

BVGer A-7568/2010 vom 26. August 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7568_2010

FR: TAF A-7568/2010 du 26 août 2011

IT: TAF A-7568/2010 del 26 agosto 2011

Regeste

Radio und Fernsehen (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem durch die Verfügung der Vorinstanz vom 24. September 2010 geregelten Rechtsverhältnis, soweit es von der Beschwerdeführerin angefochten wird. Fragen, über welche die erstinstanzliche Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 25 f. Rz. 2.7 f.). In dem nun angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz ausschliesslich beurteilt, ob der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf einen bevorzugten Kanalplatz nach Art. 9 der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007 (Verordnung UVEK, SR 784.401.11) zusteht. Nicht zum Verfahrensgegenstand machte die Vorinstanz hingegen die von der Beschwerdeführerin gleichzeitig angezeigten Empfangsstörungen auf Kanal 12 des Netzes der Beschwerdegegnerin 1. Vielmehr wurde die beanstandete Empfangsqualität auf jenem Kanal ausserhalb des Verfahrens untersucht. Folgerichtig wurde auch über die Empfangsstörungen in der hier zu prüfenden Verfügung vom 24. September 2010 nicht entschieden und entsprechend können diese nicht Streitgegenstand des vorliegenden

Beschwerdeverfahrens sein. Soweit die Rügen der Beschwerdeführerin die unzureichende Empfangsqualität auf Kanal 12 betreffen, ist darauf mangels zulässigem Anfechtungsobjekt nicht einzutreten.

E. 1.4

Mit dem Rückzug der Beschwerdeanträge gegenüber den Beschwerdegegnerinnen 3, 7, 8, 9 und 10 vom 15. November 2010 ist die Beschwerde teilweise gegenstandslos geworden und insoweit abzuschreiben.

E. 1.5

Im Übrigen ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen, ohne Bindung an die Parteibehörden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltungsgericht übt daher Zurückhaltung und greift in Gewichtigkeitsfragen nicht leichthin in den Spielraum der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2, BVGE 2010/19 E. 4.2).

E. 3

Seit dem 31. Oktober 2008 verfügt die Beschwerdeführerin über eine Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für ein Regionalfernsehen im Versorgungsgebiet 10 (Region Zürich-Nordostschweiz), verbunden mit einem Zugangsrecht nach Art. 59 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz zu Recht den Antrag der Beschwerdeführerin auf einen bevorzugten Kanalplatz abgelehnt hat. Aktuell ist ihr Programm in analoger Verbreitung auf folgenden Kanalplätzen positioniert: Fernmeldediensteanbieterin Kanal Frequenz Position Beschwerdegegnerin 1 (am Beispiel des Raumes Winterthur) K12 224.25 MHz 18. Beschwerdegegnerin 2 K12 224.25 MHz 14. Beschwerdegegnerin 4 S03 119.25 MHz 2. Beschwerdegegnerin 5 S37 431.25 MHz 38. Beschwerdegegnerin 6 S33 399.25 MHz 37. In tatsächlicher Hinsicht ist im Laufe des Schriftenwechsels unbestritten geblieben, dass sämtliche Fernmeldediensteanbieterinnen das Programm der Beschwerdeführerin bei dessen Aufschaltung wie üblich den zum damaligen Zeitpunkt gerade freien Frequenzen zugeordnet haben. Bei der Zuteilung sind sie somit allein dem Kriterium der Verfügbarkeit freier Frequenzen gefolgt. Eine absichtliche Benachteiligung seitens der Fernmeldediensteanbieterinnen wird von der

Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und ergibt sich im Übrigen auch nicht aus den Akten. Gleichfalls ist es unbestritten geblieben, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen das Signal nach Bezug unverändert weiterverbreiten, ohne Identifikationsmerkmale hinzuzufügen oder zu entfernen.

