

## **BGE 138 II 267**

Bundesgericht (BGE), 2012-03-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_138 II 267](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_138_II_267)

FR: ATF 138 II 267

IT: DTF 138 II 267

### **Regeste**

Regeste Art. 93 Abs. 2 BV; Art. 59 und 60 Abs. 1 lit. a und b RTVG; Zugang zu Verbreitungsinfrastruktur von Fernsehprogrammen ("Must-Carry"-Verpflichtungen); Aufschaltspflicht für das Jugendprogramm "joiz". Ausnahmsweise kann auch ein Sparten- oder Zielpublikumsprogramm in den Genuss einer Aufschaltverfügung nach Art. 60 Abs. 1 RTVG kommen, wenn es ein originelles und finanziell realisierbares Gesamtprogramm offeriert, das über die bestehenden Angebote hinaus in qualitativ und quantitativ relevanter Weise zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags für Radio und Fernsehen beiträgt und die bestehende audiovisuelle Medienlandschaft thematisch sinnvoll ergänzt (E. 2 und 3). Beurteilung des Jugendprogramms "joiz" (E. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) auf den 1. April 2007 unterstehen die Kabelnetzbetreiber bezüglich ihrer Übertragungsleistungen den fernmelderechtlichen Bestimmungen; es gilt das Prinzip der Technologieneutralität und der Einheitsbehandlung aller Anbieter von Übermittlungsdiensten (vgl. MATTHIAS RAMSAUER, Die Verbreitung von Rundfunkprogrammen nach dem revidierten Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter 11. Mai 2009, S. 5, 12). Sind Veranstalter und Verteiler eines Programms nicht identisch, stellt sich die Frage nach dem Zugang zu den - trotz Breitbandangeboten - limitierten Verbreitungskapazitäten. Dabei geht das Gesetz davon aus, dass die Programmveranstalter und die Fernmeldediensteanbieterinnen die Programmverbreitung in erster Linie vertraglich regeln sollen ("Verhandlungsprimat"; dazu Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1630 ff. Ziff. 1.3.8 und 2.1.3.1).

#### **E. 2.2**

Im öffentlichen Interesse bestehen aus medienpolitischen Gründen jedoch rundfunkrechtliche Vorgaben, welche die BGE 138 II 267 S. 269 Wahlmöglichkeit der Fernmeldediensteanbieterinnen beschränken. Die entsprechenden Aufschaltverpflichtungen (sog. "Must-Carry"-Rules oder "Must-Carry"-Verpflichtungen) bezwecken, den Pluralismus und die Meinungsfreiheit zu sichern und die Bereitstellung von als wertvoll erachteten Programminhalten ausserhalb ökonomischer Überlegungen zu gewährleisten (vgl. GORINI/VAN EIJK, Workshop Weiterverbreitungspflicht, in: Haben oder nicht haben - Must-Carry-Regeln, Strassburg 2005, S. 1 ff.). Sie legen fest, welche Programmveranstalter von einer Fernmeldediensteanbieterin von Gesetzes wegen berücksichtigt werden müssen und zu welchen Bedingungen dies zu geschehen hat. Programme, die in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen

Leistungsauftrags beitragen, werden dadurch in ihrer Verbreitung gesetzlich privilegiert (vgl. RAMSAUER, a.a.O., S. 14 ff.).

### **E. 2.3**

Die rundfunkrechtlichen Verbreitungspflichten greifen in die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie der Netzbetreiber ein. Sie müssen deshalb den Anforderungen von Art. 36 BV genügen, d.h. sie haben auf einer gesetzlichen Grundlage zu beruhen, im öffentlichen Interesse zu liegen und verhältnismässig zu sein; zudem dürfen sie den Kerngehalt der Grundrechte nicht tangieren. Im Spannungsfeld der Radio- und Fernsehfreiheit der Veranstalter (vgl. Art. 16 und 17 BV), der Erfordernisse der verfassungsrechtlichen Vorgaben an das audiovisuelle Mediensystem ( Art. 93 BV ) und der Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV ) bzw. der Wirtschafts- ( Art. 27 BV ) und Netzwerkfreiheit der Fernmeldediensteanbieterinnen ist über die Aufschaltregeln ein möglichst grundrechtskonformer Interessenausgleich im Einzelfall zu schaffen (so BGE 135 II 296 E. 2.1 mit Hinweisen auf die Doktrin).

