

BVGer A-2998/2008 vom 25. März 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-03-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2998_2008

FR: TAF A-2998/2008 du 25 mars 2009

IT: TAF A-2998/2008 del 25 marzo 2009

Regeste

Radio- und Fernsehen

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

E. 2

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein; das Bundesverwaltungsgericht wendet bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation das Recht von Amtes wegen an und ist dabei nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sie gemäss Art. 6 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006 mindestens zwei Prozent ihrer Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit für den Ankauf, die Produktion, die Koproduktion oder die Vermittlung von Filmen oder Werken im Bereich der Medienkunst schweizerischer Herkunft aufzuwenden habe, während sie nach Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) neu mindestens vier Prozent ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Schweizer Filmen aufwenden müsste. Sie habe daher ein erhebliches Interesse an der vollumfänglichen Aufrechterhaltung der altrechtlichen Konzession, müsse sie doch mit dieser wesentlich weniger Beiträge an die Förderung des Schweizer Films leisten und könne sich zusätzlich auch die Unterstützung von Filmfestivals sowie der Medienkunst an die Filmförderung anrechnen lassen.

E. 2.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass das Fernsehprogramm der Beschwerdeführerin seit dem Inkrafttreten des neuen RTVG auf den 1. April 2007 keiner Konzession mehr bedürfe, sondern lediglich meldepflichtig sei. Mit der Einschränkung ihrer Konzession auf ein

analoges Fernsehprogramm sei sie somit keiner Rechte verlustig gegangen, stehe es ihr doch weiterhin frei, ausserhalb ihrer Konzession zu einem beliebigen Zeitpunkt digital verbreitete Fernsehprogramme zu veranstalten. Unter diesen Umständen sei es fraglich, ob die Beschwerdeführerin überhaupt ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung habe. Dies gelte umso mehr, als ihrer Auffassung nach die in Art. 7 Abs. 2 RTVG neu auf vier Prozent festgelegte Filmförderungsabgabe allfälligen tieferen, in altrechtlichen Konzessionen festgelegten Abgabesätzen vorgehe. Die Höhe der Filmförderungsabgabe sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung gewesen und könne somit auch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein. Vielmehr würden gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen einer selbständig anfechtbaren Verfügung die von ihr im Jahre 2007 erbrachten Leistungen für die Förderung des Schweizer Films noch geprüft sowie allfällige Ersatzabgaben festgesetzt.

E. 2.3

Primäre Verfügungsadressaten haben in der Regel ohne weiteres eine hinreichende Beziehungsnähe zum Streitgegenstand und damit auch ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Anordnung. Immerhin sind jedoch Fälle denkbar, in denen selbst diese Adressaten kein schutzwürdiges Interesse haben. An einem solchen fehlt es dann, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person durch den Ausgang des Verfahrens nicht beeinflusst werden kann, d.h. sie bei Gutheissung ihrer Beschwerde keinen materiellen oder ideellen Nachteil, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte, abwenden kann (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, S. 48 Rz. 2.67 sowie S. 51 Rz. 2.76.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 196).

E. 2.3.1

Seit Inkrafttreten des neuen RTVG am 1. April 2007 genügt für die Veranstaltung von schweizerischen Rundfunkprogrammen grundsätzlich die Einhaltung einer allgemeinen Meldepflicht, während nur noch in besonderen, vom Gesetz vorgesehenen Fällen eine Konzession verlangt wird (vgl. Art. 3 RTVG). So gibt es - abgesehen von der Regelung betreffend die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) - bloss noch zwei Kategorien von Konzessionen, einerseits die Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil gemäss Art. 38 bis Art. 42 RTVG, andererseits die Konzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil gemäss Art. 43 RTVG. Während Erstere regionalen und lokalen Veranstaltern vorbehalten bleibt (Art. 38 Abs. 1 RTVG), wird Letztere nur bei drahtlos-terrestrischer Verbreitung des Programms erteilt (Art. 43 Abs. 1 RTVG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008 E. 4.3.1). Die Beschwerdeführerin erfüllt mit ihrer bisherigen und geplanten Rundfunkstätigkeit weder die eine (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006) noch die andere Voraussetzung (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006) und benötigt daher unter neuem Recht keine Konzession mehr. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aus diesem Umstand jedoch nicht auf die fehlende Legitimation der Beschwerdeführerin geschlossen werden: Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass bei vollumfänglicher Aufrechterhaltung der altrechtlichen Konzession der darin festgelegte tiefere Abgabesatz für die Förderung des Schweizer Films weiterhin für alle ihre Fernsehprogramme gelte und sie mit einer Konzessionseinschränkung folglich einen Nachteil erleide. Ob dies so zutrifft, ist zwar nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Immerhin hat die

Beschwerdeführerin jedoch bereits jetzt ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der (Vor-)Frage, in welchem Umfang die altrechtliche Konzession überhaupt noch besteht, um damit allenfalls einen von ihr behaupteten finanziellen Schaden abzuwenden.