E. 4.1

Fernmeldedienstanbieterinnen unterstehen bezüglich ihrer Übertragungsleistungen den fernmelderechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Sind Veranstalter und Verteiler eines Programmes nicht identisch, stellt sich die Frage nach einem fairen Zugang zu den - trotz Breitbandangeboten - beschränkten Verbreitungskapazitäten. Dabei geht das Gesetz vom Grundsatz der Vertragsfreiheit zwischen den Programmveranstaltern und den Fernmeldedienstanbieterinnen aus (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). Im öffentlichen Interesse bestehen jedoch rundfunkrechtliche Vorgaben, welche die Fernmeldedienstanbieterinnen in der Wahl ihrer Programme beschränken. Diese Regeln, sog. "Must carry"-Rules, legen fest, welche Programmveranstalter von einer Fernmeldedienstanbieterin von Gesetzes wegen berücksichtigt werden müssen und unter welchen Bedingungen dies zu geschehen hat (vgl. Peter Nobel/Rolf H. Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 7. Kapitel, Rz. 71 ff., und 10. Kapitel, Rz. 92 ff.; Rolf H. Weber, Zugang zu Kabelnetzen, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 78 ff.). Art. 59 Abs. 1 RTVG begründet die "Must carry"-Verpflichtungen gegenüber Programmen der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) im Rahmen der Konzession (Bst. a) sowie gegenüber Programmen, für die eine Konzession mit Leistungsauftrag besteht (Bst. b). Art. 59 Abs. 2 RTVG ermächtigt den Bundesrat ferner, Programme ausländischer Veranstalter zu bestimmen, welche wegen ihres besonderen Beitrages zur Bildung, zur kulturellen Entfaltung oder zur freien Meinungsbildung ebenfalls über Leitungen zu verbreiten sind.

E. 4.2

Gemäss Art. 62 RTVG hat der Bundesrat die Kompetenz, die Fernmeldedienstanbieterinnen zu verpflichten, die in Art. 59 Abs. 1 und 2 RTVG aufgeführten "Must carry"-Programme auf einem privilegierten Programmplatz im Kabelnetz zu verbreiten. Die Delegationsnorm von Art. 55 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) weist die Regelungskompetenz für die Kanalbelegung dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zu. Das UVEK hat mit Art. 9 Verordnung UVEK von dieser Delegation Gebrauch gemacht und die Kanalbelegung wie folgt festgelegt: " Steuert eine Fernmeldedienstanbieterin bei analoger Verbreitung die Kanalbelegung in den Empfangsgeräten, so müssen auf den ersten Programmplätzen verbreitet werden: a. die sprachregionalen Programme der SRG nach Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a RTVG in der Sprachregion, für die sie bestimmt sind; b. Programme, für die eine Konzession mit Leistungsauftrag nach Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe b RTVG besteht, innerhalb ihres Versorgungsgebiets." Es ist zu prüfen, ob sich hieraus im Rahmen einer Auslegeordnung ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen privilegierten Programmplatz begründen lässt.

E. 5.1

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei dienen die Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 134 II 249 E. 2.3, BGE 133 V 9 E. 3.1, je mit Hinweisen). Danach sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 217; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 130 ff.).

E. 5.1.1

Zum Wortlaut von Art. 9 Verordnung UVEK führt die Vorinstanz in ihrer Entscheidungsbegründung aus, eine Kanalzuteilung nach dem Zufallsprinzip, wie dies von sämtlichen Beschwerdegegnerinnen übereinstimmend gehandhabt würde, könne nicht mit einer Steuerung im Sinne von Art. 9 Verordnung UVEK gleichgesetzt werden. Eine Zuteilung von neuen Programmen zu freien Kanälen sei technisch bedingt und unumgänglich. Von einer medienpolitisch relevanten Steuerung im Sinne des genannten Artikels könne erst dann gesprochen werden, wenn die Fernmeldedienstanbieterinnen die Kanäle bewusst zum Beispiel nach kommerziellen Kriterien zuteilen würden. Hätte der Gesetzgeber bereits eine Zuteilung als Steuerung qualifiziert, hätte er keinen Anspruch auf einen vorderen Programmplatz statuieren müssen für den Fall, dass eine Steuerung vorgenommen werde.

E. 5.1.2

Die Beschwerdegegnerinnen teilen die Auffassung der Vorinstanz und fügen ergänzend an, dass dieser Artikel eine Einwirkung auf die Kanalbelegung in den Empfangsgeräten voraussetze. Als Fernmeldedienstanbieterinnen könnten sie indes einzelne Programme lediglich freien Kanälen zuordnen, auf die Empfangsgeräte selbst hätten sie keinen Zugriff. Die Programmreihenfolge werde von den Herstellern der Geräte festgelegt bzw. vom Endkunden manuell programmiert.

E. 5.1.3

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es sei unerheblich, nach welchen Kriterien und aus welcher Motivlage die Kanalzuteilung erfolge. Der genannte Artikel räume den "Must carry"-Programmen vorbehaltlos eine Vorzugsstellung ein.