### **E. 2.4**

Konzessionierten Veranstaltern steht eine privilegierte Zugangsberechtigung zu Verbreitungsinfrastrukturen ( Art. 59 Abs. 1 und 3 RTVG ) zu. Neben der SRG, die einen gesetzlichen Anspruch auf eine Konzession hat ( Art. 25 RTVG ), betrifft dies seit dem Inkrafttreten des neuen Radio- und Fernsehgesetzes nur noch die Veranstalter mit Leistungsauftrag (mit oder ohne Gebührenanteil [ Art. 38 und 43 RTVG ]). Andere private Anbieter bedürfen keiner Konzession mehr (vgl. MARTIN DUMERMUTH, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System [nachfolgend: Revision], ZSR 125/2006 I S. 229 ff., dort 255 ff.). Für sie besteht lediglich noch eine allgemeine Meldepflicht ( Art. 3 lit. a RTVG ). Sie sind von der Bezahlung der Konzessionsabgabe befreit und können ihre BGE 138 II 267 S. 270 Tätigkeit auf dem Markt unter vereinfachten Bedingungen aufnehmen, profitieren umgekehrt jedoch nicht vom Zugangsrecht nach Art. 59 RTVG . Demnach sind die Programme der SRG im Rahmen der Konzession (Abs. 1 lit. a) sowie die übrigen Programme, "für die eine Konzession mit Leistungsauftrag besteht" (Abs. 1 lit. a und b RTVG), im jeweiligen Versorgungsgebiet zwingend und regelmässig unentgeltlich (vgl. Art. 59 Abs. 3 2 . Satz und Abs. 5 RTVG) über Leitungen zu verbreiten. Zudem kann der Bundesrat Programme ausländischer Veranstalter bezeichnen, welche wegen ihres "besonderen Beitrages zur Bildung, zur kulturellen Entfaltung oder zur freien Meinungsbildung" über ein entsprechendes Zugangsrecht verfügen sollen ( Art. 59 Abs. 2 RTVG ). Er legt die Höchstzahl der zugangsberechtigten Programme im Rahmen der technischen Möglichkeiten der Fernmeldediensteanbieterinnen fest ( Art. 59 Abs. 3 RTVG ). Zur Verbreitung ist in erster Linie diejenige Anbieterin gehalten, die im Versorgungsgebiet bereits Programme verteilt und dabei am meisten Haushalte erreicht ( Art. 59 Abs. 4 RTVG ).

### **E. 3.1**

Neben dem Zugangsrecht nach Art. 59 RTVG besteht als "Must-Carry"-Regelung zugunsten der privaten Veranstalter ohne Leistungsauftrag die Aufschaltverpflichtung nach Art. 60 RTVG (vgl. DUMERMUTH, Revision, a.a.O., S. 257). Danach kann das Bundesamt auf Gesuch eines Programmveranstalters hin eine Fernmeldediensteanbieterin für eine bestimmte Dauer zur unentgeltlichen leitungsgebundenen Verbreitung eines Programms in einem bestimmten Gebiet anhalten, sofern (1) "das Programm in besonderem

Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt" ( Art. 60 Abs. 1 lit. a RTVG ) und (2) "der Fernmeldediensteanbieterin die Verbreitung unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumutbar" erscheint ( Art. 60 Abs. 1 lit. b RTVG ). Der Bundesrat legt die Höchstzahl der Programme fest ( Art. 60 Abs. 2 RTVG ). Zurzeit beträgt diese für die analoge Verbreitung von Fernsehprogrammen 25 und für die digitale Verbreitung 30 (Art. 53 lit. c und d der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV; SR 784.401]). Erbringt der Programmveranstalter die in der Verfügung festgehaltenen Leistungen nicht mehr, kann ihm das Zugangsrecht zum Leitungsnetz vor Ablauf der verfügten Dauer vom Bundesamt entzogen werden ( Art. 60 Abs. 3 RTVG ). BGE 138 II 267 S. 271