E. 3

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

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht vorab eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) sowie eine unzureichende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 12 VwVG) durch die Vorinstanz geltend: Sie habe sich aufgrund des Schreibens der Vorinstanz vom 30. Januar 2008 vorerst einzig veranlasst gesehen, zu belegen, dass sie bereits ein digitales Fernsehprogramm ausstrahle. Die Vorinstanz habe in der Folge sogleich eine Konzessionseinschränkung verfügt, ohne vorgängig mit ihr das erforderliche Mass an Verschiedenheit der analog und digital ausgestrahlten Fernsehprogramme abzuklären. Wenn die Vorinstanz Belege für ihre Bestrebungen zur Aufnahme eines zweiten digitalen Programms benötigt hätte, hätte sie diese bei ihr einverlangen können. Sie hätte zudem abklären müssen, ob die Konzessionseinschränkung nicht Dritte wie Medienkünstler und Filmfestivals beeinträchtigt und ob ein Einwendungsverfahren gemäss Art. 30a VwVG durchzuführen sei.

E. 4.1

Das BAKOM hat als instruierende Behörde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. Januar 2008 in Aussicht gestellt, dass ihr erneutes Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und die Konzession auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm eingeschränkt werde und ihr hierzu das rechtliche Gehör gewährt. Mit Schreiben vom 30. Januar 2008 forderte es schliesslich Belege für die Inbetriebnahme des von der Beschwerdeführerin neu eingebrachten ersten digitalen Fernsehprogramms ein. Zugleich wies es die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das digitale Programm mit dem analogen Programm nicht identisch sein dürfe, und räumte ihr auch hierzu ein Recht auf Stellungnahme ein. Gestützt darauf war es der Beschwerdeführerin somit ohne weiteres möglich, ihren Standpunkt vor Erlass der angefochtenen Verfügung umfassend darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen. Es trifft zwar zu, dass das BAKOM bei der Beschwerdeführerin keine Belege für deren Bestrebungen zur Aufnahme eines zweiten digitalen Fernsehprogramms eingefordert hat. Im Rahmen des hängigen Gesuchsverfahrens wäre die Beschwerdeführerin jedoch verpflichtet gewesen, an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken und die entsprechenden Belege von sich aus beizubringen (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG; Christoph Auer in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N. 15 zu Art. 13). Auch ein Einwendungsverfahren gemäss Art. 30a VwVG musste das BAKOM vorliegend nicht durchführen, ist doch nicht ersichtlich, inwiefern Medienkünstler und Filmfestivals, welche nach Art. 6 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006 Empfänger von Förderungsgeldern sein können, im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG aufweisen sollten.

E. 5

Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Konzession vom 11. Januar 2006 hat das Angebot der Beschwerdeführerin "aus einem analogen und zwei digital verbreiteten TV-Programmen

sowie aus einem Radioprogramm, das identisch ist mit der Tonspur des analogen Fernsehprogramms" zu bestehen. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin mit der Aufnahme des Betriebs des analogen Fernsehprogramms per 31. August 2006 ihrer diesbezüglichen Betriebspflicht (vgl. Art. 12 der Konzession) nachgekommen ist und am 9. November 2006 eine Verzichtserklärung bezüglich der Veranstaltung des Radioprogramms abgegeben hat. Nachfolgend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sie ihrer Verpflichtung zur Verbreitung der beiden digitalen Fernsehprogramme innert der ihr von der Vorinstanz bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist (zumindest teilweise) nachgekommen ist, indem sie das analoge Fernsehprogramm seit dem 3. April 2007 inhaltlich identisch auch digital ausstrahlt.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 der Konzession ergebe sich nicht zweifelsfrei, ob sich das digital ausgestrahlte Fernsehprogramm vom analog verbreiteten Fernsehprogramm inhaltlich unterscheiden müsse oder ob es auch identisch sein könne. Aufgrund des Vertrauensprinzips sei daher eine Auslegung zu ihren Gunsten vorzunehmen. Sie habe sich in ihrem Konzessionsgesuch vom 28. Oktober 2005 ausdrücklich die Option offengelassen, das digital verbreitete Programm "mit Sendungen aus dem analogen Fernsehprogramm" zu gestalten, ohne die Höhe des entsprechenden Anteils festzulegen. Auch die Konzession kläre die Frage nicht, in welchem Umfang sich das digitale Programm vom analogen Programm zu unterscheiden habe. Im Übrigen unterscheide es sich bereits dadurch, indem es in einer anderen Ton- und Farbqualität sowie etwas zeitversetzt zum analogen Programm ausgestrahlt werde. Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 1 Abs. 2 der Konzession lege nahe, dass sie (die Beschwerdeführerin) den Inhalt ihres digitalen Fernsehprogramms frei bestimmen könne, dürfe ihr doch die Vorinstanz aufgrund ihrer Programmhoheit (Art. 93 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) diesbezüglich keinerlei Vorgaben machen. Auch das momentane technische Umfeld stütze diese Auslegung: Der zurzeit stattfindende Übergang zum digitalen Fernsehen erfordere aus Rücksicht auf die zahlreichen Zuschauer, welche noch nicht auf Digitalfernsehen umgestiegen seien, die Verbreitung desselben Programms sowohl in analoger wie auch in digitaler Form. Sie habe sich nicht widersprüchlich ausgedrückt, indem sie mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 ein erneutes Fristerstreckungsgesuch für die Inbetriebnahme beider digitaler Fernsehprogramme gestellt habe, seien doch zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch nicht beide digitalen Fernsehkanäle (sondern nur einer) genutzt worden.