E. 5.1.4

Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der (Gesetzes-)Text, wobei die Formulierungen einer (Gesetzes-)Norm in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind. Da Art. 9 Verordnung UVEK an der Steuerung der Kanalbelegung in den Empfangsgeräten anknüpft, hängt der Anspruch auf einen privilegierten Programmplatz bei analoger Verbreitung massgeblich davon ab, was einerseits unter Steuerung und andererseits unter Kanalbelegung in den Empfangsgeräten zu verstehen ist. Eine Legaldefinition dieser Begrifflichkeiten ist weder im Gesetz noch in den entsprechenden Verordnungen zu finden.

E. 5.1.5

Dem allgemeinen Sprachverständnis nach weist der Begriff Steuerung auf einen zielorientierten Vorgang im Sinne von Lenkung, Führung und Beeinflussung hin, doch gerade im technischen Sprachgebrauch ist es ebenfalls denkbar, dass die Begrifflichkeit auch im Sinne blosser Bedienung zu verstehen ist (vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., Mannheim 2010, S. 891). Der französische bzw. italienische Gesetzestext verwendet mit dem Verb *déterminer* bzw. *determinare* eine neutrale Begrifflichkeit. Unter Berücksichtigung der obigen Begriffsdefinition ist Folgendes festzuhalten: Die Beschwerdegegerinnen haben übereinstimmend dargelegt, dass sie neue Programme lediglich den zu diesem Zeitpunkt freien Frequenzen zuweisen würden. Doch auch einer solchen rein technischen Zuweisung liegt ein Willenselement im Sinne von Steuerung zu Grunde. Der Kanalzuteilung geht offensichtlich eine bewusste Entscheidung der jeweiligen Fernmeldedienstanbieterin voraus, welche anschliessend von den zuständigen Verantwortungsträgern technisch umgesetzt wird. Eine Steuerung im Sinne des Gesetzes würde erst entfallen, wenn es sich um einen technisch vorgegebenen Ablauf handelte, der sich dem Einflussbereich der Fernmeldedienstanbieterinnen vollständig entzieht. Dies ist hier nicht der Fall. Die Zuteilungskriterien, von denen sich die Fernmeldedienstanbieterinnen dabei leiten lassen, sind - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - in diesem Sachzusammenhang unerheblich. Weder der Begriff Steuerung noch der sprachliche Kontext der Bestimmung fordern eine qualifizierte, missbräuchlich ausgeübte Kanalzuweisung als Anspruchsvoraussetzung. Um eine Steuerung zu bejahen, genügt allein der Umstand, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen selbst die Kanäle zuteilen und es ihnen dabei grundsätzlich frei steht, welches Programm sie welchem Kanal zuordnen. Auch eine Zuteilung rein nach der Verfügbarkeit freier Frequenzpositionen ist demgemäss als Steuerung im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren.

E. 5.1.6

Alle drei erwähnten Amtssprachen sprechen in Art. 9 Verordnung UVEK von Steuerung der Kanalbelegung in den Empfangsgeräten. Gemäss den technischen Erläuterungen der Vorinstanz und der Parteien kann bei der analogen Verbreitung des Kabelfernsehens auf zwei Stufen auf die Programmreihenfolge eingewirkt werden: Die Fernmeldedienstanbieterinnen teilen auf einer ersten Stufe die Programme den einzelnen Kanälen zu. Auf einer zweiten Stufe ordnet das Benutzungsführungsprogramm des Empfangsgerätes die eingehenden Programme nach einer bestimmten Prioritätenordnung bzw. der Endkunde stellt sich individuell seine Programmliste zusammen. Die definitive Programmreihenfolge in den Endgeräten kann folglich nicht von den Fernmeldedienstanbieterinnen bestimmt werden. Sortiert aber das Benutzungsführungsprogramm die Programme nach aufsteigender Frequenz und verzichtet der Kunde auf eine manuelle Programmierung, erscheint die von der Fernmeldedienstanbieterin gewählte Kanalreihenfolge eins zu eins auf dem Empfangsgerät des Zuschauers. Insoweit kann durchaus von einer Steuerung der Kanalbelegung in den Empfangsgeräten durch die Fernmeldedienstanbieterinnen gesprochen werden. Dass eine ausserhalb stattfindende, mittelbare Einwirkung auf die Kanalbelegung der Empfangsgeräte vom Normgehalt erfasst wird, schliesst der Wortlaut der Bestimmung nicht aus.

