

BVGer A-8531/2010 vom 23. August 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-8531_2010

FR: TAF A-8531/2010 du 23 août 2011

IT: TAF A-8531/2010 del 23 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 zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

E. 1.2

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht ist einzig die Verfügung der Vorinstanz. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Rechtsbegehren 2 und 3 das Nichteintreten auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 10. Dezember 2010 (gemeint sein dürfte wohl dasjenige vom 10. Dezember 2009 an die Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin hat am 10. Dezember 2010 jedenfalls kein Gesuch an das Bundesverwaltungsgericht gerichtet) bzw. das Abweisen desselben verlangt, ist darauf nicht einzutreten, da dies ausserhalb des Streitgegenstandes liegt. Sollte sich herausstellen, dass die Vorinstanz auf das Gesuch ganz oder teilweise nicht hätte eintreten dürfen, so hebt das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung bzw. die verfügte Verpflichtung im entsprechenden Umfang auf oder stellt in krassen Fällen die ganze oder teilweise Nichtigkeit der Verfügung fest.

E. 1.3

Als formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

E. 1.4

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist im Rahmen des Streitgegenstandes im Sinne von E. 1.2 einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit voller Kognition. Es überprüft auf entsprechende Rüge hin die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauchs des Ermessens, die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art.

49 VwVG). Es auferlegt sich allerdings dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung von Fachfragen geht, in denen die Vorinstanz oder ein beigezogenes Fachamt über ein besonderes Fachwissen verfügt, das dem Bundesverwaltungsgericht nicht zur Verfügung steht. Dagegen prüft es frei und uneingeschränkt, ob die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Punkte geprüft, die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat und sich dabei von sachkonformen Erwägungen hat leiten lassen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3; BGE 125 II 591 E. 8a; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-954/2009 vom 1. Juli 2010 E. 13.1; siehe ebenso André Moser/Michael Beusch/ Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, S. 74 ff. Rz. 2.154 ff.; Ulrich Häfelin/ Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010 Rz. 446c f.).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat seinem Entscheid denjenigen Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung bewiesenermassen verwirklicht hat. Im Rahmen des Streitgegenstandes sind deshalb insbesondere Sachverhaltsänderungen, die sich zeitlich zwischen der angefochtenen Verfügung und dem Beschwerdeentscheid zugetragen haben, zu berücksichtigen (BVGE 2009/61 E. 7.4; Hansjörg Seiler, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich 2009, N 19 zu Art. 54; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1612; Patrick Sutter, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich 2008, N 10 zu Art. 32; Moser/ Beusch/Kneubühler, a.a.O., N 2.204 ff.). Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum in der Zwischenzeit tatsächlich ausgestrahlten Programm sind daher grundsätzlich zu berücksichtigen.

E. 3

Die angefochtene Verfügung stützt sich auf Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Gemäss dieser Bestimmung kann das Bundesamt auf Gesuch einer Programmveranstalterin hin eine Fernmeldedienstanbieterin zur leitungsgebundenen Verbreitung eines Programms in einem bestimmten Gebiet und für eine bestimmte Dauer verpflichten, sofern das Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt (Bst. a) und der Fernmeldedienstanbieterin die Verbreitung unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumutbar ist (Bst. b). Die Beschwerdeführerin rügt eine unzutreffende Anwendung dieses Artikels, indem die Vorinstanz fälschlicherweise die Voraussetzungen für die Aufschaltverpflichtung bejaht habe. Zudem seien die diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen teilweise unrichtig und unvollständig. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrem Rechtsbegehren 2 sinngemäss, die Vorinstanz hätte nicht auf das Aufschaltgesuch eintreten dürfen. Es seien Verhandlungen über eine Aufschaltung des Programms der Beschwerdegegnerin geführt worden und die Beschwerdeführerin sei bereit, dieses in ihrem digitalen Fernsehnetz zu verbreiten. Die Beschwerdegegnerin und damalige Gesuchstellerin ist eine Programmveranstalterin und konnte damit ein Gesuch im Sinne von Art. 60 RTVG einreichen, das von der Vorinstanz zu behandeln und beurteilen war. Eine freiwillige bzw. vertragliche Aufschaltung im analogen Kabelfernsehnetz der Beschwerdeführerin konnte die