E. 5.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, aus dem klaren Wortlaut der Konzession, ihrem entstehungsgeschichtlichen Kontext sowie den Materialien, welche gemäss Art. 1 Abs. 4 der Konzession insbesondere betreffend den Umfang, den Inhalt und die Art der Veranstaltung massgebend seien, gehe eindeutig hervor, dass die digitalen Programme zwar ein eigenständiges, mit dem analogen Programm nicht identisches Angebot beinhalten müssten, jedoch eine partielle Übernahme von Programmteilen aus dem analogen Bereich durchaus möglich sei. Dies ergebe sich auch aus der von den Initianten im Konzessionsgesuch gewählten Formulierung. Das analoge Programm sei vom Bundesrat als Konzessionsbehörde als eine Art Basisprogramm betrachtet worden, welches einzelnen Sendungen der beiden digitalen Angebote zur Verfügung stehen könne. Dementsprechend

sei in Art. 1 Abs. 2 der Konzession auch präzise festgelegt worden, dass die Tonspur des analogen Fernsehprogramms Basis für das damals noch geplante Radioprogramm sein sollte. Die Beschwerdeführerin sei nach der Erteilung der Konzession selber auch von unterschiedlichen Programmen ausgegangen: In ihrem ersten Fristerstreckungsgesuch vom 9. November 2006 habe sie noch von der Veranstaltung von zwei digitalen Programmen gesprochen und auch in ihrem zweiten Gesuch vom 10. Dezember 2007 habe sie eine Fristerstreckung für beide digital zu verbreitenden Programme beantragt.

E. 5.3.1

Art. 1 Abs. 4 der Konzession vom 11. Januar 2006 sieht vor, dass - soweit die Konzession nichts anderes bestimmt - die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben betreffend den Umfang, den Inhalt und die Art der Veranstaltung, die Organisation und die Finanzierung massgebend und verpflichtend sind.

E. 5.3.1.1

In Art. 1 Abs. 2 der Konzession wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Radioprogramm identisch mit der Tonspur des analogen Fernsehprogramms zu sein hat (vgl. bereits E. 5). Ohne diesen Passus könnte durchaus gefolgert werden, dass sich die beiden digitalen Fernsehprogramme inhaltlich nicht zwingend vom analogen Programm zu unterscheiden haben. Nicht aber beim vorliegend gewählten Wortlaut: Hätte der Bundesrat als Konzessionsbehörde tatsächlich die Absicht gehabt, dass eines der beiden oder beide digitalen Fernsehprogramme inhaltlich identisch mit dem analogen Programm sein dürften, hätte er eine dem Radioprogramm entsprechende Formulierung in die Konzessionsbestimmung aufgenommen (bspw. "Das Angebot besteht aus einem analogen und zwei digital verbreiteten TV-Programmen, wovon [mindestens] eines identisch mit dem analogen Fernsehprogramm ist").