E. 5.1.7

In einem ersten Schritt kann daher festgehalten werden, dass die grammatikalische Auslegung der Vorinstanz zu Art. 9 Verordnung UVEK, dergemäss eine reine Zuteilung

von Programmen zu freien Frequenzen nicht als Steuerung zu qualifizieren sei, nicht bestätigt werden kann. Um mehr Klarheit zu erhalten, sind die weiteren Auslegungselemente heranzuziehen.

E. 5.2

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz bzw. einer Verordnung präsentiert.

E. 5.2.1

Art. 9 Verordnung UVEK beruht auf der Delegationsnorm von Art. 62 RTVG. Das Gesetz statuiert im 3. Titel ("Übertragung und Aufbereitung von Programmen"), Kapitel 3 ("Verbreitung über Leitungen"), die hier interessierende Gesetzesbestimmung zur Kanalbelegung. Im gleichen Kapitel sind auch die allgemeinen Zugangsrechte der "Must carry"-Programme (Art. 59-61 RTVG) geregelt. Die Gesetzssystematik verdeutlicht den engen Sachzusammenhang zwischen den Zugangsrechten und der Kanalbelegung. Es ist daher zumindest naheliegend, dass der Gesetzgeber allen Programmen, die über ein Zugangsrecht verfügen, auch ein Recht auf einen bevorzugten Programmplatz einräumen wollte.

E. 5.2.2

Unter gesetzssystematischem Blickwinkel gilt es weiter zu beachten, dass im 1. Kapitel des 3. Titels grundlegende Prinzipien verankert sind, die für den gesamten Titel Geltung beanspruchen. Namentlich sieht Art. 51 Abs. 2 RTVG vor, dass die Verbreitungsdienstleistungen chancengleich, angemessen und nicht diskriminierend angeboten werden. Im Lichte von Art. 51 Abs. 2 RTVG erscheint es problematisch, wenn die Kanalzuteilung zugangsberechtigter Programme nicht nach sachlichen Kriterien erfolgt, sondern sich diese ausschliesslich nach der bestehenden Kanalbelegung richtet. Ob ein Programm einen bevorzugten Programmplatz erhält, bestimmt sich demnach allein nach den zum Zeitpunkt der Aufschaltung freien Kanalplätzen. Die Chancen auf Erhalt eines bevorzugten Programmplatzes fallen denn auch je nach Zeitpunkt höchst unterschiedlich aus. Um häufige Kanalverschiebungen zu vermeiden, werden Frequenzwechsel bereits zugewiesener Programme zudem nur bei Auftreten technischer Störungen zugelassen. Wird einem zugangsberechtigten Programm bei der Aufschaltung ein hinterer Programmplatz zugewiesen, so hat dieses praktisch keine Chance mehr, seine Position zu verbessern. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Kanalbelegung in der Schweiz nicht vereinheitlicht ist und jeder Fernmeldediensteanbieter über seine eigene, historisch gewachsene Kanalbelegung verfügt, die von Region zu Region unterschiedlich ist. Der Vergleich der Frequenztabelle verschiedener Anbieter zeigt, dass der gleiche Programmanbieter, der in einem Netz einen hinteren Sendepunkt innehat, in einem anderen Netz auf vorderster Stelle zu finden ist. Da die Kanalnetze aber unterschiedlich grosse Zuschauerzahlen erreichen, können einzelne Programmanbieter trotz der divergierenden Marktstruktur im Ergebnis erheblich benachteiligt werden. Nur mit einer allgemeinen Zuweisung der "Must carry"-Programme auf einen vorderen Programmplatz könnte eine solche Benachteiligung vermieden werden.

E. 5.2.3

Damit spricht auch die systematische Auslegung für einen Anspruch der zugangsberechtigten Programme auf einen bevorzugten Programmplatz.

E. 5.3

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen - wie dem vorliegenden - muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden (vgl. Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 101). Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen RTVG kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln.

E. 5.3.1

Der Gesetzgeber, so die Beschwerdeführerin, habe mit der Regulierung der Kanalbelegung sicherstellen wollen, dass die zugangsberechtigten Programme für die Zuschauer auf den vordersten Kanalplätzen leicht auffindbar seien.

E. 5.3.2

Die Vorinstanz und auch die Beschwerdegegnerinnen argumentieren hingegen, die Vorschriften zur Kanalbelegung seien angesichts der technischen Entwicklung der Empfangsgeräte sowie der zunehmenden Digitalisierung der Programmverbreitung als überholt zu betrachten.