Beschwerdegegnerin nicht erreichen. Aber auch für die digitale Verbreitung hatte und hat die Beschwerdegegnerin ein aktuelles Interesse an der Erlangung des Aufschaltprivilegs trotz Abschluss eines diesbezüglichen Vertrages. Dieses führt nämlich dazu, dass die Verbreitung, abgesehen von den Kosten für die Signalzuführung, für sie unentgeltlich zu erfolgen hat (vgl. Art. 60 Abs. 3 RTVG in der italienischsprachigen Fassung "diffusione gratuita dei programmi", Art. 53 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8389/2010 vom 21. Juli 2011 E. 6.5.4), während Programmveranstalter ohne Aufschaltverpflichtung gemäss Art. 61 RTVG die Kosten für die Verbreitung abzugelten haben (vgl. auch den Vorbehalt betreffend Verbreitungskosten in Ziff. 3.2 des Vertrages zwischen den Parteien über die digitale Verbreitung von "Joiz" vom 26. Januar bzw. 3. Februar 2011). Demzufolge kann ein Veranstalter auch nach Abschluss eines Verbreitungsvertrages noch ein Rechtsschutzinteresse haben. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz nicht auf das Gesuch vom 10. Dezember 2009 hätte eintreten sollen.

E. 3.1

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für eine Aufschaltverpflichtung nach Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG bejaht, weil sie im geplanten Programm der Beschwerdegegnerin einen besonderen kulturellen Beitrag für ein Zielgruppenpublikum, die Jugendlichen zwischen 15 und 25 Jahren, erkannt hat. Die einordnenden, moderierten und teils diskursiven Sendungen rund um jugendliche Musik seien als Kulturbeitrag zu würdigen, der einen Mehrwert gegenüber der gesamten audiovisuellen Landschaft ergebe, wobei primär das Fernsehen als Vergleichsmedium beizuziehen sei, weil Radio- und Fernsehinhalte nicht generell substituierbar seien. Die besondere Berücksichtigung des Schweizer Musikschaffens, mit einem vorgesehenen Anteil von 15%, falle positiv ins Gewicht und hebe sich von ähnlichen Angeboten in der TV-Landschaft ab, ebenso dass die Beschwerdegegnerin dem Jugendschutz die nötige Beachtung schenken wolle. Die Zielgruppe werde zudem im bestehenden audiovisuellen Angebot nur punktuell mit nicht-fiktionalen Inhalten versorgt. Über die Musik hinaus wolle die Beschwerdegegnerin mit täglichen redaktionellen Gefässen wie Talkrunden die Interessen ihres Zielpublikums thematisieren und reflektieren sowie die Integration und Sozialisation fördern. Daher sei in einer Gesamtbeurteilung des Programms ein Mehrwert, ein komplementärer Beitrag in Bezug auf den verfassungsmässigen Auftrag gemäss Art. 93 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gegeben.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des verfassungsmässigen Leistungsauftrages erbringe, die Programmstruktur und auch das tatsächlich ausgestrahlte Programm würden den hohen Anforderungen von Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG nicht genügen. In den heute bereits verbreiteten Radio und TV-Programmen seien Musikinhalte und -formate, wie sie die Beschwerdegegnerin plane, bereits zu finden, insbesondere auch zur schweizerischen Musikszene. Deren Programm könne daher nichts Besonderes im Sinne der Aufschaltverpflichtung leisten. Es sei wochentäglich gleich strukturiert und es würden immer die gleichen Sendungen/Wiederholungen verbreitet. Es treffe nicht zu, dass Musikinhalte im Fernsehen tendenziell rückläufig seien. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise in den einordnenden, moderierten und teils diskursiven Sendungen einen kulturellen Beitrag ausgemacht. Unstreitig fehlten aber bildende oder meinungsbildende Schwerpunkte. Das Programm

