiz): Erlassammlung = Droit de l'énergie (Suisse): recueil de lois avec introduction et index, Zürich 2008
- WAGNER MICHAEL A.: Die neue EU-Richtlinie für audiovisuelle Medien, in: medialex 2007, S. 107 ff.
- WEBER ROLF H.: Kommunikationen und Medien, in: Wirtschaftsrecht Schweiz – EG: Überblick und Kommentar 2007/2008, S. 41-59
- WEBER ROLF H.: Media Governance und Service Public, Zürich 2007
- WEBER ROLF H. (Hrsg.): Stromhandel, Europa Institut Zürich 2007
- WEBER ROLF H. / MANNHART ANNJA: Neues Strompreisrecht, Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, ZBl 2008, S. 453 ff.
- WERLY STEPHANE (Hrsg.): Droit de la communication, Basel 2008
- WITTWER BENJAMIN: Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2. Auflage, Zürich 2008
- VON ZEDTWITZ CLEMENS: Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2008

Linkliste

(Stand 9. März 2009)

BAKOM	www.bakom.admin.ch
BFE	www.bfe.admin.ch
Bundesgericht	www.bger.ch
Bundesverwaltungsgericht	www.bundesverwaltungsgericht.ch
Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)	www.uvek.admin.ch
ElCom	www.elcom.admin.ch
ComCom	www.comcom.admin.ch
Ombudsstelle der Radio- und Fernsehveranstalter der deutschen- und rätoromanischen Schweiz	www.ombudsstelle-rtv.ch
UBI	www.ubi.admin.ch/de/
Wettbewerbskommission	www.weko.admin.ch

Telekommunikationsrecht

I. Einleitung

Die Auswirkungen der weit reichenden Revision des Fernmeldegesetzes vom 24. März 2006 haben sich im Berichtsjahr weiter abgeschwächt; in gesetzgeberischer Hinsicht ist diesbezüglich namentlich das Teilkrafttreten einiger Bestimmungen der FDV zu Grundversorgungsdiensten und Lehrstellen zu verzeichnen. Vor allem die Aufnahme der Pflicht zum Angebot von Breitbanddiensten im Grundversorgungskatalog der FDV und in der Konzession der Swisscom wird von der Kommunikationskommission als Meilenstein angesehen; freilich werden die relativ bescheidenen Übertragungsraten von 600/100 kbit/s vor allem in eher urbanen Gebieten bei Weitem übertroffen. Ebenfalls zu erwähnen ist die neue VO über Gebühren im Fernmeldebereich, welche insbesondere die Gebühren zur Nutzung des Funkfrequenzspektrums neu regelt.

Auf Ebene der Rechtsprechung prägen weiterhin Leitentscheide der Kommunikationskommission betreffend Gewährung des Zugangs nach Art. 11 FMG das Bild. Vor Bundesverwaltungsgericht sind dagegen verschiedene Entscheide betreffend die Erneuerung der Mobilfunkkonzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise ergangen; diesbezüglich ist es der Konkurrentin Tele2 zunächst gelungen, sich Parteistellung in diesen Verfahren zu erkämpfen und materiell die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen zu beantragen. Die Übernahme von Tele2 durch Sunrise hat die Ausgangslage dieser Verfahren freilich verändert. Diesbezüglich zu erwähnen ist auch, dass die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen auch während laufender Konzession möglich ist, ohne dass die strengen Voraussetzungen von Art. 24e FMG erfüllt sein müssen.

Das Ausscheiden eines weiteren Marktteilnehmers im Telekommunikationsmarkt ruft erneut in Erinnerung, dass der Markt wie auch die regulatorischen Rahmenbedingungen bisher keinen intensiven Wettbewerb hervorgebracht haben, obwohl die Position der kleineren Konkurrenten sich mit Einführung des erweiterten Zugangsregimes (Entbündelung der letzten Meile) zumindest formell verbessert hat. Immerhin führt der Markteintritt der Stromversorger in den Telekommunikationsmarkt dazu, dass die Marktteilnehmer den weiteren Ausbau der Telekommunikationsinfrastruktur nun ernsthaft an die Hand nehmen. Das Stichwort ist "Fiber to the Home", also die Verlegung von Glasfaseranschlüssen bis in die Haushalte. Diese substantielle Verbesserung der Übertragungsinfrastruktur wird auch zu erheblichen Änderungen des Marktes für audiovisuelle Medien führen, indem die Abhängigkeit der Anbieter von Inhalten von Infrastruk-

turanbietern vermindert und damit der Marktzugang erleichtert wird (Video On Demand, Television over Internet Protocol). Der Ausbau der Übertragungsinfrastruktur erfolgt regional unterschiedlich entweder kooperativ oder im Wettbewerb. Nicht auszuschliessen ist daher die Wiederauf-
erhebung von Infrastrukturmonopolen, da die Entbündelungspflicht nur die Doppelader-Metalleitung und nicht die Glasfasernetze erfasst.

II. Rechtsetzung

A. Fernmeldegesetz¹

Im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts wurden Art. 44 FMG (Verweis auf das BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs) sowie Art. 66-69 und 70 Abs. 3 FMG (Übergangsbestimmungen für das Inkrafttreten der Totalrevision vom 30. April 1997) aufgehoben, da diese Bestimmungen ihre Bedeutung verloren haben.²

B. VO über Fernmeldedienste³

1. Grundversorgungsdienste (Teilinkrafttreten)

Mit Inkrafttreten der neuen Grundversorgungskonzession der Swisscom AG am 1. Januar 2008 wurden auch die zugrunde liegenden Verordnungsbestimmungen der neuen FDV in Kraft gesetzt (Art. 15, 16, 17 Abs. 2, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und 2 FDV). Zu erwähnen ist, dass der Katalog der Grundversorgungsdienste neu auch einen Breitband-Internetanschluss mit einer Übertragungsgeschwindigkeit von 600/100 kbit/s umfasst, was die Kommunikationskommission als weltweit bezeichnet. In der Regel bieten die Marktteilnehmer freilich – zumindest in urbanen Gebieten – längst höhere Datenübertragungsraten an. Die Preisobergrenzen für den Anschluss nach Art. 16 FDV wurden beibehalten (Art. 22 FDV).

2. Lehrstellen (Teilinkrafttreten)

Im Zuge der Revision des FMG vom 24. März 2006 wurden Fernmeldeanbieterinnen verpflichtet, eine angemessene Anzahl Lehrstellen anzubieten. Der am 1. Oktober in Kraft getretene Art. 9 FDV konkretisiert diese Pflicht. Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen spätestens 18 Monate nach der Meldung gemäss Art. 4 FMG mindestens 3 Prozent der Arbeitsstellen als Lehrstellen anbieten. Diese Verpflichtung kann auch in

¹ FMG, SR 784.10.

² BBl 2007 6121.

³ FDV, SR 784.101.1.

Zusammenarbeit mit Dritten innerhalb der Fernmeldebranche erfüllt werden.

C. VO über Fernmeldeanlagen⁴

Mit VO vom 16. April 2008 hat der Bundesrat verschiedene Änderungen vorgenommen, welche die Anforderungen für das Inverkehrbringen und die Konformität von neuen Fernmeldeanlagen betreffen (Art. 7; Titel vor Art. 16; Art. 16, 17, 19, 20a, 21, 26 FAV). Die Bestimmungen sind am 15. Mai 2008 in Kraft getreten.

Art. 7 FAV regelt die grundlegenden Anforderungen an Fernmeldeanlagen mit Verweis auf RL 2006/95/EG und RL 2004/108/EG (Sicherheitsanforderungen bzw. elektromagnetische Verträglichkeit). Art. 16 FAV regelt den Katalog der Anlagen neu, welche das Konformitätsbewertungsverfahren nicht durchlaufen müssen. Alle Anlagen müssen mit einem Konformitätskennzeichen versehen werden (Art. 21 Abs. 1 lit. e FAV). Fernmeldeanlagen ohne Kennzeichen dürfen seit 30. April 2009 nicht mehr in Verkehr gebracht werden (Art. 26 Abs. 7 FAV).

Art. 19 FAV regelt die Informationspflichten bei Angebot von Anlagen, deren Betrieb in der Schweiz verboten ist.⁵

D. VO des Bakom über Fernmeldeanlagen⁶

1. *Notifikation und Benutzerinformationen*

Mit VO vom 30. November 2007 (Inkrafttreten am 1. Januar 2008) wurde klargestellt, dass die Notifikation bei Inverkehrbringen von Funkanlagen nach Art. 9 FAV für alle Anlagen gilt, die mit der notifizierten Anlage identisch sind und dass die Notifikation kein ausschliessliches Recht verleiht (Art. 2 VO).

⁴ FAV, SR 784.101.2.

⁵ Siehe unten, Abschnitt D.

⁶ SR 784.101.21.

Benutzerinformationen für Fernmeldeanlagen müssen neu nur noch in der Amtssprache des Orts abgefasst werden, an welchem die Anlage angeboten wird (Art. 2 Abs. 5 VO). Damit entfällt bei gegebenen Voraussetzungen die Pflicht, im Ausland produzierte Anlagen für den Schweizer Markt umzupacken.

2. *Verbotene Anlagen*

Die VO vom 28. April 2008 (Inkrafttreten am 15. Mai 2008) setzt namentlich den neuen Art. 19 FAV um. Die Benutzerinformationen müssen auf Gebrauchsanweisung oder Verpackung den Hinweis enthalten, dass der Betrieb der angebotenen Anlage in der Schweiz verboten ist oder einer Konzession bzw. Bewilligung unterliegt (Art. 3 und 5 VO). Fernmeldeanlagen ohne entsprechenden Hinweis dürfen seit 30. April 2009 nicht mehr in Verkehr gebracht werden (Art. 9a VO).

E. **VO über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen⁷**

Mit VO vom 7. Dezember 2007 (Inkrafttreten 1. Januar 2008) wurden die Frequenzklassen neu geordnet. Die Einteilung von bisher Exklusivfrequenzen, Gemeinschaftsfrequenzen, Sammelfrequenzen wurde auf zwei Klassen reduziert (Art. 6 FKV). Die Klasse A umfasst die Frequenzen, die in einem bestimmten Einsatzgebiet einer beschränkten Zahl von Konzessionärinnen zugeteilt werden. Die Frequenzklasse B umfasst diejenigen Frequenzen, die in einem bestimmten Einsatzgebiet einer unbeschränkten Zahl von Konzessionärinnen zugeteilt werden. Die Amateurfunkkonzession nach Art. 30 FKV kann nun auch für Fernsehen genutzt werden. Die notwendigen Konkretisierungen wurden in der Vollzugsverordnung des Bakom⁸ vorgenommen.

⁷ FKV, SR 784.102.1.

⁸ SR 784.102.11.

Betreffend technische Schnittstellen regelt Art. 10a FKV (Inkrafttreten am 15. Mai 2008) neu, dass Funkanlagen nur unter Einhaltung der anwendbaren technischen Schnittstellenanforderungen erstellt und betrieben werden dürfen. Programmierbare Funkanlagen dürfen nur für diejenigen Frequenzen programmiert werden, die in der Konzession beschrieben oder deren Gebrauch von der Konzessionspflicht ausgenommen sind.

F. VO über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich⁹

Betreffend der Domain ".ch" untergeordnete Domain-Namen regelt Art. 14c^{ter} Abs. 2 neu, dass die Registerbetreiberin die Überlassung eines Domain-Namens durch den Inhaber an einen Grosshändler nicht von der Bezahlung eines Preises, administrativen Voraussetzungen oder einer Kündigungsfrist abhängig machen darf, die ein Verhinderungsgrund für eine solche Überlassung wären.

G. VO über die Gebühren im Fernmeldebereich¹⁰

Die gestützt auf Art. 39 und 41 FMG neu erlassene VO regelt die Funkkonzessions- und Verwaltungsgebühren im Bereich des Fernmelderechts. Die VO ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Die Berechnungsgrundsätze für Betriebsfunk und Mobilfunk wurden vereinheitlicht. Die fixen Gebührenansätze für Funkkonzessionen (Art. 8-16 VO) können aber freilich dort nicht zur Anwendung kommen, wo das Auktionsverfahren durchgeführt wird (Art. 23 FKV). Die ComCom hat am 7. Dezember 2007 in einer Medienmitteilung von einer Senkung für die meisten Konzessionäre gesprochen. Betreffend die Verwaltungsgebühren wird die GebV durch die VO des UVEK über die Verwaltungsgebührenansätze im Fernmeldebereich (SR 784.106.12) weiter konkretisiert.

⁹ AEFV, SR 784.104.

¹⁰ Fernmeldegebührenverordnung, GebV-FMG, SR 784.106.

III. Rechtsprechung

A. Netzzugang

1. Entscheide der ComCom

- *Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (TAL), (Verfügung vom 9. Oktober 2008)*

Sunrise stellte am 20. August 2007 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom. Auf Antrag der Beschwerdeführerin nahm die ComCom eine Überprüfung sämtlicher Preise der Beschwerdegegnerin für den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss auf Einhaltung der Kostendeckung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV vor und legte diese kostenorientiert fest. Zudem wurde der Zins für Rück- und Nachzahlungen auf CHF LIBOR zwölf Monate zuzüglich eines Bonitätszuschlags von 1.3 % festgelegt.

Ausgangspunkt des Entscheids bildet Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG, wonach die Gesuchsgegnerin den Nachweis zu erbringen hat, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Die Gesuchsgegnerin hat zunächst den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Aus diesem Grund wurden von der ComCom Anpassungen an der Modellspezifikation, resp. an den Modellinputparametern der Gesuchsgegnerin verlangt. Zu bedenken war, dass zur Überprüfung des Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin heranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist.

Nach der Preisfestsetzung durch die ComCom (vgl. Art. 74 Abs. 3 FMV) legte diese auch die Zinshöhe für die Rückzahlungen der Beschwerdegegnerin per Verfügung fest, da weder das FMG noch die FDV diese explizit regeln.

- *Bedingungen der Kollokation (KOL),
(Verfügung vom 9. Oktober 2008)*

Sunrise stellte am 20. August 2007 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom. Die ComCom nahm eine Überprüfung der Preise für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Kollokation auf Kostenorientierung vor und legte diese in der Folge neu fest. Der Basiszinssatzes für Rückzahlungen wurde auf CHF LIBOR zwölf Monate zuzüglich eines Bonitätszuschlags von 1.3 % festgelegt. Zudem darf die Kollokation FDV ausschliesslich für den tatsächlichen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten genutzt werden. Es ist nicht gestattet, die Kollokation FDV Dritten weiterzuvermieten.

Als erstes ersuchte die Gesuchstellerin, sämtliche Swisscompreise "Kollokation FMG" auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen sowie über den Zins für die Rück- und Nachzahlungen zu entscheiden.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG haben marktbeherrschende Anbieterinnen den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Die ComCom kann nur Preise für pflichtige Dienste kostenorientiert festlegen, hingegen nicht für Dienstleistungen, welche mit nicht pflichtigen Kollokationsdiensten in Zusammenhang stehen.

Die Gesuchsgegnerin hat zunächst den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Es werden daher Anpassungen angeordnet.

Nach der Preisfestsetzung durch die ComCom (vgl. Art. 74 Abs. 3 FDV) legte diese auch die Zinshöhe für die Rückzahlungen der Be-

schwerdegegnerin per Verfügung fest, da weder das FMG noch die FDV diese explizit regelt.

Weiter stellte die Gesuchstellerin Anträge, welche nicht die von der Gesuchsgegnerin geforderten Preise für Zugangsdienstleistungen, sondern Modalitäten des Zugangs zum Inhalt haben.

So forderte die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin zu verpflichten sei, ihr das Recht einzuräumen, an den Kollokationsstandorten Zugangsdienstleistungen für Dritte zu beziehen sowie die eigenen Anlagen mit Anlagen von dritten Anbieterinnen zu verbinden.

Die ComCom hielt dazu fest, dass die Gesuchsgegnerin ein Untervermietungsverbot vorsehen darf und dass dieses Verbot die von Art. 56 Abs. 2 lit. e FDV vorgesehene Möglichkeit, Zugangsdienstleistungen für Dritte zu beziehen, nicht tangiert. So darf die Gesuchstellerin gestützt auf ihre Präsenz am Kollokationsstandort Zugangsdienstleistungen für Dritte, welche selber nicht am Standort ansässig sind, beziehen. Nicht erlaubt ist ihr hingegen, die von ihr gemietete Kollokationsfläche an Dritte weiterzuvermieten, wodurch diese am Standort selbst physisch präsent wären.

Gemäss Art. 56 Abs. 2 lit. c und d FDV muss die Gesuchsgegnerin zulassen, dass die Gesuchstellerin den Kollokationsstandort über die Infrastruktur einer bereits am Kollokationsstandort präsenten Drittanbieterin erschliessen darf.

Wie sich bereits aus dem Gesetzestext von Art. 53 Abs. 4 FDV ergibt, ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, betriebliche und technische Änderungen 24 Monate im Voraus bekannt zu geben.

Bezüglich der online-Informationen gemäss Art. 53 Abs. 3 FDV hielt die ComCom fest, dass jene Informationen noch nicht derart detailliert sein müssten, dass damit eine Machbarkeitsstudie für die Kollokation am vorgesehenen Standort nicht mehr nötig wäre.

- *Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (TAL) sowie der Kollokation (KOL), (Teilverfügung vom 9. Oktober 2008)*

Die COLT Telecom AG stellte am 28. September 2007 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom

und stellte darin zu verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen Rechtsbegehren. Nach Überprüfung der Preise der Gesuchsgegnerin auf Kostenorientierung wurde diese von der ComCom neu festgelegt.

Zunächst beehrte die Gesuchstellerin, dass für Zugangsdienste und -einrichtungen der Gesuchsgegnerin nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise i.S.v. Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 52 ff. FDV festzulegen seien.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG haben marktbeherrschende Anbieter den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Die ComCom kann nur Preise für pflichtige Dienste kostenorientiert festlegen, hingegen nicht für Dienstleistungen, welche mit nicht pflichtigen Kollokationsdiensten in Zusammenhang stehen.

Die Gesuchsgegnerin hat zunächst den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Es werden daher Anpassungen angeordnet. Die ComCom setzt sodann die kostenorientierten Preise für die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sowie für die pflichtigen Kollokationsdienste fest (vgl. Art. 74 Abs. 3 FDV).

Des Weiteren hielt die ComCom bezüglich der Verbindung mit Anlagen Dritter fest, dass Art. 56 Abs. 2 lit. d und e FDV zwingend und daher anders lautende Vertragsklauseln zu streichen seien.

Zudem entschied die ComCom, dass die Vertragsklausel, mit welcher die Gesuchsgegnerin die Reziprozität der Vertragsbedingungen festsetzte, zu entfernen sei. Falls nämlich die Gesuchstellerin im relevan-

ten Markt eine beherrschende Stellung erhalten würde, hätte sie sowieso zwingend ebenfalls gemäss Art. 11 FMG Zugang zu gewähren.

- *Bedingungen der Interkonnektion
(Teilverfügung vom 9. Oktober 2008)*

Tele2 stellte am 19. Mai 2004 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom und stellte dabei diverse Rechtebegehren. Nach Überprüfung der Interkonnektionspreise der Gesuchsgegnerin auf Kostenorientierung wurden die nutzungsunabhängigen und nutzungsabhängigen Tarife für die Jahre 2004 bis 2008 neu festgelegt.

Als erstes ersuchte die Gesuchstellerin, für sämtliche zwischen den Parteien erbrachten und der Regulierung unterliegenden Interkonnektionsdienstleistungen kostenorientierte Preise i.S.v. Art. 45 FDV festzulegen.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG haben marktbeherrschende Anbieter den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Bezüglich der marktbeherrschenden Stellung entschied die ComCom, dass abweichend von den Entscheiden der ComCom vom 10. Juni 2005 der Gesuchsgegnerin auch hinsichtlich des Angebots von TAS-Diensten Marktbeherrschung zukommt.

Die Gesuchsgegnerin hat zunächst den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Es werden daher Anpassungen am Preismodell angeordnet, was zu einer Senkung der strittigen Preise führt. Einzig beim nutzungsunabhängigen Tarif für die Implementierung der Nummerportierungsnummer ONP Routing lag in casu der von der Gesuchsgegnerin

offerierte Preis unter dem Ergebnis der Instruktionsbehörde. Die ComCom sieht in diesem Fall von einer Preisfestsetzung ab, da die Gesuchsgegnerin mit ihren Vertragspartnerinnen unter dem Kostennachweis liegende Preise vereinbaren darf, sofern diese allen alternativen Anbieterinnen diskriminierungsfrei offeriert werden.

Im Weiteren bilden die Interkonnektionsbedingungen, bei welchen die Gesuchstellerin die Festlegung von Vertragsklauseln im zwischen den Parteien bestehenden Interkonnektionsvertrag beantragt, den Verfahrensgegenstand.

Die Vertragsgegnerin hat aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 11 FMG und Art. 52 FDV) Anspruch darauf, dass die in einem Drittverfahren verfügbaren Preise auch im Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin Anwendung finden. Da die Drittwirkung von Gesetzes wegen gilt, muss sie nicht vertraglich vereinbart werden.

Schliesslich verlangt die Gesuchstellerin die Aufnahme der Vertragsregelung, dass jede Partei auch einzelne Dienste unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist jeweils auf Ende eines Monats kündigen kann, ohne dass dabei die Gültigkeit des Vertrags als solche tangiert wird. Die ComCom kommt diesem Gesuch nicht nach, da bei Kündigung der einzelnen Dienste der Interkonnektionsvertrag ohnehin nicht betroffen ist.

– *Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA), (Teilverfügung vom 23. Dezember 2008)*

Sunrise stellte am 5. September 2007 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom. Die Gesuchsgegnerin wurde in der Folge verpflichtet, mit Wirkung ab dem 16. August 2007 bei der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes für alle Anschlusstypen inklusive dem Typ Primäranschluss einen Abzug von Fr. 1.63 auf dem monatlichen Teilnehmeranschlusspreis zu gewähren. Gleichzeitig wurden die Preise für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes für die Jahre 2007 bis 2008 festgelegt.

Die Gesuchstellerin beantragte, dass sämtliche von der Gesuchsgegnerin festgesetzten Preise ihres Standardangebotes "Verrechnung des

Teilnehmeranschlusses" auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und kostenorientiert rückwirkend auf den 16. August 2007 festzulegen seien. Zudem sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse auf transparente und nicht-diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

Zunächst stellte die ComCom die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin fest. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c FMG hat die Gesuchsgegnerin daher den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Die Gesuchsgegnerin hat zunächst den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit Exceltabellen und mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 60 resp. Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Es wird daher detailliert aufgezeigt, welche Anpassungen vorgenommen werden müssen.

2. *Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts*

Keine in der Berichtsperiode.

3. *Gutachten der Wettbewerbskommission*

- *Zusatzdienste für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung ("Supplementary Services for Preselection", RPW 2008, 216 ff.)*

Dieses Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007 dient der Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung gemäss Art. 11a FMG erstellt. Die Marktbeherrschung der Swisscom wurde bejaht.

Sunrise reichte am 6. Mai 2004 via BAKOM bei der ComCom ein auf kostenorientierte Preise gerichtetes Interkonnectionsgesuch betreffend verschiedene bei der Swisscom bezogene Dienste ein.

Das BAKOM bat darauf die Weko um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung i.S.v. Art. 11a Abs. 2 FMG bei den "Supplementary Services for Preselection".

Die Weko kommt nach Prüfung von Art. 4 Abs.2 KG zum Schluss, dass die Swisscom bei den "Supplementary Services for Preselection" als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist.

- *Schneller Bitstromzugang (RPW 2008, 222 ff.)*

Dieses Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 wurde zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG erstellt. Die Marktbeherrschung der Swisscom wurde bejaht.

Sunrise reichte am 10. April 2007 via BAKOM bei der ComCom ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen für den schnellen Bitstromzugang gegen die Swisscom ein und beantragte unter anderem, dass die Swisscom auf transparente und nicht diskriminierende Weise kostenorientierte Preise beim schnellen Bitstromzugang gewähren muss.

Das BAKOM bat darauf die Weko um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktbeherrschung i.S.v. Art. 11a Abs. 2 FMG.

Die Weko kommt nach Prüfung von Art. 4 Abs.2 KG zum Schluss, dass die Swisscom betreffend den schnellen Bitstromzugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist.

- *Transitdienste im Bereich ?Transit to (...) Access Services?
(RPW 2008, 234 ff.)*

Dieses Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007 wurde zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG erstellt. Die Marktbeherrschung der Swisscom wurde bejaht.

Tele 2 reichte am 19. Mai 2004 via BAKOM bei der ComCom ein auf kostenorientierte Preise gerichtetes Gesuch betreffend den "Transit to (...) Access Services" ein.

Das BAKOM bat darauf die Weko um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktbeherrschung i.S.v. Art. 11a Abs. 2 FMG.

Die Weko kommt nach Prüfung von Art. 4 Abs. 2 KG zum Schluss, dass die Swisscom betreffend die "Transit to (...) Access Services" als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist.

B. Allgemeine Marktordnung

1. Entscheide der ComCom

- *Bedingungen der Nummernportabilität
(Verfügung vom 9. Oktober 2008)*

Die Cablecom stellte am 5. September 2007 zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom. Nach Überprüfung des Preises der Gesuchsgegnerin für die Portierung einer Einzelnummer auf Kostenorientierung wurde dieser gesenkt.

Die Gesuchstellerin beantragte, dass ein von der Gesuchsgegnerin festgesetzter Portierungspreis auf Einhaltung der Transparenz gemäss Art. 53 FDV und Kostenorientierung gemäss Art. 54 FDV zu überprüfen und kostenorientiert rückwirkend ab dem 1. Januar 2007 festzulegen sei. Eventualiter sei der Portierungspreis gemäss Art. 74 FDV nach markt- und branchenüblichen Vergleichswerten festzusetzen.

Es ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin bei der Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschend zu betrachten ist.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG hat sie daher den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen.

Die Gesuchsgegnerin hat den formellen Kostennachweis erbracht, indem sie der Regulierungsbehörde mit ihrem präzisen Rechenmodell namens "Cosmos" die relevanten Daten und Informationen eingereicht hat, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen.

Die ComCom hat bei der materiellen Prüfung, ob die strittigen Preise tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV festgesetzt wurden, einige Verletzungen festgestellt. Sie ordnet daher Anpassungen an und setzt gestützt auf das korrigierte Modell die Preise fest.

2. *Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts*

– *Zuteilung einer Kurznummer (A-7278/2007 vom 29. April 2008)*

Das SF Schweizer Fernsehen reichte beim BAKOM ein Gesuch um Zuteilung der Kurznummer 1862 für die Aufschaltung von Wetter- und Prognoseinformationen ein. Zugleich unterbreitete es die Frage, ob der staatliche Wetterdienst MeteoSchweiz nicht einen Wettbewerbsvorteil geniesse, indem dieser seinen Dienst über die dreistellige Kurznummer 162 verbreiten könne. Das BAKOM wies das Gesuch um Zuteilung ab und verneinte zugleich auch einen Wettbewerbsvorteil von MeteoSchweiz. Das BVGer weist die Beschwerde gegen die Verfügung des BAKOM ab.

Zuerst stellt das BVGer fest, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Zuteilung einer Kurznummer hat. Art. 30 AEFV, wonach Informationsdiensten für die öffentliche Sicherheit Kurznummern zugeteilt werden können, stehe nur für Dienste zur Verfügung, die über eng umrissene, ganz konkrete Gefahrensituationen informieren. Allgemeine Wetterprognosen fallen hingegen nicht darunter. Auch aus Art. 54 Abs. 7 AEFV ergibt sich kein Zuteilungsanspruch, da diese Übergangsbestimmung nur die Fortführung, nicht aber die Neuzuteilung einer Kurznummer behandelt.

Anschliessend verneint das BVGer einen Verstoß gegen das Kartellgesetz, da die Vergabe von Adressierungselementen gar nie eine unternehmerische Tätigkeit i.S.v. Art. 2 KG sein kann. Bereits aus der beschränkten Anzahl Kurznummern ergibt sich, dass sich auch die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des FMG nicht oder nur sehr eingeschränkt auf die Vergabe von Kurznummern beziehen können.

Zudem verneint das BVGer auch eine Verletzung der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots, des Anspruchs auf faires Verfahren und der Verhältnismässigkeit. Zuletzt hält das BVGer fest, dass, selbst wenn eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vorliegen würde, diese wegen ausreichendem öffentlichem Interesse und genügender Verhältnismässigkeit zulässig wäre.

– *Widerruf einer Mehrwertnummer*
(A-8634/2007 vom 29. Mai 2008)

Das BAKOM hat B. eine 0900-Mehrwertnummer in der Kategorie "Business und Marketing" widerrufen. B. hatte in einer Zeitschrift den Tarif kleiner als die Telefonnummer geschrieben sowie auf seiner Internetseite den Tarif nicht in der Nähe der Nummer platziert bzw. die Vorwahl 0900 nicht von den restlichen Ziffern abgetrennt. Dies stellt eine Verletzung der PBV¹¹ dar, welche B. nicht fristgerecht behoben hatte.

Gemäss Art. 11 und 12 AEFV ist bei einer Gesetzesverletzung der Widerruf einer Mehrwertnummer möglich, wenn der Konsumentenschutz gefährdet ist. Die Konsumenten sollen davor geschützt werden, eine Mehrwertnummer nicht als solche wahrnehmen zu können und somit den Tarif nicht zu kennen. Da B. zum Zeitpunkt des Verfahrens vor dem BVGer alle Gesetzesverletzungen korrigiert hat und auch keine Anhaltspunkte für zukünftige Verletzungen vorliegen, qualifiziert das BVGer den Widerruf als unverhältnismässig und heisst die Beschwerde des B. gut.

B. macht vor dem BVGer auch einen Schadenersatz von CHF 10'000 geltend. Das BVGer verneint aber seine diesbezügliche Zuständigkeit. Zuständig hierfür sei das Eidgenössische Finanzdepartement.

¹¹ Preisbekanntgabeverordnung, SR 942.11.

- *Zuteilung neuer Frequenzen während der Konzessionsdauer (A-7362/2007 vom 2. Juli 2008)*

Im Hinblick auf den Ablauf der Mobilfunkkonzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise hat die Tele2 die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen beantragt; zusätzlich beantragt die Tele2, dass alle Konzessionärinnen gegenseitig zur Gewährung des nationalen Roamings zu kostenorientierten Preisen zu verpflichten seien. Die ComCom weist diese Begehren ab mit der Begründung, dass die Voraussetzungen für eine Änderung der Konzession der Tele2 nicht gegeben sei, zu wenige Frequenzen zur Verfügung stünden und eine Umverteilung von Frequenzen an die Tele2 die Versorgungssicherheit gefährde. Schliesslich fehle für das Anbieten von nationalem Roaming zu kostendeckenden Preisen eine gesetzliche Grundlage. Das BVGer heisst die Beschwerde gegen die Verfügung der ComCom teilweise gut.

Zunächst hält das BVGer fest, dass die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen als Konzessionsänderung anzusehen ist. Die einschränkenden Voraussetzungen zur Änderung einer Konzession müssen bei Anpassungen zugunsten der Konzessionärin aber nicht erfüllt sein; in solchen Fällen müssen lediglich die Anforderungen erfüllt sein, die im Allgemeinen an die Wiedererwägung von Verfügungen gestellt werden. Bei Anpassungen durch die Behörde ist aus Gründen des Schutzes des Vertrauens und der Investition der Konzessionärin nach wie vor zu verlangen, dass veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse vorliegen und die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.

Die Verweigerung der Zuteilung kann nicht mit mangelnden verfügbaren Frequenzen begründet werden, da diese Frage erst nach rechtskräftiger Erledigung der Erneuerung der Konzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise beantwortet werden kann. Auch die Sicherstellung der Versorgungssicherheit ist in diesen Verfahren zu prüfen. Die Tele2 hat daher Anspruch auf Prüfung ihres Gesuches.

Für die Einführung einer Verpflichtung aller Konzessionäre zur Gewährung des nationalen Roamings fehlt eine Grundlage im Fernmeldegesetz. Angesichts des mit einer Roamingverpflichtung verbundenen Eingriffs in die Vertragsfreiheit (Wirtschaftsfreiheit) und der möglichen erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen kann das Roaming auch nicht als Nebenbestimmung der Konzessionen eingeführt werden.