E. 5.3.3

Wie bereits die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausgeführt hat, beruht die heutige Regelung von Art. 9 Verordnung UVEK auf Art. 42 Abs. 6 RTVG 1991 (Radio- und Fernsehgesetz vom 21. Juni 1991, in Kraft bis 31. März 2007; AS 1992 601). Diese Bestimmung lautete wie folgt: "Der Bundesrat kann vorsehen, dass Konzessionäre, welche die Kanalbelegung in den Endgeräten steuern, die Programme nach Absatz 2 sowie die Programme, die sie im Auftrag eines Veranstalters verbreiten, bevorzugten Kanalplätzen zuordnen." Die dazugehörige Ausführungsbestimmung präziserte, dass die "Must carry"-Programme bei einer Steuerung der Kanalbelegung in den Empfangsgeräten innerhalb der ersten zwanzig Programmplätze zu verbreiten seien (Art. 25 Abs. 4 Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997, in Kraft bis 31. März 2007; AS 1997 2903). Die Regelung hatte folgenden technischen Hintergrund: Seit der Einführung des Kabelfernsehens haben die Fernmeldedienstanbieterinnen den für die Verbreitung genutzten Frequenzbereich schrittweise von 300 MHz auf 862 MHz erweitert. Fernsehgeräte älterer Bauart konnten allerdings Programme, die in diesen erweiterten Bandbereich (sog. Sonderkanalbereich) übertragen wurden, nicht empfangen. Folgerichtig erkannte der Gesetzgeber damals, dass die Kanalbelegung für den Erfolg oder Misserfolg eines Programmes entscheidend sein konnte. Um zu verhindern, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen ein zugangsberechtigtes Programm aus medienpolitischen Gründen auf den Sonderkanalbereich verbannen, wurde das Recht auf einen bevorzugten Programmplatz eingeführt (vgl. Botschaft des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 1460). Mittlerweile sind gemäss den übereinstimmenden Angaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerinnen keine TV-Geräte mehr auf dem Markt erhältlich, welche nur über eine beschränkte Empfangskapazität verfügen. Der ursprüngliche Zweck dieser Bestimmung hat heute seine Bedeutung insofern verloren. Es bleibt aber die Frage zu klären, ob die Regelung zur Kanalbelegung im Jahr 2007 im Rahmen der Totalrevision des RTVG sowie dem Erlass der Verordnung UVEK einen Bedeutungswandel erfahren hat.

E. 5.3.4

Zur ratio legis heisst es in der Botschaft zur Totalrevision des RTVG, die Bestimmung zur Kanalbelegung solle gewährleisten, dass ein zugangsberechtigtes Programm auch tatsächlich seinen Weg zum Publikum finde. Die praktische Wirkung der Verbreitungspflichten könnte indes in der Praxis dadurch abgeschwächt werden, dass der verpflichtete Leistungsbetreiber die betreffenden Programme auf einen unattraktiven hinteren Kanalplatz verbanne und dadurch den Zugang zum Publikum erschwere. Diese Bestimmung, so die Botschaft weiter, entfalte vor allem dann ihre Wirkung, wenn das Publikum die Programme nach traditionellem Muster über die Fernbedienung auswähle. Für den Fall der Nutzung menügesteuerter Benutzerführungssysteme verweist die Botschaft auf die Bestimmungen von Art. 63 ff. RTVG über die Aufbereitung der Programme (Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1638; vgl. auch den erläuternden Bericht des UVEK vom 9. März 2007 zur total revidierten Radio- und Fernsehverordnung, S. 31).

E. 5.3.5

Aus den Materialien geht also klar der gesetzgeberische Wille hervor, die Programme, die in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages beitragen und einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren erhalten, bei der Verbreitung über Leitungen zu privilegieren. Diese Programme sollten nicht nur die Möglichkeit zur Verbreitung haben, sondern auch für die Zuschauer leicht auffindbar sein (vgl. Rolf H. Weber, Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG], Bern 2008, Kommentar zu Art. 62 RTVG Rz. 3 f.; Nobel/Weber, a.a.O., 10. Kapitel, Rz. 40 f. mit weiteren Hinweisen). Hingegen lässt sich für den Standpunkt der Vorinstanz, nur eine bewusste Steuerung der Kanalzuteilung werde vom Normzweck erfasst, keine Grundlage in den vorliegenden Gesetzesmaterialien finden. Die Vorinstanz hat mit ihrer Auslegung eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung in die Norm eingeführt, die nicht dem Wille des Gesetzgebers entspricht.