### **E. 3.2.1**

Will ein privater (nur meldepflichtiger) Programmveranstalter eine Aufschaltung im Sinne von Art. 60 RTVG erwirken, muss er in seinem Gesuch überzeugend darlegen, dass und inwiefern sein Angebot geeignet erscheint, einen "besonderen" Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags im Sinne von Art. 93 Abs. 2 BV zu erbringen ("Outputorientierung"; vgl. zum verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag von Radio und Fernsehen: MARTIN DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in: Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Sethe und andere [Hrsg.], 2011, S. 667 ff., dort 693 ff.; derselbe, Revision, a.a.O., S. 230 ff.). Seine publizistische Leistung hat eine Lücke im Programmangebot der verschiedenen Veranstalter, d.h. des radio- und fernsehrechtlichen Mediensystems hinsichtlich der kulturellen Entfaltung (inklusive Information und Bildung), der meinungsvermittelnden bzw. -formenden Kommunikation und der sozialrelevanten Unterhaltung zu schliessen bzw. zumindest derart zu ergänzen, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse es gesamthaft rechtfertigt, zugunsten des Informationsaustauschs in der demokratisch-pluralistischen Gesellschaft in die verfassungsrechtlich geschützten Positionen der belasteten Fernmeldediensteanbieterinnen einzugreifen. Zudem muss der Veranstalter über die hierfür erforderlichen strukturell-organisatorischen Voraussetzungen verfügen ("Inputorientierung"). Die "Input"-Faktoren der Programmproduktion - d.h. diese finanzieren und dem Gesuch entsprechend herstellen zu können - gelten im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 RTVG analog (vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. b RTVG ; Verfügung des BAKOM vom 25. Mai 2010 i.S. Rouge TV SA E. 2.2.3 und 2.2.4.1; SIMON OSTERWALDER, Die Must Carry-Regel für die Verbreitung von Fernsehprogrammen gemäss Art. 60 RTVG , in: Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Sethe und andere [Hrsg.], 2011, S. 719 ff., dort 737).

### **E. 3.2.2**

Nur inhaltlich als zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags "besonders wertvoll" einzustufende Programme sollen - so der Bundesrat in seiner Botschaft - in den Genuss einer Aufschaltverfügung nach Art. 60 RTVG kommen und vom Status eines "Must-Carry"-Programms profitieren können (BBl 2003 1803 [zu Art. 69 E-RTVG]). Dabei dienen die programmrechtlichen Anforderungen als "Orientierungshilfe", denen die konzessionierten Veranstalter bzw. ausländischen Sender für ihr Zugangsrecht nach BGE 138 II 267 S. 272 Art. 59 Abs. 1 und 2 RTVG zu genügen haben ( BGE 135 II 296 E. 4.2.2 S. 304): Nach Art. 38 RTVG können Konzessionen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil an Veranstalter lokal-regionaler Programme erteilt werden, die ein Gebiet ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeit mit Radio- und Fernsehprogrammen

versorgen, welche die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen. Anderen Programmveranstaltern mit Leistungsauftrag, aber ohne Gebührenanteil, kann eine Konzession erteilt werden, wenn (a) ihr Programm in einem Gebiet die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigt sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet oder (b) "in einer Sprachregion" anderweitig "in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags" beiträgt ( Art. 43 Abs. 1 RTVG ). Als ausländische Programme, die nach Art. 59 Abs. 2 RTVG über Leitungen zu verbreiten sind, fallen nach Art. 52 RTVV Angebote in Betracht, die einen "besonderen Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags namentlich dadurch erbringen, dass sie (a) im Rahmen aufwändiger redaktioneller Formate vertieft über gesellschaftliche, politische, wirtschaftliche oder kulturelle Phänomene berichten; (b) künstlerischen Filmproduktionen breiten Raum gewähren; (c) besondere redaktionelle Beiträge zur Bildung des Publikums liefern; (d) besondere redaktionelle Beiträge für jugendliche, alte oder sinnesbehinderte Menschen ausstrahlen oder (e) regelmässig schweizerische Beiträge ausstrahlen bzw. sich regelmässig mit schweizerischen Themen befassen".