– *Festlegung der Konzessionsgebühren*
(A-6328/2007 vom 4. August 2008)

Die Beschwerdeführerin zog eine Verfügung des BAKOM betreffend Konzessionsgebühr zur Erbringung von Mobilfunkdiensten an das BVGer weiter. Sie bemängelte, dass das neue Kriterium der Gebührenhöhe, nämlich der Wert der Frequenzen (Art. 39 Abs. 2 lit. a FMG), zu unbestimmt sei, zumal die Gebühr weder aufgrund des Kostendeckungs- noch des Äquivalenzprinzips überprüft werden könne. Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Das BVGer hält zunächst fest, dass der Umfang des Legalitätsprinzips je nach der Natur der Aufgabe zu definieren ist. Die Funkkonzessionsgebühr ist eine kostenunabhängige Kausalabgabe, womit das Kostendeckungsprinzip nicht greift. Das Äquivalenzprinzip gilt zwar, wobei aber auch dieses kaum Richtlinien für eine Begrenzung des Gebührenbetrags vermittelt. Die Gesetzesnorm sei daher nicht optimal, lasse sich aber wegen der schnellen technischen Entwicklung auf diesem Gebiet und der Vielzahl der verschiedenen Funkarten nicht detaillierter im Gesetz regeln. Das Legalitätsprinzip ist daher nicht verletzt.

Mit der neuen Berücksichtigung des Frequenzwertes soll ermöglicht werden, einträglichere und somit attraktivere Frequenzen durch höhere Gebühren zu belasten. Die Höhe der Gebühr kann entsprechend der Nachfrage nach den Frequenzen festgelegt werden, wobei damit grundsätzlich ein nachfragerorientiertes Abstufen und nicht das Abstellen auf eine konkrete Nachfrage gemeint ist.

Da die Festlegung der Gebühren ausschliesslich aufgrund von Rechtsnormen und nicht durch eine Übereinkunft der Parteien festgelegt worden ist, liegt auch kein Eingriff in wohlerworbene Rechte vor.

– *Anbieten von inexistenten Fernmeldeanlagen*
(A-2258/2008 vom 4. August 2008)

Wer Fernmeldeanlagen auf seiner Website anbietet, muss deren Konformität nachweisen können. Dass diese Geräte in casu gar nicht wirklich existieren und nur zwecks Profilierung der Webseite von einem Lehrling der Beschwerdeführerin erfunden worden sind, ändert nichts daran, dass mit deren Anbieten die gesetzlichen Bestimmungen verletzt werden.

- *Anforderungen an Fernmeldeanlagen*
(B-5964/2008 vom 8. September 2008)

Fernmeldeanlagen, die entweder die Anforderungen der 1999/5/EG oder des schweizerischen Rechts erfüllen, sind aufgrund des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen in der Schweiz zuzulassen. In casu wurde die Nichtkonformität der Anlagen zu Recht festgestellt.

- *Festlegung der Konzessionsgebühren*
(A-979/2008 vom 22. Oktober 2008)

Die Beschwerdeführerin, die SAC Rettungsstation Kerns, nutzt für ihre Einsätze eine Funksprechanlage, für welche das BAKOM eine Verwaltungsgebühr erhebt. Mit Einführung der neuen Fernmeldegebührenverordnung UVEK per 1. Januar 2008 wurde die Gebühr von CHF 420 auf CHF 1584 erhöht. Die SAC Rettungsstation erhob deswegen Beschwerde an das BVGer. Dieses weist die Beschwerde ab.

Zunächst hält das BVGer fest, dass alleine die Tatsache, dass es der Rechnungsstellung an der nötigen Transparenz und Nachvollziehbarkeit fehlt, für sich alleine kein Grund darstellt, die Verfügung für ungültig zu erklären und aufzuheben.

Zudem sei das Kostendeckungsprinzip nicht verletzt, weil sich angesichts einer Kostendeckung von nur rund 50 % in den Vorjahren eine Erhöhung rechtfertigen lasse.

Schlussendlich wird die Verwaltungsgebühr, welche gemäss Art. 9 Abs. 2 und 3 Fernmeldegebührenverordnung UVEK i.V.m. Art. 40 FMG erhoben wurde, unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips geprüft. Dabei ist der strittige Betrag nicht nur in Bezug zu setzen mit dem Nutzen, den die Beschwerdeführerin aus der Funkanlage zieht, sondern auch mit den Verwaltungstätigkeiten, welche das BAKOM leisten muss. Da diese Verwaltungstätigkeiten sehr aufwändig sind, liegt kein offensichtliches Missverhältnis vor. Das Äquivalenzprinzip ist daher auch nicht verletzt.

Weil die Rechnungsstellung wenig transparent und kaum überprüfbar war, wurden der Beschwerdeführerin aber wenigstens die Verfahrenskosten reduziert.

C. Grundversorgung

1. *Entscheide der ComCom*

- *Grundversorgungskonzession Nr. 25530 2008 vom 21. Juni 2007 zugunsten der Swisscom AG*

Die ComCom hat erneut die Swisscom als Grundversorgungskonzessionärin ab dem 1. Januar 2008 bezeichnet. Die Swisscom wird während der nächsten zehn Jahre die Grundversorgungsdienste im Fernmeldebereich allen Bevölkerungskreisen und in allen Landesteilen anbieten. Neu ist die Swisscom verpflichtet, zusätzlich zum analogen und zum ISDN-Anschluss auch einen Breitband-Internetanschluss bereitzustellen. Die Konzession gilt für den Zeitraum von 2008-2017. Die Swisscom erhält mindestens für die ersten fünf Jahre der Konzessionsdauer keine finanzielle Abgeltung. Sie könnte allerdings eine solche für die darauf folgenden Jahre fordern. Die ComCom würde ein eventuelles Gesuch der Swisscom prüfen und die Abgeltung auf der Basis der effektiven Kosten festlegen.

2. *Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts*

Keine in der Berichtsperiode.

D. Behörden und Verfahren

1. Entscheide der ComCom

- *Subloop/Vorsorgliche Massnahme
(Zwischenverfügung vom 19. März 2008)*

Am 28. September 2007 reichte die Gesuchstellerin bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung ein. Sie beehrte, dass für Zugangsdienste und -einrichtungen der Swisscom nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise i.S.v. Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 52 ff. FDV festzulegen seien. Im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme wurde die Gesuchsgegnerin Swisscom verpflichtet, ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen.

Die ComCom kann im Rahmen eines Zugangsverfahrens vorsorgliche Massnahmen erlassen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen (Art. 11a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 71 FDV). Im vorliegenden Fall war zu prüfen, ob die Gesuchgegnerin vorsorglich zu verpflichten sei, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen.

Die Massnahme war als dringlich anzusehen, da das Abwarten des rechtskräftigen Endentscheids zur Folge hätte, dass die Gesuchsgegnerin ihren Wettbewerbsvorteil ausbauen könnte und ein sofortiger Wettbewerb verhindert würde.

Die Weigerung der Gesuchsgegnerin, den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren, verunmöglicht den anderen Anbieterinnen, entsprechende Kundenprodukte zu entwickeln und die erforderlichen Investitionen zu tätigen. Ein weiteres Zuwarten hätte aber nicht nur betriebswirtschaftliche, sondern auch volkswirtschaftliche Nachteile, da ein wirksamer Wettbewerb verhindert würde. Es liegen somit nach Ansicht der ComCom nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile vor.

Die vorsorgliche Massnahme war zudem verhältnismässig, da ein erhebliches öffentliches Interesse darin besteht, dass der Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung gewährt wird und dass die Gesuchsgegnerin ein Basisangebot festlegt. Nicht besonders gewichtig

erscheint dagegen das private Interesse der Gesuchsgegnerin, kein Basisangebot innert nützlicher Frist veröffentlichen zu müssen.

Da das Subloop Unbundling lediglich eine Unterform des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und keine selbständige Zugangsform darstellt, kann im Sinne einer Hauptsacheprognose angenommen werden, dass die Gesuchsgegnerin gestützt auf das FMG verpflichtet ist, den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren.

Aus diesen Gründen ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verpflichten war, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen.

2. *Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts*

– *Kein Anspruch auf Beiladung (A-692/2008 vom 7. April 2008)*

Der Zweck der Beiladung dient der Ausdehnung der Rechtskraft des anstehenden Entscheids auf Dritte und der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Praxisgemäss werden vom BVGer Parteien beigelegt, die in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen unmittelbar berührt sind. Stellen sich in einem Interkonkonnktionsverfahren Fragen von präjudizieller Bedeutung für andere Marktteilnehmer, so sind diese nur mittelbar betroffen. Ein Anspruch auf Beiladung besteht nicht.

– *Parteistellung bei Erneuerung einer Mobilfunkkonzession (A-7311/2007 / A-7312/2007 / A-7313/2007 vom 27. Mai 2008)*

Tele2 stellte bei der ComCom den Antrag, in den Verfahren um die Erneuerung der Konzessionen von Orange, Swisscom und Sunrise als Partei beigezogen zu werden. Die ComCom verneinte die Parteistellung, da Tele2 nicht stärker berührt sei als andere. Das BVGer heisst die Beschwerde gegen diese Verfügung gut.

Bei Erneuerung der Konzession der Beschwerdegegnerinnen werden die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin nicht direkt be-

rührt. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist aber zur Beschwerde auch berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat.

Das BVGer bejaht ein schutzwürdiges Interesse von Tele2 an der Teilnahme der Vorinstanz, weil bei Durchbringen ihrer Anträge eine öffentliche Ausschreibung der Konzessionen erfolgt wäre. Zudem bejaht es die besondere Beziehungsnähe, weil bei Konzessionserteilung an eine Konkurrentin nicht nur eine verstärkte Konkurrenz erfolgt, sondern auch zusätzlich die Möglichkeit zur Nutzung der zugeteilten Frequenzen entzogen wird.

Noch nicht anwendbar war in obigen Verfahren der neue Art. 24 Abs. 4 FMG, gemäss welchem die selbständige Anfechtung verfahrensleitender Zwischenverfügungen betreffend öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen ist.

IV. Literatur

A. Bücher

- *MATTHIAS AMGWERD: Netzzugang in der Telekommunikation (Zürich 2008):*

Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ist im Wesentlichen abhängig vom Zugang alternativer Anbieter zum Netz der vormaligen Monopolistin, wenn diese nicht (von Beginn weg) zum Aufbau eigener Infrastruktur gezwungen werden sollen. Das vorliegende Buch ist eine umfassende Darstellung der Rechtsfigur des Netzzugangs. Dabei werden auch die ordnungspolitischen und ökonomischen Grundlagen beleuchtet und das Thema in einen internationalen Kontext gesetzt. Der Hauptteil der Arbeit befasst sich mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Netzzugangs und der bisherigen behördlichen Spruchpraxis zu. Ausführlich beschreibt der Autor den jüngsten Reformprozess und damit die Kontroverse um die Öffnung der letzten Meile. Die Untersuchung behandelt das Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht und geht damit auch auf die Frage der Finalität sektorspezifischer Regulierung ein.

- *KRYSTOFIAK JULIA: WTO und Telekommunikation (Hamburg 2008):*

Dienstleistungen der Telekommunikation stellen einen entscheidenden Antriebsfaktor für die Internationalisierung der Wirtschaft und die Entwicklung der Dienstleistungsgesellschaft dar. Die neuartigen technischen Möglichkeiten der Telekommunikation und des Internets verbinden die internationalen Märkte "in Echtzeit" und haben damit zu einer Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beigetragen. Dies ermöglicht neue Geschäftsmodelle ("globales Dorf"). Durch die Einbeziehung des Telekommunikationsbereichs in das Handelssystem der WTO hat die internationale Staatengemeinschaft einen Regelungsrahmen für den Handel mit Dienstleistungen der Telekommunikation geschaffen. Die Autorin stellt die relevanten WTO-Abkommen dar, analysiert ihren bisherigen Einfluss auf die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte und prüft die Notwendigkeit weiterer Liberalisierungen. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf das erste WTO-Streitbeilegungsverfahren im Bereich Telekommunikation gerichtet.

- *STEPHANE WERLY (Hrsg.): Droit de la communication (Basel 2008):*

Diese Sammlung enthält die wichtigsten Erlasse im Telekommunikations- und Medienrecht.

- *BENJAMIN WITTEW: Bewilligung von Mobilfunkanlagen (2. Aufl., Zürich 2008):*

Gegen den Bau einer neuen Mobilfunkanlage setzen sich regelmässige zahlreiche Personen zur Wehr, weil sie eine Gesundheitsschädigung oder eine Wertverminderung ihrer Liegenschaft befürchten. Der Autor stellt dies schlagwortartig als "Bitte ein Handy, aber keine Antennen." dar. Die verschiedenen Interessen des Fernmeldewesens, des Umweltschutzes, der Raumplanung sowie des Natur- und Heimatschutzes hat der Gesetzgeber nach Ansicht des Autors nur ungenügend harmonisiert. Den Bewilligungsbehörden und den Gerichten sind weitgehend die Hände gebunden, grundsätzlich können in besten Wohnlagen Mobilfunkanlagen errichtet werden. Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden allerdings festgehalten, dass Gemeinden innerhalb des Siedlungsgebiets eine Standortsteuerung für Mobilfunkanlagen vornehmen können. In der vorliegenden Auflage sind diese (planerischen) Möglichkeiten detailliert aufgeführt.

- *JUN WU: Telecommunications Competition and Its Driving Force – A comparative Study of Telecommunications Law of the EU, the US and China (Zürich 2008):*

Diese Dissertation analysiert die regulatorischen Rahmenbedingungen der Telekommunikationsinfrastruktur in China unter Vornahme eines Rechtsvergleichs mit den USA und der EU.

- *CLEMENS VON ZEDTWITZ: Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen (Zürich 2008):*

Der Übergang vom staatlichen Monopol zum regulierten Markt hat sich auch auf das Telekommunikationsvertragsrecht ausgewirkt. Die für regulierte Wirtschaftsbereiche typische Anwendbarkeit sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Vorschriften kennzeichnet auch den Interkonnektionsvertrag. Charakteristisch ist zudem der Einfluss internati-

onaler technischer Standards und Vertragsmodelle auf die Vertragswerke schweizerischer Fernmeldediensteanbieterinnen. Der Autor erfasst den Interkonktionsvertrag dogmatisch, beschreibt dessen Vertragselemente und schlägt Rechtsfolgen für verschiedene Leistungsstörungen vor. Ausserdem geht der Autor auf Lösungsansätze für einzelne, im Zusammenhang mit der Interkonktionsregulierung aufgetretene Probleme ein und widmet sich auch Abgrenzungsfragen, welche sich zwischen sektorspezifischen fernmelderechtlichen und allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen ergeben haben.

B. Aufsätze

- VANIA KOHLI: *TELEKOMMUNIKATION: Mehr Bandbreite ist dringend nötig!*, AwR 2008, 407 ff.:

Beim Mobilfunk nimmt die Nachfrage nach Kommunikationskapazität so stetig zu, dass die bestehenden Netze diese Nachfrage nicht abzudecken vermögen. Die Netze müssen nach Ansicht der Autorin daher dort ausgebaut werden, wo ein Bedürfnis nach mehr Kommunikation besteht.

Auch bei den fixen Netzen steigt das Bedürfnis nach höheren Übertragungsbreiten (Bandbreite) kontinuierlich. Dies wird mit Modewort "Fiber to the Home" (FTTH) zum Ausdruck gebracht, wonach extrem leistungsfähige Glasfasernetze bis in die Haushalte, also bis zu den Anschlussgeräten der Kunden verlegt werden sollen, weil die bestehenden Metallleitungen immer mehr an ihre Kapazitätsgrenzen stossen.

Da im Gegensatz zu früher nicht mehr nur grosse Datenmengen empfangen werden (Download), sondern auch immer häufiger verschickt werden (Upload), wächst das Bedürfnis nach symmetrischer Bandbreite.

Die Liberalisierung des Fernmeldemarktes soll einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbieterinnen ermöglichen, weil dann auch die Investitionen und Innovation am grössten sind.

Der Gesetzgeber hat die Zugangsverpflichtungen gemäss Art. 11 FMG auf das bestehende Kupferkabelnetz beschränkt. Da die Bandbreite des Kupferkabels bald ausgeschöpft ist, wird zum Teil schon jetzt der Ein-

schluss von Glasfasernetzen in die bestehende Zugangsregulierung gefordert.

- *LEILA ROUSSIANOS: Développement des télécommunications: communes et opérateurs dans l'impasse?, BR 2008, 34 ff.:*

Seit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes 1998 hat sich die Technik und die zur Verfügung stehenden Dienste enorm entwickelt. Die öffentlichen Interessen lassen sich dabei nicht eindeutig festlegen, weil einerseits moderne und verschiedene Telekommunikationsdienstleistungen angeboten, andererseits die Umwelt geschützt und eine gute Raumplanung garantiert werden sollen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Gemeindeautonomie beim Bau von Mobilfunkantennen näher konkretisiert. Gemeinde und Kanton dürfen Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunksendeanlagen erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken beachten, welche sich insbesondere aus dem Bundesumweltrecht und -fernmelderecht ergeben. Ausserdem dürfen die Vorschriften nicht die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen (wie Qualität und Wettbewerb) aushebeln. Mobilfunkanlagen können ortsplanerischen Bestimmungen, welche anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, unterstellt werden, sofern dies explizit erfolgt und sofern die Vorschriften die weiteren Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung respektieren.

Die Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch sind verpflichtet, den Anbietern von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen ohne Entschädigung zu bewilligen, sofern diese den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. Anderenfalls ist eine Entschädigung zu entrichten. Als zentrale Frage des Marktzugangs erachtet die Autorin diesbezüglich die fernmelderechtliche Bestimmung des Art. 35 FMG und Art. 2 Abs. 7 BGBM als parallel anwendbar.

*Recht der
audiovisuellen Medien*

I. Einleitung

Die Neuerungen des revidierten Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) und die dazugehörige Verordnung (RTVV), welche beide am 1. April 2007 in Kraft getreten sind, haben auch im Berichtsjahr noch für Diskussionen und Gerichtsentscheide gesorgt. Einerseits erläutert das BAKOM in seinen Werbe- und Sponsoringrichtlinien 2008 die neu eingeführten Werbeformen Unterbrecherwerbung, Splitscreenwerbung, virtuelle und interaktive Werbung ausführlich und erläutert darin im Übrigen seine Praxis im Rahmen einer ausführlichen Überarbeitung der Richtlinien 1999/2007.

Gegenstand von Verfahren bis vor Bundesgericht waren sodann die Sponsoringbestimmungen, genauer gesagt die Sponsornennung und deren Ausgestaltung. In den Fällen "Montres Breguets – Depuis 1775" und "SEAT – auto emoción" stützte das Bundesgericht die strenge Praxis des BAKOM und befand den Zusatz "Depuis 1775" bzw. "auto emoción" in der Sponsornennung für werblich und daher unzulässig. Das Bundesgericht wies in beiden Fällen darauf hin, dass eine Änderung der Praxis nicht über den Gerichtsweg, sondern über den politischen Weg im Rahmen einer Gesetzesrevision zu suchen sei. Eine solche Gesetzesrevision dürfte angesichts der erst kürzlich erfolgten Totalrevision allerdings nur unter grossem Lobbying-Einsatz herbeizubringen sein.

Eine RTVG-Revision bahnt sich allerdings im Zusammenhang mit der Erneuerung des MEDIA-Abkommens und einer möglichen Lockerung des Alkoholwerbverbots an. Nach der Rückweisung der Botschaft zum MEDIA-Abkommen an den Bundesrat durch das Parlament in der Wintersession 2007 hat der Bundesrat sich mit der EU über einen geänderten Abkommenstext geeinigt und dem Parlament im November 2008 die entsprechende Zusatzbotschaft zur Beratung übermittelt. Gleichzeitig schlägt der Bundesrat eine Änderung des RTVG im Bereich Alkoholwerbung vor. Nachdem die Ständeratskommission eine Lockerung aber ablehnt, bleiben für das endgültige Ergebnis die parlamentarischen Beratungen im nächsten Berichtsjahr abzuwarten.

Gewohnt beansprucht wurden im Berichtsjahr die Aufsichtsbehörden im Bereich audiovisuelle Medien, sprich die UBI, das BAKOM aber auch die einzelnen Ombudsstellen. Sie hatten über das ganze Spektrum der sich im Bereich audiovisuelle Medien stellenden Fragen, d.h. Verletzung von Werbe- und Sponsoringvorschriften, Programmverletzungen, Konzessionsentscheide, etc. zu entscheiden und konnten so ihre Praxis weiter entwickeln und präzisieren.

II. Rechtsetzung

A. EU-Gemeinschaftsrecht

Am 19. Dezember 2007 ist die neue EU-Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste¹² in Kraft getreten. Diese Richtlinie erneuert die Richtlinie von 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.¹³ Augenfällig ist die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Richtlinie: Kerngebiet der bestehenden Richtlinie war das Fernsehen, die neue Richtlinie erfasst nun alle audiovisuellen Medien und stellt die Antwort auf die zunehmende Digitalisierung der Medienlandschaft sowie die Konvergenz der Medien dar.¹⁴

Audiovisuelle Mediendienste sind gemäss Art. 1 lit. a "Dienstleistung(en) im Sinne der Art. 49 und 50 des (EG-)Vertrages, für die ein Mediendienstanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze (...) ist." Ein Novum in der Europäischen Rechtsetzung enthält Erwägungsgrund 17. Demnach ist der Begriff "Sendung" unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Gebiet der Fernsehsendungen dynamisch auszulegen. Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste trägt damit der Schnellebigkeit des Medienrechts aufgrund der raschen technologischen Entwicklungen Rechnung.

Die Richtlinie nimmt eine Unterscheidung zwischen linearen Mediendiensten (eigentliche Fernsehprogramme) und nicht-linearen audiovisuellen Mediendiensten (Abrufdienste) vor und baut ein abgestuftes Regulierungskonzept auf dieser Unterscheidung auf. Auf alle audiovisuellen Mediendienste kommen die qualitativen Werbebeschränkungen, die Regelungen zum Schutz der Menschenwürde, die Regelungen zu Produkt-

¹² Richtlinie 2007/65/EG vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl EG L332 vom 18. Dezember 2007, S. 27 ff.

¹³ Richtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. EG L298 vom 17.10.1989, S. 23 ff.

¹⁴ NOBEL/KÄMPF, Die neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZ 2008, S. 58 ff., S. 58 f.

platzierungen und zum Sponsoring zur Anwendung. Die quantitativen Werbebeschränkungen, das Recht zur Gegendarstellung sowie die Einschränkungen von Exklusivrechten und das Recht zur Kurzberichterstattung gelten nur für lineare Mediendienstleistungen. Die Anforderungen beim Jugendschutz und bei der Verpflichtung zur Förderung europäischer Produktionen sind zudem bei nicht linearen Mediendienstleistungen herabgesetzt.¹⁵

Mit Inkrafttreten der Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste wurden die Fernsehwerberegeln in wesentlichen Punkten wie audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, Werbedauer, Produktplatzierungen, Unterbrechungswerbung usw. gelockert. Die Werberegulierung gilt auch als der umstrittenste Teil der überarbeiteten und angepassten Richtlinie.¹⁶

Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste ist von den Mitgliedstaaten bis zum 19. Dezember 2009 ins nationale Recht umzusetzen. Die revidierte Richtlinie kann sich nach Ansicht des Bundesgerichtes mittelbar auf die Schweiz auswirken, da sie dem schweizerischen Recht als Auslegungshilfe dienen kann, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Jugendschutz.¹⁷

B. Bundesrecht

Aufgrund Ziffer 13 des Anhangs der Verordnung zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge¹⁸ vom 7. Dezember 2007 wurde Art. 63 RTVV um die Absätze lit. d und lit. e ergänzt. Neu sind von der Gebühren- und Meldepflicht nach Art. 68 RTVG u.a. diplomatische Missionen, ständige Missionen oder andere Vertretungen bei zwischenstaatlichen Organisationen sowie konsularische Posten befreit. Ebenfalls nicht unter die Gebühren- und Meldepflicht fällt unter anderem das Personal von diplomatischen Missionen, ständigen Missionen, Vertretungen bei zwi-

¹⁵ NOBEL/KÄMPF, a.a.O., S. 61.

¹⁶ NOBEL/KÄMPF, a.a.O., S. 58 ff.

¹⁷ Vgl. BGE 133 II 136, Erw. 5.2.2., "Lovers TV".

¹⁸ Gaststaatverordnung, V-GSG, SR 192.121.

schenstaatlichen Organisationen sowie das Personal von durch Berufs-Konsularbeamte geführte konsularische Posten, welches die schweizerische Staatsangehörigkeit nicht besitzt und im Besitz der entsprechenden Legitimationskarte des EDA ist.

C. Rechtsetzungsprojekte

Im Rahmen der bilateralen Abkommen II von 2004 ist die Schweiz dem EU-Filmförderungsprogramm MEDIA ("MEDIA-Abkommen") beigetreten. Dieses wurde im Jahr 2007 erneuert und sieht vor, dass die Schweiz ab November 2009 das in der EU geltende Herkunftsprinzip in Bezug auf den freien Empfang und die ungehinderte Weiterverbreitung von Fernsehsendungen übernimmt. Werbefenster ausländischer Sender, die sich an die Schweiz richten, würden demnach neu ausschliesslich den nationalen Vorschriften des Herkunftslandes des Senders unterstehen (z.B. in Bezug auf die Zulassung von Alkoholwerbung oder politischer Werbung).¹⁹

Das Parlament hat die Botschaft zum MEDIA-Abkommen in der Wintersession 2007 an den Bundesrat zurückgewiesen mit dem Auftrag, nach Lösungen zu suchen, die den medienpolitischen Interessen der Schweiz besser Rechnung tragen. Kritisiert wurde die im neuen MEDIA-Abkommen vorgesehene Einführung des in der EU geltenden Herkunftsprinzips. Im Rahmen der Revision des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) hatte das Parlament gewisse Werbebestimmungen für Fernsehprogramme beschlossen, welche teilweise strenger als der europäische Mindeststandard sind, namentlich in den Bereichen Alkohol, Politik und Religion. Für ausländische Werbefenster galt bisher grundsätzlich, dass diese Schweizer Recht einhalten müssen, selbst wenn dieses strenger als dasjenige des Sendestaates ist. Grossmehrheitlich unbestritten war das Kernanliegen des MEDIA-Abkommens, die Förderung des Films. Das Abkommen wird bis Ende 2009 provisorisch angewendet.

¹⁹ Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EU-Programm MEDIA für die Jahre 2007–2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme, in: BBl 2007 6681 ff.

Nach Rückweisung der Botschaft durch das Parlament hat der Bundesrat in Gesprächen mit der EU eine Änderung des Abkommenstextes vereinbart und im November 2008 die Zusatzbotschaft über die Teilnahme der Schweiz am MEDIA-Abkommen an das Parlament überwiesen.²⁰ Gleichzeitig wird eine Anpassung des RTVG im Bereich Alkoholwerbung vorgeschlagen. Artikel 1 des Anhang I des MEDIA-Abkommens sieht vor, dass die Schweiz unter Beibehaltung des Herkunftslandprinzips strengeren Werbevorschriften im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens weiterhin durchsetzen kann unter der Voraussetzung, dass diese verhältnismässig, nicht diskriminierend und im öffentlichen Interesse sind. Damit sollten die Verbote von religiöser und politischer Werbung sowie Werbung für Spirituosen und Mischgetränke ("Alkopops") aufrecht erhalten werden können. Fraglich sind Werbeverbote für Wein und Bier, da unter Schweizer Recht für lokale Fernsehveranstalter Werbung für Bier und Wein bereits zugelassen ist. Der Bundesrat beantragt daher in diesem Zusammenhang eine Änderung des RTVG, damit künftig Werbung für leichte Alkoholika allen inländischen Fernsehveranstaltern generell gestattet ist, um inländische Anbieter gegenüber ausländischen nicht zu benachteiligen.

Das Parlament hat nun das laufende MEDIA-Programm 2007 bis 2013 und den entsprechenden Rahmenkredit zu genehmigen. In den Kommissionen des Ständerats, allen voran in der zuständigen Fernmeldekommission ist die Teilnahme am MEDIA-Programm aufgrund der sich der Schweiz und den Schweizer Filmschaffenden bietenden Vorteile unbestritten. Keineswegs unbestritten ist jedoch die Änderung des RTVG. So will die Fernmeldekommission des Ständerats keiner Lockerung des Alkoholwerbeverbots zustimmen, sondern im Gegenteil allen Sendern jegliche Alkoholwerbung verbieten, womit die Schweiz dieses Verbot auch gegenüber ausländischen Werbefenstern geltend machen könnte. Das Parlament wird hierüber in den Frühlings- und Sommersessionen 2009 zu beraten haben.

²⁰ Zusatzbotschaft zur Botschaft vom 21. September 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EG-Programm MEDIA für die Jahre 2007–2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme; Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, in: BBl 2008 9105 ff.

D. Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM

1. Einleitung

Das BAKOM hat am 1. Juli 2008 die neue Werbe- und Sponsoringrichtlinien publiziert²¹, welche die Praxis des BAKOM zu Fragen rund um Werbung und Sponsoring erläutern. Die Richtlinien beziehen sich auf schweizerische Radio- und Fernsehprogramme, unabhängig davon, wie sie verbreitet werden. Damit werden auch über das Internet gestreamte Programme erfasst, wenn sie die notwendigen technischen Anforderungen erfüllen. Die neuen Richtlinien 2008 ersetzen diejenigen aus dem Jahr 1999, welche im Jahr 2007 zunächst punktuell an das neue Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) und die entsprechende Verordnung (RTVV) angepasst worden sind.

Die neuen Richtlinien stellen eine Zusammenstellung der Entscheidpraxis des BAKOM im Bereich Werbung und Sponsoring dar. Die Vorschriften zu Werbung werden neu auch in den Richtlinien erfasst, welche Fragen zur maximal zulässigen Werbezeit, Unterbrecherwerbung und zu sensiblen Werbeinhalten wie Alkoholwerbung und Heilmittelwerbung beantworten.

Durch die Richtlinien wird kein neues Recht geschaffen. Sie interpretieren und konkretisieren Rechtsbegriffe und Gesetzesbestimmungen der Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und des RTVV und geben Auskunft über die Entscheidpraxis und Haltung des BAKOM. Die Voraussetzungen für eine voraussehbare und rechtsgleiche Anwendung der gesetzlichen Vorgaben sollen geschaffen werden.

Der Aufbau der Richtlinien erfolgte in Anlehnung an die Systematik des RTVG und der RTVV: nach einer einleitenden Erläuterung zur Abgrenzung der Finanzierungsformen Werbung und Sponsoring (2. Teil) folgen die Bestimmungen zur Werbung (3. Teil), die Bestimmungen zum Sponsoring im Allgemeinen (4. Teil) und die Bestimmungen zu besonderen Sponsoringformen wie Produktplatzierung (5. Teil), Wettbewerbspreise (6. Teil) und Medienpartnerschaft (7. Teil).

²¹ http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/00516/02351/index.html?lang=de.

Die Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM sollen künftig im Jahresrhythmus aktualisiert werden.

2. *Werbung*

a) Deklaration von Werbung und Werbedauer

Werbespots und länger dauernde Werbeformen im Fernsehen von über 60 Sekunden müssen zusätzlich zum akustischen bzw. optischen Trennsignal durchgehend und deutlich erkennbar mit dem Begriff "Werbung" gekennzeichnet werden (Art. 12 Abs. 1 und 2 RTVV). Dies gilt nicht für klassische Werbeblocks, die aus mehreren aneinander gereihten Einzelspots bestehen und über 60 Sekunden dauern.