genüge nicht, um die hohen Anforderungen für eine Aufschaltverpflichtung zu erfüllen. Im aktuellen Programm seien eine Mehrheit der im Gesuch aufgeführten Sendeformate nicht zu finden, insbesondere am Wochenende werde nur eine einzige solche Sendung ausgestrahlt, dafür andere Sendungen, beispielsweise eine Kochsendung. Mit dem stets hervorgehobenen Jugendschutz nähme es die Beschwerdegegnerin auch nicht so ernst, strahle sie doch zwischen 17:00 und 20:00 Uhr Filmausschnitte aus, die erst ab 16 Jahren freigegeben wären, oder preise Zusammenstellungen gewalttätiger Szenen an, die im Internet zu finden seien.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Vorbringen der Beschwerdeführerin und hält fest, dass sie gewisse Startschwierigkeiten gehabt habe, was jedoch bei einem neuen Programm nicht ungewöhnlich sei, ebenso habe das Qualitätsmanagement versagt. Es sei zu keinem weiteren Vorfall wie dem von der Beschwerdeführerin genannten Clip mehr gekommen; dieser stelle ein singuläres Ereignis dar. Die im Gesuch genannten Sendeformate würden durchaus ausgestrahlt, sei es als eigene Sendung oder indem deren Inhalt in andere Sendungen integriert würden. Einzig zwei Sendungen fehlten noch, wobei sich für die eine Sendung herausgestellt habe, dass hierfür kein Interesse bestehe. Die Beschwerdegegnerin strahle sogar mehr eigene Produktionen, Interviews und Konzerte aus als geplant und meistens mit Schweizer Musikschaaffenden.

E. 3.4

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, auch nicht unter Berücksichtigung des mittlerweile tatsächlich ausgestrahlten Programms. Im aktuellen Programm der Beschwerdegegnerin finden sich insbesondere regelmässig Interviews mit Musikern und Live Konzerte in den Sendungen "Living Room" und "Home Run", Schweizer Musik News ("Noiz"), Musiksendungen zu einem bestimmten Thema ("Darlingz"), eine Chartsendung ("Coffee & Charts") oder eine fortgesetzte Reportage bzw. Dokumentation über eine Band ("ZIBBZ"). Ein Programm mit einem derart ausgeprägten Schwerpunkt auf Musik für ein jugendliches bzw. junges Zielpublikum und einer Plattform für die Schweizer Musikszene ist im übrigen Fernsehangebot nicht auszumachen, auch nicht in den von der Beschwerdeführerin genannten Sendungen, die nur punktuell vergleichbar sind. Zudem werden diese Sendungen teilweise erst zu später Stunde ausgestrahlt. Zutreffend und insofern nicht bestritten ist auch, dass die grossen internationalen Musiksender wie MTV heute eine Vielzahl von Sendungen ohne Musikbezug ausstrahlen. Zentral für die Vorinstanz zur Gewährung des Aufschaltungsprivilegs war der kulturelle Beitrag, den die Beschwerdegegnerin leisten will. Soweit die Musikkultur betreffend, ist festzustellen, dass das ausgestrahlte Programm im Wesentlichen diejenigen Inhalte aufweist, die im Gesuch dargelegt worden sind. Der rechtserhebliche Sachverhalt hat sich demnach mit dem Beginn der Sendetätigkeit nicht geändert und ist von der Vorinstanz zutreffend festgestellt worden.

E. 4

Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz das Recht auf den von ihr festgestellten Sachverhalt richtig angewandt hat und die Voraussetzungen für die Aufschaltverpflichtung gegeben sind. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2C_899/2008 vom 18. Juni 2009 in E. 4.2.1 ausgeführt, die Aufschaltverpflichtung nach Art. 60 Abs. 1 RTVG setze (unter anderem) voraus, "dass das Programm, dessen hoheitlich angeordnete Aufschaltung

beantragt wird, 'in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags' beiträgt. Nur in diesem Fall kann das BAKOM eine Fernmeldediensteanbieterin anhalten, ein Angebot als 'Must-carry'-Programm zu verbreiten. Die entsprechende Voraussetzung ist zwar sehr offen formuliert, lässt sich in ihrem verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kontext jedoch hinreichend konkretisieren: Ziel der Verfassungsvorgaben ist ein möglichst offenes und freiheitliches Mediensystem. Nach Art. 93 Abs. 2 BV sollen Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung beitragen. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Der Leistungsauftrag gewährleistet im Rahmen der Rechtsordnung die Vielfalt des Meinungsaustauschs bezüglich aller gesellschaftlich und individuell relevanten Belange in einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft (vgl. Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1649 ff.; Aubert/Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 2003, Rz. 13 ff. zu Art. 93 RTVG). Diese reichen von der kulturellen Entfaltung, inklusive der Bildung, über die politische meinungsvermittelnde und -bildende Kommunikation bis zur (ebenfalls sozialrelevanten) Unterhaltung (vgl. Franz Zeller, in: Müller/Schefer [Hrsg.], *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., 2008, S. 458; kritisch bezüglich der Unterhaltung: Giovanni Biaggini, *Kommentar BV*, N. 10 zu Art. 93 BV)." In E. 4.3 wurde weiter festgehalten, die Aufschaltspflicht nach Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG setze nicht nur einzelne Sendungen voraus, die geeignet seien, im normalen Rahmen (auch) einen Beitrag zur Information der Zuschauer oder zur kulturellen Entfaltung (Musik[werbe]sendungen 'Alpenwelle, Ralph Martens präsentiert' usw.) zu leisten, sondern ein originelles und finanziell realistisches Gesamtprogramm, das über die bestehenden konzessionierten Angebote hinaus zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beitrage und die bestehende audiovisuelle Medienlandschaft im Versorgungsgebiet thematisch tatsächlich sinnvoll ergänze und bereichere ('Mehrwert'-Erfordernis).