E. 5.3.1.2

Dem Konzessionsgesuch der Beschwerdeführerin vom 28. Oktober 2005 (Ziff. 1) ist weiter zu entnehmen, dass die Initianten von 3 Plus "eine Konzession zur Veranstaltung eines deutschsprachigen Fernsehangebotes zur nationalen Verbreitung, bestehend aus einem Fernsehprogramm für die analoge Verbreitung über Kabelfernsehnetze sowie zwei Programmangebote mit Sendungen aus dem analogen Fernsehprogramm zur Verbreitung über zwei digitale Kabelkanäle" beantragt haben. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass es sich um drei eigenständige Fernsehprogramme handeln muss, wobei die digitalen Programme einzelne Sendungen des analogen Programms enthalten dürfen (zur Definition einer Sendung als blosser Programmteil vgl. Art. 2 Bst. b RTVG sowie E. 5.3.2 nachfolgend). Dürfte ein digital ausgestrahltes Programm inhaltlich vollständig identisch mit dem analogen Programm sein, liesse sich auch nicht mehr ohne weiteres erklären, weshalb die Initianten zwei digitale Programme beantragt haben. Unschädlich ist ebenso der Umstand, dass im Konzessionsgesuch jeweils bloss von einem Programm die Rede ist: Dem von der Beschwerdeführerin beim BAKOM zusammen mit dem Konzessionsgesuch eingereichten Programmschema ist zu entnehmen, dass die tägliche Sendezeit in verschiedene Sendeblocke ("News", "Games", "Neu im Kino", "Neue Singles", "Serien", "Eventkalender", "CH-Unterhaltung", "Prävention", "Dok", "Movie Voting" etc.) unterteilt ist, welche beliebig mit Inhalten gefüllt werden können. Zugleich soll der Zuschauer auch interaktiv (mittels SMS, MMS, Internet, Teletext-Chat oder E-Mail) auf das Programm Einfluss nehmen und dieses mitgestalten. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass es der

ursprünglichen Absicht der Beschwerdeführerin entsprach, - ausgehend von dem im Gesuch erwähnten (analogen) (Basis-)Programm - je nach Interaktion und Ausgestaltung der einzelnen Sendeblocke mehrere, inhaltlich unterschiedliche Programme zu veranstalten.

E. 5.3.2

Der in Art. 1 Abs. 2 der Konzession verwendete Programmbegriff findet seine Entsprechung auch im Anwendungsbereich des alten sowie im Wortlaut des neuen RTVG: Gemäss Art. 2 Bst. a RTVG ist unter einem Radio- und Fernsehprogramm eine Folge von Sendungen zu verstehen, welche kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind; eine Sendung ist ein formal und inhaltlich in sich geschlossener Teil eines Programms (Art. 2 Bst. b RTVG). Diese Begriffsbestimmungen wurden ins RTVG aufgenommen, nachdem die alte Radio- und Fernsehgesetzgebung noch keine eigentliche Definition der formalen Merkmale von Radio- und Fernsehprogrammen enthalten hatte (vgl. das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [aRTVG, AS 1992 601] sowie die Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 [aRTVV, AS 1997 2903]). Es handelt sich dabei jedoch um eine blosser Anknüpfung an den bisherigen, gesetzlich nicht verankerten Programmbegriff, welcher bei einem Programm von einer geplanten und geordneten Abfolge von Sendungen aller Art ausging, die von einem Veranstalter zeitlich angesetzt und auf einer bestimmten Wellenlänge oder einem festgelegten Kanal verbreitet wird (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002 [Botschaft zum RTVG], BBl 2003 1598, 1663; MARTIN DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band "Informations- und Kommunikationsrecht", Unterband "Rundfunkrecht", Basel 1996, Rz. 38 f.; Botschaft des Bundesrates über den Radio- und Fernsehartikel [Art. 55bis der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV)] vom 1. Juni 1981, BBl 1981 II 942 f.). Ein Programm bestimmt sich daher alt- und neurechtlich per definitionem aus einer bestimmten Aneinanderreihung von Sendungen; wird ein Programm mit identischer Abfolge der Sendungen sowohl analog als auch digital ausgestrahlt, liegt somit in Tat und Wahrheit nur ein Programm vor. Dabei unbeachtlich zu bleiben hat, dass dasselbe Programm auf zwei verschiedenen Verbreitungswegen (aus technischen Gründen leicht zeitversetzt sowie in unterschiedlicher Ton- und Farbqualität) ausgestrahlt wird, ist doch der Inhalt für den Programmcharakter entscheidend, nicht aber die für die fernmeldetechnische Übertragung eingesetzte Technologie (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1598, 1663).

E. 5.3.3

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz dürfe ihr aufgrund ihrer Programmhoheit keinerlei Vorgaben bezüglich des Inhaltes des digitalen Fernsehprogramms machen, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Nach Art. 93 Abs. 3 BV sind zwar die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Autonomie in der Programmgestaltung gewährleistet. Vorliegend hatte jedoch die Vorinstanz einzig zu beurteilen, ob sich das analoge und das digitale Fernsehprogramm inhaltlich unterscheiden, mithin also zwei verschiedene und nicht bloss ein Programm vorliegen. Bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Inhaltes des digitalen Programms machte sie der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Vorgaben.