Die täglich zulässige Werbedauer gemäss Art. 19 und Art. 22 Abs. 2 und 4 RTVV bemisst sich nach der verwendeten Werbeform (Werbespots oder länger dauernde Werbeformen) und unterscheidet sich je nach Veranstalterkategorie.

b) Unterbrecherwerbung

Die RTVV gibt Unterbrechungsmöglichkeiten für Spiel- und Fernsehfilme sowie Nachrichtensendungen und Sendungen mit politischem oder religiösem Inhalt genau vor (Art. 18 Abs. 1 lit. a und b RTVG). Sendungen, die nicht unter Art. 18 Abs. 1 lit. a und b RTVV fallen, dürfen unabhängig von ihrer Dauer mindestens einmal durch Werbung unterbrochen werden, wobei der Intervall zwischen zwei Werbeblocks ungeachtet des Sendetyps mindestens 20 Minuten betragen muss (Art. 18 Abs. 1 lit. c RTVV). Gänzlich verboten ist Unterbrecherwerbung bei Kindersendungen (Art. 13 Abs. 2 RTVG) und bei Übertragungen von Gottesdiensten (Art. 18 Abs. 4 RTVV). Diese Regelung gilt nicht für die SRG, welche grundsätzlich nur eine Werbeunterbrechung ausstrahlen darf, sofern die Sendung länger als 90 Minuten dauert (Art. 22 Abs. 1 RTVV). Nicht konzessionierte Rundfunkveranstalter, die nicht im Ausland empfangbar sind, sind bei der Unterbrechung von Sendungen, die nicht unter Art. 18 Abs. 1 lit. a und b RTVV sowie Art. 18 Abs. 5 RTVV fallen, grundsätzlich frei. Grundlage

für die Berechnung der Anzahl zulässiger Werbeunterbrechungen in einer Sendung bildet das Bruttoprinzip, d.h. die gesamte programmierte Sendedauer inklusive allfälliger Werbeunterbrechungen wird mitberücksichtigt.

c) Alkoholwerbung, Werbung für alkoholfreie Getränke in Programmen mit Alkoholwerbeverbot und Heilmittelwerbung

Im Rundfunk nicht beworben werden dürfen alkoholische Getränke, die dem Alkoholgesetz²² unterstehen. Lokale Fernsehveranstalter unterstehen jedoch nicht dem absoluten Alkoholwerbeverbot und dürfen z.B. für Bier, Wein oder Obstwein werben.

In Fernsehprogrammen, die dem Alkoholwerbeverbot unterliegen, darf Werbung für ein alkoholfreies Produkt keine Werbewirkung für alkoholhaltige Getränke erzeugen. Das alkoholfreie Produkt muss eindeutig im Vordergrund stehen, so dass sich die Imagewerbung für das Unternehmen auf das absolute Minimum beschränkt. Die Werbung für alkoholfreie Produkte muss sich daher eindeutig von der Werbekampagne für alkoholhaltige Produkte unterscheiden und der Schriftzug "alkoholfrei" muss während des ganzen Spots gut lesbar eingeblendet werden.

Verschreibungspflichtige Arzneimittel unterliegen einem Werbewerbot, hingegen ist (Publikums-)Werbung für rezeptfrei beim Arzt oder Apotheker erhältliche Arzneimittel unter Beachtung weitgehender Transparenzvorschriften gemäss Art. 16 und 17 AWW zulässig. Werbespots sind aber vor ihrer Ausstrahlung dem Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic vorzulegen (Art. 23 AWW).

d) Eigenwerbung

Eigenwerbung unterliegt den Werbebestimmungen des RTVG, da ein Rundfunkveranstalter mit Eigenwerbung neben der Publikumsbindung oft

²² SR 680.

auch kommerzielle Zwecke verfolgt. Eigenwerbung eines Veranstalters muss von seinem redaktionellen Programm abgetrennt werden und wird an die Werbezeit angerechnet. Hinweise auf eigene Programme und Begleitmaterialien, die direkt auf eine Sendung Bezug nehmen, gelten jedoch nicht als Eigenwerbung.

3. *Sponsoring im Allgemeinen*

e) Grundsatz des Sponsorings und Geltungsbereich der Sponsoringbestimmungen

Die Verantwortung für die rechtskonforme Umsetzung des Sponsorings liegt beim Programmveranstalter. Dieser kann sich der Veranstalter durch Auslagerung der Produktion nicht entziehen, auch nicht bei Auftragsproduktionen, bei welchen neben der Produktion auch die Sponsorakquisition ausgelagert wird.

Unter den Geltungsbereich der rundfunkrechtlichen Sponsoringbestimmungen fallen Sendungen, wenn sie im Programm eines schweizerischen Veranstalters ausgestrahlt werden, ihre Produktion oder Ausstrahlung gesponsert wird und der schweizerische Veranstalter auf deren Entstehung und Ausgestaltung Einfluss nehmen kann. Die Möglichkeit der effektiven Einflussnahme des schweizerischen Veranstalters spielt dabei eine wichtige Rolle. So kommen die Sponsoringbestimmungen des RTVG und RTVV auf eingekaufte Fremdproduktionen nicht zur Anwendung, sofern dem schweizerischen Veranstalter keine Einflussnahme auf die Produktion möglich ist. Wird aber die Ausstrahlung des fremdproduzierten Films gesponsert, so greifen die Sponsoringbestimmungen.

Eigen- und Auftragsproduktionen fallen stets unter den Geltungsbereich der Sponsoringbestimmungen. Ein Sonderfall stellt die Koproduktion dar. Je nach koproduzierter Sendung ist die Einflussmöglichkeit des Veranstalters unterschiedlich. Das zentrale Kriterium ist in der Regel das finanzielle Engagement. Das BAKOM erachtet eine finanzielle Beteiligung ab 20 % als wesentlich, weshalb damit gerechnet werden darf, dass die Sponsoringbestimmungen zur Anwendung gelangen. Ebenso müssen die Sponsoringbestimmungen berücksichtigt werden, wenn ein schwei-

zerischer Fernsehveranstalter sich in dieser Grössenordnung an den Gesamtkosten der Produktion eines Kinofilms beteiligt und dieser im Fernsehen ausgestrahlt wird.

f) Auslegung von Art. 12 Abs. 2 RTVG

Das BAKOM präzisiert in den Werbe- und Sponsoringrichtlinien Art. 12 Abs. 2 RTVG, wonach bei Sendungen oder Sendereihen, die ganz oder teilweise gesponsert werden, die Sponsoren am Anfang oder am Schluss jeder Sendung genannt werden müssen, wie folgt:

- Rubrikensponsoring ist nicht zulässig, nur ganze Sendungen können gesponsert werden;
- Bei reinen Musikprogrammen ist das Sponsern von Programmen (sog. Stationssponsoring) zugelassen, obwohl das Sponsern von Programmen grundsätzlich unzulässig ist, weil das Sponsoring an den Sendungsbegriff nach Art. 2 lit. o RTVG anknüpft;
- Der Sponsor darf sowohl am Anfang als auch am Ende einer Sendung genannt werden, ausser bei Kürzestsendungen mit einer effektiven Sendedauer bis zu einer Minute;
- Die einmalige Nennung des Sponsors im Programmhinweis auf die gesponserte Sendung ist zulässig;
- Im Titel der gesponserten Sendung kann die Firma des Sponsors oder der Name eines Sponsorproduktes als Bestandteil erscheinen. Ein exklusiv aus der Firma des Sponsors bzw. aus dem Namen des Sponsorproduktes bestehender Titel ist unzulässig (z.B. "Celebrations"). Zudem muss sich die optische Ausgestaltung des Sendetitels massgeblich von der optischen Ausgestaltung des Auftritts des Sponsors bzw. seines Produkts unterscheiden. Die Deklarationspflicht entfällt nicht.

g) Sponsorwidmung

Jede Sponsornennung muss eine Sponsorwidmung enthalten, aus der für das Publikum das Sponsoringverhältnis erkennbar wird. Dies wird durch Nennung des Sponsors, dem Titel der gesponserten Sendung und dem Hinweis auf das Sponsoringverhältnis in der Sprache des Programms erreicht (z.B. Sendungsname + "gesponsert von...", Sponsornamen + "präsentiert von..."). Diesen Voraussetzungen müssen alle Sponsornennungen, auch die von Kürzestsendungen, genügen. Die Dauer der Sponsornennung muss im Verhältnis zur effektiven Sendedauer der gesponserten Sendung stets untergeordnet sein.

Ein Produkt des Sponsors bzw. dessen Name oder Markenzeichen, der Haupttätigkeitsbereich des Sponsors sowie eine Kontaktmöglichkeit dürfen zur besseren Identifikation des Sponsors neben der Nennung des Sponsors pro gesponserte Sendung einmal kumulativ verwendet werden. In Ausnahmefällen kann der Sponsor anstelle seines Firmennamens exklusiv mit einem seiner Produkte auftreten, z.B. wenn das Produkt, nicht jedoch der Firmennamen bekannt ist.

Sponsorennennungen dürfen keine Werbung oder werbliche Zusätze enthalten, auch nicht, wenn diese Bestandteil von markenrechtlich geschützten Firmenlogos sind (z.B. "Pepsi – Ask For More"); das Werbeverbot im Sponsoring geht der Förderungsmöglichkeit der Marke vor (Art. 12 Abs. 3 RTVG und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 RTVV). Unzulässig sind Aussagen, die das Publikum direkt ansprechen und zu einem Tun oder Verhalten auffordern (z.B. Teilnahme an Wettbewerb). Ebenso unzulässig sind Slogans, Claims, Hinweise auf die langjährige Firmentradition etc., unabhängig davon, ob sie Bestandteil eines markenrechtlich geschützten Logos sind (Bsp. "Depuis 1775" (Montres Breguet), "auto emoción" (SEAT)). Die Erwähnung von Marketing- und Sponsoringaktivitäten des Sponsors ausserhalb der Radio- und Fernsehsendung stellt ebenfalls eine unzulässige werbliche Sponsornennung dar ("Gesponsert von Puma, offizieller Ausstatter der Schweizer Fussballnationalmannschaft."). Unzulässig sind ebenso Hinweise auf die Markteinführung eines Produktes, Hinweise auf einen speziellen Anlass des Sponsors, der Teil der Marketingaktivitäten des Sponsors ist und nicht zu dessen Haupttätigkeit gehört, doppeldeutige Aussagen, die sich sowohl auf die gesponserte Sendung wie auf den Sponsor beziehen können (z.B. "Filmvergnügen fürs Leben mit TCS") sowie Be-

schreibung oder Darstellung von Eigenschaften des Produktes. Auf Kritik stiess die Ansicht des BAKOM, dass die Übernahme von Sequenzen aus einem Werbespot des Sponsors, welcher in der Schweiz ausgestrahlt wird und dessen letzte Ausstrahlung weniger als einen Monat zurück liegt, eine unzulässige werbliche Sponsornennung darstellt.

Nicht sponserbar sind Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen sowie Sendungen und Sendereihen, die mit der Ausübung der politischen Rechte auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene zusammenhängen. Nicht erfasst und sponserbar sind Talksendungen, die nicht mehrheitlich politische Themen behandeln, satirische Polit-Sendungen und Presseschauen.

h) Sponsoring mit alkoholfreien Produkten und Heilmittelsponsoring

Mit alkoholfreien Produkten können Unternehmen aus der Alkoholbranche, die aufgrund des Werbeverbots selbst nicht Sponsor einer Sendung sein dürfen, als Sendungssponsor von Sendungen auftreten, sofern sich die Assoziation zu alkoholhaltigen Produkten bzw. zum Unternehmen auf das unvermeidbare Mass beschränkt. Einem Unternehmen aus der Alkoholbranche ist ein Auftritt mit einem alkoholfreien Bier, das den Firmennamen des Unternehmens in sich trägt, nicht erlaubt, da hier eine zu grosse Nähe zum alkoholhaltigen Bier und zur Brauerei besteht. Veranstalter mit einem Alkoholwerbeverbot dürfen zudem Sendungen nicht von Sponsoren finanzieren lassen, die zur Hauptsache Produkte herstellen oder verkaufen oder Dienstleistungen anbieten, für welche Werbung nach Art. 10 RTVG verboten ist.

Im Heilmittelbereich tätige Unternehmen dürfen Sendungen sponsern, sofern dabei nur Arzneimittel der Abgabekategorie E, d.h. frei verkäufliche Arzneimittel, deren Anwendung keine Fachberatung erfordern, gezeigt werden.

4. *Produktplatzierung, Wettbewerbspreise und Medienpartnerschaft*

Die Deklarationspflicht von Produktplatzierungen nach Art. 21 Abs. 2 RTVV bezieht sich auf die einzelne Sendung. Produktplatzierungen müssen in jedem Fall am Anfang einer Sendung erwähnt werden, bei Sendereihen (Serien, Soaps etc.) am Anfang derjenigen Sendungen, in welchen das Produkt effektiv platziert wurde. Auf Sach- und Dienstleistungen ohne erheblichen Wert, welche dem Produzenten oder Veranstalter von einem Dritten gratis oder verbilligt (weniger als 1 % des Produktionsbudgets oder CHF 5'000) zur Verfügung gestellt worden sind, muss nicht zwingend am Anfang der Sendung hingewiesen werden, ausser es sind für deren Platzierung zusätzliche Geldzahlungen geflossen. Am Schluss der Sendung muss aber eine Sponsoringdeklaration erfolgen. Nicht als Produktplatzierung gelten in der Sendung präsentierte Wettbewerbspreise, die von einem Dritten gestiftet und in der Sendung vorgestellt werden.

Eine Produktplatzierung darf schlussendlich keine werbliche Hervorhebung enthalten, z.B. durch unnötige Erwähnung, Hervorhebung etc., und muss sich dem dramaturgischen Ablauf der Sendung anpassen. Anderenfalls liegt Schleichwerbung vor. Ebenfalls kann eine quantitative Anhäufung von an sich zulässiger Produktplatzierungen im Gesamteindruck zu einem unzulässigen Werbeeffekt führen.

Medienpartnerschaften sind vom Rundfunkveranstalter zu deklarieren. Sie können als Sponsoring oder als (Eigen-)Werbung ausgestaltet sein. Eine rein redaktionelle Berichterstattung über Anlässe mit Medienpartnerschaft ist ohne Deklarationspflicht möglich, sofern keine geldwerten Leistungen geflossen sind.

III. Rechtsprechung

A. Werbe- und Sponsoringvorschriften

1. Werbedeklaration, Werbetrennangebot und Werbedauer

– Verfügung des BAKOM vom 5. Februar 2008 i.S. Cherry TV

Das Ausstrahlen werblicher Lauftexte während des Sendens von Erotik-Rubriken im Nachtprogramm Cherry TV und das Fehlen eines Werbetrennsignets nach dem Werbeblock verletzt das Werbetrennangebot. Das BAKOM hat zudem auf Verletzung von Art. 13 Abs. 1 lit. a und b RTVG erkannt, da die Splitscreenwerbung in der Sendung Cherry TV mehr als ein Drittel der Bildschirmfläche bedeckte und der Schriftzug "Werbung" nur undeutlich lesbar war.

Das BAKOM hat aufgrund eines Hinweises mehrere Sendungen des Nachtprogramms "Cherry TV" auf dem Sender 3+ visioniert und eine Verletzung der Werbe- und Sponsoringbestimmungen des aRTVG beanstandet (Aufsichtsentscheid des BAKOM vom 5. Februar 2008 in Sachen 3 Plus Group AG). Das BAKOM hat auf diejenigen Sachverhalte, die sich vor Inkrafttreten des RTVG zugetragen haben, materiell ausschliesslich das aRTVG angewandt. Die andauernden Sachverhalte bis zum 31. März 2007 wurden gestützt auf das aRTVG beurteilt. Für die Zeit nach dem 1. April 2007 kam das RTVG zur Anwendung.

Werbung muss vom übrigen Programm deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein. Die Trennung der Werbung vom Programm muss dabei durch ein besonderes akustisches oder optisches Erkennungssignal realisiert werden, wobei sowohl der Beginn wie auch das Ende der Werbung klar gekennzeichnet werden müssen. Durch Ausstrahlen werblicher Lauftexte während des Sendens von Erotik-Rubriken im Nachtprogramm Cherry TV und Fehlen eines Werbetrennsignets nach dem Werbeblock hat 3+ gemäss BAKOM das Werbetrennangebot gemäss Art. 18 Abs. 1 aRTVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 aRTVV verletzt. 3+ hat zudem Art. 13 Abs. 1 lit. a und b RTVG verletzt, da die Splitscreenwerbung in der Sendung Cherry TV mehr als ein Drittel der Bildschirmfläche bedeckte und zudem der Schriftzug "Werbung" nur undeutlich lesbar war. Gemäss Art. 13 Abs. 1 RTVG darf Werbung unter gewissen Voraussetzungen während der Ausstrahlung des redaktionellen Programms auf einem Teil des Bildschirms eingefügt werden. Allerdings darf dabei die Werbefläche nicht

mehr als ein Drittel der Bildschirmfläche bedecken und muss dauernd durch den deutlich lesbaren Schriftzug "Werbung" gekennzeichnet sein.

Weiter wurde durch die Ausstrahlung mehrerer Werbeblöcke und Lauftextwerbungen parallel zum redaktionellen Programm die gesetzliche Höchstdauer von 12 Minuten Werbung pro Stunde überschritten, womit 3+ Art. 18 Abs. 3 aRTVG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 lit. c aRTVV verletzt.

2. *Schleichwerbung*

– *Entscheid b. 558 der UBI vom 19. Oktober 2007*

Die UBI hat eine Beschwerde gegen die Sendung "Persönlich" von Radio DRS 1 wegen angeblicher Schleichwerbung für Alkoholprodukte abgewiesen. In den Entscheiden äussert sie sich in grundsätzlicher Weise zu ihrer Zuständigkeit und zu ihren Beurteilungskriterien im Zusammenhang mit Schleichwerbung.

Die UBI hat eine Beschwerde gegen die Sendung "Persönlich" des Schweizer Fernsehens vom 13. Mai 2007 wegen angeblicher Schleichwerbung für Alkoholprodukte abgewiesen. Der Beschwerdeführer rügte, dass in der Sendung in den Gesprächen mit einer Schnapsbrennerin und einem Bierbrauer "massiv Alkohol-Schleichwerbung" betrieben worden sei. In diesem Entscheid wie auch im *Entscheid b. 559 der UBI vom 19. Oktober 2007* äussert sich die UBI in grundsätzlicher Weise zu ihrer Zuständigkeit und zu ihren Beurteilungskriterien im Zusammenhang mit Schleichwerbung:

Die Zuständigkeit der UBI bei Fällen von Schleichwerbung beschränkt sich mit Inkrafttreten des neuen RTVG am 1. April 2007 auf die Frage, ob durch unentgeltliche Schleichwerbung das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wird (Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG). Die Aufsicht über die Einhaltung von Art. 9-14 RTVG liegt in der alleinigen Zuständigkeit des BAKOM (Art. 86 Abs. 1 RTVG). Damit wacht dieses auch über das Verbot von Schleichwerbung nach Art. 10 Abs. 3 RTVG und Art. 11 Abs. 2 RTVV.

Ob eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots durch unentgeltliche Schleichwerbung vorliegt, wird nicht mehr anhand des Kriteriums der Erforderlichkeit geprüft, wonach Werbeeffekte hinzunehmen sind, wenn sie für die Vermittlung einer Information oder einer realitätsgerechten Umgebung erforderlich sind. Vielmehr geht die UBI davon aus, dass eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vorliegt, wenn die mit einer Darstellung oder Aussage verbundene Werbewirkung nicht durch den Informationswert gedeckt wird.

– *Entscheid b. 563 der UBI vom 19. Oktober 2007*

Ein im Rahmen eines Beitrags des Konsumentenmagazins "Kassensturz" von SF 1 ausgestrahlter Test von in Supermärkten erhältlichen Roséweinen stellt weder unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung dar, noch verletzt dieser den Jugendschutz. Die UBI hat eine gegen diesen Beitrag erhobene Beschwerde einstimmig abgewiesen.

Ein im Rahmen des Konsumentenmagazins "Kassensturz" ausgestrahlter Beitrag über Roséweine, insbesondere ein Filmbericht über einen Produktetest von 16 in Supermärkten erhältlichen Roséweinen, stellt gemäss UBI-Entscheid vom 19. Oktober 2007 keine unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung dar. Die UBI hält fest, dass Tests von Waren und Dienstleistungen einen zentralen Bestandteil von Konsumentenmagazinen darstellen. Für alkoholische Produkte oder Gattungswaren würden grundsätzlich die gleichen gesetzlichen Grundlagen und Prüfkriterien im Zusammenhang mit unentgeltlicher Schleichwerbung wie für andere Güter gelten.

Die UBI kommt zum Schluss, dass der durch die Ausstrahlung erzeugte indirekte Werbeeffekt keinen Selbstzweck verfolgt, sondern in einem Zusammenhang mit der Vermittlung von Informationen über die Produktion, Forschung und Qualität von Roséweinen steht und dass die Ergebnisse des Test einer Expertenjury für die Konsumentinnen und Konsumenten sachdienlich sind. Damit stellt der beanstandete Beitrag keine unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung dar. Da der Beitrag über den Test von Roséweinen zudem weder gegen das Werbeverbot für alkoholische Getränke (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und c RTVG) noch gegen den rundfunkrechtlichen Jugendschutz (Art. 5 RTVG, Art. 4 RTVV) versties, hat

die UBI eine gegen diesen Beitrag erhobene Beschwerde einstimmig abgewiesen.

3. *Sponsornennung*

- *Urteil 2C_643/2007 des Bundesgerichts vom 20. Mai 2008 (sowie Urteil A-563/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Oktober 2007)*

Bei der Sponsornennung sind nur Hinweise, Zusätze oder Aussagen zulässig, welche sich auf die blosser Identifikation des Sponsors beschränken. Aussagen werbenden Charakters, insbesondere wertende Aussagen und Slogans zum Sponsor selber oder zu dessen Produkten oder Dienstleistungen sind klar vom redaktionellen Teil des Programms zu trennen (E. 2, 3.1, 3.2, 3.3). Ein Hinweis auf das Gründungsjahr eines Sponsors stellt eine "Altersberühmung" dar und geht über den reinen Imagetransfer hinaus. Als Berufung auf Tradition und Qualität hat die Aussage eine werbende Wirkung (E. 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4).

Die zur Swatch Group SA gehörende Firma Montres Breguet SA stellt Luxusuhren her. Sie beabsichtigte im Herbst 2006 die Sendung "Cadenances" auf TSR 2 zu sponsern und dabei im Sponsorhinweis mit ihrem markenrechtlich geschützten Logo "Montres Breguet – Depuis 1775" aufzutreten. Am 4. Dezember 2006 stellte das BAKOM fest, dass der Sponsorhinweis mit dem von Montres Breguet gewünschten Logo gegen die Sponsorbestimmungen des RTVG verstosse und deshalb unzulässig sei. Das Bundesverwaltungsgericht stützte diesen Entscheid mit dem Hinweis, dass sowohl das alte wie auch das neue RTVG werbliche Aussagen beim Sponsoring verbieten.

Gegen diesen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gelangte die Beschwerdeführerin Montres Breguet SA mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht. Sie beantragte, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Verwendung des Sponsoringbillboards "Montres Breguet – Depuis 1775" zulässig sei. Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass die Altersangabe "Depuis 1775" Teil ihres Firmenlogos sei und sie deshalb ein legitimes Interesse an der Verwendung besässe. Zudem sei

eine imagebezogene Werbewirkung in Sponsoringhinweisen im Gegensatz zu einer produktbezogenen Werbewirkung zulässig. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Bei der Sponsornennung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur Hinweise, Zusätze oder Aussagen zulässig, welche sich auf die blosser Identifikation des Sponsors beschränken. Aussagen werbenden Charakters, insbesondere wertende Aussagen und Slogans zum Sponsor selber oder zu dessen Produkten und Dienstleistungen sind klar vom redaktionellen Teil des Programms zu trennen. In Sponsoringhinweisen sind keine Hinweise zulässig, welche über die Erkennbarkeit des Sponsors hinausgehen. Ein Hinweis auf das Gründungsjahr eines Sponsors (Depuis 1775) geht dabei über den reinen Imagetransfer hinaus und hat als Berufung auf Tradition und Qualität eine werbende Wirkung ("Altersberühmung"). Gemäss Art. 12 Abs. 3 RTVG und Art. 20 Abs. 2 RTVV gilt die Altersberühmung als Aussage werbenden Charakters und ist daher rundfunkrechtlich unzulässig.

Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass das Verbot der Verwendung des Zusatzes "Depuis 1775" die Wirtschaftsfreiheit nicht verletze, da andere Werbemethoden zu Verfügung stünden. In diesem Zusammenhang nicht massgeblich sind Firmen- und Markenrechte, da die Voraussetzungen der Sponsornennung in der Radio- und Fernsehgesetzgebung abschliessend umschrieben sind und das Firmen- bzw. Markenrecht einen anderen Regelungsinhalt beschlägt.

- *Urteil 2C_713/2007 des Bundesgerichts vom 20. Mai (sowie Verfügung des BAKOM vom 5. September 2006 und Urteil A-2278/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2007)*

Der Bezeichnung "SEAT auto emoción" kommt eine werbende Wirkung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 aRTVG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1a RTVV 1997 zu (E. 3.4.2.), weshalb er ohne Verletzung von Bundesrecht als Sponsorhinweis rundfunkrechtlich untersagt werden darf. Die noch auszuhandelnde Revision des EÜGF steht einer richterlichen Anpassung an die neusten Entwicklungen des EU-Rechts auf dem Weg der Auslegung entgegen. Wieweit die Werbe- und Sponsoringbestimmungen künftig gelockert

werden sollen, ist eine politische Frage und als solche nicht durch das Bundesgericht, sondern durch den Gesetzgeber zu prüfen (E. 5.1.).

Im September 2006 stellte das BAKOM fest, dass die Sat.1 (Schweiz) AG im Rahmen der Überraschungsshow "Celebrations" gegen die rundfunkrechtlichen Werbe- und Sponsoringbestimmungen verstossen hat: das BAKOM beanstandet das Product Placement für die Sponsoren Nokia, Toshiba, SEAT und Swisscom Fixnet in der Sendung "Joya rennt", eine ungenügende Sponsornennungen ("Partner", "Reisepartner", Art. 19 Abs. 2 aRTVG), Unzulänglichkeiten betreffend Unterbrecherwerbung in der Sendung "Celebrations"/"Celebrations – unser schönster Tag" (Art. 18 Abs. 2 aRTVG) sowie die Nennung des Sponsors im Titel der Sendung ("Celebrations", Art. 19 Abs. 3 aRTVG) und die Häufigkeit der Platzierung, "SEAT – auto emoción", "The new SEAT Toledo", "Immer ein Grund für Celebrations", "Air Berlin – Fly Euro Shuttle!" (Art. 19 Abs. 3 aRTVG, Art. 15 Abs. 2 aRTVV). Des Weiteren stellte es eine ungenügende Sponsornennungen durch einmalige Nennung fest (Art. 19 Abs. 2 aRTVG)

Die Verfügung des BAKOM wurde partiell vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der Verfügung soweit dadurch einerseits die Einblendung der Marke "SEAT – auto emoción" vor der Sendung "Celebrations" und andererseits das Product Placment in Bezug auf den Auskunftsdienst 1811 des Sponsors "Swisscom Fixnet" in der Sendung "Joya rennt" gerügt worden war. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat sodann vor Bundesgericht nur noch die Frage der Unzulässigkeit der Verwendung des Slogans "SEAT auto emoción" überprüfen lassen. Sowohl BAKOM wie BVGer hielten dafür, dass der Slogan "auto emoción" eine unzulässige werbliche Aussage darstellt. Das BVGer hielt fest, dass das RTVG generell werbliche Aussagen im Billboard ausschliesst, nicht nur produktbezogene Werbeaussagen. Vor Bundesgericht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass imagebezogene Aussagen der umstrittenen Art ("auto emoción") – anders als produktbezogene Hinweise – bei der Sponsornennung gestattet sind.

Das Bundesgericht äussert sich im vorliegenden Fall zur Zulässigkeit des ergänzenden Claims "auto emoción" im Billboard der beanstandeten Sendungen und hält fest, dass die für den Sponsor zu erzielende Wirkung im Bereich des Radio- und Fernsehgesetzes auf den mit der Nen-

nung des Namens des Sponsors verbundenen Imagetransfer beschränkt bleiben muss. Neben produktbezogenen Werbeaussagen sind auch imagewerbende Aussagen wie Slogans oder Claims in der Sponsornennung unzulässig. Der Zusatz "auto emoción" in der Sponsornennung von SEAT stellt eine solche unzulässige imagewerbende Aussage dar.

Die derzeitige aufsichtsrechtliche Praxis stuft das Bundesgericht als streng ein, insbesondere mit Blick auf die im europäischen Fernsehraum festzustellenden Entwicklungen und die Tatsache, dass die Verwendung markenrechtlich geschützter Claims und Slogans heute einer weit verbreiteten Praxis entspricht. Im europäischen Ausland seien gewisse imagebezogene Slogans, Claims und Hinweise als Logo oder Markenbestandteil entgegen der Praxis in der Schweiz zugelassen. Das Bundesgericht hält fest, dass das alte wie das neue Radio- und Fernsehgesetz von einem "klassisch-konservativen" Verständnis des Sponsorings ausgehen, welches die für den Sponsor zu erzielende Wirkung grundsätzlich auf den mit der Nennung seines Namens verbundenen Imagetransfer beschränkt; neben produktbezogenen Werbeaussagen sind deshalb auch imagewerbende Aussagen – wie "Slogans" oder "Claims" – im "Billboard" rundfunkrechtlich unzulässig (E. 2-3.3). Allfällige Lockerungen der Werbebestimmungen im RTVG sind daher durch die politische Behörde zu prüfen und können nicht über eine geltungszeitliche Auslegung durch die Rechtsmittelinstanz vorgenommen werden (E. 3.4-5.1). Das Bundesgericht hat die Beschwerde entsprechend abgewiesen.

– *Verfügung des BAKOM vom 8. Februar 2008 in Sachen SRG SSR idée suisse*

Die Sponsornennungen "einfachluxuriös reise ... mit em Uslandschutz vom TCS" bzw. "Bi jedem Wätter mit meteo und em Rächtsschutz vo TCS", in den Sendungen "einfachluxuriös" und "Meteo" sind werblich i.S.v. Art. 12 Abs. 3 RTVG und daher unzulässig. Dies hat eine Abschöpfung der unrechtmässig erzielten Einnahmen zur Folge (Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG).

Das BAKOM eröffnete am 21. Dezember 2006 ein Aufsichtsverfahren gegen die SRG SSR idée suisse (SRG) wegen vermuteter Verletzung der Werbe- und Sponsoringbestimmungen des aRTVG. Im Billboard der Sendung "einfachluxuriös" vom 14. Dezember 2006 wurde der Text

"einfachluxuriös reise mit em Uslandschutz vom TCS" für die Sponsornennung verwendet. Mit Schreiben vom 8. Februar 2007 erweiterte das BAKOM das Aufsichtsverfahren, da es auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt im Zusammenhang mit der Sendung "Meteo" aufmerksam wurde: das Billboard der Sendung Meteo vom 7. Februar 2007 erhielt die Sponsornennung "Bi jedem Wätter mit meteo und em Rächtsschutz vo TCS".

Hinweise auf ein Produkt des Sponsors bei der Nennung des Sponsors (z.B. "Meteo mit em Rächtsschutz vom TCS") werden vom BAKOM nicht beanstandet, diese entsprechen den gesetzlichen Vorschriften. Das BAKOM wirft der SRG allerdings vor, dass mit den beanstandeten Billboards werbende Aussagen zum Sponsor TCS gemacht wurden, welche gegen Art. 19 Abs. 3 aRTVG verstossen: gesponserte Sendungen dürfen nicht zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen. Insbesondere dürfen keine gezielten Aussagen werbenden Charakters über diese Waren oder Dienstleistungen gemacht werden. Das BAKOM kommt zum Schluss, dass in beiden Fällen durch die Sponsornennung der Sponsor mit einem Sicherheitsgedanken in Verbindung gebracht wurde, was als werbende Aussage zu qualifizieren und daher nach Art. 19 Abs. 3 RTVG 1991 unzulässig ist.

Bei gesponserten Sendungen sind die Sponsoren am Anfang und Ende der von ihnen finanzierten Sendungen nach Art. 19 Abs. 2 RTVG 1991 zu nennen. Gemäss Rundschreiben des BAKOM vom Mai 2002 muss der Hinweis auf ein Sponsoring zwei Elemente enthalten: es muss auf den Sponsoringsachverhalt aufmerksam gemacht und der Name des Sponsors erwähnt werden. Das BAKOM kommt zum Schluss, dass die beanstandete Formulierung "Bi jedem Wätter mit meteo und em Rächtsschutz vo TCS" den Zusammenhang zwischen der Sendung und dem Sponsor ungenügend aufzeigt hat und damit Art. 19 Abs. 2 RTVG 1991 verletzt wurde.