E. 4.1

Die Aufschaltverpflichtung für ein Programm setzt somit zunächst einen Mehrwert gegenüber dem bestehenden Programmangebot voraus, der in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt. Im Zentrum des Programms der Beschwerdegegnerin stehen verschiedene Musikformate und -sendungen für die Zielgruppe der Jugendlichen und jungen Erwachsenen, ergänzt mit einzelnen weiteren Themen für diese Zielgruppe, die jedoch keinen Schwerpunkt bilden. Der populären Musik widmet sich die Beschwerdegegnerin mit verschiedenen täglichen Sendungen und behandelt dabei verschiedene Aspekte dieser Kultur. Sie erfüllt damit die bundesgerichtliche Anforderung, wonach ein Programmveranstalter das Aufschaltprivileg nicht nur mit einer einzelnen Sendung erlangen kann, selbst wenn diese in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsmässigen Auftrages beiträgt. Das Programm der Beschwerdegegnerin widmet sich vielmehr in mannigfaltiger Weise einem Teil der Musikkultur und lässt sich damit unter die kulturelle Entfaltung subsumieren. Sie trägt in besonderem Mass zur Erfüllung des in Art. 93 Abs. 2 BV definierten Auftrages von Radio und Fernsehen bei. Unter Berücksichtigung des bereits bestehenden Fernsehangebotes bietet sie ein originelles, neuartiges Gesamtprogramm für eine in diesem Medium bisher eher wenig berücksichtigte Bevölkerungsgruppe und ergänzt und bereichert damit die TV-Landschaft. Da gemäss Art. 93 Abs. 2 Satz 2 BV u.a. die Besonderheiten des Landes zu beachten sind und der Gesetzgeber überdies in Art. 7 Abs. 1 Bst. a RTVG den Bundesrat ermächtigt hat, Fernsehveranstalter zu verpflichten, einen wesentlichen Anteil der massgebenden Sendezeit schweizerischen und anderen europäischen Werken vorzubehalten, hat die Vorinstanz zu

Recht den von der Beschwerdegegnerin anvisierten Anteil schweizerischer Musik von 15% hervorgehoben und positiv gewürdigt. Auch die analoge Heranziehung der in Art. 59 Abs. 2 RTVG und Art. 52 RTVV genannten Kriterien, anhand derer zu beurteilen ist, ob ein Programm eines ausländischen Veranstalters zu verbreiten sei, erscheint als sachgerecht. Art. 52 Abs. 1 Bst. d RTVV nennt besondere redaktionelle Beiträge für jugendliche Menschen als ein Kriterium, das einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des Leistungsauftrags darstellt. Weiter ist festzustellen, dass der Gesetzgeber keine hohen Anforderungen an eine redaktionelle Leistung stellt, gilt doch gemäss Legaldefinition in Art. 2 Bst. c RTVG jede Sendung als redaktionell, die nicht Werbung ist. Mithin ist - wohl entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch eine Talk- oder Kochsendung eine redaktionelle Sendung. Die klare und tatsächliche Ausrichtung auf Jugendliche und junge Erwachsene einer in diesem Sinne redaktionellen Sendung vermag somit einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des Leistungsauftrags darzustellen. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Verzicht der Beschwerdegegnerin auf rein kommerziell motivierte Gewinnspiele und sog. Call-In-Shows aus Gründen des Jugendschutzes anerkennend gewürdigt hat. Gemäss Art. 67 Abs. 1 BV haben Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen.