### **E. 3.2.3**

Hieraus ergibt sich, dass die Aufschaltspflicht nach Art. 60 Abs. 1 lit. a RTVG nicht nur einzelne Sendungen voraussetzt, die geeignet sind, im normalen Rahmen (auch) einen Beitrag zur Information der Zuschauer oder zur kulturellen Entfaltung (etwa Musik[werbe]sendungen) zu erbringen ( BGE 135 II 296 E. 4.3 S. 306), sondern ein originelles und finanziell realisierbares Gesamtprogramm erforderlich ist, das über die bestehenden Angebote hinaus in qualitativ und quantitativ relevanter Weise zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und die bestehende audiovisuelle Medienlandschaft thematisch sinnvoll ergänzt und bereichert ("Mehrwert"-Erfordernis; BGE 135 II 296 E. 4.3 S. 306). Dabei muss BGE 138 II 267 S. 273 es sich beim aufschaltberechtigten Angebot nicht um ein "Vollprogramm" handeln: Auch ein Sparten- (bspw. Nachrichtenkanal) oder ein Zielpublikumsprogramm kann, wie die Vorinstanzen zu Recht festgestellt haben, die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und einen wesentlichen, einen Mehrwert darstellenden Beitrag an die Realisierung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags durch das elektronische Mediensystem erbringen. Zwar weist die Parallelität zu Art. 38 bzw. 43 RTVG, die jeweils sachbedingt eine umfassende Information über die lokalen oder regionalen Zusammenhänge voraussetzen, eher auf die Natur eines (lokalen) Vollprogramms hin; die Kriterien für ausländische "Must-Carry"-Programme unterstreichen jedoch, dass die dort genannten Mehrwerte - namentlich spezifische redaktionelle Programme für Jugendliche (vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. d RTVV ) - für sich selber und losgelöst von einem solchen unter Umständen ebenfalls eine Aufschaltspflicht im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 RTVG zu rechtfertigen vermögen.

### **E. 3.2.4**

Der besondere Beitrag an den verfassungsmässigen Leistungsauftrag kann jedoch nur ausnahmsweise anerkannt werden, da andernfalls - wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet - in der heutigen heterogenen Gesellschaft mit ihren unterschiedlichen Bedürfnissen und Interessen praktisch keine sinnvollen Abgrenzungen mehr definiert

werden können. In diesem Sinn sind die an sich richtigen, aber zu weitgehenden Überlegungen des Bundesamts zu relativieren, wonach für den Erlass einer Aufschaltverfügung jeweils nicht die Art des Programms (Voll-, Zielgruppen- oder Spartenprogramm), sondern ausschliesslich der Umfang und die Qualität des Beitrags an den verfassungsrechtlichen Auftrag entscheidend seien. Der Umfang und die Qualität des Beitrags an den Leistungsauftrag definieren sich auch aufgrund der Art des Programms: Die Aufschaltung eines Zielgruppenprogramms - vor allem im analogen Bereich - kann dazu führen, dass weiteren Aufschaltgesuchen für Programme, welche die gleiche Zielgruppe ansprechen, nicht mehr stattgegeben werden kann, weil das entsprechende Bedürfnis durch die bestehenden Programme hinreichend abgedeckt erscheint. Die Möglichkeiten einer analogen Programmverbreitung sind beschränkter als jene einer digitalen, weshalb typische Spartenprogramme, welche ein spezifisches Publikum ansprechen und keine gesellschaftlichen Querschnittsprobleme behandeln (bspw. Jäger und Fischer usw.), nicht ohne Not im Rahmen von Art. 60 RTVG mittels eines Eingriffs in die verfassungsrechtlichen Positionen der BGE 138 II 267 S. 274

Fernmeldedienstanbieterinnen zwangsweise auf Kosten eines (ein breiteres Publikum ansprechenden) Vollprogramms verbreitet werden sollen. Für sie eignet sich die digitale Ausstrahlung; in der Regel dürfte das entsprechende Zielpublikum denn auch bereit sein, den sich aus dem Spartenprogramm für seine Bedürfnisse ergebenden publizistischen Mehrwert durch höhere Kosten für den digitalen Empfang abzugelten. Die Aufschaltverpflichtung von Art. 60 RTVG ruft im Rahmen des Leistungsauftrags nach einem medialen Interesse am entsprechenden Programmangebot seitens der Öffentlichkeit bzw. der Allgemeinheit; es geht darum, nicht konzessionierten Programmen von einer gewissen redaktionellen Qualität Zugang zu analogen oder digitalen Verbreitungsinfrastrukturen zu verschaffen, damit ihr im allgemeinen, öffentlichen Interesse liegender besonderer Beitrag zum Leistungsauftrag den Weg zu einer genügenden Anzahl Endkunden findet (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 731).