Das BAKOM hat bereits in früheren Verfahren nicht gesetzeskonforme Sponsornennungen in den Programmen der SRG beanstandet. Die als Massnahme gegen Verstösse der SRG in Sachen Sponsoringbestimmungen üblicherweise erfolgte Aufforderungen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Vornahme von Vorkehrungen, damit sich die Rechtsverletzungen nicht wiederholen, haben dabei in der Vergangenheit nicht ausgereicht. Das BAKOM kommt deshalb zum Schluss, dass es

verhältnismässig ist, die Abschöpfung der durch die Rechtsverletzung erzielten Einnahmen als nächst schwerere Massnahme anzuordnen. Es bestehe zudem ein öffentliches Interesse an dieser Massnahme, da der vorwiegend aus Gebührengeldern finanzierten SRG eine Vorbildfunktion zukomme und diese damit zu einer hohen Glaubwürdigkeit verpflichtet ist. Dem öffentlichen Interesse stünden allerdings finanzielle Einbussen der SRG entgegen. Diesem privaten Interesse der SRG sei im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Festsetzung des einzuziehenden Betrages Rechnung zu tragen.

Der Entscheid des BAKOM wurde von der SRG vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-1625/2008 vom 3. Februar 2009 die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Das Urteil ist im Zeitpunkt der Redaktion noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

- *Verfügung des BAKOM vom 25. April 2008 in Sachen SRG SSR idée suisse ("Alinghi II")*

Die Sponsornennungen "Alinghi in Valencia - mit UBS" (mit Bildern verknüpft) in den Sendungen "Alinghi aktuell", "Alinghi Countdown" und "Alinghi Analyse" ist werblich i.S.v. Art. 12 Abs. 3 RTVG, zudem wurde in ungenügender Weise auf das Sponsoringverhältnis (Art. 12 Abs. 2 RTVG) hingewiesen. Das BAKOM verfügte entsprechend eine Abschöpfung der unrechtmässig erzielten Einnahmen (Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG).

Das BAKOM hat mit Verfügung vom 25. April 2008 entschieden, dass die SRG mit den Sendungen "Alinghi Aktuell", "Alinghi Countdown" und "Alinghi Analyse" des Schweizer Fernsehens zum 32. America's Cup in Valencia gegen die Sponsoringbestimmungen des RTVG verstossen hat. Als Administrativmassnahme wurde die Abschöpfung der unrechtmässig erzielten Werbeeinnahmen angeordnet. Der Entscheid ist nicht rechtskräftig.

Das Schweizer Fernsehen berichtete im Juni 2007 in den erwähnten Sendungen über das Finale des America's Cup in Valencia. Vor und nach den Sendungen wurde ein Billboard des Sponsors UBS ausgestrahlt. Die UBS war gleichzeitig auch Sponsor des Schweizer Teams Alinghi vor Ort und damit ein sog. "Crossmedia"-Sponsor. Das rund zehn

Sekunden dauernde Billboard zeigte das Segelboot Alinghi und dessen Besatzung während einer Regatta. Dabei sah man das Schiff Alinghi auf Distanz, Nahaufnahmen der Alinghi sowie Aufnahmen des Teams in Aktion. Eine etwas länger dauernde Einstellung zeigte die Alinghi bei einem Wendemanöver. Dabei sah der Zuschauer vor allem die Logos von Alinghi und UBS. Bei dieser Einstellung erfolgte auch die Sponsornennung durch eine "Off Voice" ("Alinghi in Valencia – mit UBS"). Unmittelbar danach wurde ein grossflächiges Logo der UBS vor neutralem Hintergrund gezeigt. Das BAKOM eröffnete ein Verfahren gegen die SRG aufgrund der Vermutung, dass im Sponsoringbillboard durch die auffällig ins Bild gerückte Logo-Präsenz des "Crossmedia"-Sponsors UBS auf dem Schiff Alinghi sowie die Werbebotschaft "Alinghi in Valencia – mit UBS" gegen die Sponsoringvorschriften des RTVG verstossen wurde.

Sponsoringhinweise, welche nicht der Identifizierung des Sponsors dienen, sondern eine Werbebotschaft transportieren, sind nach Art. 12 Abs. 3 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 RTVV unzulässig. Sponsornennungen dürfen ausschliesslich Elemente enthalten, die der Identifizierung des Sponsors dienen. Gesponserte Sendungen dürfen weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren und Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten. In diesem Zusammenhang bestätigte das UVEK im Beschwerdeentscheid vom 22. Juni 2005 eine Verfügung des BAKOM vom 24. Juni 2003 ("Alinghi I"), in welcher das BAKOM die Sponsornennung "Nous sommes fiers de soutenir Alinghi, le défi suisse pour la Coupe de l'Amérique 2003" in einem Sponsoringbillboard als werblich eingestuft hatte. Zur besseren Identifikation des Sponsors darf gemäss BAKOM in der Sponsornennung auch ein Hinweis auf den Tätigkeitsbereich eines Sponsors erfolgen, dieser hat sich aber auf den Haupttätigkeitsbereich des Sponsors zu beschränken, sodass ein Hinweis auf ein externes Sponsoring des Sendungssponsors unzulässig ist, soweit es sich dabei nicht um eine Haupttätigkeit des rundfunkrechtlichen Sponsors handelt. Im Entscheid Alinghi II hält das BAKOM zudem fest, dass auf eine Hervorhebung des Sponsorenlogos auf real existierenden Bildern von Sportgeräten, die üblicherweise solche Sponsorenlogos tragen und hinzunehmen sind, zu verzichten ist.

Nach Ansicht des BAKOM diene das beanstandete Billboard in der vorliegenden Form und Ausgestaltung in erster Linie dazu, auf das

externe Sponsoring-Engagement des Sponsors UBS werbend aufmerksam zu machen und nicht als Sponsoringhinweis, zumal eine eigentliche Sendungswidmung fehlte. Die Logopräsenz des Sponsors UBS in der Bildsequenz während des Wendemanövers wäre aus Sicht des BAKOM "als noch knapp im Bereich des Zulässigen" einzustufen. Zusammen mit der Wortbotschaft "Alinghi in Valencia – mit UBS" unmittelbar nach den Bildern des Wendemanövers dient das beanstandete Billboard jedoch primär dazu, auf das gleichzeitige UBS-Sponsoring des Teams Alinghi vor Ort aufmerksam zu machen. Der Hinweis auf das externe Sponsoring-Engagement von UBS wird als werbliche Aussage und deshalb unzulässig qualifiziert. Das BAKOM zieht sodann eine Parallele zum Bundesverwaltungsgerichtsentscheid A-563/2007 (i.S. Montres Breguet, vgl. Ziff. III, A, 3) und hält fest, dass sich im vorliegenden Fall die UBS mit seiner Unterstützung des Teams Alinghis "rühme", was eine unzulässige werbliche Aussage in der Sponsornennung darstelle.

Zur ungenügenden Sponsoringdeklaration hält das BAKOM fest: Art. 20 Abs. 1 RTVV verlangt, dass jede Sponsornennung einen eindeutigen Bezug zwischen Sponsor und Sendung herstellt. Dem Erfordernis der klaren Sponsoringdeklaration wird mit Formulierungen wie "Diese Sendung ermöglicht Ihnen", "wird gesponsert von..." etc. entsprochen. Werden Sponsoringbillboards für verschiedene Sendungen verwendet, so ist bei der konkreten Ausgestaltung darauf zu achten, dass ein eindeutiger Bezug vom Sponsor zur effektiv gesponserten Sendung geschaffen wird. Vorliegend vermochte die Sponsorennennung in den Sendungen "Alinghi Aktuell", "Alinghi Countdown" und "Alinghi Analyse" des Schweizer Fernsehens nicht den gesetzlichen Anforderungen zu genügen.

Als administrative Massnahme muss das Schweizer Fernsehen die durch die Rechtsverletzung erzielten Einnahmen abliefern. Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zieht das BAKOM diese Einnahmen gestützt auf Art. 89 Abs. 1 lit. a RTVG ein. Das BAKOM hält fest, dass die SRG sowohl im Verfahren Alinghi I, welches durchaus vergleichbar mit vorliegendem Verfahren sei, als auch in zahlreichen früheren Verfügungen (vgl. Verfügung des BAKOM vom 8. Februar 2008, "einfachluxuriös" und "Meteo", Ziff. III, A, 3) die Sponsornennung in den Sendungen der SRG nicht gesetzeskonform vorgenommen hat. Diese administrative Massnahme sei daher erforderlich, um die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Sponsoring durchzusetzen.

B. Programmrechtliche Vorschriften

– *Urteil 2C_335/2007 des Bundesgerichts vom 25. Oktober 2008*

In "Schweiz Aktuell" wurde unter dem Titel "Freiburger Original in der Regierung" der parteilose Freiburger Staatsrat Pascal Corminboeuf portraitiert. Der rund dreiminütige Beitrag wurde sechs Tage vor den Staatsratswahlen im Kanton Freiburg ausgestrahlt. Das Porträt von Staatsrat Corminboeuf war ausgesprochen positiv abgefasst und portraitierte das Leben von Pascal Corminboeuf als Student, Philosoph und Bauer. Der Beitrag war gemäss Bundesgericht geeignet, die Chancengleichheit der Kandidaten zu beeinträchtigen, weil dem Zuschauer keine Elemente in die Hände gegeben wurden, um sich ein umfassendes Bild machen zu können (E. 4.2.1.).

Im Rahmen der Sendung "Schweiz Aktuell" zeigte das Schweizer Fernsehen am 30. Oktober 2006 ein Porträt des parteilosen Freiburger Staatsrats Pascal Corminboeuf. Die Sendung wurde sechs Tage vor den Staatsratswahlen im Kanton Freiburg ausgestrahlt, auf welche in der Sendung auch Bezug genommen wurde. Der Beitrag zeigte ein ausgesprochen positives Bild von Staatsrat Corminboeuf. Keiner der übrigen Kandidaten wurde in ähnlicher Weise vorgestellt. Gegen diese Sendung gelangte Erwin Kessler, Präsident des Vereins gegen Tierfabriken (VgT), zusammen mit 25 mitunterzeichnenden Personen an die UBI. Die Beschwerdeführer beanstandeten, das Porträt von Staatsrat Corminboeuf sei einseitig positiv ausgefallen und unausgewogen gewesen. Die UBI hiess die Beschwerde gut. In der Folge reichte die SRG beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid der UBI ein, mit dem Antrag, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben. Das Bundesgericht stützte den Entscheid der UBI und wies die Beschwerde ab.

Entgegen der Meinung der SRG ist auch eine grundsätzlich unpolitische Sendung wie "Schweiz Aktuell", in welcher Nachrichten, Reportagen sowie Interviews über aktuelle Ereignisse aus Wirtschaft, Kultur und Sport gezeigt werden, durchaus geeignet, die Willensbildung des Publikums zu beeinflussen. Die gesteigerten journalistischen Sorgfaltspflichten im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, welche die Chancengleichheit zwischen den Kandidaten gewährleisten sollen, gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur in eigentlichen Wahl- und Abstimmungssendungen, sondern hinsichtlich aller redaktionellen Sendungen mit einem

konkreten Bezug zu einem unmittelbar bevorstehenden Volksentscheid. Das positiv abgefasste Portrait des Politikers Corminboeuf in der Sendung "Schweiz Aktuell" sechs Tage vor der Wahl war geeignet, den Wahlausgang in unzulässiger Weise zu beeinflussen. Insbesondere erachtete das Bundesgericht den Beitrag als geeignet, die Chancengleichheit der Kandidaten zu beeinträchtigen und wies die Beschwerde ab.

– *Entscheid b. 580 der UBI vom 4. Juli 2008*

Die Beschwerde gegen den in der Sendung "Reporter" von SF1 ausgestrahlten Dokumentarfilm über das "blochersche Weltbild" wurde von der UBI abgewiesen. In ihrer Entscheidungsbegründung hält sie fest, dass die erhöhten Sorgfaltspflichten vor Bundesratswahlen nicht analog wie vor Volkswahlen Geltung finden. Da der Film dem Publikum erlaubte, sich eine eigene Meinung über das behandelte Thema zu bilden, erachtete die UBI das Sachgerechtigkeitsgebot als nicht verletzt.

Die UBI hat die Beschwerde gegen den in der Sendung "Reporter" von SF1 ausgestrahlten Dokumentarfilm über das "blochersche Weltbild" abgewiesen. In ihrer Entscheidungsbegründung hält sie fest, dass vor Bundesratswahlen die erhöhten Sorgfaltspflichten nicht wie vor Volkswahlen Geltung finden. Der Einfluss der Medien auf die Meinungsbildung von Parlamentariern sei im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen viel geringer. Zudem würden den National- und Ständeräten viele exklusive Möglichkeiten offen stehen, sich über eine Person oder ein Thema zu informieren, wie z.B. die Sessionen während der Legislaturperiode oder die nicht öffentlichen Kommissionssitzungen. Entsprechend sei auch der von Parlamentariern benötigte Schutz vor möglicher Beeinflussung durch die Medien geringer.

Die UBI hält weiter fest, dass der Film es dem Publikum erlaubt habe, sich eine eigene Meinung über das behandelte Thema zu bilden, weshalb das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden sei. Die UBI betont, dass sich das Publikum über Jahre eine Meinung über Christoph Blocher bilden konnte, da dieser die politische Landschaft in der Schweiz erheblich mitgeprägt habe. Die Meinungsbildung des Publikums zum "blocherschen Weltbild" und zu Christoph Blocher sei daher durch den Dokumentarfilm, in welchem der Bruder von Christoph Blocher im Zentrum stand, nicht in massgeblicher Weise beeinträchtigt worden, da insbesonde-

re auch die verschiedenen persönlichen Meinungsäusserungen als solche erkennbar waren und den drei Protagonisten (Gerhard und Christoph Blocher, Autor des Films) zugeordnet werden konnten.

Ebenfalls nicht verletzt wurde Gerhard Blochers Menschenwürde. Der Umstand, dass jemand freiwillig an einem Dokumentarfilm teilnimmt und die Ausstrahlung autorisiert, schliesst zwar nicht per se aus, dass die Menschenwürde dieser Person tangiert wird. Der beanstandete Film habe allerdings ein differenziertes Bild von Gerhard Blocher gezeigt, welcher zudem als langjähriger Vertrauter seines mediengewaltigen Bruders nach Ansicht der UBI keine erhöhte Schutzbedürftigkeit aufweise.

– *Entscheid b. 562 der UBI vom 7. Dezember 2007*

Der Beschwerdeführer hatte eine Beschwerde betreffend die Sendung "Club" zum Thema "SP eingreift und die einseitige Auswahl der Teilnehmenden an der Diskussion gerügt. Gemäss UBI hat die Sendung die Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen nicht verletzt, da die Sendung in einer ernsthaften und sachlichen Debatte ausschliesslich innerparteiliche Konflikte behandelte und die Ausstrahlung zudem nicht in einer sensiblen Periode unmittelbar vor Wahlen erfolgte.

Die Beschwerde gegen die Sendung "Club" zum Thema "SP – wie weiter?" hat die UBI einstimmig abgewiesen. Der Beschwerdeführer hatte die einseitige Auswahl der Teilnehmenden an der Diskussion gerügt, welche allesamt der gleichen Partei angehörten. Da es aber in der ernsthaften und sachlichen Debatte ausschliesslich um innerparteiliche Konflikte ging und die Ausstrahlung nicht in einer sensiblen Periode unmittelbar vor Wahlen erfolgte, hat die Sendung keine Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen verletzt, insbesondere nicht das Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot gemäss Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 RTVG. Zudem liegt keine unzulässige Schleichwerbung vor, da der allenfalls für die SP durch die Sendung entstandene Werbeeffect durch den Informationswert der Sendung bei weitem gedeckt wurde.

- *Aufsichtsentscheid des BAKOM 5. Februar 2008 in Sachen Radio Fribourg, Lausanne FM, One FM, RTN SA, Rhône FM*

Das BAKOM verfügte die Einziehung des finanziellen Vorteils, welcher durch eine mittels UBI-Entscheid festgestellte Verletzung des Verbotes politischer Werbung durch die obgenannten Radioveranstalter erwirtschaftet wurde.

Im Entscheid vom 16. März 2007 hat die UBI eine Verletzung des Verbots politischer Werbung gemäss Art. 18 Abs. 5 RTVG 1991 durch die lokalen Radiostationen der Westschweiz Radio Fribourg, Lausanne FM, One FM, RTN SA sowie Rhône FM festgestellt. Diese hatten Werbespots von SantéSuisse, dem Branchenverband der Schweizer Krankenkversicherer, verbreitet. Die in Rechtskraft erwachsene Verfügung der UBI hielt fest, dass mit Inkrafttreten des neuen RTVG am 1. April 2007 dem BAKOM die Kompetenz zukomme, die Frage der Folgen von Rechtsverletzungen zu klären.

Da im vorliegenden Fall die Einstellung der unzulässigen Werbespots bereits erfolgte, prüfte das BAKOM die Möglichkeit der Einziehung der unrechtmässig erlangten finanziellen Vorteile nach Art. 67 RTVG 1991. Die Abschöpfung der finanziellen Vorteile erachtet das BAKOM im vorliegenden Fall als geeignet, um die Konzessionäre von weiteren Verstössen gegen das RTVG abzuhalten. Diese Massnahme sei ausserdem notwendig, da sich das angestrebte Ziel, die Verhinderung weiterer Verstösse gegen das RTVG, nicht mit milderem Mitteln erreichen lasse. Zudem werden so die rechtsverletzenden Konzessionäre gegenüber solchen, welche die Bestimmungen des RTVG einhalten, nicht besser gestellt. Die Einziehung des finanziellen Vorteils wurde schliesslich vom BAKOM auch als zumutbar erachtet, weshalb das BAKOM die Abschöpfung der unrechtmässig erzielten Einnahmen anordnete.

- *Entscheid b. 582 der UBI vom 4. Juli 2008*

Der Beschwerdeführer beanstandete in der Sendung "Glanz & Gloria Weekend" von SF 1 in der Rubrik "Doppelpack" gestellte intime Fragen zur Sexualität. Die UBI verneint sowohl das Vorliegen einer Verletzung des rundfunkrechtlichen Jugendschutzes noch eine Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit und weist die Beschwerde entsprechend ab.

Die in der Sendung "Glanz & Gloria Weekend" von SF1 in der Rubrik "Doppelpack" gestellten Fragen zur Intimität und insbesondere Sexualität (z.B. "Onanieren Sie?" oder "Wo hätten Sie gerne Sex") an die zwei prominenten Gäste Amanda Ammann, die damals amtierende Miss Schweiz, und ihre Vorgängerin, Christa Rigozzi, verletzen gemäss UBI weder den rundfunkrechtlichen Jugendschutz (Art. 5 RTVG und Art. 4 Abs. 1 RTVV), noch gefährden sie die öffentliche Sittlichkeit (Art. 4 Abs. 1 RTVG). Programmrechtlich entscheidend sei, dass die Darstellung mit sexuellem Inhalt die befragten medien erfahrenen Prominenten nicht zu Unterhaltungszwecken zum Objekt voyeuristischer Neigung entwürdigt und dass keine breit abgestützten gesellschaftlichen Sittlichkeits- und Moralvorstellungen verletzt werden. Die UBI trägt damit dem gesellschaftlichen Wandel in den letzten Jahren bzw. Jahrzehnten mit der Enttabuisierung von sexuellen Themen in der Öffentlichkeit Rechnung.

Im Lichte des rundfunkrechtlichen Jugendschutzes beanstandet die UBI nicht, dass die Ausstrahlung der Rubrik zwischen 18 und 19 Uhr erfolgte und nicht als jugendgefährdend gekennzeichnet war: durch die schnelle Abfolge der Fragen und Antworten, dem unterhaltenden Charakter der Sendung, dem Schwerpunkt auf das spielerische Element und durch Verzicht auf weiteres Hinterfragen und Vertiefen der Antworten der Prominenten zur Sexualität könne eine Entwicklungsstörung bei Jugendlichen ausgeschlossen werden. Im Übrigen würden die Fragen zur Sexualität nur einen kleinen Teil im Rahmen der ganzen Rubrik "Doppelpack" einnehmen.

Die UBI hält im Rahmen dieses Entscheides fest, dass sich ihre Zuständigkeit auf die Rechtskontrolle beschränkt: sie habe festzustellen, ob durch eine Sendung Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen verletzt worden sind. Die UBI könne dem Schweizer Fernsehen jedoch keine Anweisung erteilen, ein "Mindestmass an Anstand einzuhalten bzw. entsprechende Inhalte erst in den Abendstunden auszustrahlen". Die Beschwerde wurde abgewiesen.

– *Entscheid b. 572 der UBI vom 10. März 2008*

Der Beschwerdeführer rügt einen Beitrag in der Sendung "Puls" zum Thema Gentest, mit der Begründung, der Beitrag würde einseitig die Sicht der Schulmedizin darstellen. Die UBI weist die Beschwerde ab.

Die UBI hat eine Beschwerde gegen einen in der Sendung "Puls" von SF 1 ausgestrahlten Beitrag über Gentests abgewiesen. Der Beschwerdeführer hatte gerügt, der Beitrag stelle einseitig die Sicht der Schulmedizin dar und verletze das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 RTVG.

Die UBI hält fest, sie könne der SRG nicht vorschreiben, dass sie in Medizinsendungen der Alternativmedizin gleichviel Sendezeit wie der Schulmedizin einräumen müsse. Sie habe ausschliesslich festzustellen, ob durch eine Ausstrahlung Bestimmungen über den Inhalt redaktioneller Sendungen verletzt worden sind oder ob eine rechtswidrige Verweigerung des Zugangs zum Programm vorliegt (Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG). Das Publikum konnte sich nach Ansicht der UBI eine eigene Meinung hinsichtlich der Anwendung von Gentests zur Bestimmung von Erbkrankheiten und bei der medikamentösen Behandlung bilden. Im Rahmen des gewählten Themas Gentests sei es nicht notwendig gewesen, auf die Gegensätze von Schul- und Alternativmedizin hinzuweisen. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

– *Entscheid b. 573 der UBI vom 10. März 2008*

Ein auf SF 1 im Konsumentenmagazin "Kassensturz" ausgestrahlter, ca. sechsminütiger Beitrag über Babyphones verletzt gemäss UBI das Sachgerechtigkeitsgebot nicht (Art. 4 Abs. 2 RTVG).

Im Zentrum des Beitrages standen die Resultate von Produkttests. Die Beschwerdeführer rügten, dass im Beitrag auf wichtige Resultate von Studien verschiedener Fachgremien und Wissenschaftler nicht hingewiesen worden sei, welche die Gefahren, die von Strahlungen (Elektromog) ausgehen, belegen. Die Kassensturz-Redaktion habe sich auf eine einseitige Stellungnahme der Vertreterin des Bundesamtes für Gesundheit gestützt.

Die UBI hält fest, dass es sich beim "Kassensturz" um ein populäres Konsumentenmagazin handelt, und nicht um eine wissenschaftliche Sendung. Im Rahmen des eigentlichen Themas des Beitrages, einem Test von acht marktgängigen Babyphones, sei es daher nicht notwendig, eine grundsätzliche Debatte über Elektromog zu führen. Die Problematik einer Strahlenbelastung von Kleinkindern durch Babyphones sei im Beitrag

zudem keinesfalls verharmlost worden, vielmehr sei das Publikum für die entsprechende Problematik sensibilisiert worden. Damit sei der Beitrag auch dem Anliegen der Beschwerdeführer entgegen gekommen.

– *Entscheid b. 564 der UBI vom 7. Dezember 2007*

Das auf Mikrofonen gut sichtbare Alinghi-Logo stellt unzulässige unentgeltliche Schleichwerbung und damit eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots dar. Die UBI hat die entsprechende Beschwerde gegen die Berichterstattung des Schweizer Fernsehens über den America's Cup 2007 gutgeheissen.

Die UBI kann nach eigenem Ermessen auf eine Beschwerde eintreten, welche die Voraussetzungen einer Popularbeschwerde nach Art. 94 RTVG nicht erfüllt, wenn ein entsprechendes öffentliches Interesse gegeben ist (Art. 96 Abs. 1 RTVG). Ein solches öffentliches Interesse liegt vor bei Sendungen, deren Gegenstand neue rechtliche Fragen aufwirft oder bei solchen, die von grundlegender Tragweite für die Programmgestaltung sind, wobei keine Kumulation der Erfordernisse vorausgesetzt wird (Änderung der Rechtsprechung). Der in diesem Fall zu behandelnde Sachverhalt – Logo des Team "Alinghi" auf Mikrofonen des Schweizer Fernsehens in mehreren Spezialsendungen und den ordentlichen Sportsendungen – wurde dabei als von grundsätzlicher Bedeutung für die Programmgestaltung und damit als beschwerdefähig eingestuft.

Die UBI kommt zum Schluss, dass das in mehreren Spezialsendungen zum America's Cup und den ordentlichen Sportsendungen zu sehende Alinghi-Logo auf den Mikrofonen des Schweizer Fernsehens keinen Informationswert hatte und die Transparenz über die Identität des Moderators als Vertreter des Schweizer Fernsehens und die redaktionellen Verantwortlichkeiten beeinträchtigte. Der mit dem Logo verbundene Werbeeffekt stelle eine unzulässige Schleichwerbung und damit eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG dar. Überdies wurde auch das Sachgerechtigkeitsgebot i.e.S. verletzt, indem das Publikum das Logo als vermeintliche Information wahrgenommen habe und sich dazu keine eigene Meinung bilden konnte. Die Beschwerde wurde gutgeheissen.

– *Entscheid b. 565 der UBI vom 10. März 2008*

Der Beschwerdeführer rügt die Darstellung der Debatte über die Minarett-Initiative in der Sendung "Infrarouge" von TSR. Die UBI weist die Beschwerde ab mit der Begründung, die Debatte sei sachgerecht und nicht diskriminierend gewesen und würde weder zu Rassenhass beitragen noch religiösen Gefühle verletzen.

Seit dem Inkrafttreten des neuen RTVG sind auch juristische Personen und andere Vereinigungen wie politische Parteien zur Beschwerdeeinreichung im Sinne von Art. 94 Abs. 1 lit. b RTVG befugt. Ein Verein ist jedoch nicht alleine aufgrund der Tatsache, dass dessen Statuten die Bekämpfung von Islamfeindlichkeit und anderen Formen religiöser Diskriminierung vorsehen, gegen eine Sendung des TSR, welche die Volksinitiative zum Minarettverbot zum Inhalt hatte, beschwerdelegitimiert. Die UBI trat dennoch auf die Beschwerde aufgrund eines öffentlichen Interesses an einem Entscheid in dieser Sache ein, obwohl die Voraussetzungen weder für eine Individual- noch eine Popularbeschwerde gegeben waren: der behauptete Aufruf in der Sendung zu Rassenhass und religiöser Diskriminierung erzeuge ein öffentliches Interesse an einem Entscheid, da grundlegende sozio-kulturelle Werte des demokratischen Staates Schweiz wie insbesondere die Glaubens- und Religionsfreiheit tangiert würden. Zudem sei unter dem neuen RTVG noch kein Entscheid zu dieser Thematik ergangen.

Die UBI stellt fest, dass es das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 RTVG gebiete, dass Sendungen die Grundrechte beachten. Auf die diesbezügliche Rechtsprechung der UBI, welche unter dem alten RTVG erging, könne dabei weiterhin abgestützt werden. Religiöse Gefühle verdienen demnach Respekt und sollen nicht jeglicher Form von Angriffen ausgesetzt werden. Allerdings muss eine Sendung religiöse Gefühle ernsthaft gefährden, nicht nur berühren. Die Sendung als Ganzes muss darauf ausgelegt sein, den Glauben verletzend herabzusetzen, diesen böseartig lächerlich zu machen sowie ihn niederträchtig zu verspotten. Nach Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG dürfen Sendungen zudem nicht zu Rassenhass beitragen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hält die UBI fest, dass eine Sendung Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG nicht verletzt, solange die Sendung nicht zum Sprachrohr extremer Gruppierungen verkommt und einen Informations-

wert besitzt, indem die Sendung den Zuschauenden einen kritischen Blick auf extreme Gruppierungen gewährt.

Im Rahmen des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG prüft die UBI, ob dem Publikum aufgrund der in der beanstandeten Sendung vermittelten Fakten und Meinungen ein möglichst zuverlässiges Bild über den Sachverhalt und das Thema vermittelt worden ist. Die UBI kommt zum Schluss, dass das umstrittene Thema, die Minarettverbots-Initiative, auf seriöse Weise aufgegriffen wurde. Der Kommentator der Sendung habe alles Notwendige unternommen, um ein ausgeglichenes Bild des Sachverhalts zu erzeugen. So waren sowohl Gegner wie auch Befürworter der Initiative zu Gast, beiden Seiten wurde gleich viel Redezeit eingeräumt und, wo nötig, wurde durch den Kommentator auch interveniert sowie an einen respektvollen Umgang miteinander appelliert. Wurden während der Sendung unzulässige Aussagen gemacht, deren Ausstrahlung aufgrund der Live-Sendung unvermeidbar war, so war der subjektive Charakter derselben stets erkennbar. Die UBI kommt zum Schluss, dass die Sendung nicht einen religiösen, sondern vor allem einen politischen Inhalt aufwies und die Sendung Art. 4 Abs. 1 und 2 RTVG nicht verletzte.

– *Entscheid b. 568 der UBI vom 19. Oktober 2007*

Der Beschwerdeführer beanstandete den Beitrag "Skandal um Pflegekind" in der Sendung "Rundschau" des Schweizer Fernsehens. Die Beanstandung betrifft insbesondere die Ergebnisse von aufsichtsrechtlichen Abklärungen im Zusammenhang mit der Platzierung eines Pflegekindes. Die UBI hat auf Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots erkannt.

Das Schweizer Fernsehen strahlte im Rahmen des Nachrichtemagazins "10 vor 10" im Juni 2007 einen Beitrag über Computersucht aus und stellte Europas erste Therapiestation in Amsterdam vor. Im Beitrag wurden mehrmals Ausschnitte aus einem Video mit einem angeblich schwer computerabhängigen Jugendlichen gezeigt. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebotes geltend. Er beanstandet ausschliesslich, dass die gezeigten Videosequenzen eines angeblich schwer computerabhängigen Jugendlichen, welche aus einem Video des Internetportals Youtube stammen, gestellt seien und Computersucht nicht authentisch wiedergeben würden.

Das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG verlangt, dass in einem Beitrag vermittelte Fakten ein möglichst zuverlässiges Bild über einen Sachverhalt oder ein Thema vermitteln, so dass sich das Publikum darüber frei eine eigene Meinung bilden kann. Bezüglich des Sachgerechtigkeitsgebotes ist es aber für die UBI nicht entscheidend, ob die beanstandeten Bilder authentisch oder gestellt sind. Vielmehr beurteilt die UBI, ob sich das Publikum zu den beanstandeten Bildern und Aussagen sowie zum Beitrag als Ganzes eine eigene Meinung bilden konnte. Der vorliegende bejahte Verstoss gegen journalistische Sorgfaltspflichten durch mangelnde Quellentransparenz hinsichtlich der gezeigten Filmsequenzen aus dem Youtube-Video begründet jedoch nicht automatisch eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebotes. Die Videosequenzen vermögen zudem als Nebenpunkte des Beitrages nicht die Meinung des Publikums zum eigentlichen Thema des Beitrages, Computersucht, zu beeinflussen. Die beanstandeten, nicht relevanten redaktionellen Unvollkommenheiten verletzen das programmrechtliche Sachgerechtigkeitsverbot nicht. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

C. Verfahrensrecht

– *Urteil 2C_4/2008 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2008*

Vor Bundesgericht besteht (auch) im Radio- und Fernsbereich kein Popularbeschwerderecht (E. 2.1 und 2.2). Ein Verein, der in seinem Namen und Logo den Begriff "Tierfabrik" verwendet, ist weder inhaltlich noch hinsichtlich einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör befugt, einen Entscheid der UBI bezüglich eines (kritischen) Beitrags zur vorgeschlagenen Abschaffung der gesetzlichen Höchsttierbestände und der damit befürchteten Gefahr des Entstehens von "Tierfabriken" anzufechten (E. 2.3 und 2.4).

Im Rahmen der Sendung "10 vor 10" strahlte das Schweizer Fernsehen am 21. Februar 2007 den Beitrag "Mehr Schweine" aus. In diesem kritischen Beitrag ging es um die damals diskutierte Frage der Abschaffung der Höchsttierbestände und der damit befürchteten Gefahr der Entstehung von Tierfabriken. Gegen diese Sendung reichten Erwin Kessler, Präsident des Vereins gegen Tierfabriken (VgT), und 22 Mitunter-

zeichner Beschwerde bei der UBI ein. Die UBI wies die Beschwerde ab und stellte fest, dass der umstrittene Beitrag keine programmrechtlichen Vorschriften verletzt hat.