E. 4.2

Die Vorinstanz bejaht einen Mehrwert im kulturellen Bereich auch unter Berücksichtigung der bereits bestehenden deutschsprachigen Radioprogramme und -sendungen, die sich ganz (z.B. Radio "Virus" oder "Radio 105") oder teilweise an Jugendliche und junge Erwachsene richten. Sie hat damit implizit das Fernsehen als eigenes Medium behandelt, das nicht durch Radio ersetzt werden könne. Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Auffassung, der verfassungsrechtliche Auftrag sei von Radio und Fernsehen zusammen zu erfüllen, so dass auch ein Mehrwert gegenüber den bereits verbreiteten Radioprogrammen erforderlich sei. Ungeachtet dessen, dass sich der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag an Radio und Fernsehen insgesamt richtet, werden diese beiden Medien von den Konsumenten unterschiedlich genutzt (vgl. über die unterschiedliche Entwicklung in diesen beiden Märkten Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002 Botschaft, Kapitel 1.1.2, BBl 2003 1578 ff.) und sind nicht ohne weiteres austauschbar. Auch wenn bei einer musikalischen Darbietung der Ton zentral ist, können visuelle Elemente, beispielsweise die Gestik und Mimik, Tanzeinlagen, die Kleidung sowie Örtlichkeiten ebenfalls bedeutsam sein und damit ein audio-visuelles Gesamtwerk bilden. Ein im Radio bestehendes Angebot schliesst daher nicht aus, dass ein ähnlich ausgerichtetes Fernsehprogramm mit dem Aufschaltprivileg versehen wird.

E. 4.3

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, für ein Spartenprogramm, wie es die Beschwerdegegnerin veranstalte, könne nur bei besonderen redaktionellen Leistungen und aufwändigen Informationsinhalten die Aufschaltverpflichtung gewährt werden. Die Vorinstanz hat in ihrer Praxis bereits einmal die Fernmeldediensteanbieter zur Aufschaltung eines Spartenprogramms verpflichtet, nämlich dasjenige der Schweizer Sportfernsehen AG. Dies ist nicht zu beanstanden, verlangt doch Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG, dass die Programmveranstalterin zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages beiträgt, nicht aber, dass sie diesen alleine und in allen Punkten umfassend erfüllt. Ein Spartenprogramm bzw. ein Programm, das sich in erster Linie mit einem der in Art. 93 Abs. 2 BV genannten

Aspekte befasst, kann daher die Voraussetzungen für eine Aufschaltverpflichtung erfüllen, sofern dessen Beitrag wesentlich ist. Es kann daher auch offen bleiben, ob das Programm der Beschwerdegegnerin ein Spartenprogramm darstellt oder nicht, der von ihr geleistete wesentliche Beitrag zur Musikkultur ist ausreichend. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ändert im Übrigen auch die regelmässige Wiederholung des Programms am besonderen Beitrag der Beschwerdegegnerin zum verfassungsrechtlichen Auftrag nichts. Auch bei Regionalsendern, die Empfangsgebühren erhalten, die sog. Programmveranstalter mit Konzessionen mit Gebührenanteil im Sinne des 2. Titels, 3. Kapitels 1. Abschnittes RTVG, die gemäss Art. 59 RTVG von den Fernmeldedienst-anbietern zu verbreiten sind, sind solche Wiederholungen anzutreffen. Angesichts der hohen Kosten, die die Produktion von Sendungen verursachen, ist die wiederholte Ausstrahlung produzierter Sendungen zulässig. Für das Aufschaltprivileg nach Art. 60 RTVG kann daher von der Beschwerdegegnerin nicht mehr verlangt werden als von einem konzessionierten Programmveranstalter, der Empfangsgebühren erhält.

E. 4.4

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass auf Seiten der Beschwerdegegnerin die erste Voraussetzung für die Aufschaltverpflichtung (Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG) gegeben ist.

E. 5

Die Aufschaltverpflichtung setzt gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG zudem voraus, dass diese der Fernmeldedienstanbieterin zumutbar ist unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Darüber hinaus hat die Aufschaltverpflichtung auch die Anforderungen für einen Grundrechtseingriff zu erfüllen, da sie in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fällt. Ein Eingriff in ein verfassungsmässiges Recht setzt gemäss Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage voraus, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Art. 59 und 60 RTVG bilden eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verbreitungspflicht der Fernmeldedienstanbieterinnen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008 E. 3.1).