#### **E. 4.1.1**

Wenn die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass der Jugendsender "joiz" in diesem Sinn allgemein in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt, weshalb es sich rechtfertigt, ihn zwangsweise aufschalten zu lassen, haben sie sich im Rahmen des ihnen diesbezüglich zustehenden Beurteilungsspielraums gehalten (vgl. hierzu BGE 135 II 296 E. 4.4.3 mit Hinweisen) und kein Bundesrecht verletzt: Im Programm "joiz" wenden sich junge Fernsehmacher und Präsentatorinnen bzw. Präsentatoren im nicht-fiktionalen Bereich mit "jungen" Themen an ein "junges" Publikum. Von Montag bis Freitag werden täglich dreieinhalb Stunden "neues" Programm (davon zwei Stunden "live") produziert. Neben einem musikalischen Schwerpunkt behandelt "joiz" im Rahmen verschiedener Sendegefässe querschnittsweise in einer unkonventionellen Art zahlreiche Themen, welche ein spezifisch junges Publikum bewegen. Zwar decken auch andere Veranstalter solche Bedürfnisse ab, jedoch nicht in der gleichen umfassenden Weise. Das Programm von "joiz" zeichnet sich im Vergleich zu ähnlichen Angeboten (etwa MTV oder StarTV) durch zahlreiche Eigenformate aus, wobei Inhalt und Machart des Programms dank der Zusammenarbeit mit Jugendverbänden und -beratungsstellen eine für das Mediensystem interessante Originalität (und Provokation) aufweisen. "joiz" strahlt tägliche Livesendungen mit Talkgästen, Konzert-Jams mit Musikern und Lifestyle-Formaten aus, wobei BGE 138 II 267 S. 275 das Publikum per Webcam, Facebook, Twitter oder Skype unmittelbar in die Programmgestaltung eingreifen kann. Es

kommt seinem Programm mit Blick auf die künftige Art von Fernsehkonsum (interaktives Fernsehen), Kommunikation und Mediengebrauch auch ein gewisser experimenteller Charakter zu, der beim besonderen Beitrag an den verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag mitberücksichtigt werden darf. Für ein weiteres Publikum illustriert das Programm generationenübergreifend ein Abbild der Interessen, Sorgen und Anliegen der jungen Generation.

#### **E. 4.1.2**

Das Programm unterscheidet sich damit klar von Angeboten, die sich schwerpunktmässig auf Call-in-Sendungen mit kostenpflichtigen Anrufen oder Erotik-Werbeblöcken konzentrieren (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.1 S. 303). Es beschränkt sich - entgegen der Einschätzung der Beschwerdeführerin - auch nicht auf das Abspielen von vorfabrizierten (Musik-)Videos, Trailern oder anderen eingekauften Produktionen ohne eigenen Mehrwert, was im Rahmen von Art. 60 RTVG nicht spezifisch schutzwürdig wäre und nicht als "qualitative Ergänzung zu massenattraktiven Unterhaltungsprogrammen" gelten könnte (vgl. BBl 2003 1637): In der Sendung "noiz" (Montag bis Freitag 17.00-17.30 Uhr) werden die Schlagzeilen des Tages aufgegriffen und von den Moderatoren und dem Publikum per Social-Media-Plattformen kommentiert. "My joiz" (Montag-Freitag 18.30-19.00 Uhr) ist seinerseits ein interaktives Musikclip- Wunsch-Format. Beim Sendegefäss "JoiZone" (Montag-Freitag; 19.00-19.30 Uhr) handelt es sich um eine interaktive Ratgebersendung rund um die Themen "Liebe und Sexualität", "Digitale Welt", "Beruf, Aus- und Weiterbildung", "Umwelt, Politik und soziale Themen" bzw. "Ernährung, Gesundheit und Fitness". Im Rahmen der Sendung "Living Room" (Montag/Dienstag bzw. Donnerstag/Freitag 17.30-18.30 Uhr) ist jeweils ein bekannter Musiker, eine Band, ein Schauspieler usw. zu Gast im Studio, wobei das Publikum die entsprechenden Personen näher kennenlernt und ihnen per Videoeinspielung (live oder vorproduziert) Fragen stellen und die Richtung des Gesprächs mitprägen kann. In der Sendung "Home Run" (Mittwoch 17.30-18.30 Uhr) wird das heimische Musikschaffen thematisiert: Schweizer Musiker sprechen über ihr Arbeiten und musizieren direkt "unplugged". Im Rahmen von "KnackAttack" (Montag 17.30-18.30 und 19.30-20.30 Uhr) führt "Knackboul" durch Live-Talk und Musik-Jam-Sessions mit Show-Gästen. Bei "Kochen mit Shibby" (Mittwoch 19.30-20.00 Uhr) erfährt das Publikum etwa, BGE 138 II 267 S. 276 wie mit wenig Geld bzw. dem was im Kühlschrank einer Wohngemeinschaft (WG) greifbar ist, ein gesundes Essen gekocht werden kann.