E. 5.3.4

Auch die Verhaltensweise der Beschwerdeführerin führt zu keinem anderen Ergebnis: In ihrem ersten Fristerstreckungsgesuch vom 9. November 2006 sprach sie selber (in der Mehrzahl) von digitalen TV-Programmen. Anlässlich des zweiten Fristerstreckungsgesuchs vom 10. Dezember 2007 führte sie aus, sie habe die Veranstaltung der beiden digitalen Programme in der zweiten Hälfte 2007 nicht aufnehmen können und ersuche daher um Erstreckung der Frist um ein weiteres Jahr; dies musste sie jedoch in Kenntnis des Umstandes tun, dass sie bereits seit dem 3. April 2007 ihr analoges Programm auch digital ausstrahlte. Ihr damaliges Verhalten lässt somit darauf schliessen, dass sie Art. 1 Abs. 2 der Konzession ebenfalls ursprünglich in vorerwähntem Sinn (vgl. E. 5.3.1 ff.) verstanden und erst mit Schreiben vom 21. Januar 2008 - mittlerweile in Kenntnis der drohenden Konzessionsbeschränkung - ihre Ansicht revidiert hat, indem sie nun erstmals geltend machte, sie verbreite bereits seit geraumer Zeit (im Sinne der von ihr gleichermassen auf Beschwerdeebene vertretenen Auffassung) ein Programm digital.

E. 5.3.5

Als Zwischenfazit kann folglich festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin innert der ihr von der Vorinstanz bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist ihrer Verpflichtung zur Verbreitung von zwei digitalen Fernsehprogrammen auch nicht zumindest teilweise nachgekommen ist, indem sie lediglich das analoge Fernsehprogramm inhaltlich identisch digital ausstrahlt.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik vom 30. September 2008 darauf hin, dass sie in der Zwischenzeit ein zweites digitales Programm als Live-Stream auf der Internetseite www.3plus.tv/swiss in Betrieb genommen habe, und ersucht das Bundesverwaltungsgericht, diese neue Tatsache seinem Entscheid zugrunde zu legen. Momentan würden darauf einzig Sendungen der populären Eigenproduktionen "Supermodel" sowie "Bauer, ledig, sucht" gezeigt, es sei aber geplant, das Angebot laufend zu erweitern. Das neue Programm genüge bereits heute den rundfunkrechtlichen Anforderungen, handle es sich doch um eine Folge von Sendungen, welche kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen würden sowie für die Allgemeinheit bestimmt seien.

E. 6.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die (bereits einmal verlängerte) Frist zur Aufnahme des Betriebs von zwei digitalen Fernsehprogrammen Ende Dezember 2007 (recte: am 11. Januar 2008) abgelaufen sei und die Beschwerdeführerin zu diesem für die Beurteilung massgebenden Zeitpunkt das auf Beschwerdeebene nun vorgebrachte neue digitale Fernsehprogramm weder erwähnt noch im Rahmen des rechtlichen Gehörs diesbezügliche Bemühungen dokumentiert habe. Es sei fraglich, ob es sich bei diesem neuen Angebot um ein Programm im rundfunkrechtlichen Sinn handle. Stichproben am 14. und 15. Oktober 2008 hätten ergeben, dass unter der Internetadresse www.3plus.tv/swiss lediglich bereits analog ausgestrahlte Folgen der Sendung "Bauer, ledig, sucht" gestreamt würden. Weder sei eine zeitliche Ansetzung der Internet-Streams erkennbar noch werde auf dieses neue Angebot auf der Startseite der Beschwerdeführerin (www.3plus.tv) oder in einer Programmzeitschrift hingewiesen. Nur wer die konkrete Internetadresse kenne, könne das gestreamte Angebot überhaupt betrachten. Auch unter www.3plus.tv/programm sei einzig

das Programm des analogen Angebots aufgeführt, nicht aber dasjenige des angeblich neuen digitalen Angebots. Zudem liefere Letzteres keine eigenständigen inhaltlichen Leistungen und vermöge daher bereits den Anforderungen gemäss der Konzession nicht zu genügen.

E. 6.3

Dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist. Es dürfen daher im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannt neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zugetragen haben, grundsätzlich vorgebracht werden (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 92 f. Rz. 2.204 ff.). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie den Live-Stream auf ihrer Internetseite bereits vor Ablauf der bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist aufgeschaltet hat. Die von ihr neu eingebrachte Tatsache vermag somit nichts daran zu ändern, dass die Inbetriebnahme der digitalen Fernsehprogramme nicht fristgemäss erfolgt ist. Auf die Frage, ob diese zwischenzeitlich erfolgte Aufschaltung einen Einfluss auf die Einschränkung der Konzession hat, ist noch einzugehen (vgl. E. 7.4.5).