E. 5.1

Das öffentliche Interesse an der Grundrechtseinschränkung liegt in der Erfüllung des verfassungsmässigen Leistungsauftrages für Radio und Fernsehen und ist demzufolge dann gegeben, wenn wie im vorliegenden Fall (vgl. E. 4.2 f) auch die Voraussetzung von Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG erfüllt ist, also ein Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt.

E. 5.2

Verhältnismässig ist der Eingriff, wenn er geeignet und erforderlich ist zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels und für die Betroffene zumutbar ist, mithin der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581). Die Zumutbarkeit beurteilt sich nach einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen, wobei auch die in Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG genannten beiden Kriterien zu berücksichtigen sind.

E. 5.2.1

Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2011 zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung dargelegt hat, versorgt sie insgesamt rund 1,5

Millionen TV-Haushalte, wovon per Ende 2010 465'000 Kabel-TV-Haushalte vom digitalen Angebot Gebrauch machten. Auch wenn die Zahl der Kunden des digitalen Angebots in der Zwischenzeit gestiegen sein dürfte, sind - ob aus finanziellen oder anderen Gründen - nach wie vor bis zu einer Million oder etwa zwei Drittel der von der Beschwerdeführerin versorgten Haushalte nur über das analoge Kabelfernsehen erreichbar. Die Vorinstanz führt zu Recht aus, mit der Aufschaltverpflichtung sei sicherzustellen, dass ein aufschaltwürdiges Programm sein anvisiertes Publikum möglichst umfassend erreichen könne. Bei der derzeitigen immer noch bedeutend grösseren Verbreitung des analogen Kabelfernsehens besteht weiterhin die Notwendigkeit der analogen Empfangsmöglichkeit für ein Programm, das in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags beiträgt. Damit sind auch die Erforderlichkeit und Eignung der verfügbaren Aufschaltverpflichtung nach wie vor zu bejahen, und es bestehen keine für die Beschwerdeführerin milderen Massnahmen, die an deren Stelle treten könnten.

E. 5.2.2

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit geltend, sie habe in den analogen Kabel-TV-Netzen der Deutschschweiz keine freien Kapazitäten bzw. belegbare Kanäle und müsse daher einen anderen Sender daraus entfernen, um der Aufschaltverpflichtung nachzukommen. Von den deutschsprachigen Programmen verfügten nur ZDF, ORF 2, BR 3 und SWR weder über eine vertragliche Verbreitungspflicht noch über eine solche nach Art. 59 und 60 RTVG. Aufgrund der Zuschauerbasis könnte daher nur BR 3 oder SWR aus dem analogen Kabelnetz entfernt werden, beides Programme, die seit den Anfängen des Kabelfernsehens in der Deutschschweiz verbreitet würden und beachtliche Zuschauerzahlen erreichten, die deutlich über denjenigen lägen, die für das Programm der Beschwerdegegnerin zu erwarten seien. Die Abschaltung eines der genannten Programme schwäche das analoge Grundangebot der Beschwerdeführerin, führe zu enttäuschten Kunden und wirke sich auf ihre Wettbewerbsfähigkeit aus. Es würden vermehrt Anreize geschaffen, den Kabel-TV-Anschluss zu kündigen, wodurch der vom Gesetzgeber gewollte Infrastrukturwettbewerb im Telekommunikationsbereich geschwächt würde. Sie sei daher darauf angewiesen, ihr analoges Angebot nach Einschaltquoten und Beliebtheitsreichweiten zusammenstellen zu können, was durch die verfügbare Aufschaltung eines wenig massentauglichen Programms in unzumutbarer Weise eingeschränkt werde. Diesen wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin stehen diejenigen der Allgemeinheit am verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag gegenüber sowie die ebenfalls wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdegegnerin. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 60 Abs. 2 RTVG in Art. 53 Bst. c RTVV bestimmt, dass die Fernmeldedienstleister höchstens zur Verbreitung von 25 Fernsehprogrammen im analogen Netz verpflichtet werden können. Diese Obergrenze erscheint bei anscheinend 35 vorhandenen Kanälen bei der Beschwerdeführerin als hoch, in Frage steht jedoch die Aufschaltspflicht für den 18. Sender. Festzustellen ist weiter, dass der von der Abschaltung betroffene Sender BR 3 in den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Zuschauerzahlen in der zweiten Hälfte zu finden ist und einen Marktanteil in der Grössenordnung von etwa einem Prozent hat. Die Beliebtheit dieses Senders hält sich somit in Grenzen. Es versteht sich, dass die Abschaltung dieses Senders zu vorübergehend verärgerten Kunden führen kann, indessen ist nicht anzunehmen, dass deswegen viele Kunden den Anschluss der Beschwerdeführerin aufkünden werden, zumal dies entweder den Verzicht auf den leitungsgebundenen Programmempfang bedeutete oder den Umstieg auf den digitalen Empfang erforderte, den viele Haushalte