Mit Beschwerde ans Bundesgericht beanstandete der Verein gegen Tierfabriken den Sachentscheid. Der angefochtene Entscheid sei "wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs" an die UBI zurückzuweisen. Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten: Die Beschwerdebefugnis ans Bundesgericht richtet sich ausschliesslich nach Art. 89 Abs. 1 BGG, so dass sich die Beschwerdelegitimation nicht bereits aus der Beteiligung am vorinstanzlichen Verfahren als Popularbeschwerdeführer ergibt. Der Beschwerdeführer muss vielmehr in einer besonderen, beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Ein besonderes berufliches oder persönliches Interesse an einer Thematik verschafft alleine noch keine besondere Beziehungsnähe und entsprechend auch keine Beschwerdelegitimation.

Diese Grundsätze sind auch auf die Beschwerdelegitimation des Vereins VgT (egoistische Verbandsbeschwerde) anwendbar. In der beanstandeten Sendung war weder vom beschwerdeführenden Verein noch von dessen Präsidenten die Rede. Dass der Verein in seinem Namen das Wort "Tierfabrik" verwendet, genügt nicht als Beschwerdelegitimation. Der Verein und sein Präsident wurden durch die ausgestrahlte Sendung zudem nicht stärker betroffen als andere tierliebende Zuschauer. Entsprechend fehlt es dem beschwerdeführenden Verein an der nach Art. 89 Abs. 1 BGG geforderten Beziehungsnähe, weshalb das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eintrat.

Soweit der Beschwerdeführer geltend machte, die UBI habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, war auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten: Die Popularbeschwerde nach RTVG gibt einem Beschwerdeführer lediglich einen Erledigungsanspruch in der Form, dass es die UBI nicht bundesrechtswidrig unterlassen darf, das durch ihn ausgelöste und ausschliesslich im öffentlichen Interesse liegende Verfahren durchzuführen. Ansonsten verschafft eine Popularbeschwerde dem Beschwerdeführer keine Verfahrensrechte. Der Verein VgT hatte deshalb kein schutzwürdiges Interesse, um ans Bundesgericht zu gelangen.

– *Urteil 2C_749/2007 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2008*

Beim Weiterzug einer Popularbeschwerde an die UBI ergibt sich die Beschwerdelegitimation nicht bereits aus der Beteiligung als Popularbeschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren. Auch ein rein persönliches Interesse an einer Thematik vermag keine eine Beschwerdelegitimation zu begründen, sondern beschwerdeführende Person muss in direkter Weise und in höherer Intensität betroffen sein als die Allgemeinheit. Vorliegend wurde letzteres verneint und auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Am 26. Oktober 2006 strahlte das Westschweizer Fernsehen (Télévision suisse romande) in der Sendung "Temps présent" einen Beitrag mit dem Titel "Soha, retour au pays du Hezbollah" aus. Gegen diesen Beitrag erhob der Beschwerdeführer zusammen mit anderen Mitunterzeichnern Popularbeschwerde bei der UBI und rügte dabei die Verletzung programmrechtlicher Vorschriften. Die UBI wies die Beschwerde ab und stellte fest, dass keine programmrechtlichen Vorschriften verletzt worden sind. Der Beschwerdeführer gelangte daraufhin mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Entscheide der UBI können grundsätzlich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerügt werden (Art. 86 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 83 lit. p BGG). Die Beschwerdelegitimation einer Person richtet sich indessen nur nach Art. 89 BGG. Demnach wird jemand zur Beschwerde zugelassen, wenn diese Person am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Gelegenheit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Die Beschwerdelegitimation ergibt sich nicht bereits aus der Beteiligung als Popularbeschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren. Genauso wenig vermag ein persönliches Interesse an einer Thematik eine Beschwerdelegitimation zu begründen. Vielmehr muss die beschwerdeführende Person in direkter Weise und in höherer Intensität betroffen sein als die Allgemeinheit.

Im vorliegenden Entscheid war der Beschwerdeführer durch den Gegenstand der beanstandeten Sendung nicht näher betroffen als jeder andere Zuschauer, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden konnte.

– *Entscheid b. 560 der UBI vom 19. Oktober 2007*

Die UBI ist auf eine Beschwerde betreffend die Doku-Serie "Start Up" des Schweizer Fernsehens mangels Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers nicht eingetreten. Der Umstand, dass in einer Sendung ein wirtschaftlicher Konkurrent dargestellt wird, begründet keine Legitimation zur Betroffenenbeschwerde.

Eine Individual- oder Betroffenenbeschwerde kann erheben, wer im Beanstandungsverfahren vor der Ombudsstelle beteiligt war, mindestens 18 Jahre alt ist, über das Schweizerbürgerrecht oder als Ausländer über eine Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung verfügt und eine enge Beziehung zum Gegenstand der Sendung nachweisen kann (Art. 94 Abs. 1 Bst. b RTVG). Eine Betroffenenbeschwerde kann von der UBI angenommen werden, wenn die Beschwerde führende Person entweder selber Gegenstand der beanstandeten Sendung ist oder sie ein besonderes persönliches Verhältnis dazu hat, das sie vom übrigen Publikum unterscheidet. Besonderes Interesse am Gegenstand einer Sendung oder eines Beitrages sowie besondere Sachkenntnis begründen nicht die erforderliche Betroffenheit nach Art. 94 Abs. 1 Bst. b RTVG.

Die UBI hält bezüglich der beanstandeten Doku-Serie "Start Up" des Schweizer Fernsehens vom 16. April 2007 – 25. Juni 2007 fest, dass der Umstand, dass in einer Sendung ein wirtschaftlicher Konkurrent dargestellt wird, keine Legitimation zur Betroffenenbeschwerde begründet, insbesondere nicht, wenn auf die Tätigkeiten des Beschwerdeführers kein Bezug genommen wird. Die Beschwerde wurde daher abgewiesen.

Diese Rechtsprechung der UBI im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Konkurrenz gilt auch für politische Parteien: zwar ist es eine Hauptaufgabe der rundfunkrechtlichen Programmaufsicht der Schweiz, die politische Meinungsbildung als wichtiges Element der Demokratie zu sichern, jedoch lässt sich daraus keine Sonderstellung der politischen Parteien gegenüber allen anderen Personen bei der Beschwerdebefugnis ableiten (UBI-Entscheid b. 561 vom 7. Dezember 2007, "SP – wie weiter?").

– *Urteil 2C_89/2008 des Bundesgerichts vom 26. Juni 2008*

Die UBI hatte einen Beitrag über einen Schönheitschirurgen im Kassensturz als persönlichkeitsverletzend befunden. Das Bundesgericht weist den

Entscheid der UBI zurück, mit der Begründung, dass für die Beurteilung des Vorliegens einer individuellen Persönlichkeitsverletzung die ordentlichen Gerichte zuständig sind (E. 6.2.).

Das Bundesgericht hat erstmals der UBI die Kompetenz abgesprochen, rundfunkrechtliche Persönlichkeitsverletzungen zu ahnden. Auf Beschwerde hin beurteilte die UBI einen Beitrag in der Sendung "Kassensturz", in welcher ein Schönheitschirurg bei der Vorbereitung einer Brustoperation mit versteckter Kamera gefilmt wurde. Die UBI hiess die Beschwerde mit der Begründung gut, es läge ein Verstoss gegen den "rundfunkrechtlichen Persönlichkeitsschutz" vor; eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebotes durch den strittigen Beitrag hat die UBI verneint.

Das Bundesgericht hob diesen UBI-Entscheid auf mit der Begründung, es sei Aufgabe der ordentlichen Gerichte und nicht der UBI, den Individualrechtsschutz im Zusammenhang mit Radio- und Fernsehausstrahlungen zu gewährleisten. Gemäss ständiger Rechtsprechung bilde ausschliesslich die Einhaltung rundfunkrechtlicher Regeln Gegenstand des rundfunkrechtlichen Aufsichtsverfahrens. Für angebliche Verletzungen anderer Normen (z.B. Strafrecht, Persönlichkeitsrecht, unlauterer Wettbewerb etc.) bleiben die ordentlichen (Zivil- und Straf-)Gerichte zuständig. Die Programmaufsicht diene dem Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit und nicht in erster Linie der Durchsetzung privater Anliegen. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass die UBI mit ihrem Entscheid die ihr nach dem RTVG von 1991 eingeräumte Prüfungskompetenz bzw. Zuständigkeit verletzt hat. Die Beschwerde erwies sich demnach als begründet und wurde vom Bundesgericht gutgeheissen.

– *Entscheid b. 576 der UBI vom 26. Februar 2008*

Die UBI trat auf eine Beschwerde gegen die Sendereihe "Fernweh – der Traum von der Insel" von SF wegen Nichteinhaltung der Beschwerdefrist vor der Ombudsstelle nicht ein. Die Frist für die Beanstandung einer Sendung vor der Ombudsstelle ist aufgrund ihrer Natur als Verwirkungsfrist nicht wiederherstellbar, selbst wenn eine Person, welche eine Sendung beanstanden möchte, erst nach Ablauf der Frist Kenntnis von der Sendung oder der Fristbestimmung erhält.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2007 wurde gegen die Sendereihe "Fernweh – der Traum von der Insel" des Schweizer Fernsehens eine Beanstandung bei der zuständigen Ombudsstelle eingereicht. Die Ombudsstelle trat mangels Rüge einer klar definierten Sendung nicht auf die Beanstandung ein, weshalb der Beschwerdeführer Beschwerde an die UBI erhob.

Das Beschwerdeverfahren vor der UBI setzt voraus, dass die gesetzlichen Anforderungen für die Beanstandung einer Sendung vor der Ombudsstelle erfüllt worden sind. Dies betrifft namentlich die Einhaltung der 20-tägigen Frist zur Einreichung der Beanstandung gemäss Art. 92 Abs. 1 RTVG, welche bei einer Sendereihe mit der Ausstrahlung der letzten Folge beginnt. Die 20-tägige Frist für die Beanstandung einer Sendung vor der Ombudsstelle ist eine Verwirkungsfrist (BGE 124 II 265, S. 267, E. 2). Selbst wenn eine Person, welche eine Sendung beanstanden möchte, erst nach Ablauf der Frist Kenntnis von der Sendung oder der Fristbestimmung erhält, kann die Frist grundsätzlich nicht wiederhergestellt werden. Ausnahmen rechtfertigen sich nur, wenn eine Person die Beanstandungsfrist aufgrund eines Treu und Glauben verletzenden Verhaltens eines mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Veranstalters verpasst. Da der Beschwerdeführer seine Beanstandung nicht fristgerecht gemäss Art. 92 Abs. 1 RTVG bei der zuständigen Ombudsstelle erhoben hatte, konnte die UBI auf die Beschwerde nicht eintreten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die DVD der beanstandeten Sendereihe noch erworben werden kann, da im Handel erhältliche DVDs von Radio- und Fernsehsendungen nicht der Aufsicht der Ombudsstelle und der UBI unterliegen. Die UBI trat auf die Beschwerde aufgrund Nichteinhaltens der Beschwerdefrist vor der Ombudsstelle nicht ein.

D. Aufschaltung

– *Urteil 2C_109/2008 des Bundesgerichts vom 10. März 2008*

Die Anfechtbarkeit eines Zwischenentscheids setzt voraus, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Bei Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen bleibt zudem stets die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts gemäss Art. 98 BGG zu beachten. Die Beschwerdeführerin ver-

säumte es aufzuzeigen, inwiefern das Bundesverwaltungsgericht die anwendbaren Normen in unhaltbarer Weise angewandt bzw. in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider gehandelt hat. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein.

Die X. AG, Betreiberin eines privaten Fernsehsenders, schloss im März 2003 mit der Y. GmbH einen Vertrag ab, wonach sich letztere verpflichtete, das Programm der X. AG auf ihren Netzen analog zu verbreiten. Die Y. GmbH kündigte am 22. Februar 2007 den Vertrag und teilt der X. AG mit, dass die analoge Verbreitung ihres Programms auf den 31. August 2007 eingestellt werde. Am 6. Juli 2007 gelangte die X. AG an das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) mit dem Begehren, die Y. GmbH sei in Anwendung von Art. 59 und 60 RTVG anzuweisen, das Programm der X. AG weiter zu verbreiten. Das BAKOM wies das Gesuch der X. AG im Dezember 2007 ab. Gegen diesen Entscheid erhob die X. AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dabei stellte die X. AG neben dem Hauptantrag in der Sache erneut das Gesuch, die Y. GmbH sei zur Weiterverbreitung des Programms vorsorglich zu verpflichten. Dieses Gesuch wurde mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts am 15. Januar 2008 abgewiesen, worauf die Beschwerdeführerin an das Bundesgericht gelangte. Vor Bundesgericht verlangte die Beschwerdeführerin, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und die Y. GmbH sei vorläufig zu verpflichten, das Programm der X. AG weiter zu verbreiten.

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind grundsätzlich nur Endentscheide anfechtbar, d.h. Entscheide, welche ein Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG). Ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme ist nur dann als Endentscheid zu qualifizieren, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbständig eröffnete Massnahmenentscheide, welche vor oder während eines Hauptverfahrens eröffnet werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben, stellen hingegen Zwischenentscheide i.S.v. Art. 93 BGG dar. Da Gegenstand des angefochtenen Entscheids die Ablehnung einer vorsorglichen Massnahme während eines Hauptverfahrens war, handelt es sich vorliegend um einen Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG.

Die Anfechtbarkeit eines Zwischenentscheids setzt voraus, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Bei Entscheiden über

vorsorgliche Massnahmen bleibt zudem stets die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts gemäss Art. 98 BGG zu beachten, weshalb das Bundesgericht nur zur Prüfung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte befugt ist. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei willkürlich, hätte sie aufzeigen müssen, inwiefern das Bundesverwaltungsgericht die anwendbaren Normen in unhaltbarer Weise angewandt bzw. in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider gehandelt hat. Die Beschwerdeführerin erhob aber bloss appellatorische Kritik am beanstandeten Entscheid, was weder einer Willkürüge, noch für die Geltendmachung der Verletzung von Grundrechten zu genügen vermag (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin erwähnte zwar die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, legte aber nicht dar, weshalb der angefochtene Entscheid sie in ihrer Wirtschaftsfreiheit verletzt. Im Übrigen ist für das Bundesgericht auch nicht ersichtlich, wieso der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gegen Verfassungsrecht verstossen hat bzw. willkürlich ist, hatte sich das Bundesverwaltungsgericht doch von den Grundsätzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen leiten lassen. Auf die Beschwerde war demnach nicht einzutreten.

– *Entscheid des BAKOM vom 12. November 2008 in Sachen U+Sport Fernseh-, Produktions- und Betriebs AG*

Da eine Aufschaltverpflichtung einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt, muss der Eingriff durch ein ausreichendes medienpolitisches Interesse gerechtfertigt sein. Die angebotene Programmleistung hat daher in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Programmauftrages beizutragen.²³ Da die Gesuchstellerin nicht glaubhaft machen kann, dass sie den geforderten Beitrag zum verfassungsrechtlichen Programmauftrag leistet und das Programm auch finanzieren kann, weist das BAKOM ihr Gesuch um Aufschaltung ab.

Nachdem die Cablecom GmbH (Cablecom) auf Ende August 2007 den Vertrag kündigte, der sie verpflichtete, das Programm von U1 TV Station AG (U1 TV) über ihre Leitungen analog zu verbreiten, ersuchte U1 TV das BAKOM, das Programm zwangsweise aufzuschalten. Mit Ver-

²³ Botschaft RTVG, in: BBl 2003 1569 ff., S. 1720.

fügung vom 19. Dezember 2007 wies das BAKOM das Begehren ab: Ein besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages, der eine Aufschaltverpflichtung rechtfertigen würde, sei nicht auszumachen. U1 TV reichte daraufhin Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ein, das Verfahren ist zurzeit hängig.²⁴ In der Zwischenverfügung vom 15. Januar 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht das vorläufige Massnahmebegehren um Anordnung einer vorläufigen Aufschaltungsverpflichtung abgewiesen: die Anordnung einer vorläufigen Aufschaltungsverpflichtung sei unverhältnismässig, es stünden gewichtige Interessen der Beschwerdegegnerin Cablecom an einer Nutzung des Kanals für die Übertragung hochauflösender Programme entgegen, denn durch die Aufschaltungsverpflichtung würden bisher getätigte Investitionen der Beschwerdegegnerin im Bereich Übertragung hochauflösender Programme zumindest vorübergehend nutzlos und die Beschwerdegegnerin würde im Wettbewerb um Kunden für das hochauflösende Fernsehen durch die Verzögerungen Nachteile erleiden. Die Aufschaltung eines weiteren hochauflösenden Fernsehprogrammes liege ferner im öffentlichen Interesse.

Mit Schreiben vom 28. Mai 2008 gelangten dieselben Initiantinnen im Namen der U+Sport Fernseh-, Produktions- und Betriebs AG (U+Sport) erneut ans BAKOM mit dem Begehren, Cablecom sei zu verpflichten, für die Dauer von einstweilen drei Jahren das Programm des U+Sport unter dem Namen Schweiz 1.tv in ihrem Versorgungsgebiet analog zu verbreiten. Die Cablecom beantragte Nichteintreten, da sich vorliegendes Gesuch faktisch mit dem Streitgegenstand decke, der vor Bundesverwaltungsgericht hängig ist. Dem erneuten Aufschaltbegehren komme deshalb die Funktion eines Wiedererwägungsgesuches zu, wobei für eine Wiedererwägung keine Veranlassung bestehe. Das BAKOM trat auf die Beschwerde ein: bei näherem Vergleich der Programme falle auf, dass Schweiz 1.tv eigene Schwerpunkte setze und sich dadurch von U1 TV unterscheide. Ausserdem gelte es zu beachten, dass mit U+Sport ein rechtlich neues Subjekt auftrete.

Das BAKOM beurteilte die Beschwerde wie folgt: Programmveranstalter nach Art. 60 Abs. 1 RTVG können eine Aufschaltung einfordern, wenn deren Programm in besonderem Masse zur Erfüllung des ver-

²⁴ Verfahren A-8624/2007.

fassungsrechtlichen Auftrages beiträgt. Fernmeldediensteanbieter haben die Aufschaltung unentgeltlich zu dulden. Art. 60 Abs. 1 RTVG lehnt sich an Art. 47 Abs. 1 RTVG 1991 an, allerdings begründet entgegen der altrechtlichen Regelung freie Kapazität im Leistungsnetz an sich keine Aufschaltspflicht. Da eine Aufschaltverpflichtung einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt, muss der Eingriff durch ein ausreichendes medienpolitisches Interesse gerechtfertigt sein. Die angebotene Programmleistung hat daher in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Programmauftrages beizutragen.²⁵ Zur Konkretisierung des geforderten Beitrages orientiert sich das BAKOM an den Anforderungen, denen die konzessionierten Veranstalter zu genügen haben. Das BAKOM stellt dabei auch auf sog. Inputfaktoren ab. Diese umschreiben die Anforderungen an die Qualitätssicherung, an die Arbeitsbedingungen sowie an die Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden. Damit erweist sich die Auffassung der Gesuchstellerin, die Ansprüche an Schweiz 1.tv dürften geringer sein als diejenigen an ein konzessioniertes TV-Programm, als falsch. Da es U+Sport unterlässt, Angaben zu geplanten Inputfaktoren zu machen, lässt sich nicht ermesen, ob U+Sport den geforderten Beitrag zum verfassungsrechtlichen Programmauftrag leistet. Weiter hat U+Sport die Realisierbarkeit des Vorhabens in finanzieller Hinsicht nicht glaubhaft gemacht; die Finanzierbarkeit ist stets Voraussetzung, dass ein Programmversprechen überhaupt eingelöst werden kann. Das BAKOM kommt zum Schluss, dass nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit feststehe, dass das Programm Schweiz 1.tv die geforderten besonderen publizistischen Leistungen erbringen wird. Das Gesuch von U+Sport um Aufschaltung nach Art. 60 RTVG wurde daher abgewiesen.

E. Kurzberichterstattungsrecht

- *Entscheid A-7970/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. August 2008*

Die privaten Fernsehsender dürfen Kurzberichte von Fussball- und Eishockeyspielen in den Stadien drehen, auch wenn der Veranstalter dem

²⁵ Botschaft RTVG, BBl 2003 1569 ff., S. 1720.

Schweizer Fernsehen diesbezüglich die Exklusivrechte eingeräumt hat. Dem Wortlaut von Art. 72 RTVG ist die Möglichkeit der Herstellung eigener Spielbilder zwar nicht direkt zu entnehmen, das Bundesverwaltungsgericht subsumiert gestützt auf die Botschaft zum revidierten RTVG jedoch die Herstellung eigener Spielbilder im Rahmen des Physical Access unter Berufung auf Art. 72 RTVG.

Die SRG teilte den Regionalsendern Tele Bärn, Tele Basel, Tele M1, Tele Ostschweiz, Tele Südostschweiz, Tele Tell, Tele Top und Tele Zürich mit Schreiben vom 18. Juli 2006 die neuen Zugangsbedingungen zu Fussball- und Eishockeyspielen der Saison 2006/07 ff., bezüglich derer die SRG über Exklusivrechte verfügt, mit. Die SRG teilte unter anderem mit, dass sie grundsätzlich keine Drehgenehmigungen an den erwähnten Anlässen mehr gewähren würde, da praktisch alle Spiele live und mit einem hohen Kamerastandard produziert würden.

Am 21. Juli 2006 gelangten acht Regionalsender (Tele Bärn, Tele Basel, Tele M1, Tele Ostschweiz, Tele Südostschweiz, Tele Tell, Tele Top, Tele Züri) an das BAKOM und beanstandeten das Vorgehen der SRG.

Mit Zwischenverfügung vom 31. Juli 2006 erliess das BAKOM für die Dauer des Hauptverfahrens vorsorgliche Massnahmen und wies die SRG an, den Regionalsendern im Rahmen ihres Kurzberichterstattungsrechts physischen Zugang zu Fussball- und Eishockeyspielen mit eigenen Bild- und Tonaufnahmegeräten, inklusive Drehgenehmigungen für eigene Spielbilder, zu gewähren. Diese Duldungspflicht sollte jeweils gegenüber denjenigen Veranstaltern gelten, welche über Heim- oder Auswärtsspiele von Mannschaften aus ihrem konzessionierten Verbreitungsgebiet berichten wollten.

Mit Eingabe vom 23. November 2007 führte die SRG gegen die Verfügung des BAKOM vom 25. Oktober 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde.

Die SRG bringt in ihrer Beschwerde vor, dass die Argumentation der Beschwerdegegner faktisch ihren Service-public-Auftrag aushöhlen würde, weil die teuer eingekauften Exklusivrechte entwertet würden. Es bestehe kein gesetzlicher Anspruch auf Physical Access, inklusive Produktion eigener Spielbilder, was die früher zwischen den Parteien geschlosse-

nen vertraglichen Vereinbarungen belegten. Aus dem Gesetz ergebe sich zwar die Alternativität der Zugangsarten (eigene Kurzberichterstattung bzw. Bezug von Bildmaterial), hierbei handle es sich aber um ein Wahlrecht des Veranstalters.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte nunmehr einerseits, ob die Beschwerdegegner im Rahmen des Physical Access einen Anspruch auf das Erstellen eigener Spielbilder bei Fussball- und Eishockeyspielen mit Exklusiv- oder Erstausrstrahlungsrechten der Beschwerdeführerin haben. Andererseits hatte es über die Angemessenheit der von der SRG im Zusammenhang mit dem Physical Access und dem Signal Access geltend gemachten finanziellen Abgeltungen zu entscheiden.

Gemäss Art. 72 Abs. 1 RTVG hat jeder interessierte Programmveranstalter das Recht auf aktuelle mediengerechte Kurzberichterstattung über ein öffentliches Ereignis, soweit die Berichterstattung über dieses Ereignis in der Schweiz durch Exklusivabreden eingeschränkt ist. Der Organisator eines öffentlichen Ereignisses und Programmveranstalter, die über Erstverwertungs- oder Exklusivrechte verfügen, sind verpflichtet, jedem interessierten Programmveranstalter die Möglichkeit zur Kurzberichterstattung zu gewähren. Gemäss Abs. 3 geben sie hierfür den interessierten Programmveranstaltern einerseits Zugang zum Ereignis, soweit es die technischen und räumlichen Gegebenheiten erlauben, und andererseits die gewünschten Teile des Übertragungssignals zu angemessenen Bedingungen. Unklar ist jedoch, ob das Kurzberichterstattungsrecht das Erstellen eigener Spielbilder beinhaltet, mithin ob im Rahmen des Physical Access eigene Spielbilder produziert werden dürfen. Dem Wortlaut von Art. 72 RTVG, welcher lediglich von "aktuelle(r) mediengerechte(r) Kurzberichterstattung über dieses (öffentliche) Ereignis" und "Zugang zum Ereignis" spricht, ist nicht direkt zu entnehmen, ob diese Formulierung aber die Möglichkeit beinhaltet, eigene Spielbilder zu erstellen.

Unter Verweis auf die Botschaft zum RTVG 1991²⁶ hält das Bundesverwaltungsgericht dafür, dass mit der Totalrevision des Radio- und Fernsehrechts auch eine Lockerung des Physical Access beabsichtigt wurde und die Herstellung eigener Spielbilder im Rahmen des Physical Access möglich sein muss. Die Beschwerde wird daher abgewiesen.

²⁶ Botschaft RTVG 1991, BBl 1987 III 689 ff., S. 731.

F. Gebührensplitting

- *Entscheid A-2310/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. April 2008*

Die Beschwerde gegen den der Beschwerdeführerin zugewiesenen und aus ihrer Sicht zu gering ausgefallenen Gebührensplitting-Anteil wurde als unbegründet abgewiesen. Das BAKOM hatte bei der Berechnung der Verbreitungskosten sein Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und keine Bestimmungen verletzt.

Die Radio Engiadina Südostschweiz Radio/TV AG reichte beim UVEK Beschwerde gegen den ihr zugewiesenen, aus ihrer Sicht zu gering ausgefallenen Gebührensplitting-Anteil für das Jahr 2006 ein und beantragte, den Betrag zu erhöhen. Zuständigkeitshalber wurde das Verfahren an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen, welches über die Rechtmässigkeit der Beitragsgewährung nach Art. 17 aRTVG, Art. 10 aRTVV sowie der Wegleitung des BAKOM von Oktober 2004 zu entscheiden hatte.

Das BVGer hat die materielle Kritik der Beschwerdeführerin in allen Punkten als unbegründet abgewiesen. Das BVGer stellt unter anderem fest, dass das BAKOM bei der Berücksichtigung und Berechnung der Verbreitungskosten nach dem mit der Wegleitung des BAKOM vom Jahr 2004 neu eingeführten Modus sein Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und keine andere Rechtsverletzung begangen hat: werden die Verbreitungskosten neu mit dem IHG-Bevölkerungsanteil gewichtet, so werde erreicht, dass dem eigentlichen Anliegen, der Unterstützung von Berg- und Randregionen, besser nachgelebt werden könne als bisher, auch wenn der neue Berechnungsmodus noch nicht optimal sei. Weiter hält das BVGer der Beschwerdeführerin entgegen, dass die Aufgabe des Kriteriums der Lokal-korrespondenten aus sachlichen Gründen erfolgte (Unklarheit bezüglich Definition, Fehlen von Minimalstandards, Kontrollaufwand) und daher durchaus vertretbar sei. Die neu zur Bestimmung und Berechnung des Gebührensplittingsanteils eingeführte Berücksichtigung der Anzahl Journalisten, welche die Anforderungen des Berufsregisters (BR) erfüllen, sei nicht zu beanstanden.

Die Beschwerdeführerin machte sodann geltend, dass das BAKOM eine eigentliche Praxisänderung vorgenommen habe, obwohl die dafür nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nötigen Voraussetzungen

nicht geben waren. Das BVGer hält entgegen, dass eine bedeutende Änderung von Art. 10 aRTVV Anlass für die strittige neue Wegleitung des BAKOM war, womit die Neuerungen primär das revidierte Verordnungsrecht konkretisieren und daher nicht als Praxisänderung aufgefasst werden können. Und selbst wenn es sich um eine Praxisänderung handeln würde, so wäre diese aus guten sachlichen Gründen erfolgt und würde auch nicht zu einem Verstoss gegen Treu und Glauben führen. Die Beschwerde wurde vom BVGer als insgesamt unbegründet abgewiesen.

G. Konzessionsentscheide

- *Entscheid A-641/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. August 2008*

Die Prüfung der Voraussetzungen einer Konzessionserteilung nach Art. 44 RTVG ist ein Ermessensentscheid, in welchen das BVGer grundsätzlich nicht eingreift, wenn die fragliche Behörde über besonderen Sachverstand verfügt und einen gewissen Handlungsspielraum haben muss (E. 5). Die Tatsache, dass ausländische Geldgeber einer Konzessionsbewerberin ein theoretisch in Aktienkapital umwandelbares Darlehen gewährt haben, muss für die Beurteilung der Frage der ausländischen Beherrschung i.S.v. Art. 44 Abs. 2 RTVG nicht berücksichtigt werden, wenn Aussichten darauf bestehen, dass der Kredit zurückbezahlt werden kann (E. 6). Die Überarbeitung einer Konzessionsbewerbung während des laufenden Verfahrens kann zudem bei langer Verfahrensdauer gerechtfertigt sein. Auch wenn eine Bewerberin im Rahmen der Überarbeitung Elemente aus der Bewerbung eines Konkurrenten übernimmt, verletzt die Zulassung der Überarbeitung nicht automatisch die Verfahrensrechte. Entscheidend für das Verfahren ist primär das öffentliche Interesse an einer Konzessionerteilung an jenen Bewerber, der den Leistungsauftrag am besten erfüllt (E. 7.1-7.3).

Am 27. Mai 2003 schrieb das BAKOM die Vergabe einer Lokalradiokonzession für ein Jugendradio in der Region Stadt Zürich aus. Die erste Konzessionsvergabe erfolgte an die Beril AG. Gegen diese Konzessionsvergabe erhob Music First beim Bundesrat wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs Beschwerde, worauf der Entscheid aus formellen Gründen aufgehoben und zur erneuten Entscheidung ans BAKOM zurückgewiesen

wurde. Das BAKOM entschloss sich, den verbleibenden drei Bewerbern nochmals Gelegenheit zur Überarbeitung ihrer Bewerbungen zu geben. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2007 entschied es, gestützt auf die überarbeiteten Bewerbungen, über die Konzessionsvergabe und teilte die Konzession der Music First zu.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beril AG (Beschwerdeführerin) Ende Januar 2008 Beschwerde beim BVGer und beantragte, die Verfügung vom 21. Dezember 2007 sei aufzuheben und die Sache zwecks Neuvergabe der Konzession an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin beantragte Nichteintreten auf die Beschwerde, eventua-
liter die Abweisung der Beschwerde.

Gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG müssen die Bewerber, um eine Konzession zu erlangen, unter anderem darlegen, dass sie in der Lage sind, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Bst. a), dass sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügen (Bst. b) und dass sie sowohl die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten (Bst. d) als auch die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährden (Bst. g). Die Konzession wird demjenigen Bewerber zugeteilt, welcher den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag. Sollten sich unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrages mehrere Bewerber als gleichwertig erweisen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert. Falls ein Bewerber die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, jedoch eine ausländische Beteiligung oder Beherrschung aufweist, kann die Konzessionsbehörde die Vergabe verweigern, wenn der betreffende Staat nicht in ähnlichem Umfang Gegenrecht gewährt (Art. 44 Abs. 2 RTVG). Die Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen und der Erfüllung des Leistungsauftrages gewähren der Konzessionsbehörde einen gewissen Bewertungs- und Gewichtungsspielraum (Art. 44 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 3 RTVG). Art. 44 Abs. 2 RTVG stellt demgegenüber eine sog. "Kann-Vorschrift" dar, welche der Verwaltungsbehörde einen Spielraum beim Entscheid einräumt, ob überhaupt Massnahmen zu treffen sind (sog. Entschliessungsermessen). Das BVGer überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns frei, übt allerdings Zurückhaltung und greift nicht leichtthin in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und über einen gewissen Handlungsspielraum verfügt.