E. 7

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin innert der ihr bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist kein digitales Fernsehprogramm in Betrieb genommen hat. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob gestützt darauf die Verweigerung einer erneuten Frister Streckung bzw. die Einschränkung der Konzession vom 11. Januar 2006 auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm durch die Vorinstanz rechtmässig war.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin führt an, es fehle bereits an einem öffentlichen Interesse an einer Konzessionseinschränkung, habe doch die Beibehaltung der Konzession im bisherigen Umfang keinerlei negative Auswirkungen: Weder besetze sie damit einen knappen Programmplatz zu Lasten eines Konkurrenten noch würden aufgrund ihres fehlenden Anspruchs auf Gebührengelder irgendwelche Kosten für die Allgemeinheit anfallen oder der verfassungsmässige Leistungsauftrag gefährdet. Vielmehr werde die Öffentlichkeit mit der Einschränkung der Konzession um die Aussicht auf ein neues Angebot beraubt. Es wäre aus Gründen der Verhältnismässigkeit angezeigt gewesen, die Frist zur Inbetriebnahme eines oder allenfalls zweier digitaler Fernsehprogramme ein letztes Mal zu verlängern, anstatt sogleich zur Einschränkung der Konzession zu schreiten. Die Vorinstanz habe auch keinerlei Abklärungen getroffen, ob die Konzession womöglich eher auf ein digital oder ein analog verbreitetes Fernsehprogramm einzuschränken wäre. Sie habe ein erhebliches privates Interesse an der vollumfänglichen Beibehaltung der altrechtlichen Konzession, müsse sie doch dank dieser im Vergleich zu den neurechtlichen Rundfunkbestimmungen wesentlich weniger Beiträge an die Förderung des Schweizer Films leisten und könne sich zusätzlich auch die Unterstützung von Filmfestivals sowie der Medienkunst an die Filmförderung anrechnen lassen. Die Vorinstanz schaffe durch die Einschränkung der Konzession eine erhebliche Rechtsunsicherheit, sei doch damit unklar, ob auf das erste digitale Fernsehprogramm die neurechtlichen Rundfunkbestimmungen oder die altrechtliche Konzession Anwendung finde. Es liege auf der Hand, dass es nicht angemessen wäre, auf zwei inhaltlich beinahe identische Fernsehprogramme unterschiedliche rechtliche Vorschriften anzuwenden. Da sie der Pflicht zur Verbreitung

von zwei digitalen Fernsehprogrammen zumindest teilweise nachgekommen sei, sei für sie nicht nachvollziehbar, weshalb es die Vorinstanz nicht bei einer blossen Ermahnung belassen habe.

E. 7.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin sei durch die Konzessionseinschränkung lediglich von der Pflicht entbunden worden, spätestens ab dem 11. Januar 2008 neben einem analogen Programm auch zwei digitale Fernsehprogramme zu veranstalten. Rechte seien ihr dadurch keine entzogen worden, könne sie doch nach Inkrafttreten des neuen RTVG auch ausserhalb ihrer Konzession weitere (selbst digitale) Programme veranstalten und Inhalt sowie Zeitpunkt der Inbetriebnahme derselben frei und ohne Auflagen der Konzessionsbehörde bestimmen. Solange die Beschwerdeführerin an ihrer altrechtlichen Konzession festhalte, sei sie auch verpflichtet, die ihr darin auferlegten programmlichen Leistungen zu erbringen. Dies habe sie aber innert der bereits einmal erstreckten Frist nicht getan. Das öffentliche Interesse an einer Konzessionseinschränkung bestehe darin, zu verhindern, dass das medienpolitische Gestaltungsinstrument der Konzession durch die Duldung von konzessionswidrigen Zuständen wie die Nichterfüllung der Betriebspflicht ausgehöhlt werde. Dies sei umso mehr angezeigt, weil auch nach dem neuen RTVG verschiedene Kategorien von Rundfunkveranstaltern mit Leistungsauftrag einer Konzession bedürften und auch diesen regelmässig eine Betriebspflicht auferlegt werde. Es sei nicht ersichtlich, welche privaten Interessen der Beschwerdeführerin einer Konzessionseinschränkung entgegenstünden, gelte doch ihrer Auffassung nach der in der altrechtlichen Konzession festgelegte (tiefere) Satz für die Filmförderungsabgabe unter dem neuen RTVG nicht mehr.