offensichtlich (noch) scheuen, und somit keine echten Alternativen darstellen. Ein spürbarer Einfluss auf den Infrastrukturwettbewerb im Fernmeldebereich ist daher nicht zu erwarten. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch die Zielgruppe der Beschwerdegegnerin Kunden der Beschwerdeführerin sind oder bei der Gründung eines eigenen Haushaltes noch werden dürften. Ein unzumutbarer Eingriff in die Interessen der Beschwerdeführerin ist daher nicht zu erkennen. Die Aufschaltverpflichtung erweist sich vorliegend als verhältnismässig, so dass auch die Voraussetzungen von Art. 36 BV und Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG erfüllt sind.

E. 5.3

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin gegen die verfügte Aufschaltverpflichtung als unbegründet, weshalb die Beschwerde in ihrem Hauptantrag abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

E. 6

Eventualiter verlangt die Beschwerdeführerin eine Beschränkung der Aufschaltverpflichtung auf zwei Jahre und eine Vollzugsfrist von mindestens sechs Monaten ab Rechtskraft einer allfällig hoheitlich angeordneten Verbreitungspflicht. Die Dauer von drei Jahren stelle angesichts der sich schnell wandelnden Telekommunikationsindustrien eine unverhältnismässige Belastung für die Beschwerdeführerin dar. Zur Minimierung von Kommunikations- und Imagerisiken müsse für die Umsetzung von Programmverschiebungen im analogen Angebot zudem langfristig geplant und angezeigt werden, so dass sie hierfür mindestens sechs Monate benötige.

E. 6.1

Die Vorinstanz erachtet eine erste Aufschaltdauer von 3 Jahren nach wie vor als angemessen; diese entspricht auch der bisherigen Praxis der Vorinstanz. Es sind weder grundlegende neue Entwicklungen im Bereich des analogen und digitalen Fernsehens vorgebracht worden, noch sind solche ersichtlich. Folglich ist auch nicht davon auszugehen, dass die Verbreitung im analogen Kabelfernsehen bereits innerhalb von zwei Jahren jegliche Bedeutung verlöre. Es besteht entsprechend kein Anlass, in das diesbezügliche Ermessen der Vorinstanz einzugreifen. Die Aufschaltdauer ist daher auf 3 Jahren zu belassen.

E. 6.2

Für die beantragte Umsetzungsdauer von mindestens 6 Monaten macht die Beschwerdeführerin nicht etwa technische oder rechtliche Gründe geltend, sondern die notwendige Information der Kunden zur Vermeidung von Reputationsrisiken. Es ist verständlich, dass die Kunden über diese Änderung im analogen Kabelfernsehen informiert werden müssen; die von der Vorinstanz eingeräumte Dauer von drei Monaten erscheint hierfür jedoch als ausreichend, zumal auch die Interessen der Beschwerdegegnerin an einer baldigen Verbreitung ihres Programms im analogen Kabelnetz zu berücksichtigen sind. Die Beschwerdeführerin ist deshalb zu verpflichten, das Programm der Beschwerdegegnerin innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils auch in ihrem analogen Kabelnetz der Deutschschweiz zu verbreiten. Demzufolge ist Ziffer 1 Satz 2 der angefochtenen Verfügung in diesem Sinne anzupassen. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist somit ebenfalls abzuweisen.