#### **E. 4.1.3**

Gestützt auf dieses Programmangebot, welches inhaltlich weitgehend den Angaben der Veranstalterin im Verfahren vor dem BAKOM entspricht, auch wenn die einzelnen Sendungen inzwischen anders bezeichnet werden, kann mit dem Bundesverwaltungsgericht gesagt werden, dass "joiz", welches ein Schwergewicht beim einheimischen Musikschaffen und bei jugendspezifisch umgesetzten allgemeinen Themen setzt, ein originelles, neuartiges Gesamtprogramm für eine in diesem Medium bisher eher wenig berücksichtigte Bevölkerungsgruppe bietet und damit die TV-Landschaft bereichert. Das Programm der Beschwerdeführerin ist geeignet, einen massgeblichen Aspekt des Leistungsauftrags umfassender abzudecken, als dies bisher der Fall war. "joiz" trägt somit - gesamthaft betrachtet - sowohl in kultureller Hinsicht wie bezüglich der informierenden Inhalte in "besonderem Mass" zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags bei, zumal wenn bei der entsprechenden Einschätzung Art. 67 BV mitberücksichtigt wird, welcher

vorsieht, dass der Bund und die Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben (und damit auch bei gestaltenden Entscheiden hinsichtlich der Medienlandschaft) "den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen" Rechnung tragen. Dieser Feststellung tut - entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin - der Umstand kein Abbruch, dass die einzelnen Sendungen (auch mehrmals) wiederholt werden; selbst bei konzessionierten Veranstaltern wird dies hingenommen. Schon aus finanziellen Gründen ist es nicht möglich, über Stunden hinweg eigene Programminhalte zu produzieren und auf Wiederholungen zu verzichten. Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass auch für ein jugendliches Publikum das (schweizerische) Musikschaffen durch das Radio hinreichend abgedeckt sei (etwa DRS 3, Radio "Virus" oder "Radio 105"), verkennt sie, dass der akustische Genuss von Musik deren optische (künstlerische) Umsetzung als audiovisuelles Werk nicht zu ersetzen vermag; dieser kommt medienspezifisch eigenständige Bedeutung zu. Ein im Radio bestehendes Angebot schliesst nicht aus, dass ein ähnlich ausgerichtetes Fernsehprogramm in den Genuss eines Aufschaltprivilegs kommt, insbesondere wenn das entsprechende Programm - wie hier - stark crossmedial ausgerichtet ist, was sich beim Fernsehen aufgrund der visuellen Elemente wesentlich effizienter umsetzen lässt als im Radio. BGE 138 II 267 S. 277

#### **E. 4.2.1**

Zu Unrecht kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die ihr auferlegte Aufschaltverpflichtung unverhältnismässig sei bzw. unter der Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unzumutbar erscheine: Mit der Aufschaltverpflichtung soll sichergestellt werden, dass ein im öffentlichen Interesse aufschaltwürdiges Programm sein Publikum möglichst umfassend erreicht. Die Beschwerdeführerin versorgt nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz insgesamt rund 1,5 Mio. TV-Haushalte, wovon Ende 2010 bloss ein Drittel (rund 465'000) vom digitalen Angebot Gebrauch machte. Zwar nimmt die Bedeutung des digitalen Fernsehens je länger je mehr zu und ist die Reichweite von "joiz" tatsächlich höher, da dieses auch über Swisscom TV und andere Verbreitungskanäle digital empfangen werden kann; nach wie vor ist ein wesentlicher Teil der Haushalte aber nur über das analoge Kabelfernsehen erreichbar, weshalb es weiterhin notwendig erscheint, dass ein grundsätzlich die Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 1 lit. a RTVG erfüllendes Programm auch analog verbreitet wird (zum versorgungspolitischen Charakter des analogen Programmangebots: RAMSAUER, a.a.O., S. 17). Das digitale Programmangebot ist für die Konsumenten mit zusätzlichen Kosten verbunden, was beim hier anvisierten Zielpublikum nicht ohne Bedeutung ist, da die Jugendlichen die Art des Fernsehkonsums im elterlichen Haushalt nur beschränkt beeinflussen können. Schliesslich fällt es erfahrungsgemäss nicht immer leicht, Analogkunden zum Wechsel auf die Digitaltechnik zu motivieren (vgl. THOMAS ROUKENS, Weiterverbreitung in der EU heute, in: Haben oder nicht haben - Must-Carry-Regeln, Strassburg 2005, S. 7 ff., dort S. 20).

#### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführerin ist zuzugestehen, dass mit der Aufschaltspflicht in ihre verfassungsmässig geschützten Positionen eingegriffen wird. Ihr wirtschaftliches Interesse, nicht ein seit den Anfängen des Kabelfernsehens in der Deutschschweiz verbreitetes Programm aus dem analogen Programm entfernen zu müssen und dieses weiterhin nach Einschaltquoten und Beliebtheitsreichweiten zusammenstellen zu können, hat indessen hinter das medienpolitische Interesse an einer möglichst flächendeckenden Verbreitung des

Programms der Beschwerdegegnerin zurückzutreten: Der von ihr zur Abschaltung im analogen Netz vorgesehene Sender BR 3 kommt auf einen Marktanteil von etwa einem Prozent, womit sich BGE 138 II 267 S. 278 seine Bedeutung in Grenzen hält und kaum davon auszugehen ist, dass die entsprechende Massnahme dazu führen wird, dass zahlreiche Kunden ihren Anschluss auflösen werden. Im Übrigen weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass auch die Zielgruppe des Programms der Beschwerdegegnerin Kunden der Beschwerdeführerin sind bzw. bei der Gründung eines eigenen Haushalts noch werden dürften.

#### **E. 4.2.3**

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die vom Bundesrat festgelegte Höchstzahl von bis zu 25 zu verbreitenden Fernsehprogrammen (bei 35 verfügbaren) im analogen Netz sei zu hoch und verfassungswidrig. Wie es sich damit verhält, braucht hier nicht abschliessend geprüft zu werden: Vorliegend geht es erst um den achtzehnten "Must-Carry"-Sender; die hiermit im öffentlichen Interesse verbundene Beschränkung ihrer verfassungsmässigen Rechte hält sich - auch bei Berücksichtigung der von ihr hinzunehmenden Gesamtbelastung - noch im Rahmen des verfassungsrechtlich Vertretbaren. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass sich unter den "Must-Carry"-Programmen auch solche befinden, die sie aufgrund der Einschaltquoten selbst ohne die entsprechende öffentlich-rechtliche Verpflichtung im Rahmen ihrer unternehmerischen Freiheit analog verbreiten würde (SF 1, SF 2, ARD, ORF usw.), sodass die von ihr angerufenen absoluten Zahlen nur beschränkt aussagekräftig sind. Ergänzend ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass zurzeit eine Änderung der Radio- und Fernsehverordnung diskutiert wird, welche künftig eine Reduktion der analogen Verbreitungspflichten nach sich ziehen würde. Das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) schlägt vor, dass eine Fernmeldedienstanbieterin, welche für die Verbreitung von Programmen verschiedene Technologien einsetzt, in jener Technologie teilweise oder ganz auf die Verbreitung verzichten kann, die vom Publikum nur in geringem Ausmass genutzt wird; dabei wird es den massgeblichen Grenzwert, die Programme, für welche die Verbreitungspflicht aufgehoben wird, sowie die Übergangsfristen festsetzen (Entwurf zu Art. 54 Abs. 1 bis RTVV ; vgl. die Medienmitteilung des BAKOM "Anhörung zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung vom 16. Februar 2012" und den erläuternden Bericht des UVEK dazu vom gleichen Tag). Die Regelung bezweckt, die Digitalisierung zu fördern (vgl. auch BGE 135 II 296 E. 4.4.2 S. 307) und die aus der Aufschaltspflicht im analogen Bereich erwachsende Wettbewerbsverzerrung zwischen Fernmeldedienstanbieterinnen, BGE 138 II 267 S. 279 die - wie die Beschwerdeführerin - seit jeher analog verbreitet haben, und deren Konkurrentinnen aus dem Telecombereich (z.B. Swisscom TV) abzubauen bzw. zu beseitigen (Erläuternder Bericht S. 2 f.). Der entsprechenden politischen Diskussion ist hier nicht vorzugreifen. Es rechtfertigt sich deshalb mit Blick auf die technische Entwicklung auch nicht, die angeordnete Aufschaltspflicht auf zwei Jahre zu beschränken, wie dies die Beschwerdeführerin subsidiär beantragt.

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