E. 7.3.1

Eine altrechtliche Konzession gilt gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 107 Abs. 1 RTVG auch nach Inkrafttreten des RTVG weiter, sofern die Veranstalterin nicht ausdrücklich darauf verzichtet. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Veranstalterin weiterhin den Regeln des aRTVG unterliegt. Vielmehr werden die der Konzession entspringenden Rechte und Pflichten in Art. 107 Abs. 6 RTVG aufgezählt. Demnach sind auf eine altrechtliche Konzession unter anderem die (neuen) Bestimmungen betreffend die Konzessionsbedingungen (Art. 44 - 50 RTVG) grundsätzlich sinngemäss anwendbar (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1749; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008, E. 4.3.2).

E. 7.3.2

Art. 50 Abs. 1 RTVG führt im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 1 aRTVG (vgl. Bst. b) eine Verletzung der Betriebspflicht nicht mehr als möglichen Sanktionsgrund auf. Art. 12 Bst. a der Konzession vom 11. Januar 2006 sieht jedoch ausdrücklich vor, dass das Departement Auflagen erlassen oder die Konzession einschränken, sistieren, widerrufen oder entziehen kann, wenn der Betrieb des Fernseh- und Radioangebotes nicht innert zwölf Monaten nach Erteilung der Konzession aufgenommen wird. Da - wie in E. 7.3.1 bereits ausgeführt - die altrechtliche Konzession unter neuem Recht weitergilt, ist demnach auch diese Konzessionsbestimmung weiterhin auf die Beschwerdeführerin anwendbar. Aber selbst die sinngemässe Anwendung des neuen Rechts führt zu keinem anderen Ergebnis: Einer Behörde kann es selbst bei Schweigen des Gesetzes nicht verwehrt werden, eine Verwirkungsklausel in die Konzession aufzunehmen, wenn die Verwirkungsfolge aus dem

Gesetzeszweck, genauer aus einem mit der Konzession verfolgten öffentlichen Interesse hervorgeht (vgl. Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 265). Wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. E. 7.4.1), besteht unter der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung nach wie vor ein öffentliches Interesse an einer Konzessionierung sowie an einer Ausübung der mit der Konzession erteilten Rechte. Art. 12 Bst. a der Konzession findet somit auch unter diesem Blickwinkel vorliegend uneingeschränkt Anwendung und es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt darauf die Konzession einschränken durfte. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit.

E. 7.4

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) fordert kumulativ, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Privaten allenfalls auferlegt werden. Geeignet ist eine behördliche Anordnung dann, wenn mit dieser das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erreicht oder zur Zielerreichung ein nicht zu vernachlässigender Beitrag geleistet werden kann (sogenannte Zwecktauglichkeit). Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber mildereren Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann (sogenanntes Übermassverbot). Eine Verwaltungsmassnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation besteht, d.h. der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unvertretbar schwer wiegt (sogenannte Zumutbarkeit; vgl. zum Ganzen: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 581 ff. mit Hinweisen; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 21 Rz. 1 ff.).

E. 7.4.1

Unter dem alten RTVG bot das Konzessionssystem Gewähr für die Aufrechterhaltung der Vielfalt der Programminhalte und damit des Rechtes auf freie Meinungsbildung. Dem eingesetzten Programmveranstalter wurde die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags als Dienst im Interesse der Allgemeinheit sowie eine Betriebspflicht auferlegt und im Gegenzug die Befugnis zur ungestörten Nutzung der ihm zugeteilten Frequenz sowie eine Garantie für die Geltungsdauer der ihm verliehenen Rechte erteilt (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987 [Botschaft zum aRTVG], BBl 1987 III 720 f.). Im Anwendungsbereich des neuen RTVG bedürfen zwar private Rundfunkveranstalter, die weder Vorteile durch eine Gebührenfinanzierung noch eine vergünstigte Verbreitung über Zugangsrechte beanspruchen, keiner Konzession mehr. Für diejenigen, die einen Gebührenanteil und/oder einen garantierten Zugang zur drahtlos-terrestrischen Verbreitung in Anspruch nehmen, sind aber nach wie vor Konzessionspflichten vorgesehen; insbesondere haben diese konzessionierten Programmveranstalter die Bestimmungen zu erfüllen, welche die Einhaltung des qualifizierten programmlichen Leistungsauftrages sichern sollen (vgl. Art. 38 ff. RTVG; Peter Nobel/Rolf H. Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 8. Kapitel Rz. 53 f.; Rolf H. Weber, Rundfunkrecht: Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [RTVG], Handkommentar, Zürich 2008, Vorbemerkungen zu Art. 38-50 Rz. 4; vgl. auch bereits E. 2.3.1 hiervor). Die Konzession ist folglich auch noch unter neuem Recht ein

medienpolitisches Gestaltungsinstrument, um die Programmveranstalter zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten zu bewegen. Mit der durch die Konzession eingeräumten Berechtigung, eine staatliche Aufgabe wahrzunehmen, geht regelmässig die Pflicht einher, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen (vgl. hierzu auch Weber, a.a.O., zu Art. 44 Rz. 6 f.). Es besteht mithin nach wie vor ein öffentliches Interesse daran, der Nutzungspflicht des Konzessionärs durch geeignete Massnahmen Nachachtung zu verschaffen und ein Fehlverhalten desselben aus general- und spezialpräventiven Gründen zu ahnden.