E. 5.3.6

Hinsichtlich des aufgezeigten Gesetzeszweckes ist weiter zu prüfen, ob die technischen Entwicklungen im Bereich des Kabelfernsehens diesen überflüssig erscheinen lassen. Die Beschwerdegegnerin 1 weist darauf hin, dass bereits das UVEK in seinen Erläuterungen zu Art. 9 Verordnung UVEK davon ausgehe, die Bedeutung der Kanalbelegung werde mit zunehmender Digitalisierung schwinden (vgl. Erläuterungen zur Verordnung UVEK vom 5. Oktober 2007, S. 7). Dem ist entgegenzuhalten, dass solange Benützungsführungsprogramme auf dem Markt erhältlich sind, welche die Programme nach aufsteigender Frequenz sortieren, der Kanalplatz bei der analogen Verbreitung ein wichtiger Faktor für die Erreichbarkeit des Publikums und damit auch für den wirtschaftlichen Erfolg eines Programmes spielt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 8531/2010 vom 23. August 2011 E. 5.2.1). Auch wenn einzelne Programme auf einem hinteren Kanalplatz ebenfalls eine hohe Einschaltquote aufweisen, wie die Beschwerdegegnerinnen 2-6 anführen, so ist es nicht von der Hand zu weisen, dass gerade neue, kleinere oder lokale Anbieter auf eine gute Positionierung ihrer Programme angewiesen sind. Zum jetzigen Zeitpunkt kann der Regulierung der Kanalbelegung daher ihre praktische Bedeutung nicht abgesprochen werden.

E. 5.3.7

In diesem Zusammenhang verweisen die Beschwerdegegnerinnen darauf, dass ihre Netze derzeit vollständig ausgelastet seien. Ein Programm, welches bislang auf einem bevorzugten Programmplatz verbreitet worden sei, müsste nach hinten verschoben werden, sollte der Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen bevorzugten Programmplatz geschützt werden. Im Anschluss daran müsste die individuell vorgenommene Programmierung in den Empfangsgeräten an die veränderte Kanalbelegung manuell angepasst werden, was für die Endverbraucher mit erheblichen Umständen und auch Kosten verbunden sei. Dies könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Zweifellos ist eine hohe Verlässlichkeit der Kanalbelegung sowohl aus der Sicht des Publikums wie auch der Programmanbieter wünschenswert. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände sind indes die mit einem allfälligen Kanalwechsel einhergehende Umstellung für das Publikum als zumutbar zu erachten, zumal es sich dabei um Einzelfälle handeln dürfte und es auch schon in der Vergangenheit immer wieder zu einem Wechsel der Kanalbelegung gekommen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8531/2010 vom 23. August 2011 E. 5.2.2). Insoweit ist dies nicht aussergewöhnlich. Selbst wenn für die Zuschauer im Rahmen der Umstellung einzelne Programme vorübergehend sogar erschwert zu finden sein sollten, so vermag allein dieser Umstand das gesetzgeberische Ziel der Privilegierung zugangsberechtigter Programme nicht in Frage zu stellen.

E. 5.4

Als Fazit der Auslegung kann festgehalten werden, dass gemäss der grammatikalischen Auslegung Art. 9 Verordnung UVEK Anwendung findet, wenn die Fernmeldediensteanbieterinnen die Programme den jeweils freien Frequenzen zuweisen. Die systematische Auslegung spricht ebenfalls für einen Anspruch der "Must carry"-Programme auf einen vorderen Programmplatz. Die historisch-teleologische Auslegung ergibt schliesslich, dass der Gesetzgeber mittels der Regulierung der Kanalbelegung die tatsächliche Erreichbarkeit zugangsberechtigter Programme für das Publikum sicherstellen wollte. Die Kombination der verschiedenen Auslegungsmethoden führt somit zum Resultat, dass die zugangsberechtigten Programme ein Recht haben, auf einem privilegierten Programmplatz verbreitet zu werden. Die Vorinstanz hat demgemäss Art. 9 Verordnung UVEK nicht richtig ausgelegt und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Verbreitung auf einem bevorzugten Programmplatz zu Unrecht abgewiesen. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als begründet.