Das BVGer äusserte sich im vorliegenden Entscheid zum einen zur Frage, ob die Vorinstanz zu Unrecht die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben hatte, obschon nach Auffassung der Beschwerdeführerin eine ausländische Beherrschung vorlag. Zum andern beurteilte das Bundesgericht, ob die Vorinstanz den gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraum überschritten bzw. missbraucht hatte, indem sie auf das Einholen einer Gegenrechtserklärung verzichtet hatte. Das BVGer kam zum Schluss, die Vorinstanz habe sich bei der Beurteilung der (ausländischen) Finanzierung nicht von sachfremden Gesichtspunkten leiten lassen. Vielmehr hatte die Vorinstanz richtigweise auf die messbaren, konkreten Verhältnisse im Zeitpunkt des Konzessionsentscheides abgestellt. Diese hatten ergeben, dass eine ausländische Kapital- und Stimmeteiligung von 47 % an der Beschwerdegegnerin besteht. Ebenso wenig hatte die Vorinstanz ihr Entschliessungsermessen überschritten, indem sie der Beschwerdegegnerin die nachgesuchte Konzession erteilte, obwohl ein ausländisches Unternehmen finanziell massgeblich an ihr beteiligt ist und keine Gegenrechtserklärung des italienischen Staates vorlag.

Die Beschwerdeführerin rügte des Weiteren den Ablauf des Konzessionsverfahrens in verfahrenstechnischer Hinsicht: die Vorinstanz habe nicht genügend berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin in der Folge der Aufhebung des Entscheides des UVEK durch den Bundesrat an der Bewerbung nochmals inhaltliche Korrekturen vorgenommen habe und insbesondere in der überarbeiteten Bewerbung neu eine Zusammenarbeit mit einer Fachhochschule vorsah, im Wissen darum, dass diese Zusammenarbeit bei der erstmaligen Konzessionsvergabe mit ein entscheidendes Kriterium war, weshalb damals die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhielt. Das BVGer kam zum Schluss, dass die Vorinstanz in verfahrensrechtlicher Hinsicht korrekt vorgegangen ist. Indem das BAKOM allen Beteiligten nochmals die Möglichkeit gab, ihre Bewerbungen zu aktualisieren, hat sie dem öffentlichen Interesse, die Konzession jenem Bewerber zu erteilen, der den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag, in besonderem Masse Rechnung getragen. Ausserdem habe die Vorinstanz den Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs infolge des Bundesratsentscheides beim erneuten Entscheid besonders stark gewichtet, womit die rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren erfüllt worden seien.

Das BVGer prüfte schliesslich, ob die Vorinstanz richtigweise von zwei nicht gleichwertigen Bewerbungen ausgegangen war. Es kam

dabei zum Schluss, dass die Vorinstanz ihr Ermessen vollumfänglich rechtsfehlerfrei ausgeübt habe. Insbesondere hatte sich die Vorinstanz vom besseren Gesamteindruck sowie der grösseren Sorgfalt und Detailliertheit der Eingabe leiten lassen. In vier (von sechs bewerteten) Punkten, nämlich dem Musikprofil, den Nachrichten, der Berichterstattung sowie den Serviceleistungen hatte sie die Bewerbungen für vergleichbar bzw. gleichwertig befunden. Bei den übrigen zwei Punkten hingegen, der Jugendnähe und der Qualitätssicherung, hatte die Beschwerdegegnerin besser abgeschnitten. Damit lagen nicht zwei vergleichbare Bewerbungen vor und die Vorinstanz war nicht dazu gezwungen, gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG weiter zu prüfen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

Die Rügen der Beschwerdeführerin erwiesen sich als unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen war.

- *Entscheid A-1570/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Januar 2008*

Die Beschwerde gegen die rückwirkende Herabsetzung des Anteils am Ertrag der Empfangsgebühren mittels Widerrufsverfügung, welche gestützt auf Zweifel an der Einhaltung der Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Einnahmeverbuchungen durch die KonzessionsinhaberIn erlassen wurde, wurde vom BVGer gutgeheissen. Der Anspruch auf Rückerstattung der Finanzhilfe war im Zeitpunkt der Widerrufsverfügung verjährt.

Die A. AG ist im Besitz einer Konzession zur Verbreitung eines Lokalfernsehprogramms und erhält einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren. Mit Verfügung vom 26. Januar 2007 widerrief das BAKOM seine Verfügung vom 25. August 2003 und setzte den zugewiesenen Betrag des Anteils am Ertrag der Empfangsgebühren des Jahres 2003 herab. Der Widerruf der Verfügung wurde damit begründet, dass eine vom BAKOM angeordnete Buchprüfung durch eine unabhängige Revisionsstelle, über welche am 17. Februar 2005 der Revisionsbericht vorlag, ernsthafte Zweifel an der Einhaltung der Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Einnahmeverbuchung durch die A. AG habe aufkommen lassen. Die A. AG erhob gegen diese Verfügung Beschwerde ans BVGer und beantragte, dass die Widerrufsverfügung vollumfänglich aufzuheben sei

(Hauptantrag), da der Anspruch auf Rückerstattung der Finanzhilfe verjährt sei.

Da weder das im vorliegenden Fall anwendbare aRTVG noch die aRTVV hinsichtlich der Verjährung von Rückforderungsansprüchen eine eigene Regelung enthalten, kommt das Subventionsgesetz²⁷ zur Anwendung: Gebührenanteile stellen rechtlich eine Subvention dar, was neu auch Art. 40 Abs. 3 RTVG klarstellt. Gemäss Art. 30 Abs. 1 SuG widerruft die zuständige Behörde eine Finanz- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Nach Art. 32 Abs. 2 SuG verjähren Ansprüche auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen ein Jahr, nachdem die verfügende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs. Für die Frage, wann die einjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt bzw. was unter Kenntnis im Sinne von Art. 32 Abs. 2 SuG zu verstehen ist, zieht das BVGer in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung Art. 67 OR analog heran.

Das BVGer hält fest, dass Art. 32 Abs. 2 SuG auch auf provisorisch gesprochene Finanzhilfen zur Anwendung komme, da sonst gerade der Zweck der Verjährung vereitelt würde. Zweck der Verjährung ist es, die Rechtssicherheit durch Befristung der Ausübung von Rechten zu wahren. Es gehe nicht an, dass ein Anspruchsberechtigter jahrelang zuwartet, obschon er den Pflichtigen kennt und sich auch über den Umfang des Rückforderungsanspruchs Rechenschaft geben kann. Nach Ansicht des BVGer hatte das BAKOM im Anschluss an die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. April 2005 zum Revisionsbericht genügende Kenntnis vom Rückforderungsanspruch im Sinne von Art. 32 Abs. 2 SuG. Nach Erhalt der Stellungnahme sei der Vorinstanz zwar eine gewisse Zeit zum Verfassen ihrer Widerrufsverfügung zuzugestehen, doch hat dies unter Berücksichtigung der Verjährungsvorschriften gemäss Art. 32 f. SuG zu erfolgen. Indem die Vorinstanz nach Erhalt der Stellungnahme knapp 1 ½ Jahre zuwartete und im September 2006 erneut an die Beschwerdeführerin zu Beantwortung zweier Fragen gelangte, hat sie die nach Treu und Glauben nützliche Frist bei weitem überschritten. Der Anspruch auf Rück-

²⁷ Subventionsgesetz vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1).

erstattung der Finanzhilfe ist damit im Zeitpunkt der Widerrufsverfügung vom 26. Januar 2007 verjährt. Die Beschwerde wurde daher vom BVGer gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

IV. Literatur

A. Bücher

- *THOMAS HOEREN: Internet- und Kommunikationsrecht (Münster 2008):*

Das Werk behandelt die Kernbereiche der Querschnittsmaterie Internet- und Kommunikationsrecht. Es behandelt jene Fragen- und Problemkreise, die für den Bereich des "E-Commerce" relevant sind. Ausgenommen sind Fragen des reinen Telekommunikationsrechts.

Dabei geht das Werk nicht alle Verästelungen dieser komplexen, verstreuten Rechtsmaterie nach, sondern gibt einen wissenschaftlich fundierten Einblick in die in der Praxis auftauchenden Fragen. Die Erfahrung des Autors aus der Lehre, der Beteiligung an der Fachanwaltsausbildung als Dozent und Prüfer sowie aus richterlicher Tätigkeit sind in dieses Praxislehrbuch eingeflossen."

- *PHILIPP MÄDER: Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen – Medienwirkungen als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen? (Diss. Universität Zürich 2007):*

Die Dissertation befasst sich mit dem Verbot politischer Werbung im Fernsehen, welches auch im total revidierten RTVG bestehen bleibt. Gemäss dem Verbot darf im Rahmen von Abstimmungen und Wahlen im Rundfunk nicht für politische Anliegen geworben werden. Dies mit dem Zweck, die freie Meinungsbildung vor einseitiger Einflussnahme durch politisch aktive Gruppierungen zu schützen. Die Dissertation untersucht die Rechtfertigungsgründe für diesen Eingriff in die grundrechtlichen Garantien der freien Kommunikation.

- *PETER NOBEL / ROLF H. WEBER: Medienrecht, 3. neubearbeitete Auflage (Bern 2007):*

Formell als dritte Auflage dargestellt, stellt das Werk tatsächlich eine vollständige Neubearbeitung mit veränderter Systematik dar.

Das Werk behandelt zunächst das "klassische Medienrecht" mit Fokus auf die traditionelle Presse, ihre Freiheit, aber auch den Persönlichkeitsschutz. Es folgt die Auseinandersetzung mit neuen elektronischen Medien und das Medienrecht als Querschnittsmaterie mit Bezug zu ande-

ren Rechtsgebieten (UWG, KG, DSG, URG, Arbeitsrecht, etc.). Der Überblick schliesst mit Ausführungen zur internationalen Situation im Medienrecht.

Eine Kurzbesprechung von Regula Bähler findet sich in *medialex* 2/2008, S. 99 ff.

– *ROLF H. WEBER: Media Governance und Service Public (Zürich 2007):*

"Media Governance" ist – im Anschluss an die intensive Corporate Governance-Diskussionen – zwischenzeitlich zu einem Schlagwort in den verschiedenen Medienmärkten geworden. Die vielfältigen publizistischen und rechtswissenschaftlichen, politologischen und ökonomischen Überlegungen sind aber oft recht theoretische Grundgedankengänge geblieben und haben bisher noch nicht eine ausreichende Konkretisierung zuhanden der Medienunternehmen erlangt. Diese Einschätzung gilt insbesondere mit Blick auf die "öffentlich" geprägte Aufgabenerfüllung im Sinne des Service Public. Die Publikation versucht, Leitlinien für die Ausgestaltung der Media Governance im Zusammenhang mit dem Service Public, d. h. der für die Öffentlichkeit wesentlichen Leistungserbringung aufzuzeigen."

– *ROLF H. WEBER: Kommunikation und Medien, in: Wirtschaftsrecht Schweiz – EG: Überblick und Kommentar 2007/2008, Zürich 2008, S. 41-59):*

Im dritten Band der Jahresreihe "Wirtschaftsrecht Schweiz – EG", welcher einen Überblick über die Entwicklungen im gemeinschaftlichen Wirtschaftsrecht im Jahre 2007 sowie deren Bedeutung für die Schweiz bietet, berichtet der Autor in kurzer und konziser Form über die wichtigsten Rechtsakte der gemeinschaftlichen Institutionen und Urteile des EuGH im Bereich Kommunikation und Medien und kommentiert diese anhand korrespondierender Rechtsentwicklungen in der Schweiz, deren Europakompatibilität sowie der Notwendigkeit und Bedeutung einer allfälligen Übernahme des Gemeinschaftsrechts in nationales Recht.

- *STÉPHAN WERLY, Droit de la communication, Basel 2008:*

Das Werk stellt in erster Linie eine Zusammenstellung der internationalen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Medien- und Kommunikationsrechts dar. Auszugsweise werden die entsprechenden internationalen Rechtstexte (UNO-Pakt II, EMRK, Europarats-Konvention über grenzüberschreitendes Fernsehen), die relevanten nationalen Gesetzestexte, sowie verschiedenen verbandsinterne Richtlinien (bspw. Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten) wiedergegeben und bilden so ein umfassendes Nachschlagewerk.

B. Aufsätze

- *CHRISTOPH BEAT GRABER, Anmerkungen zu BGE 2C_643/2007, medalex 2008, S. 138 f.:*

Art. 12 Abs. 3 RTVG 2006 bzw. Art. 20 Abs. 2 RTVV 2007 führen – nach ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihrem Sinn und Zweck – die bisherigen Grundsätze zum Sponsoring weiter. In diesem Rahmen kann eine "Altersberühmung" als "Aussage werbenden Charakters" gelten, weshalb sie ohne Verletzung von Bundesrecht im Sponsorhinweis rundfunkrechtlich untersagt werden darf. Die noch auszuhandelnde Revision des EÜGF steht einer richterlichen Anpassung an die neusten Entwicklungen des EU-Rechts auf dem Weg der Auslegung entgegen. Wieweit die Werbe- und Sponsoringbestimmungen künftig gelockert werden sollen, ist eine politische Frage und als solche nicht durch das Bundesgericht, sondern durch den Gesetzgeber zu prüfen."

- *PETER HETTICH, YouTube to be Regulated? The FCC Sits Tight, while European Broadcast Regulators Make the Grab for the Internet, St. John's Law Review 82 (2008), Nr. 4, 1395 ff.:*

Der Autor liefert eine konzise Darlegung der Fernsehregulierung in den USA und der EU (unter Berücksichtigung des deutschen Rundfunkrechts) vor dem Hintergrund des Inkrafttretens der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in Europa und des Aufkommens einer stringenten Medienregulierung auch im Internet.

- *ANDREAS KLEY, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus, medialex 2008, 15 ff.:*

Grundsätzlich gibt es keinen Anspruch auf Verbreitung einer Information im Programm schweizerischer Veranstalter. Ein Rechtsanspruch auf Zugang ist aber ausnahmsweise zu bejahen, wenn eine Veranstalterin einer Person Zugang zum Programm gibt, sodass eine andere Person aufgrund der rechtsgleichen Behandlung und des Diskriminierungsverbotes des Art. 14 EMRK bzw. Art. 8 Abs. 1 und 2 BV ebenfalls Zugang fordern kann. Auf diese Weise kann ein akzessorischer Zugangsanspruch entstehen. Das neue Radio- und Fernsehgesetz füllt eine Verfahrenslücke und sieht einen Verfahrensweg vor, der die Rüge der Zugangsverfügung durch die UBI mittels Zugangsverweigerungsbeschwerde ermöglicht. Letztere kann nur ausnahmsweise beschränkt werden, da sie ausschliesslich Grundrechtsfragen, nämlich die rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Zuteilung von Sendezeit an Dritte klären will. Fragen der korrekten Anwendung von Art. 4 und 5 RTVG werden weiterhin in Programmbeschwerden gegen "ausgestrahlte redaktionelle Sendungen" entschieden.

- *PETER NOBEL / MARKUS KAEMPF, Die neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZ 2008, S. 58 ff.*

sowie

- *MICHAEL A. WAGNER, Die neue EU-Richtlinie für audiovisuelle Medien, medialex 2007, S. 107 ff.:*

Die beiden Beiträge befassen sich mit der EU-Richtlinie für audiovisuelle Medien, welche die Fernsehrichtlinie von 1989 ablösen wird. Die Mitgliedstaaten haben bis Ende 2009 Zeit, um ihre nationalen Vorschriften dem neuen Rechtsrahmen anzupassen. Die beiden Beiträge bieten eine gute Übersicht über die neuen Regelungen und den Umsetzungs-Fahrplan.

Stromversorgungsrecht

I. Einleitung

Mit der teilweisen Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes (StromVG) auf den 1. Januar 2008 wurde ein eigentlicher Paradigmenwechsel im Stromversorgungsrecht vollzogen. Die Stromversorgung war bislang auf Bundesebene kaum normiert. Das Bundesgesetz betreffend die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) datiert vom 24. Juni 1902 und blieb in der Grundstruktur über Jahrzehnte unverändert. Das EleG befasst sich im Wesentlichen mit Bau und Betrieb von elektrischen Leitungen. Eine bundesrechtliche Marktordnung und insbesondere eine bundesrechtliche Monopolordnung gab es hingegen nicht. Die Kantone und Gemeinden hatten grossen Gestaltungsspielraum in der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an einer genügenden Stromversorgung.

Der Blick in die historischen Grundlagen zeigt, dass das EleG von 1902 von einem erstaunlich liberalen Geist geprägt war. Erwin Ruck schreibt 1964 in seinem Grundriss zum Schweizerischen Elektrizitätsrecht zur Entstehung des EleG: *"Dem entgegen [den Bestrebungen um eine eidgenössische Monopolisierung] drang in der Bundesversammlung und in der öffentlichen Meinung entsprechend dem föderalistischen Aufbau der Eidgenossenschaft [...] die Auffassung durch, die sachgemässe Wahrung des öffentlichen Interesses lasse sich in der Nutzung der Wasserkräfte und in der allgemeinen Elektrizitätsversorgung ohne Monopolisierung erreichen, die Privatinitiative sei mit ihrer fördernden Kraft dem Aufbau einer grosszügigen Wasser- und Elektrizitätswirtschaft dienstbar zu machen und solle durch sachgemässes Einwirken ("Intervention") der öffentlichen Bundes-, Kantons und Gemeindegewalt am Missbrauch gehindert werden."*

Nichts anderes steht im Kern hinter dem StromVG, das den Wettbewerb soweit möglich spielen lassen will und dort regulierend eingreift, wo die Gefahr von Missbrauch bestehen könnte. Das führt unter dem StromVG zur grundsätzlichen Trennung zwischen dem als natürliches Monopol regulierten Bereich des Netzbaus und -betriebs und dem grundsätzlich liberalisierten Bereich des Stromgeschäfts. Diese dogmatische Trennung in Markt- und Netzbereich erfährt im StromVG freilich zahlreiche Durchbrechungen zugunsten einer Intervention in Bereichen, die dem Markt zugänglich sind. Das betrifft vorab die Ausnahme des freien Netzzugangs für feste Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von bis zu 100 MWh. Das ist die überwiegende Mehrheit aller Bezüger. Obwohl das StromVG als Liberalisierungserlass diskutiert wird, kommt den regulativen

Elementen das hauptsächliche Gewicht zu. Es ist zu hoffen, dass die Rechtsanwendung der *fördernden Kraft der Privatinitiative* genügend Raum für Entfaltung verschafft. Angesichts des anstehenden enormen Investitionsbedarfs sowohl im Bereich der Produktion als auch der Netzinfrastruktur kommt dem Aspekt der Rechtssicherheit für den Investor grösste Bedeutung zu.

Als Referenzperiode wird auf den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008 abgestützt. Im Kapitel II (Rechtsetzung) wird teilweise auch auf Änderungen der Bundesgesetzgebung, die per 1. Januar 2009 in Kraft getreten sind, Bezug genommen.

II. Rechtsetzung

A. Liberalisierung der Stromversorgung

1. *Stromversorgungsgesetz*²⁸

Abgesehen von gewissen Bestimmungen, ist das Stromversorgungsgesetz per 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt worden. Bereits per 15. Juli 2007 in Kraft gesetzt wurden jedoch die Art. 21 und 22 StromVG bzgl. Organisation und Aufgaben der Elektrizitätskommission (ElCom). Auch wurden die Art. 1-6, 8-12, 13 Abs. 3 Buchstabe a und c, 14-20 und 23-34 sowie die Ziffern 1, 3 und 4 des Anhangs (Änderung des Mehrwertsteuergesetzes, des Elektrizitätsgesetzes sowie des Börsengesetzes) bereits am 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt. In der ersten Marktöffnungsstufe haben feste Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte keinen Anspruch auf Netzzugang (Art. 6 Abs. 6 StromVG). Nach Art. 34 Abs. 3 StromVG tritt die zweite Marktöffnungsstufe (diskriminierungsfreier Netzzugang für alle Endkunden) mit Art. 7 und Art. 13 Abs. 3 Buchstabe b StromVG fünf Jahre später durch einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss in Kraft, der zugleich die Art. 6, 13 Abs. 3 Buchstabe a und 29 Abs. 1 Buchstabe a aufheben soll. Per 1. April 2008 ist der Art. 8 Abs. 1 (Einleitungssatz) und 3 von Ziffer 2 des Anhangs (Änderung des Energiegesetzes) in Kraft getreten. Der Art. 7a Abs. 2 und 3 von Ziffer 2 des Anhangs (Änderung des Energiegesetzes) ist am 1. Mai 2008 in Kraft getreten (vgl. zur Inkraftsetzung: Verordnung über eine weitere Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes vom 14. März 2008²⁹).

a) Gründe für die Neuregelung

Nach dem Nein zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) in der Referendumsabstimmung im Jahre 2002 kam der Bundesrat in einer Lagebeurteilung zur Ansicht, dass die Rechtslage im Bereich der Stromversorgung aus

²⁸ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7).

²⁹ AS 2008 775.

mehreren Gründen ungenügend ist.³⁰ Insbesondere entsprach diese nicht mehr den technischen und wirtschaftlichen Realitäten. Es fehlte beispielsweise an einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde und an anwendbaren Regelungen bezüglich Netzzugang sowie Versorgungssicherheit.³¹ Das Bundesgericht hatte gestützt auf Art. 7 Kartellgesetz entschieden, dass Elektrizitätsnetze Dritten für die Durchleitung von Strom zur Verfügung gestellt werden müssen, wenn keine berechtigten Geschäftsgründe eine Verweigerung rechtfertigen.³² Zudem bestand infolge der europäischen Vereinheitlichungsbestrebungen im Bereich des EU-Strombinnenmarktes und der Konkretisierung des Liberalisierungsfahrplanes ein faktischer Zugzwang für die Schweiz.³³

b) Ziele des StromVG

Durch Erlass des StromVG beabsichtigte der Bundesrat insbesondere, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit in einem liberalisierten Umfeld, mit Rechtssicherheit für Investitionen, zu gewährleisten.³⁴ Die Ziele der Versorgungssicherheit und die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Marktes werden parallel angestrebt und sind in der Gesetzesanwendung in Ausgleich zu bringen (Art. 1 StromVG). Versorgungssicherheit besteht, wenn jederzeit die gewünschte Menge an Energie mit der erforderlichen Qualität im gesamten Stromnetz zu angemessenen Preisen erhältlich ist.³⁵

Die Stromversorgung soll auch unter dem StromVG auf dem Grundsatz der Subsidiarität und Kooperation aufbauen. Damit soll gewährleistet werden, dass primär diejenigen Aufgaben hoheitlich geregelt wer-

³⁰ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes (EleG) und zum Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG), in: BBl 2005 1611, S. 1616.

³¹ Botschaft, a.a.O., S. 1616.

³² BGE 129 II 497; Botschaft, a.a.O., S. 1616; vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Fragen und Antworten zur Stromversorgungsgesetzgebung vom 14.03.2008, S. 2, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/index.html?lang=de&doossier_id=02090.

³³ Botschaft, a.a.O., S. 1616 f.

³⁴ Botschaft, a.a.O., S. 1617.

³⁵ Botschaft, a.a.O., S. 1618.

den, welche durch die Energiewirtschaft nicht bereits selber wahrgenommen werden. Vor dem Erlass neuer Bestimmungen sollen sodann bestehende Vereinbarungen geprüft und Lösungen in Zusammenarbeit mit den betroffenen Organisationen gefunden werden.³⁶

c) Hauptregelungspunkte

Durch das StromVG geregelt werden insbesondere der Netzzugang, die Gewährleistung der Grundversorgung, die Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft sowie die Errichtung der Regulierungsbehörde ElCom. Auf diese Punkte soll im Folgenden eingegangen werden.

– *Netzzugang*

Das StromVG verpflichtet die Netzbetreiber, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Unter Netzzugang (Third Party Access) ist das Recht auf Nutzung des Elektrizitätsnetzes eines Dritten zur Durchleitung von Strom zu verstehen. Nur so wird es den Endverbrauchern in einem liberalisierten Strommarkt ermöglicht, den Strom von einem beliebigen Lieferanten zu beziehen.³⁷

Der Anspruch auf Netzzugang steht in einer ersten Phase der Marktöffnung nur Endverbrauchern mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh pro Verbrauchstätte zu (vgl. Art. 6 und 13 StromVG). Feste Endverbraucher, d.h. Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh (Art. 6 Abs. 2 StromVG), haben in dieser Phase der Marktöffnung keinen Anspruch auf Netzzugang im Sinne der Durchleitung (Art. 6 Abs. 6 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 StromVG). Diese festen Endverbraucher müssen ihren Strom faktisch weiterhin von ihrem lokalen Netzbetreiber beziehen und können den Lieferanten nicht frei wählen.³⁸ Ein rechtliches Monopol für den Bau von Netzen

³⁶ Botschaft, a.a.O., S. 1617.

³⁷ Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Fragen und Antworten, a.a.O., S. 10.

³⁸ Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Fragen und Antworten, a.a.O., S. 3.

oder für die Belieferung fester Endverbraucher mit elektrischer Energie wird dadurch jedoch nicht geschaffen.³⁹

In einer zweiten Phase der Marktöffnung sollen sodann alle Endverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen können und für den Zweck der Durchleitung Elektrizitätsnetze nutzen. Für Endverbraucher mit einem Stromkonsum von weniger als 100 MWh besteht in der zweiten Phase das so genannte Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung ("WAS-Modell"; Art. 7 StromVG). Solche Endkunden können periodisch wählen, am liberalisierten Elektrizitätsmarkt zu partizipieren oder sich weiterhin vom bisherigen Verteilnetzbetreiber zu regulierten Tarifen beliefern zu lassen. Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, die Endverbraucher jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen zu liefern (Art. 7 Abs. 1 StromVG).⁴⁰ Diese zweite Phase soll gemäss Art. 34 Abs. 3 StromVG fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG eingeführt werden, wobei gegen eine solche volle Marktöffnung das fakultative Referendum ergriffen werden kann (Art. 34 Abs. 3 StromVG).⁴¹

Für die Netznutzung ist dem Netzbetreiber eine Entschädigung zu leisten, das Netznutzungsentgelt. Darin ist die Energielieferung nicht enthalten.⁴² Das Netznutzungsentgelt ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 2 StromVG). Es ist somit unabhängig von der Distanz, über welche der Strom transportiert wurde. Das Netznutzungsentgelt unterliegt der Regulierung und darf die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen (Art. 14 StromVG). Unter die anrechenbaren Kosten fallen die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes, wobei diese auch einen angemessenen Betriebsgewinn beinhalten (Art. 15 StromVG).

³⁹ RECHSTEINER/WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: AJP 2007, S. 1288 ff., 1291.

⁴⁰ WEBER/MANNHART, Neues Strompreisrecht, Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, S. 454.

⁴¹ Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Stromversorgungsgesetz (StromVG), abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/index.html?lang=de.

⁴² Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Fragen und Antworten, a.a.O., S. 6.

Die Überwachung der Netznutzungstarife obliegt der ElCom (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Über deren korrekte Berechnung hat die ElCom in einer Verfügung vom 15. Dezember 2008 bereits erste Hinweise geliefert.⁴³

– *Gewährleistung der Grundversorgung*

Für die Gewährleistung der Grundversorgung (Pflicht Endkunden und Produzenten an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen und Lieferpflicht für Endkunden mit Grundversorgung) sind die jeweils zuständigen Netzbetreiber zu bezeichnen. Die Kantone bezeichnen zu diesem Zweck die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Diese Zuteilung kann auch an die Gemeinden delegiert werden.⁴⁴ Zur Stärkung der Grundversorgung können den Netzbetreibern sodann auch Leistungsaufträge erteilt werden (Art. 5 Abs. 1 StromVG), wie beispielsweise die Pflicht, die öffentliche Beleuchtung sicherzustellen.⁴⁵

Das neue Institut der Netzzuteilung hat zum Zweck, die Grundversorgung mit elektrischer Energie sicherzustellen. Aus diesem Grund knüpft der Gesetzgeber verschiedene Rechtspflichten an die Zuteilung von Netzgebieten an.⁴⁶ So trifft den Netzbetreiber innerhalb seines Netzgebietes die Pflicht, alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone sowie alle Elektrizitätserzeuger an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen (Art. 5 Abs. 2 StromVG). Während der ersten Phase der Marktöffnung hat er zudem für alle Endverbraucher in der Grundversorgung (feste Endverbraucher und Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten) und in der zweiten Phase allen Endverbrauchern, die von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch machen, mit Elektrizität in gewünschter Menge und Qualität zu versorgen (Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG).⁴⁷ Weitere Pflichten des Netzbetreibers ergeben sich aus Art. 8 StromVG, insbesondere die Pflicht zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes.

⁴³ Vgl. Kapitel III., A., S. 145.

⁴⁴ Botschaft, a.a.O., S. 1644.

⁴⁵ Botschaft, a.a.O., S. 1644.

⁴⁶ RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., S. 1289.

⁴⁷ RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., S. 1289.

– *Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft*

Das StromVG sieht in Art. 18 Abs. 1 StromVG vor, dass das schweizerische Höchstspannungsnetz von einer nationalen Netzgesellschaft in der Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz betrieben wird. Es gilt somit der Grundsatz: Kein Wettbewerb im Netz, aber Wettbewerb beim Energiehandel.⁴⁸ Dies deshalb, weil das Stromnetz ein natürliches Monopol darstellt.⁴⁹

Die Netzgesellschaft muss nach einer Übergangsphase Eigentümerin des von ihr betriebenen Netzes sein und sicherstellen, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehört (Art. 18 Abs. 2 und 3 StromVG).

Die Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft sind in Art. 20 StromVG näher umschrieben. Danach betreibt und überwacht diese insbesondere das gesamtschweizerische Übertragungsnetz und führt es als eine Regelzone, trägt die Verantwortung für Planung und Kontrolle desselben, ist verantwortlich für das Bilanzmanagement und stellt die weiteren Systemdienstleistungen einschliesslich Bereitstellung von Regelenergie sicher, ordnet bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs die notwendigen Massnahmen an und erarbeitet transparente sowie diskriminierungsfreie Verfahren zur Handhabung von Engpässen (Art. 20 Abs. 2 StromVG).

Die Funktion der nationalen Netzgesellschaft wird von der swissgrid AG übernommen. Diese hat auf privater Basis bereits seit dem 15. Dezember 2006 und somit vor Inkrafttreten des StromVG ihre operative Tätigkeit aufgenommen.⁵⁰

Die Übergangsbestimmungen zur nationalen Netzgesellschaft sehen vor, dass die Eigentümer von Übertragungsnetzen diese innert einem Jahr seit dem Inkrafttreten des Gesetzes rechtlich von den übrigen Tätigkeiten (insbesondere Stromproduktion und -handel) entflechten (Art. 33 Abs. 1 StromVG). Sodann müssen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bis spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes das Übertra-

⁴⁸ Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Fragen und Antworten, a.a.O., S. 2.

⁴⁹ Vgl. Bundesamt für Energie, BFE, Stromversorgung, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/index.html?lang=de.

⁵⁰ Vgl. BGE 133 II 104; dazu Kapitel III., A., S. 145.

gungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene auf die nationale Netzgesellschaft übertragen. Dafür werden den Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Entschädigung Aktien an der nationalen Netzgesellschaft und zusätzlich allenfalls andere Rechte zugewiesen. Darüber hinaus gehende Wertminderungen werden von der nationalen Netzgesellschaft ausgeglichen (Art. 33 Abs. 4 StromVG). In der Übergangsphase bis zur Übertragung des Übertragungsnetzes legen die nationale Netzgesellschaft und die Eigentümer des Übertragungsnetzes die Verfügungsrechte über die Netzanlagen vertraglich fest. Diese Verträge sind von der ElCom zu genehmigen (Art. 33 Abs. 3 StromVG).

– *Schaffung der Regulierungsbehörde ElCom*

Um die Liberalisierung des Strommarktes effektiv gewährleisten zu können, ist ein unabhängiges und effektives Kontrollorgan notwendig, welches diesen nicht nur überwacht, sondern zugleich reguliert. Diese Aufgabe übernimmt die vom Bundesrat eingesetzte siebenköpfige Elektrizitätskommission (ElCom), welche vom Bundesrat bereits auf den 15. Juli 2007 eingesetzt wurde.

Die Mitglieder der ElCom müssen unabhängige Sachverständige sein, welche weder Organen von juristischen Personen angehören, die Tätigkeiten im Bereich der Elektrizitätswirtschaft ausüben noch in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen (Art. 21 StromVG). Als Präsident der Kommission wurde alt Ständerat Carlo Schmid eingesetzt. Die ElCom untersteht keinen Weisungen des Bundesrates und des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation und ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 21 Abs. 2 StromVG).

Gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG hat die ElCom die Aufgabe, die Einhaltung des StromVG zu überwachen sowie die Entscheide und Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind, zu erlassen. Sie ist insbesondere dafür zuständig, im Streitfall Entscheide über den Netzzugang, die Netznutzungsbedingungen, die Netznutzungstarife und -entgelte sowie über die Elektrizitätstarife zu fällen, die Netznutzungstarife und -entgelte sowie die Elektrizitätstarife von Amtes wegen zu überprüfen und Entscheide über die Verwendung der Einnahmen nach Art. 17 Abs. 5 zu fällen (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Zu-

dem entscheidet sie bei Streitigkeiten bezüglich der kostendeckenden Einspeisevergütung, überwacht die Sicherheit der Stromversorgung sowie den Zustand der Stromnetze und übernimmt Aufgaben im Bereich der grenzüberschreitenden Leitungen und der Koordination mit europäischen Stromregulatoren.⁵¹ Der Aufgabenkatalog der ElCom ist damit sehr weit gefasst.

2. *Stromversorgungsverordnung*⁵²

Bereits kurz nach Inkrafttreten der Stromversorgungsverordnung per 1. April 2008 wurde diese mit Verordnung vom 12. Dezember 2008⁵³ bereits wieder in wesentlichen Teilen abgeändert (Art. 4 Abs. 3, 7 Abs. 7, 13 Abs. 4, 15 Abs. 2 Bst. a, Gliederungstitel vor 31a, 31a, 31b, 31c, 31d, Titel vor 32, Aufhebung der Sachüberschrift von 32). Diese Änderungen traten per 1. Januar 2009 in Kraft.

Hintergrund dieser verordnungsgeberischen Hektik ist der politische Druck, der nach der Publikation der Tarife des nationalen Netzbetreibers für die Nutzung der Netzebene 1 (Übertragungsnetz) im Sommer 2008, entstanden ist. In einer Medienmitteilung zur kurzfristigen Revision der Strompreisverordnung vom 5. Dezember 2008 führte der Bundesrat aus, dass es das Ziel sei, die per 1. Januar 2009 angekündigten Preiserhöhungen zu dämpfen. Es gehe darum, die Gewinne zu reduzieren, die durch Aufwertung der Netze erzielt worden seien.

Konkret wird die Kapitalverzinsung für betriebsnotwendige Vermögenswerte (WACC – Weighted Average Cost of Capital), die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen worden sind, für die Jahre 2009 bis 2013 um 1 Prozent gesenkt, dies gegenüber dem generellen Zinssatz nach Art. 13 Abs. 3 Bst. b (neu Art. 31a StromVV).

Sodann ist bei Berechnungen der Kapitalkosten auf der Basis von Wiederbeschaffungspreisen, anstelle von ursprünglichen Anschaf-

⁵¹ Medienmitteilung der ElCom vom 31. Januar 2008, Die Elektrizitätskommission (ElCom) ist auf Kurs, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch/dokumentation/00012/index.html?lang=de.

⁵² Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71).

⁵³ AS 2008 6467.

fungs- und Herstellkosten, neu ein pauschaler Abzug von 20 Prozent vorzunehmen (rev. Art. 13 Abs. 4 StromVV, letzter Satz).

Weiter sieht die revidierte Verordnung vor, dass Betreiber von Kraftwerken mit einer Leistung von mehr als 50 MWh in den Jahren 2009-2013 den Anteil der Kosten der Systemdienstleistungen tragen, der nicht über den Anteil, der über den Tarif von 0,4 Rappen pro kWh von den Endverbrauchern gedeckt wird (neu Art. 31b StromVV), finanziert wird.

Abgesehen davon, dass die Gesetzeskonformität dieser kurzfristig beschlossenen Revision der StromVV fraglich ist, erscheint zweifelhaft, ob die Intervention des Bundesrates während einem laufenden Verfahren bei der ElCom geeignet ist, das langfristige Vertrauen zwischen den Bundesbehörden als Regulator und den regulierten Unternehmen zu fördern. Die ElCom hatte bereits Mitte 2008 von Amtes wegen ein Verfahren zur Prüfung der Tarife der swissgrid AG eröffnet, das im Zeitpunkt der Revision der StromVV noch nicht abgeschlossen war. Für das Funktionieren der Regulierung ist es entscheidend, dass sich die regulierten Unternehmen auf eine möglichst langfristig absehbare und verlässliche Regulierung einlassen können. Andernfalls werden nötige Investitionen in die Infrastruktur gefährdet.

3. *Geschäftsreglement der ElCom*⁵⁴

Per 1. Januar 2008 ist das auf Art. 21 Abs. 4 StromVG gestützte Geschäftsreglement der ElCom in Kraft getreten.

⁵⁴ Geschäftsreglement vom 21. November 2007 der Elektrizitätskommission (SR 734.74).

4. *VO über Ausnahmen beim Netzzugang und bei anrechenbaren Netzkosten*⁵⁵

Diese Verordnung, die sich auf Art. 21 Abs. 1 des StromVV stützt, ist per 15. Dezember 2008 in Kraft getreten.

Hierbei geht es darum, dass für sog. merchant lines während einer bestimmten Zeitdauer Ausnahmen vom diskriminierungsfreien Netzzugang gewährt werden können. Damit sollen in Situationen, in denen unter dem diskriminierungsfreien Netzzugang der Bau von neuer Kapazität im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz unterbleiben würde, befristete Ausnahmen gewährt werden (Vgl. Art. 17 Abs. 6 StromVG).⁵⁶

B. Energiegesetz und Ausführungsverordnungen

1. *Energiegesetz*⁵⁷

a) Erneuerbare Energien

Mit dem Erlass des Stromversorgungsgesetzes wurden auch verschiedene Änderungen des Energiegesetzes im Bereich der erneuerbaren Energien beschlossen (Anhang Ziff. 2 StromVG). Diese Änderungen sind auf den 1. Januar 2009 in Kraft getreten (mit Ausnahme von Art. 7a Abs. 2 und 3 EnG, Inkrafttreten 1. Mai 2008).

– *Ziele*

Bisher enthielt das EnG nur die Formulierung, dass mit dem Gesetz die "verstärkte Nutzung" von erneuerbaren Energien bezweckt werde (Art. 1

⁵⁵ Verordnung des UVEK vom 3. Dezember 2008 über Ausnahmen beim Netzzugang und bei anrechenbaren Netzkosten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz (VAN, SR 734.713.3).

⁵⁶ Zu den Hintergründen RECHSTEINER, Gefährdete Investitionsanreize als Folge des Third Party Access – am Beispiel des Elektrizitätsmarktes, Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Bern 2004, S 345 ff.

⁵⁷ Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0).

Abs. 2 lit. c EnG). Zusätzlich sind nun konkrete Ziele beziffert worden. Die durchschnittliche Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien muss bis zum Jahr 2030 gegenüber dem Stand des Jahres 2000 um mindestens 5'400 GWh erhöht werden (Art. 1 Abs. 3 EnG). Davon sollen mindestens 2'000 GWh durch zusätzliche Produktion aus Wasserkraftwerken erreicht werden (Art. 1 Abs. 4 EnG).

Für ein besseres Verständnis dieser Zahlen ist ein Blick in die Schweizerische Gesamtenergiestatistik nützlich (auf welche statistischen Grundlagen und insbesondere auf welche Zahlen für das Jahr 2000 sich der Gesetzgeber bei seiner Zielvorgabe stützt, ergibt sich weder aus der Botschaft zum StromVG noch aus der parlamentarischen Debatte⁵⁸; die hier genannten Zahlen sind in diesem Sinne nicht gesichert). Im Jahr 2000 wurden insgesamt 65'348 GWh Elektrizität produziert, davon 37'851 GWh durch Wasserkraft und 2'548 GWh durch andere erneuerbare Energien.⁵⁹ Wenn man davon ausgeht, dass der Anteil der Wasserkraft gemäss der gesetzlichen Vorgabe bis im Jahr 2030 um 2'000 GWh erhöht wird, muss die Produktion durch andere erneuerbare Energien um 3'400 GWh (5'400 GWh [Gesamtziel] - 2'000 GWh [Ziel Wasserkraft] = 3'400 GWh), d.h. von 2'548 GWh auf ca. 6'000 GWh mehr als verdoppelt werden.

– *Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV)*

Allgemeines: Als wichtigstes Instrument zur Förderung erneuerbaren Energien wurde mit Einfügung von Art. 7a EnG die sog. kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) geschaffen.

Neu sind die Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung von Sonnenenergie, Geothermie, Windenergie, Wasserkraft bis zu 10 MW, sowie Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern sich diese Neuanlagen am betreffenden Standort eignen. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden bzw. werden (Art. 7a Abs. 1 EnG). Die Vergütung ist dem

⁵⁸ Vgl. Botschaft, a.a.O., 1666 f.; AB 2005 N 1087 ff.; AB 2006 S 870 ff.

⁵⁹ Bundesamt für Energie, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2007, Tabelle 24.

Grundsatz nach – wenn auch nicht in jedem Einzelfall – kostendeckend (vgl. Art. 7a Abs. 2 EnG).

Die KEV löst das bisherige System der Mehrkostenfinanzierung (MKF) ab, wonach ebenfalls eine Abnahmeverpflichtung von Strom aus erneuerbaren Energien bestand (Art. 7 Abs. 3 und 4 aEnG). Anders als die KEV war die MKF jedoch auf unabhängige Produzenten und auf die produzierte Überschussenergie (statt der gesamten Energieproduktion aus erneuerbarer Energie) eingeschränkt und der Produzent erhielt grundsätzlich einen Jahresmittelpreis von 15 Rp./kWh (statt einer kostendeckenden Vergütung).⁶⁰

Diese an der MKF berechtigten Anlagen werden wegen dieses Jahresmittelpreises als "15-Räppler-Anlagen" bezeichnet. Für solche Anlagen besteht auch nach der Einführung der KEV ein Bestandesschutz, d.h. die bisherige Regelung gemäss MKF gilt für bestehende Verträge grundsätzlich weiterhin, und zwar bis Ende 2035 für Wasserkraftwerke bzw. bis Ende 2025 für alle übrigen Anlagen (Art. 28a EnG).

Vergütungsberechtigte Anlagen: Das Recht auf KEV besteht nur für sog. Neuanlagen, d.h. Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden bzw. werden (Art. 7a Abs. 1 Satz 2 EnG). Damit eine Anlage als erheblich erweitert oder erneuert gilt, müssen die Neuinvestitionen mindestens 50 % der Kosten betragen, die für die Erstellung einer neuen Anlage aufzuwenden wären.⁶¹

Jedoch sind nicht alle Neuanlagen ohne weiteres vergütungsbe-rechtigt. Die Gesamtsumme der Vergütungen ist finanziell beschränkt und ebenso bestehen für jede Technologie separate sog. Kostendeckel:

Die KEV wird finanziert durch einen Zuschlag auf die Übertra-gungskosten der Hochspannungsnetze, der auf die Endverbraucher über-wälzt werden darf. Von diesem Zuschlag von höchstens 0.6 Rp./kWh sind

⁶⁰ UVEK, Richtlinie Mehrkostenfinanzierung (MKF), 1. Januar 2009, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/00615/index.html?lang=de&dossier_id=00793.

⁶¹ Bundesamt für Energie, FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung [KEV], Artikel 7a Energiegesetz neu, 15. April 2008, Ziff. 6, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?lang=de&dossier_id=02090.

mindestens 0.5 Rp./kWh für die KEV reserviert (Art. 15b EnG). Daraus leitet sich die Gesamtsumme ab, die für die KEV zur Verfügung steht.

Aus dieser Gesamtsumme ergeben sich die einzelnen Kostendeckel. Die Wasserkraft darf von der Gesamtsumme höchstens 50 %, die Photovoltaik (Sonnenenergie) je nach wirtschaftlicher Effizienz höchstens 5 % bis höchstens 30 %, die anderen Technologien je höchstens 30 % beanspruchen (Art. 7a Abs. 4 lit. a-c EnG).

Um die Einhaltung der Gesamtsumme mittels eines kontrollierten Wachstums zu sichern, setzt das Bundesamt für Energie bezüglich der relativ teuren Photovoltaik jährlich fest, welche zusätzlichen Kapazitäten in die KEV einbezogen werden (sog. Zubaumengen, Art. 7a Abs. 2 lit. d EnG).

Dem gleichen Zweck dient das Anmelde- und Bescheidverfahren bei der nationalen Netzgesellschaft swissgrid AG, das für alle Technologien gilt. Nach dem Prinzip "first come first served" werden nur solange Anmeldungen für die KEV berücksichtigt, bis der Kostendeckel der betreffenden Technologie erreicht ist; die später angemeldeten Anlagen werden in eine Warteliste aufgenommen. Näheres zum Verfahren regelt Art. 3g EnV.

Anmeldungen wurden seit dem 1. Mai 2008 entgegengenommen, und bereits an den ersten beiden Tagen gingen rund 3'500 Anmeldungen ein. Am 1. Februar 2009 stellte das Bundesamt für Energie fest, dass die Kostendeckel für alle Technologien erreicht seien und verfügte einen Bescheidstopp.⁶²

Herkunftsnachweis: In Art. 5a EnG wird der Bundesrat neu ermächtigt, neben der Kennzeichnungspflicht auch eine Pflicht zum Nachweis der Herkunft von Elektrizität einzuführen. Gestützt darauf hat der Bundesrat verordnet, dass beim Bezug von KEV die Pflicht des Produzenten besteht, für die aus erneuerbaren Energien produzierte Elektrizität ei-

⁶² Bundesamt für Energie, BFE, Medienmitteilung vom 2. Februar 2009, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msg-id=25142 sowie Medienmitteilung vom 7. Juli 2008, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msg-id=20044.

nen Herkunftsnachweis erstellen zu lassen (Art. 1d Abs. 2 EnV, Einzelheiten regelt die Ausführungsverordnung des UVEK⁶³, die am 18. März 2008 revidiert wurde).

Mit der Ausrichtung der KEV an den Produzenten gilt der ökologische Mehrwert der Elektrizität als vollständig abgegolten. Der Produzent darf den Herkunftsnachweis nicht handeln oder an Dritte weitergeben (Art. 1d Abs. 4 EnV), sondern muss ihn der Bilanzgruppe für erneuerbare Energien übertragen (Art. 3c EnV; die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien ist die Abwicklungsstelle der Energie- und Geldflüsse im Rahmen der KEV).⁶⁴

Berechnung der Vergütung: Die Höhe der Vergütung berechnet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen. Nach dem Erstellungsjahr wird die Höhe der Vergütung jährlich abgesenkt; ist die Anlage amortisiert, entfällt die Vergütung (Art. 7a Abs. 2 EnG).

Die Einzelheiten der Berechnung sind für die verschiedenen Technologien in Anhang Ziff. 1.1-1.5 EnV geregelt. Zur Veranschaulichung sollen zwei Beispiele daraus genannt werden: Die Vergütung für Photovoltaik beträgt anfangs zwischen 49 und 90 Rp./kWh, die Vergütungssätze werden ab 2010 pro Jahr um 8% gesenkt, die Amortisations- und Vergütungsdauer beträgt 25 Jahre. Die Vergütung für Windenergie beträgt anfangs zwischen 17 und 20 Rp./kWh, die Absenkung pro Jahr 0 bis 1.5%, die Amortisations- und Vergütungsdauer 20 Jahre.

– *Quoten*

Die Förderung erneuerbarer Energien kann nicht nur mittels KEV, sondern auch mit einem Quotensystem erfolgen, wonach ein bestimmter Anteil des gelieferten Stroms aus erneuerbaren Energien stammen muss.

⁶³ Verordnung des UVEK über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität vom 24. November 2006, SR 730.010.1.

⁶⁴ Vgl. Bundesamt für Energie, FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung [KEV], Artikel 7a Energiegesetz neu, 15. April 2008, Ziff. 18, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?lang=de&dossier_id=02090; vgl. ferner die Definition der Bilanzgruppe in Art. 2 Abs. 1 lit. e StromVV.

Im Energiegesetz wird das Quotensystem vorerst nur auf *freiwilliger* Basis eingeführt. Nach dem neu eingefügten Art. 7b Abs. 1 EnG treffen die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele "untereinander Vereinbarungen über die Zubaumengen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien sowie den Handel mit dem ökologischen Mehrwert dieser Elektrizität".

Mit anderen Worten ist es vorerst Sache der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sich über die Höhe der Quoten zu einigen und festzusetzen, inwieweit diese Quoten durch zusätzliche Stromproduktion aus erneuerbaren Energien und inwieweit sie durch den Erwerb von Zertifikaten (Herkunftsnachweisen als Verkörperung des ökologischen Mehrwerts gewisser Strommengen) erreicht werden dürfen.

Falls sich abzeichnet, dass die Ziele gemäss Art. 1 Abs. 3 und 4 EnG mittels freiwilliger Massnahmen nicht erreicht werden können, kann der Bundesrat den Elektrizitätsversorgungsunternehmen frühestens für das Jahr 2016 bestimmte Quoten verbindlich vorschreiben (Art. 7b Abs. 4 EnG).

– *Risikoabsicherung durch Bürgschaften*

Als weitere Förderungsmassnahme sieht der neu eingefügte Art. 15a EnG die Risikoabsicherung für Investitionen in Geothermieanlagen (Erdwärme) vor. Netzbetreiber können für 50% der Investitionskosten Bürgschaften bereitstellen (Art. 15a Abs. 1 EnG) und im Falle eines Verlusts die entsprechenden Kosten mittels eines Zuschlags auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze überwälzen (Art. 15b Abs. 1 lit. c EnG).

Beim Bau von Geothermieanlagen kann im Voraus nur schwer abgeschätzt werden, ob sie sich lohnen werden. Mit der Erleichterung der Bereitstellung von Bürgschaften soll das hohe finanzielle Risiko abgedeckt werden.⁶⁵

⁶⁵ AB 2005 N 1097, Voten Müller und Messmer.

b) Weitere Änderungen

Das Energiegesetz wurde nicht nur im Bereich der erneuerbaren Energien, sondern auch bezüglich weiterer Fragen geändert:

Verschiedene neue Bestimmungen betreffen die *Energieeffizienz*. Im Einzelnen geregelt wurde die Zielvorgabe für die privaten Haushalte (Art. 1 Abs. 5 EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009), wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen (Art. 7a Abs. 3 EnG, Inkrafttreten 1. Mai 2008), Anforderungen an gewisse Geräte und den Standby-Verbrauch (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 EnG, Inkrafttreten 1. April 2008), Anforderungen an Gebäude (Art. 9 Abs. 2 und 3 EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009). Hinzu kommen Änderungen bzw. Neuerungen betreffend:

- die Versorgungssicherheit (Art. 6a EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009),
- die grundsätzliche Verpflichtung der Netzbetreiber, Elektrizität aus fossiler und erneuerbarer Energie zu Marktpreisen abzunehmen (Art. 7 EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009),
- den Abschluss internationaler Vereinbarungen (Art. 15c EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009) und
- die Rechtspflege (Art. 25 Abs. 1 EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2007), insbesondere die Zuständigkeit der Elektrizitätskommission (Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG, Inkrafttreten 1. Januar 2009).

c) Geplante Änderungen

Am 11. November 2008 hat das UVEK einen Vorentwurf für weitere Änderungen des Energiegesetzes in die Vernehmlassung gegeben. Die Änderungen betreffen insbesondere die Energieeffizienz von Gebäuden.⁶⁶

⁶⁶ Vgl. BBl 2008 8703; Bundesamt für Energie, Erläuterungen zur Änderung des Energiegesetzes, 22. Oktober 2008, abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1640/Bericht1.pdf.

2. *Energieverordnung*⁶⁷

Die Gebührenverordnung BFE vom 22. November 2006 (AS 2006 4889, Anhang 2 Ziff. 2) hatte auch Auswirkungen auf die ENV. So wurde mit Wirkung per 1. Januar 2007 der Titel des 6. Kapitels (Titel vor Art. 27) der ENV geändert. Ebenfalls mit Wirkung per 1. Januar 2007 wurde Art. 27 und die Marginale zu Art. 28 aufgehoben.

Mit der Stormversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (Anhang Ziff. 2) wurde die EnV weitgehenden Änderungen unterzogen. So wurde mit Wirkung per 1. April 2008 Art. 1d Abs. 1 und 5 geändert. Weiter wurden mit Wirkung per 1. Mai 2008 ein Kapitel 2a (davon Art. 3b, 3f-3i, 3j Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1) und im Kapitel 4 den Abschnitt 2a (davon Art. 17c Abs. 1) neu eingefügt. Auch der Art. 29 Abs. 4 und 5 wurde mit Wirkung per 1. Mai geändert. Mit Wirkung per 1. Januar 2009 wurden sodann die folgenden Bestimmungen neu eingefügt: Art. 1 Buchstabe o, in Kapitel 2a die Art. 3, 3a, 3c, 3d, 3e, 3j Abs. 3-5, 3k, 3l, 3m, 3n, 3o, 3p, 3q, 4, 5 Abs. 2 und 3; Kapitel 2b (Art. 6); Kapitel 2c (Art. 6a); Kapitel 3a (Art. 11a); in Kapitel 4 der Abschnitt 2a und da die Art. 17a, 17b, 17c Abs. 2 und 3; Art. 28 Buchstabe e, f, g; Art. 28a; Art. 30 Buchstabe c; Anhang 1.1; Anhang 1.2; Anhang 1.3; Anhang 1.4; Anhang 1.5; Anhang 1.6. Ebenfalls mit Wirkung per 1. Januar 2009 wurden folgende Bestimmungen einer Änderung unterzogen: Art. 1 Buchstabe f und h, 1d Abs. 2-4 und 6, 1f, 1g; Kapitel 2 (Art. 2-2c); Titel Kapitel 4; Art. 12 Abs. 2; 21 Abs. 1; 22 Abs. 1 und 2; 23 Abs. 1; 29 Abs. 1-3 und 6; Anhang 2.1; Anhang 2.3; Anhang 4.

3. *VO über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität*⁶⁸

Seit dem 1. April sind verschiedene geänderte Bestimmungen der Verordnung des UVEK vom 24. November 2006 über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität in Kraft. Diese Änderungen sind

⁶⁷ Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01).

⁶⁸ Verordnung des UVEK vom 24. November 2006 über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität (SR 730.010.1).

durch die Verordnung des UVEK vom 18. März 2008⁶⁹ eingeführt worden. Es handelt sich um folgende Bestimmungen: Art. 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 und 2, 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 und 4 Bst. b und c, 4a, 5 Abs. 2 und 7 sowie 8.

4. *VO über Angaben auf der Energieetikette von neuen Personenwagen*⁷⁰

Zwei Bestimmungen (Art. 3, 3a) der Verordnung des UVEK vom 8. September 2004 über Angaben auf der Energieetikette von neuen Personenwagen sind im Berichterstattungsjahr geändert worden (geändert durch die Verordnung des UVEK vom 31. Januar 2008, AS 2008 1721). Diese Änderungen sind seit dem 1. Juli 2008 in Kraft.

C. Elektrische Anlagen

1. *Elektrizitätsgesetz*⁷¹

Durch Anhang Ziff. 72 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005⁷² ist Art. 23 EleG mit Wirkung per 1. Januar 2007 einer Änderung unterzogen worden.

Mit Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007⁷³ wurden durch Anhang Ziff. 3 des StromVG die Art. 15 Abs. 2 und 44 sowie 55 mit Wirkung per 1. Januar 2008 einer Änderung unterzogen. Ebenfalls mit Wirkung per 1. Januar 2008 wurde ein neuer Art. 15a eingefügt sowie Art. 19 aufgehoben. Hervorzuheben ist hier insbesondere der neu gefasste Art. 44 EleG, der das Enteignungsrecht für die Erstellung und Änderung von Einrichtungen zur Fortleitung und Verteilung elektrischer

⁶⁹ AS 2008 1221.

⁷⁰ Verordnung des UVEK vom 8. September 2004 über Angaben auf der Energieetikette von neuen Personenwagen (VEE-PW, SR 730.011.1).

⁷¹ Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0).

⁷² AS 2006 2197.

⁷³ AS 2007 3425.

Energie betrifft. Abs. 2 des alt Art. 44 EleG wurde aufgehoben. Dieser betraf die Enteignung bestehender Kapazität zur Fortleitung von elektrischer Energie. Mit dem diskriminierungsfreien Netzzugang ist dieses Enteignungsrecht entbehrlich.

Im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts⁷⁴ wurden Art. 3 Abs. 4 sowie Art. 62 mit Wirkung per 1. August 2008 aufgehoben.

2. *Schwachstromverordnung*⁷⁵

Die formelle Bereinigung des Bundesrechts⁷⁶ hatte auch auf die Schwachstromverordnung Auswirkungen: "Die Schlussbestimmungen der Änderung vom 8. Dezember 1997" wurden mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

3. *VO über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen*⁷⁷

Durch Anhang 2 Ziff. 3 der Gebührenverordnung BFE vom 22. November 2006⁷⁸ wurde der Titel vor Art. 16 sowie Art. 17 der VPeA geändert. Weiter wurde Art. 16 VPeA aufgehoben. Diese Änderungen sind seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.

⁷⁴ Ziff. II 30 des Bundesgesetzes vom 20. März 2008, AS 2008 3437.

⁷⁵ Verordnung vom 30 März 1994 über elektrische Schwachstromanlagen (Schwachstromverordnung, SR 734.1).

⁷⁶ Ziff. IV 22 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

⁷⁷ Verordnung vom 2. Februar 2000 über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen (VPeA, SR 734.25).

⁷⁸ AS 2006 4889.

4. *VO über elektrische Niederspannungserzeugnisse*⁷⁹

Art. 25 der NEV wurde im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts⁸⁰ mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

5. *Niederspannungs-Installationsverordnung*⁸¹

Im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts⁸² wurden die Abs. 1 und 2 des Art. 44 der NIV mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

6. *Leitungsverordnung*⁸³

Die Verordnung vom 4. April 2007 über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen⁸⁴ zog mit ihrem Art. 63 eine Änderung des Anhangs 19 der LeV nach sich. Dieser geänderte Anhang ist seit dem 1. Mai 2007 in Kraft.

Mit der formellen Bereinigung des Bundesrechts⁸⁵ wurde Art. 143 LeV mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

⁷⁹ Verordnung vom 9. April 1997 über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV, SR 734.26).

⁸⁰ Ziff. IV 23 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

⁸¹ Verordnung vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstalltionen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV, SR 734.27).

⁸² Ziff. IV 24 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

⁸³ Verordnung vom 30. März 1994 über elektrische Leitungen (Leitungsverordnung, LeV, SR 734.31).

⁸⁴ AS 2007 1823.

⁸⁵ Ziff. IV 25 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

D. Wasserkraft

1. *Wasserrechtsgesetz*⁸⁶

Durch Anhang Ziff. 67 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005⁸⁷ wurde der Art. 71 Abs. 2 einer Änderung unterzogen und Art. 72 Abs. 3 aufgehoben. Diese Änderungen traten per 1. Januar 2007 in Kraft.

Mit der Neugestaltung des Finanzausgleiches und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen⁸⁸ ist Art. 22 Abs. 4 mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben worden.

2. *VO über die Gebühren des Bundesamtes für Wasser und Geologie*⁸⁹

Die Verordnung über die Gebühren des Bundesamtes für Wasser und Geologie vom 3. Juli 2001 wurde durch Anhang 2 Ziff. 1 der Gebührenverordnung BFE vom 22. November 2006⁹⁰ geändert. So wurde der 2. Abschnitt (Art. 8-11) sowie Art. 12 mit Wirkung per 1. Januar 2007 aufgehoben. Ebenfalls mit Wirkung per 1. Januar 2007 ist sodann der Titel des 3. Abschnittes geändert und der Anhang bereinigt worden.

Mit der Verordnung über die Anpassung von Bundesratsverordnungen an die Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 8. November 2006⁹¹ wurde Art. 14 mit Wirkung per 1. Januar 2007 aufgehoben.

⁸⁶ Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG, SR 721.80).

⁸⁷ AS 2006 2197.

⁸⁸ BG vom 6. Oktober 2006, NFA, Ziff. II 15, AS 2007 5779.

⁸⁹ Verordnung vom 3. Juli 2001 über die Gebühren des Bundesamtes für Wasser und Geologie (SR 721.803).

⁹⁰ AS 2006 4889.

⁹¹ Ziff. II 58, AS 2006 4705.

3. *VO über die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung*⁹²

Bei der VAEW wurde per 1. Januar 2008 – durch die Verordnung vom 7. November 2007 über die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen⁹³ – Art. 7 Abs. 1 geändert sowie Art. 7 Abs. 2 und 3 aufgehoben.

Art. 14 Abs. 1 VAEW wurde im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts⁹⁴ mit Wirkung per 1. Januar 2008 einer Änderung unterzogen.

E. Kernenergie

1. *Kernenergiegesetz*⁹⁵

Das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005⁹⁶ hat den 7. Abschnitt (Art. 76) des KEG mit Wirkung per 1. Januar 2007 aufgehoben.

Durch Anhang Ziff. 13 des Zollgesetzes vom 18. März 2005⁹⁷ wurde Art. 89 Abs. 1 mit Wirkung per 1. Mai 2007 einer Änderung unterzogen.

Art. 70 Abs. 1 sowie 71 sind mit Wirkung per 1. Januar 2008 durch Art. 25 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG⁹⁸) einer Änderung unterzogen worden.

⁹² Verordnung vom 25. Oktober 1995 über die Abgeltung von Einbussen bei der Wasserkraftnutzung (VAEW, SR 721.821).

⁹³ Ziff. I 10, AS 2007 5823.

⁹⁴ Ziff. IV 18 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

⁹⁵ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1).

⁹⁶ Anhang Ziff. 70, AS 2006 2197.

⁹⁷ AS 2007 1411.

⁹⁸ AS 2007 5635.

2. *Kernenergieverordnung*⁹⁹

Mit Anhang 4 Ziff. 31 der Zollverordnung vom 1. November 2006¹⁰⁰ wurde Art. 17 der KEV per 1. Mai 2007 einer Änderung unterzogen.

Viele Änderungen der KEV hat die Verordnung über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 12. November 2008 (EN-SIV¹⁰¹) nach sich gezogen. Diese sind per 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Es handelt sich dabei um folgende Bestimmungen: Art. 6, 10 Abs. 2, 11 Abs. 3, 12 Abs. 3, 21, 22 Abs. 2, 24 Abs. 3, 25 Abs. 4, 26 Abs. 1 und 3, 27 Abs. 4 und 5, 28 Abs. 2, 29 Abs. 3, 30 Abs. 5, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 35 Abs. 4, 37-39, 40 Abs. 5, 41 Abs. 4 und 5, 48, 52 Abs. 3, 53 Abs. 2 und 3, 54 Abs. 4 und 6, 73, 75 Abs. 2 und 4, 76, 77 Abs. 2, Anhänge 2, 3, 5 und 6.

Durch die Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 12. Dezember 2008 (OV-EJPD¹⁰²) wurde Art. 19 Abs. 1 KEV mit Wirkung per 1. Januar 2009 einer Änderung unterzogen.

3. *VO über die Gefährdungsannahmen und Sicherungsmassnahmen für Kernanlagen und Kernmaterialien*¹⁰³

Diese Verordnung stützt sich auf Art. 9 Abs. 3 der KEV. Sie ist per 1. Mai 2008 in Kraft getreten.

⁹⁹ Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV, SR 732.11).

¹⁰⁰ AS 2007 1469.

¹⁰¹ AS 2008 5747.

¹⁰² AS 2008 6305.

¹⁰³ Verordnung des UVEK vom 16. April 2008 über die Gefährdungsannahmen und Sicherungsmassnahmen für Kernanlagen und Kernmaterialien (SR 732.112.1).

4. *VO über die vorläufige Ausserbetriebnahme von Kernkraftwerken*¹⁰⁴

Diese Verordnung des UVEK ist per 1. Mai 2008 in Kraft getreten. Sie stützt sich auf Art. 44 Abs. 2 der KEV.

5. *Safeguardsverordnung*¹⁰⁵

Die Zollverordnung vom 1. November 2006¹⁰⁶ hat die Art. 3 Abs. 2 sowie 19 der Safeguardsverordnung einer Änderung unterzogen, welche per 1. Mai 2007 in Kraft getreten ist.

Mit der formellen Bereinigung des Bundesrechts¹⁰⁷ wurde Art. 33 der Safeguardsverordnung mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

6. *Stilllegungs- und Entsorgungsfondsverordnung*¹⁰⁸

Die SEFV wurde auf den 1. Februar 2008 in Kraft gesetzt. Sie stützt sich auf Art. 81 Abs. 5, 82 Abs. 2 und 101 KEG.