E. 7.4.2

Art. 12 Bst. a der Konzession vom 11. Januar 2006 räumt der Vorinstanz ein erhebliches Auswahl- und Entschliessungsermessen hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen ein. Die Einschränkung der Konzession auf ein analoges Fernsehprogramm ist zweifelsohne geeignet, um das öffentliche Interesse an einer vollumfänglichen Ausübung der durch die Konzession eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten (Verbreitung von einem analogen und zwei digitalen Fernsehprogrammen) durchzusetzen und ein entsprechendes Unterlassen der Beschwerdeführerin zu sanktionieren. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der angestrebte Erfolg nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber mildereren Massnahme erreicht werden könnte.

E. 7.4.3

Ein vollständiger Entzug resp. Widerruf der Konzession gemäss Art. 12 Bst. a der Konzession drängt sich vorliegend nicht auf, da die Beschwerdeführerin diese zumindest teilweise durch die Aufschaltung des analogen Fernsehprogramms ausgeübt hat; auch der Erlass einer Auflage sowie die Sistierung der Konzession erscheinen in casu als wenig geeignete Massnahmen. Die Vorinstanz hat nun zugunsten der Beschwerdeführerin - obwohl sie gemäss Konzession nicht dazu verpflichtet war - bereits mit Verfügung vom 5. Januar 2007 die Frist für die Inbetriebnahme der zwei digitalen Fernsehprogramme bis am 11. Januar 2008 erstreckt und ihr damit Gelegenheit gegeben, den Mangel nachträglich zu beseitigen. Da die Beschwerdeführerin auch innert der ihr erstreckten Frist ihrer Inbetriebnahmepflicht nicht nachgekommen ist, ist nicht weiter zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur nächst schwerwiegenderen konzessionsrechtlich vorgesehenen Massnahme der Einschränkung der Konzession geschritten ist und ein erneutes Fristverlängerungsgesuch abgewiesen hat.

E. 7.4.4

Die Einschränkung der Konzession auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm erweist sich für die Beschwerdeführerin auch nicht als unzumutbar: Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.3.1 sowie E. 7.4.1 hiervor), erleidet sie dadurch grundsätzlich keinen Rechtsnachteil, steht es ihr doch unter dem neuen RTVG jederzeit frei, ein digitales Fernsehprogramm auch ohne Konzession zu veranstalten. Ob sie bei vollumfänglicher Aufrechterhaltung der Konzession - wie sie behauptet - tatsächlich wesentlich weniger Filmförderungsabgaben zu entrichten hätte, kann vorliegend offen bleiben. Aber selbst wenn dem so wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin zu Recht auch nicht geltend gemacht, dass die finanziellen Folgen einer Einschränkung der Konzession ihre Existenz als Unternehmerin gefährden würden. Sie hat folglich einen allfälligen finanziellen Nachteil hinzunehmen; dies gilt umso mehr, als ihr bereits einmal die Frist zur Inbetriebnahme zweier digitaler Fernsehprogramme erstreckt worden ist.

E. 7.4.5

Was schliesslich den von der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit aufgeschalteten Live-Stream angeht, bei dem es sich um ein digitales Programm handeln soll, so vermag diese neue Tatsache an der gemachten Interessenabwägung nichts zu ändern. Denn vorliegend hat die Beschwerdeführerin gegen eine konzessionsrechtliche Pflicht verstossen und ist ihrer Aufschaltverpflichtung auch innert der um ein Jahr erstreckten Frist nicht nachgekommen. Würde nun von der Konzessionsbeschränkung abgesehen, hätte es eine Konzessionärin in der Hand, durch prozessuale Massnahmen den Aufschalttermin nach eigenem Belieben zu verlängern. Dies widerspräche aber dem öffentlichen Interesse, die Nichteinhaltung von Konzessionsbestimmungen zu ahnden (vgl. E. 7.4.1 hiervor). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob es sich bei dem über Internet verbreiteten Live-Stream überhaupt um ein Programm im rundfunkrechtlichen Sinn handelt. Ebenfalls nicht weiter zu untersuchen ist, ob dieser Live-Stream als digital verbreitetes Fernsehprogramm im Sinne der Konzession gelten kann.

E. 8

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 9

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 2'000.- festzusetzen und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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