E. 6.1

Es bleibt die Frage zu klären, was als erste Programmplätze im Sinne des Gesetzes zu gelten haben. Gemäss Art. 9 Verordnung UVEK sind folgende Programme anspruchsberechtigt: Die sprachregionalen Programme der SRG nach Art. 59 Abs. 1 Bst. a RTVG in der Sprachregion, für die sie bestimmt ist (Bst. a) sowie die Programme, für die eine Konzession mit Leistungsauftrag nach Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG besteht, innerhalb ihres Versorgungsgebiets (Bst. b). Keine bevorzugte Kanalbelegung steht hingegen den vom Bundesrat bestimmten Programmen ausländischer Veranstalter im Sinne von Art. 59 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 52 RTVV zu (vgl. Erläuterungen zur Verordnung UVEK vom 5. Oktober 2007, S. 7). Vorliegend erscheint es folgerichtig, die Anzahl der nach dieser Bestimmung zugangsberechtigter Programme als grundlegenden Beurteilungsmaßstab heranzuziehen. Dementsprechend wird der Anspruch auf Verbreitung auf einem ersten Programmplatz dann gewährt, wenn der Kanalplatz des zugangsberechtigten Programms unter der Gesamtanzahl aller zugangsberechtigter Programme in dem entsprechenden Netz

liegt.

E. 6.2

Daraus ist zu schliessen, dass die Beschwerdegegnerin 4, welche das Programm der Beschwerdeführerin auf dem zweitvordersten Platz verbreitet, ihrer Verpflichtung nach Art. 9 Verordnung UVEK bereits hinreichend nachgekommen ist. Insoweit ist die Beschwerde daher abzuweisen.

E. 7.1

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, mit andern Worten entscheidet das Gericht bei Gutheissung der Beschwerde grundsätzlich selbst, statt sie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 179, Rz. 3.191). Ausnahmsweise kann sich das Gericht auf die Kassation der angefochtenen Verfügung beschränken und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen. Dies ist unumgänglich, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig abgeklärt hat, das Vorliegen eines Tatbestandselements zu Unrecht verneint und die andern Elemente deshalb gar nicht geprüft hat. Eine Rückweisung erweist sich ferner als sachgerecht, wenn die Regelung des Rechtsverhältnisses besondere Fachkenntnisse verlangt oder ein Ermessensentscheid im Streit liegt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 180, Rz 3.195, vgl. auch Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 1977 mit weiteren Hinweisen).

E. 7.2

Trotz der umfangreichen Begründung der angefochtenen Verfügung erachtet es das Bundesverwaltungsgericht vorliegend als unerlässlich, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Laut der Vernehmlassung der Vorinstanz besteht für rund 15 Programme eine Verbreitungspflicht. Wie viele zugangsberechtigte Programme in den einzelnen Netzen tatsächlich aufgeschaltet sind, ist vorliegend sowohl im vorinstanzlichen Verfahren wie auch im Rahmen der Vernehmlassung unklar geblieben. Das Bundesverwaltungsgericht kann daher nicht abschliessend beurteilen, ob sämtliche Beschwerdegegnerinnen 1, 2, 5 und 6 das Recht der Beschwerdeführerin auf einen bevorzugten Programmplatz verletzt haben. Ferner hat die Vorinstanz zu klären, nach welchen Kriterien die Beschwerdegegnerinnen das Recht der Beschwerdeführerin auf einen bevorzugten Programmplatz umzusetzen haben und wie dies in der Praxis ausgestaltet werden kann. Ein reformatorischer Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts würde zudem die Verfahrensrechte derjenigen nichtzugangsberechtigter Programmanbieterinnen verletzen, die aufgrund des Anspruches der Beschwerdeführerin ihren vorderen Kanalplatz abgeben müssen. Die Vorinstanz ist daher gehalten, die betroffenen Programmanbieterinnen in geeigneter Form in das Verfahren einzubinden. Da die Vorinstanz sich zu wenig mit dem rechtserheblichen Sachverhalt auseinandergesetzt hat und es sich im Übrigen um einen äusserst technischen Bereich handelt, erscheint es somit unerlässlich, dass der rechtserhebliche Sachverhalt von der Vorinstanz als mit den Verhältnissen besser vertrauten Fachbehörde vertieft geprüft und gewürdigt wird.

E. 7.3

Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend keine abschliessende und verlässliche Beurteilung der Streitsache möglich ist. Diese ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die notwendigen Abklärungen im Sinne des vorstehend

Gesagten vornimmt. Die Beschwerde ist somit in Aufhebung der Verfügung vom 24. September 2010 teilweise gutzuheissen (vgl. E. 6.2), soweit darauf einzutreten und sie nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. E. 1.3 und E. 1.4).