¹⁰⁴ Verordnung des UVEK vom 16. April 2008 über die Methodik und die Randbedingungen zur Überprüfung der Kriterien für die vorläufige Ausserbetriebnahme von Kernkraftwerken (SR 732.114.5).

¹⁰⁵ Safeguardsverordnung vom 18. August 2004 (SR 732.12).

¹⁰⁶ Anhang 4 Ziff. 32, AS 2007 1469.

¹⁰⁷ Ziff. IV 20 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

¹⁰⁸ Verordnung vom 7. Dezember 2007 über den Stilllegungsfonds und den Entsorgungsfonds für Kernanlagen (Stilllegungs- und Entsorgungsfondsverordnung, SEFV, SR 732.17).

7. *BG über das Nuklearsicherheitsinspektorat*¹⁰⁹

Das Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ist per 1. Januar 2008 in Kraft getreten.

8. *Kernenergiehaftpflichtgesetz*¹¹⁰

Das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005¹¹¹ hob Art. 14 Abs. 3 zweiter Satz KHG mit Wirkung per 1. Januar 2007 auf.

9. *Kernenergiehaftpflichtverordnung*¹¹²

Im Zuge der formellen Bereinigung des Bundesrechts¹¹³ wurde Art. 11 Abs. 2 zweiter Satz KHV mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben.

10. *VO über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität*¹¹⁴

Diese auf Art. 75 Abs. 1 BZG, Art. 150 Abs. 1 MG, Art. 19 Abs. 1 und 3 sowie 47 Abs. 1 StSG gestützte Verordnung ist per 1. November 2007 in Kraft getreten.

Bereits kurz nach Inkrafttreten wurde die VEOR durch Anhang Ziff. 11 der Verordnung über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsins-

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG, SR 732.2).

¹¹⁰ Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG, SR 732.44).

¹¹¹ Anhang Ziff. 71, AS 2006 2197.

¹¹² Kernenergiehaftpflichtverordnung vom 5. Dezember 1983 (KHV, SR 732.441).

¹¹³ Ziff. IV 21 der Verordnung vom 22. August 2007, AS 2007 4477.

¹¹⁴ Verordnung vom 17. Oktober 2007 über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität (VEOR, SR 520.17).

pektorat vom 12. November 2008 (ENSIV¹¹⁵) verschiedener Änderungen unterzogen. Diese sind am 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Es handelt sich dabei um folgende Bestimmungen: Art. 5 Abs. 2, 6 Abs. 1 und 5, 7 Abs. 1, 10, 12 Abs. 3, 18.

F. CO₂-Emissionen

1. CO₂-Gesetz¹¹⁶

Mit Wirkung per 1. Mai 2007 wurde Art. 8 Buchstabe a des CO₂-Gesetzes durch Anhang Ziff. 10 des Zollgesetzes vom 18. März 2005¹¹⁷ einer Änderung unterzogen.

2. CO₂-Anrechnungsverordnung¹¹⁸

Per 1. Juli 2007 wurde Art. 5 Abs. 2 letzter Satz der CO₂-Anrechnungsverordnung geändert. Diese Änderung stützt sich auf Art. 33 der CO₂-Verordnung vom 8. Juni 2007.¹¹⁹

3. CO₂-Verordnung¹²⁰

Diese Verordnung ist am 1. Juli 2007 in Kraft getreten. Sie stützt sich auf die Art. 6, 7 Abs. 3, 10, 11 und 15 des CO₂-Gesetzes.

¹¹⁵ AS 2008 5747.

¹¹⁶ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz, SR 641.71).

¹¹⁷ AS 2007 1411.

¹¹⁸ Verordnung vom 22. Juni 2005 über die Anrechnung der im Ausland erzielten Emissionsverminderungen (CO₂-Anrechnungsverordnung, SR 641.711.1).

¹¹⁹ AS 2007 2915.

¹²⁰ Verordnung vom 8. Juni 2007 über die CO₂-Abgabe (CO₂-Verordnung, SR 641.712).

4. *VO über das Emissionshandelsregister*¹²¹

Diese Verordnung des UVEK stützt sich auf Art. 12 Abs. 4 der CO₂-Verordnung und ist per 15. Oktober 2007 in Kraft getreten.

5. *BB über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken*¹²²

Dieser Bundesbeschluss, welcher sich auf Art. 29 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes stützt, ist per 15. Januar 2008 in Kraft getreten und mit Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2008¹²³ bereits wieder geändert worden (Art. 2 Abs. 3, in Kraft getreten per 1. Januar 2009).

6. *VO über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken*¹²⁴

Diese Verordnung stützt sich auf Art. 182 Abs. 2 BV und Art. 1 Abs. 2 des BB vom 23. März 2007 über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken und ist per 15. Januar 2008 in Kraft getreten.

G. Gebühren und Abgaben

Die Verordnung vom 22. November 2006 über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich¹²⁵ ist gestützt auf Art. 52a WRG, Art. 24 EnG, Art. 83 KEG, Art. 21 Abs. 5 und 28 StromVG, Art. 52 Abs. 2 Ziff. 4 RLG,

¹²¹ Verordnung des UVEK vom 27. September 2007 über das nationale Emissionshandelsregister (SR 641.712.2).

¹²² Bundesbeschluss vom 23. März 2007 über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken (SR 641.72).

¹²³ AS 2009 385.

¹²⁴ Verordnung vom 21. Dezember 2007 über die Kompensation der CO₂-Emissionen von Gaskombikraftwerken (SR 641.721).

¹²⁵ GebV-En, SR 730.05.

Art. 42 StSG, Art. 46a RVOG erlassen worden und per 1. Januar 2007 in Kraft getreten.

Mit Inkrafttreten der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008¹²⁶ wurde die GebV-En bereits wieder ersten Änderungen unterzogen, welche per 1. April 2008 in Kraft getreten sind. So wurde der Titel der Verordnung, der Ingress, Art. 1 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1 (Einleitungssatz) und 2, 6, 7 geändert und Art. 1 Abs. 4, 13a und 13b neu eingefügt.

Durch Verordnung vom 12. November 2008¹²⁷ wurden mit Wirkung per 1. Januar 2009 die Art. 11 und 12 GebV-En einer Änderung unterzogen. Ebenfalls mit Verordnung vom 12. November 2008¹²⁸ und Wirkung per 1. Januar 2009 wurde der Art. 13a einer Änderung unterzogen und der Anhang 1 bereinigt.

¹²⁶ AS 2008 1223.

¹²⁷ AS 2008 5737.

¹²⁸ AS 2008 5739.

III. Rechtsprechung

A. Stromversorgung

- Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom vom 30. Oktober 2008

Die Anwendung des Territorialitätsprinzips auf einen bestimmten Sachverhalt kann als Grundsatz des öffentlichen Rechts nicht in einer Verfügung festgestellt werden. Für im Ausland liegende aber der Regelzone Schweiz zugeordnete Netze, die das Schweizer Übertragungsnetz und die Dienstleistungen der Schweizer nationalen Netzgesellschaft (swissgrid AG) beanspruchen, richtet sich der Preis für Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelte nach den Schweizer Tarifen. Da die swissgrid AG gesetzlich verpflichtet ist, einheitliche Tarife festzulegen, bleibt für eine gesonderte Tarifgestaltung für Netze im Ausland kein Raum.

Die drei Gesuchstellerinnen sind Eigentümerinnen von Verteilnetzen, wobei sich ein Teil dieser Netze auf ausländischem Territorium befindet. Sie beantragten die Feststellung, dass sie für Systemdienstleistungen (SDL) und Netznutzungsentgelt (NNE) auf ihrem Netz im Ausland einen Preis zu zahlen haben, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der ausländischen Übertragungsnetzbetreiber richtet und nicht nach den Tarifen der swissgrid AG (vgl. Erwägung 4).

In Erwägung 6 stellt die ElCom fest, dass das Territorialitätsprinzip als Grundsatz des öffentlichen Rechts nicht in einer Verfügung festgestellt werden kann. Dies deshalb nicht, weil es sich dabei nicht um eine Feststellung von Rechten und Pflichten handelt.

In Erwägung 7a stellt die ElCom fest, dass auf den vorliegenden Sachverhalt Schweizer Recht Anwendung findet. Das Übertragungsnetz liegt in der Schweiz und wird zur Versorgung der Endverbraucher im Ausland von den Gesuchstellerinnen genutzt. Damit gehören die betreffenden Netze zur Regelzone Schweiz. Die Regelzone Schweiz deckt sich demnach nicht immer mit dem Territorium der Schweiz. Die swissgrid AG ist verpflichtet, das Übertragungsnetz als Regelzone zu führen und zu überwachen sowie für die Regelzone Schweiz einheitliche Tarife vorzusehen (vgl. Art. 15 Abs. 3 StromVV und Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG; vgl. auch Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG). Würde der vorliegende Sachverhalt dem Ausland zugeordnet und damit ausländisches Recht angewendet, könnte die swissgrid AG für die Regelzone Schweiz keine einheitlichen Tarife vorse-

hen. Die Stromversorgungsgesetzgebung sieht keine Möglichkeit vor, für Netze im Ausland unterschiedliche Tarife zu gewähren. Zudem sind keine öffentlichen Interessen ersichtlich, die dagegen sprechen, diesen Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen. Insbesondere können die wirtschaftlichen Interessen der Gesuchstellerinnen, namentlich drohende Netzflucht der Endverbraucher und damit verbundene Gewinneinbussen nicht mit öffentlichen Interessen gleichgesetzt werden.

In Erwägung 8 stellt die ElCom fest, dass das Auswirkungsprinzip im vorliegenden Fall an der Zuordnung zum Schweizer Recht nichts zu ändern vermag.

– *Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom vom 17. November 2008*

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme sind gegeben. Die Versorgungspflicht der Gesuchsgegnerin wird als vorsorgliche Massnahme von Amtes wegen festgestellt. Vorsorgliche Festlegung des Preises für die Energielieferung ab dem 1. Januar 2009.

Die Gesuchstellerin richtet sich mit einem Antrag betreffend vorsorglichen Massnahmen an die ElCom. Die Gesuchsgegnerin belieferte die Gesuchstellerin auf der Grundlage von individuellen Energielieferungsverträgen. Die zum Antragszeitpunkt geltende Strompreisvereinbarung dauerte bis zum 31. Dezember 2008. Es ist in der Hauptsache streitig, ob die Gesuchstellerin trotz der bestehenden individuellen Energielieferungsvereinbarung (vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV) als Endverbraucherin zu qualifizieren ist, die auf den Netzzugang verzichtet hat, und damit unter den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 StromVG (Grundversorgung) fällt. Die Gesuchstellerin beantragt, dass die Gesuchsgegnerin für die Dauer des Hauptverfahrens verpflichtet wird, Elektrizität zum Einheitspreis der genannten Strompreisvereinbarung weiterzuliefern.

Die ElCom sieht die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme als gegeben (Erwägung 1). Da die betreffende Strompreisvereinbarung per 31. Dezember 2008 ausläuft, liegt sowohl ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil als auch die Dringlichkeit vor. Würde sich die Gesuchsgegnerin nämlich weigern, weiterhin elektrische Energie zu liefern, müsste die Gesuchstellerin ihren Betrieb einstel-

len. Auch die Verhältnismässigkeit ist gewahrt. Insbesondere ist kein gewichtiges Interesse der Gesuchsgegnerin, welches der Massnahme entgegensteht, ersichtlich. Die unklare Hauptsachenprognose steht der Anordnung der vorsorglichen Massnahme nicht entgegen.

Im Interesse der Versorgungspflicht stellt die ElCom in Erwägung 2 die Versorgungspflicht der Gesuchsgegnerin von Amtes wegen fest.

Die ElCom legt den Preis für die Energielieferung an die Gesuchstellerin als vorsorgliche Massnahme ab dem 1. Januar 2009 fest. Dabei sollte insbesondere das Kostenrisiko auf die Parteien verteilt werden. Je nach Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache wird die ElCom eine nachträgliche Kompensation verfügen.

– *Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom vom 15. Dezember 2008*

Gemäss Art. 15 Abs. 3 StromVG sind bei der Berechnung der Netznutzungsentgelte die anrechenbaren Kapitalkosten grundsätzlich auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten zu ermitteln. Die Verwendung der Wiederbeschaffungspreise ist nur ausnahmsweise zulässig (Art. 13 Abs. 4 StromVV). Sind lediglich die Originaldokumente nicht auffindbar, rechtfertigt sich keine Ausnahme. Ebenso verhält es sich mit der Tatsache, dass die Berechnungsweise schon länger so durchgeführt wurde. Dass die Kosten nicht präzise einer Anlage zugeordnet werden können, ist nicht ausschlaggebend.

Die X. AG hat seine Anlagen systematisch mit den Wiederbeschaffungspreisen bewertet. Dies steht im Widerspruch zu Art. 13 Abs. 4 StromVV, welcher diese Methode nur in Ausnahmefällen zulässt. Gemäss Art. 15 Abs. 3 StromVG müssen die Anlagen vielmehr auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten ermittelt werden.

Sofern es der X. AG nicht möglich ist, die ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der bestehenden Anlagen zu ermitteln, so muss sie die Gründe in glaubhafter Weise darlegen. Liegt der Grund jedoch einzig darin, dass die Originaldokumente nicht vorhanden sind, reicht dies für eine Ausnahme nicht aus. In diesem Fall kann der ursprüngliche Wert auf der Grundlage der Buchhaltung und der Praxis der

Amortisationen ermittelt werden. Dass die Kosten nicht präzise einer Anlage zugeordnet werden können, ist nicht ausschlaggebend.

Die X. AG hat ihre Berechnungsmethode mit zwei Argumenten zu rechtfertigen versucht. Erstens habe sie diese Methode schon seit längerem verwendet. Zweitens sei das von der ElCom geforderte Vorgehen für ein Netz wie das der X. AG zu kompliziert, da dieses stark zergliedert sei und aus einer Vielzahl von Teilnetzen bestehe.

Beide Argumente genügen der ElCom nicht, um eine Ausnahme von der Bewertung nach den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten zu rechtfertigen. Die Tatsache, dass die X. AG schon immer so vorgeht, ist nicht von Relevanz. Das Vorgehen, wie es im StromVG und der StromVV vorgeschrieben ist, ist verbindlich. Weiter muss ohnehin – unabhängig davon, nach welcher Berechnungsmethode vorgegangen wird – ein detailliertes Inventar des Netzes erstellt werden.

- *Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2007 i.S. Wettbewerbskommission gegen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) und Mitb. sowie Rekurskommission gegen Wettbewerbsfragen, BGE 133 II 104 ff.*

"Art. 10 Abs. 2 KG, Art. 11 Abs. 3 der Fusionskontrollverordnung, Art. 105 Abs. 2 OG; kartellrechtliche Kontrolle des Zusammenschlusses mehrerer Elektrizitätsunternehmen zum gemeinsamen Betrieb des schweizerischen Höchstspannungsnetzes (swissgrid AG). Der Gesichtspunkt der Beseitigung von aktuellem oder wenigstens potentiell Wettbewerbs stellt eine eigenständige rechtliche Voraussetzung der behördlichen Fusionskontrolle dar (E. 6). Auf dem schweizerischen Höchstspannungsnetz besteht weder aktuell noch potentiell Wettbewerbs, weshalb die Voraussetzungen für einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle nicht vorliegen (E. 7 und 8). Allfällige Auflagen oder Bedingungen sind im Rahmen der Fusionskontrolle zu verfügen und bedürfen keines Konsenses zwischen der Wettbewerbskommission und den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (E. 9)."

Die sieben Unternehmen, die in der Schweiz das Höchstspannungsnetz betreiben, wollten den Betrieb des Höchstspannungsnetzes im Unternehmen swissgrid AG zusammenschliessen. Dieses Zusammen-

schlussvorhaben meldeten die sieben Unternehmen bei der Weko. Diese entschied, dass das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründe und genehmigte dieses nur unter Auflagen. Mit Beschwerde vom 2. Mai 2005 bei der Reko/Wef wurde dieser Entscheid jedoch umgestossen. Daraufhin erhob die Weko Beschwerde ans Bundesgericht.

Die Weko ist der Auffassung, dass dem Nebensatz "durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann" in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG keine selbständige Bedeutung zukommt. Es genüge, wenn ein Zusammenschlussvorhaben zu einer beherrschenden Stellung führe; ob bereits vorher kein wirksamer Wettbewerb bestanden habe, sei unerheblich. Das Bundesgericht schliesst sich dieser Ansicht in Erwägung 6 nicht an: Die Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens ist erforderlich.

In den Erwägungen 7 und 8 führt das Bundesgericht aus, dass im Bereich der Stromübertragung über das Höchstspannungsnetz weder aktuell noch in einem absehbaren Zeitraum Wettbewerb besteht. Somit liegen die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a KG nicht vor. Das Zusammenschlussverfahren kann somit nicht unter Bezugnahme auf diese Norm untersagt werden.

B. Kernenergie

– *Urteil A-2089/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2007*

Nachträgliche Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung eines Kernkraftwerks. Verfahren. Art. 21 und Art. 65 KEG. Art. 40 KEV. 1. Offenkundigkeit des Mangels und damit Nichtigkeit der Befristung der Betriebsbewilligung verneint (E. 6.2-6.3). 2. Da die Befristung i.S. von Art. 21 Abs. 2 KEG weder einen den Bau betreffenden Aspekt noch ein eigentliches betriebliches Element darstellt, fallen damit zusammenhängende Anpassungen nicht unter Art. 65 KEG (E. 10.4). 3. Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese das Gesuch um Aufhebung der Befristung nach den Regeln der Wiedererwägung bzw. des Widerrufs behandelt (E. 11-12).

Der Bundesrat verlängerte der BKW FMB Energie AG ("BKW") am 28. Oktober 1998 die Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Müh-

leberg bis zum 31. Dezember 2012. Im Jahr 2005 gelang die BKW mit dem Begehren um Feststellung, dass die Befristung dahin gefallen bzw. nichtig geworden sei, an die UVEK. Dieses wies das Begehren ab. Die BKW reichte Beschwerde beim BVGer ein. Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde der UVEK an das Bundesgericht und das entsprechende Urteil vom 21. Januar 2008 (2C_170/2007) wird als nächstes abgehandelt.

Die BKW macht die Nichtigkeit der Befristung geltend. Die Befristung der Betriebsbewilligung habe mit Inkrafttreten des KEG jegliche Rechtsgrundlage verloren. Eine Befristung sei nur noch aus polizeirechtlichen und nicht aus politischen Gründen zulässig. Das BVGer verneint jedoch die Nichtigkeit, da inhaltliche Mängel nur dann zur Nichtigkeit führen können, wenn diese (unter anderem) ausserordentlich schwerwiegend und offenkundig sind. Die Befristung aus politischen Gründen erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

Die BKW stellt sodann das Eventualbegehren, die Befristung aufzuheben. Die Vorinstanz (UVEK) trat auf dieses Begehren nicht ein, da es sich hierbei um eine wesentliche Abweichung von der Betriebsbewilligung handle und daher gemäss Art. 65 Abs. 2 KEG das Verfahren für den Erlass einer solchen Bewilligung eingehalten werden müsse. Über die Auslegung des Art. 65 KEG kommt das BVGer jedoch zum Schluss, dass nur Änderungen an betrieblichen und baulichen Aspekten der Betriebsbewilligung unter Art. 65 KEG fallen. Die Aufhebung der Befristung wird somit nicht erfasst. Daher wäre die Vorinstanz (UVEK) verpflichtet gewesen, den Antrag der Beschwerdeführerin um Aufhebung der Befristung nach den Regeln der Wiedererwägung bzw. des Widerrufs zu behandeln. Das BVGer weist somit die Streitsache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

– *Urteil 2C_170/2007 des Bundesgerichts vom 21. Januar 2008*

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Insbesondere liegt ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor, welcher für eine Beschwerde gegen Zwischenentscheide erforderlich ist. Art. 65 Abs. 2 KEG erfasst nicht Änderungen, die nicht auf bauliche oder betriebliche Vorkehrungen zurückgehen. Für eine weitergehende Auslegung besteht kein Anlass, zumal die Anwendung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze in casu kaum

zu einem anderen Ergebnis führt als dessen Erfassung durch Art. 65 Abs. 2 KEG.

Dieser Entscheid ist auf eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten des Departements gegen das Urteil A-2089/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2007 ergangen.¹²⁹

Der Sachverhalt ist derselbe wie beim Urteil A-2089/2006 des BVGer vom 8. März 2007. Das Departement beantragte dem Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, den Entscheid des BVGer in dem Umfang aufzuheben, als er das Eventualbegehren des BKW betrifft.

In Erwägung 1 behandelt das Bundesgericht die Sachurteilsvoraussetzungen. So ist die Beschwerde auch gegen den vorliegenden Zwischenentscheid zulässig, da der Beschwerdeführer ansonsten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden würde. Dieser kann – wie vorliegend – auch darin bestehen, dass die beschwerdeführende Behörde verpflichtet würde, die Streitsache nach Verfahrensregeln weiter zu prüfen, die sie für rechtswidrig hält. Weiter wird festgestellt, dass der Ausschlussgrund gemäss Art. 83 lit. n Ziff. 1 BGG gegen Entscheide auf dem Gebiet der Kernenergie, die das Erfordernis einer Freigabe oder Änderung einer Bewilligung oder Verfügung betreffen, keine Anwendung findet. Gemäss Art. 89 Abs. 2 Ziff. 1 BGG ist sodann das Departement zur Erhebung einer Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert.

Das Bundesgericht stützt in Erwägung 2 das Urteil der Vorinstanz, wonach Änderungen der Betriebsbewilligung, die nicht auf bauliche oder betriebliche Vorkehrungen zurückgehen, nicht von Art. 65 Abs. 2 KEG erfasst werden. Für eine über den Wortlaut und den Zweck der Norm hinausreichende Auslegung besteht kein Anlass. Dies auch deshalb nicht, weil die Anwendung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze auf den fraglichen Sachverhalt kaum zu einem anderen Ergebnis führen, als dessen Erfassung durch Art. 65 Abs. 2 KEG.

In Erwägung 3 statuiert das Bundesgericht, dass die Rückweisung an das Departement und die Prüfung des Begehrens der Beschwerde-

¹²⁹ Vgl. S. 149.

gegnerin nach den Regeln über die Wiedererwägung oder den Widerruf von Verfügungen im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht.

C. Elektrische Anlagen

- *Urteil des Bundesgerichts vom 5. Januar 2007 i.S. X. gegen Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK) und Orange Communications SA, BGE 133 II 49 ff.*

"Bau von Mobilfunkantennen auf Hochspannungsleitungsmasten; anwendbares Bewilligungsverfahren (Änderung der Rechtsprechung). Die Errichtung einer Mobilfunkantenne auf einem Hochspannungsleitungsmast ist in Änderung der Rechtsprechung nicht mehr (nur) als Änderung einer elektrischen Anlage, sondern als Erstellung einer Fernmeldeanlage auf einer elektrischen Anlage zu betrachten (E. 5). Da die Mobilfunkantenne in diesem Fall als Nebenanlage zur elektrischen Anlage gilt, untersteht ihr Bau oder ihre Änderung dem kantonalen Baubewilligungsrecht (E. 6), setzt aber die Anhörung der Aufsichtsbehörde für elektrische Anlagen voraus (E. 7)."

Streitig vor Bundesgericht ist das Bewilligungsverfahren zur Errichtung einer Mobilfunkantenne auf dem Mast einer bestehenden Hochspannungsleitung. Dieser Entscheid änderte die bisherige Rechtsprechung.

In Erwägung 4 geht das Bundesgericht auf die bis anhin geltende Rechtsprechung ein. Danach kam das Errichten einer Antenne auf dem Mast einer Hochspannungsleitung dem Umbau des Strommastes bzw. der Änderung einer Starkstromanlage gleich. Somit war das Plangenehmigungsverfahren nach Art. 16 ff. EleG einschlägig.

In Erwägung 5 kommt das Bundesgericht neu zur Auffassung, dass durch das Errichten einer Antenne auf dem Mast einer Hochspannungsleitung eine gemischte Anlage entsteht. Dabei sei die Antenne als Nebenanlage zur Hauptanlage, der elektrischen Leitung, zu betrachten.

In Erwägung 6 stellt das Bundesgericht fest, dass das Elektrizitätsgesetz keine Vorschriften über Nebenanlagen enthält und diesbezüglich von einer Gesetzeslücke auszugehen ist. Es liegt daher nahe, die Regelung

zu übernehmen, die der Gesetzgeber in anderen Gesetzen und insbesondere in Art. 18m Eisenbahngesetz vorgesehen hat. Somit untersteht die Errichtung einer Antenne auf Masten von elektrischen Leitungen dem kantonalen Baubewilligungsrecht. Solche Nebenanlagen können nur mit dem Einverständnis der Inhaberin der elektrischen Anlage und nach Anhörung der Aufsichtsbehörde für elektrische Anlagen errichtet oder geändert werden. Dabei ist die Aufsichtsbehörde berechtigt, gegen entsprechende Verfügungen der kantonalen Behörden Rechtsmittel zu ergreifen.

IV. Literatur

A. Bücher

- *BRIGITTA KRATZ: Energie, in: Andreas Kellerhals (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EG, Überblick und Kommentar 2007/08, S.128 ff. (Zürich 2008):*

Die Autorin berichtet über die Öffnung des Elektrizitätsmarktes in der Schweiz, der Förderung des Einsatzes von erneuerbaren Energien, Biotreibstoffen sowie der Energieeffizienz und über internationale Entwicklungen.

- *PHYLLIS SCHOLL: Energierecht (Schweiz): Erlasssammlung mit Einleitung und Sachregister = Droit de l'énergie (Suisse): recueil de lois avec introduction et index (Zürich 2008):*

Diese zweisprachige Erlasssammlung zum Schweizerischen Energierecht berücksichtigt sämtliche relevanten Erlasse per 1. Mai 2008 sowie per 2. Mai 2008 bereits beschlossene Änderungen, welche zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten sind. Letztere sind in den jeweiligen Erlassen gekennzeichnet. Die Sammlung beinhaltet eine Einleitung sowie ein Sachregister.

- *MATTHIAS W. KAUFMANN: Die Leistungsstörung bei grenzüberschreitenden Stromhandelsverträgen unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und der UNIDROIT-Principles (Zürich 2007):*

Das Werk befasst sich mit internationalen Stromhandelsverträgen. Ausgehend davon, dass elektrische Energie vom Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ausgenommen ist, untersucht der Autor die Frage, ob die Anwendung des UN-Kaufrechts und der UNIDROIT-Principles auf internationale Stromhandelsverträge rechtlich möglich und zweckmässig wäre. Nebst energiewirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen von Stromhandelsverträgen sowie des UN-Kaufrechts und der UNIDROIT-Principles stehen der grenzüberschreitende Stromhandelsvertrag sowie mögliche Leistungsstörungen im Zentrum der Arbeit.

- *MICHÈLE BALTHASAR: Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht (Zürich 2007):*

Die Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes kann nur verwirklicht werden, wenn ein diskriminierungsfreier Netzzugang und die effektive Beseitigung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen gewährleistet sind. Auf Basis dieses Ausgangspunktes erarbeitet die Autorin Grundsätze zur wettbewerbskonformen Vertragsgestaltung von Elektrizitätslieferungsverträgen. Sie handelt die Grundlagen und die Qualifikation von Elektrizitätslieferungsverträgen ab, analysiert die in solchen Verträgen häufig enthaltenen Bezugs- und Gebietsbindungen nach Massgabe des europäischen Wettbewerbsrechts und beurteilt diese Klauseln im Lichte des schweizerischen Wettbewerbsrechts.

- *ROLF H. WEBER (HRSG.): Stromhandel (Zürich 2007):*

Diese Publikation enthält Vorträge, die anlässlich einer Tagung zum Thema Stromhandel am 7. September 2006 gehalten worden sind. In diesem Band werden unter anderem technische, ökonomische, rechtliche und internationale Aspekte behandelt.

Die Publikation enthält folgende Beiträge: "Stromhandel als zentrales Wettbewerbselement im liberalisierten europäischen Strommarkt" (Dr. Stefan Aeschimann), "Technische Voraussetzungen des Stromhandels" (Prof. Dr. Göran Andersson), "Organisatorische Voraussetzungen des Stromhandels aus rechtlicher Sicht" (Dr. Stefan Rechsteiner), "Arten und Formen des Stromhandels, insbesondere Börsen und Derivathandel" (Dr. Andreas Hünerwadel), "CO₂ Emissions Trading" (Brett Orlanda, Christian Ehrat, Alessandro Faccoli), "Rechtliche Rahmenbedingungen des Stromhandels" (Dr. Brigitta Kratz) und "Standardisierte Verträge im Stromhandel – der EFET-Rahmenvertrag" (Dr. Marcel Meinhardt und Nadin Schwibs).

B. Aufsätze

- *STEFAN RECHSTEINER / MICHAEL WALDNER: Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, AJP 2007, S. 1288 ff.:*

Dieser Beitrag behandelt das mit dem StromVG neu eingeführte Institut der Netzgebietszuteilung. Dieses wird in einem ersten Teil allgemein vorgestellt, indem nebst Inhalt und Wirkungen, auch die Rechtsnatur sowie das Verfahren der Netzzuteilung und das Verhältnis der Netzzuteilung zur Erschliessung neuer Versorgungsgebiete erläutert werden. In einem zweiten Teil behandeln die Autoren sodann das Verhältnis der Netzzuteilung zu kantonalen Konzessionen. Dabei wird insbesondere auf das Verhältnis der Netzzuteilung zu bestehenden und künftigen Konzessionen, die Grenzen der Zulässigkeit kantonalen und kommunalen Konzessionen im Bereich des Baus und Betriebs elektrischer Netze sowie die Bedeutung kantonalen und kommunalen Konzessionen bei der Erstellung von Elektrizitätsnetzen eingegangen. In der Form eines Exkurses behandeln die Autoren sodann in einem dritten Teil die Frage, ob Sondernutzungskonzessionen für Bau und Betrieb eines elektrischen Netzes unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen und somit ausschreibungspflichtig sind.

- *ALEXANDER REY / BENJAMIN WITTWER: Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, S. 585 ff.:*

In diesem Aufsatz wird der per 1. Juli 2006 in Kraft getretene Art. 2 Abs. 7 BGBM beleuchtet und dabei auch dessen Anwendbarkeit im Bereich der Elektrizität analysiert. Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht vor, dass die Nutzungsübertragung kantonalen und kommunalen Monopole auf Private über eine Ausschreibung zu erfolgen hat und dabei Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminiert werden dürfen. Bezüglich Stromerzeugung aus Wasserkraft besteht nach Ansicht der Autoren grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht. Bei der Stromverteilung resp. Stromversorgung führen nach Ansicht der Autoren Ausschlussklauseln bei Sondernutzungskonzessionen sowie Versorgungsmonopole zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM. In Form eines Exkurses wird sodann auf

die (zum Publikationsdatum zukünftige) Situation unter dem Stromversorgungsgesetz hingewiesen. Dabei sind die Autoren der Ansicht, dass die Netzzuteilung an einen privaten Netzbetreiber der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen kann, wenn damit ein Gebietsmonopol und somit eine Ausschliesslichkeit verbunden wird. Zudem besteht für eine Übergangszeit keine Wahlfreiheit für Kunden, die einen Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh aufweisen, womit nach Ansicht der Autoren ein Versorgungsmonopol und somit eine Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM besteht.

- *ROLF H. WEBER / ANNJA MANNHART: Neues Strompreisrecht, Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, ZBl 2008, S. 453 ff.:*

Die Autoren zeigen in diesem Beitrag auf, dass das Stromversorgungsrecht wenig Anhaltspunkte für die Beurteilung von Elektrizitätstarifen und Netznutzungstarifen und -entgelte bereithält. Die Autoren regen an, das Kriterium der "Angemessenheit" für Elektrizitätstarife (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG) unter Rückgriff auf das Kriterium des "Preismissbrauchs" im allgemeinen Preisüberwachungsrecht zu analysieren. Da nach Ansicht der Autoren auch für das Netznutzungsentgelt als Kontrollmassstab von der Angemessenheit ausgegangen werden sollte, sind auch hier ergänzend die Methoden des Preisüberwachungsgesetzes heranzuziehen. Der konkrete Umgang der ElCom mit diesem Kriterium ergibt sich durch die Anwendung der Kontrollmethoden. Mit Art. 19 StromVV und Art. 13 PüG hat diese das notwendige Kontrollinstrumentarium zur Hand.