E. 8.1

Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Kosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6523/2008 vom 12. Mai 2009 E. 17.1; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 207, Rz. 4.43). Bei gegenstandslos gewordenen Verfahren werden sie in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) mithin nach den - summarisch zu prüfenden - anfänglichen Prozessaussichten. Möglich ist auch ein Verzicht auf Verfahrenskosten, so wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, Kosten aufzuerlegen (Art. 6 Bst. b VGKE).

E. 8.2

Zunächst ist vorliegend zu klären, wer die teilweise Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zu verantworten hat. Wie die Beschwerdegegnerinnen 3 und 7-10 glaubhaft ausgeführt haben, wurde das Programm der Beschwerdeführerin auf dem Netz der Regionalen Kopfstation Oberthurgau (RKO), welches den Netzen dieser Beschwerdegegnerinnen entspricht, schon seit Beginn der Aufschaltung und damit vor Einleitung des Beschwerdeverfahrens auf dem ersten Kanalplatz verbreitet. Im Sinne einer sorgfältigen Prozessführung wäre es angezeigt gewesen, dass die Beschwerdeführerin vor Einreichung der Beschwerde ihren aktuellen Programmplatz in den verschiedenen Kabelnetzen in Erfahrung gebracht hätte. Dies wäre ohne Weiteres möglich gewesen, zumal die jeweiligen Kanalbelegungen auf dem Internet aufgeschaltet sind. Die Beschwerdeführerin hat folglich die teilweise Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkt, womit sie die entsprechenden Verfahrenskosten zu tragen hat.

E. 8.3

Soweit die Beschwerde gegenüber der Beschwerdegegnerin 4 abgewiesen wurde, wird die Beschwerdeführerin im Ausmass ihres Unterliegens ebenfalls kostenpflichtig.

E. 8.4

Der auf die Gegenstandslosigkeit sowie auf die Abweisung entfallende Anteil an den Gesamtverfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.- ist - unter Berücksichtigung des reduzierten Aufwands infolge Beschwerderückzugs - auf Fr. 1'000.- zu beziffern. In diesem Umfange sind sie somit der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen. Der Restbetrag ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

E. 8.5

Angesichts der Rückweisung gilt die Beschwerdeführerin im Übrigen als obsiegend. Den Beschwerdegegnerinnen 1, 2, 5 und 6 kommt im vorliegenden Beschwerdeverfahren Parteistellung zu. Sie haben die Abweisung der Beschwerde beantragt und sich somit gegen die von der Beschwerdeführerin verlangte Verbreitung auf einem bevorzugten Programmplatz ausgesprochen. Insoweit gelten sie als unterliegend und haben anteilig die übrigen Verfahrenskosten im Umfange von Fr. 2'000.- zu tragen. Der Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten zu überbinden.

E. 9.1

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten ist, steht ihr jedoch keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4).

E. 9.2

Den Beschwerdegegnerinnen 1, 2, 5, und 6 ist angesichts ihres Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 9.3

In sinngemässer Anwendung von Art. 5 VGKE (vgl. E. 8.1 f.) gelten die Beschwerdegegnerinnen 3, 7, 8, 9 und 10, gemeinsam vertreten durch Rechtsanwalt Raggenbass, in Bezug auf die zurückgezogenen Rechtsbegehren als obsiegend und haben Anspruch auf Ersatz der ihnen entstandenen Kosten. Diese umfassen gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts des noch vor Abschluss des ersten Schriftenwechsels erfolgten Teilrückzugs der Beschwerde ist ihnen eine Entschädigung in der Gesamthöhe von Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen, die von der insoweit unterliegenden Beschwerdeführerin zu ersetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

E. 9.4

Die Beschwerdegegnerinnen 2, 4, 5 und 6 haben mit Rechtsanwältin Nicole Emmenegger eine gemeinsame Vertreterin bestellt. Vorliegend steht lediglich der Beschwerdeführerin 4 infolge des teilweisen Obsiegens eine Prozessentschädigung zu. Eine Kostennote wurde nicht eingereicht, weshalb auch hier die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Bei der Bemessung des notwendigen Aufwandes der Beschwerdegegnerin 4 gilt es zu berücksichtigen, dass ihre Ausführungen in der eingereichten Beschwerdeantwort wie auch in der Duplik überwiegend die Auslegung von Art. 9 Verordnung UVEK betreffen, welche sich diesbezüglich als unzutreffend erwiesen haben. Eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) erscheint daher als angemessen, welche gleichfalls von der Beschwerdeführerin zu tragen ist.