E. 7

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin die Auferlegung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten an die Beschwerdegegnerin bzw. die Aufhebung dieser Verpflichtung. Sie macht geltend, es gebe keine spezialgesetzliche Regelung in Bezug auf die Gebühren. Gemäss Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV seien der Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand und die Bemessung grundsätzlich im formellen Gesetz festzuhalten. Art. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) sehe vor, dass derjenige, der eine Verfügung veranlasse, eine Gebühr zu bezahlen habe, wobei im vorliegenden Fall zwei Private mit gegenläufigen Interessen am Verfahren beteiligt gewesen seien. Es finde sich weder eine Regel, welche der beiden Parteien gebührenpflichtig sei, noch finde sich für das Unterliegerprinzip eine gesetzliche Grundlage. Zudem fehlten generell abstrakte Gebührenansätze, insbesondere habe das UVEK für die Anwendung des RTVG keine solchen erlassen.

E. 7.1

Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, die Beschwerdeführerin habe das Verfahren mit ihrer Weigerung, auf vertraglicher Basis das Programm analog und digital zu verbreiten, verschuldet und sei unterlegen. Sollte keine gesetzliche Grundlage bestehen, so verunmögliche dies auch eine Kostenaufgabe an sie. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung korrigierend aus, die Kostenpflicht beruhe auf Art. 100 Abs. 1 Bst. c RTVG und Art. 78 Abs. 2 RTVV; ansonsten sei der Stundenansatz korrekt angewandt worden.

E. 7.2

Gemäss Art. 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung angemessener Gebühren für Verfügungen. Art. 100 Abs. 1 Bst. c RTVG sieht vor, dass die zuständige Behörde Verwaltungsgebühren insbesondere für den Erlass von Verfügungen erhebt. Die Ausführungsbestimmungen ihrerseits legen in Art. 78 ff. RTVV den Stundenansatz sowie die Reduktion der Verwaltungsgebühr fest und verweisen im Übrigen auf die AllgGebV. Zu den Gebührenpflichtigen äussern sich diese Erlasse nicht. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, sieht Art. 2 AllgGebV vor, dass die Gebühr zu bezahlen hat, wer eine Verfügung veranlasst, was im Übrigen auch dem Verursacherprinzip entspricht. Gemäss dem Unterliegerprinzip gilt eine Partei als unterlegen, wenn ihren Begehren aus formellen oder materiellen Gründen nicht entsprochen wird. Dieser Grundsatz ist für Beschwerdeverfahren in Art. 63 VwVG verankert, gilt jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als allgemeiner prozessualer Grundsatz. Insbesondere in fernmelderechtlichen Zugangsverfahren, an denen zwei Parteien mit gegenläufigen Interessen beteiligt sind, wurde dessen Anwendung nicht beanstandet (BGE 132 II 47 E. 3.3; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 5979/2010 vom 9. Juni 2011). Aus Art. 60 Abs. 1 RTVG ergibt sich, dass eine Aufschaltverpflichtung nur auf Gesuch eines Programmveranstalters erfolgt. Wie in E. 3 festgehalten worden ist, bewirkt die Gewährung des Aufschaltprivilegs, dass die Verbreitung unentgeltlich zu erfolgen hat, während gemäss Art. 61 RTVG der Programmveranstalter ohne diese Privileg den Aufwand für die Verbreitung abzugelten hat. Selbst wenn also eine Vereinbarung zustande kommt, ist ein Verfahren nach Art. 60 RTVG möglich und nur der Programmveranstalter hat einen Nutzen aus der Verfügung, während die Fernmeldedienstanbieterin ihren grundsätzlichen Anspruch auf ein Entgelt für die Verbreitung verliert. Die Vorinstanz stellt sich denn auch auf den Standpunkt, dass das Verhandlungsprimat von untergeordneter Bedeutung für die

Aufschaltverpflichtung ist. Kommt es aber nicht oder nur in geringem Mass auf das Verhalten der Fernmeldediensteanbieterin an, so kann sie entgegen der Auffassung der Vorinstanz das Verfahren weder veranlassen noch vermeiden oder gegenstandslos werden lassen. Bei dieser Ausgangslage kann die Beschwerdeführerin nicht Veranlasserin des Verfahrens sein, und es bleibt weder Raum für die von der Vorinstanz gewählte Auslegung noch für entsprechendes Ermessen. Kostenpflichtig kann vielmehr einzig die Beschwerdegegnerin sein. Die Beschwerde ist daher insofern gutzuheissen und Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben. Die Vorinstanz wird noch zu prüfen haben, ob die Gebühren in Anwendung von Art. 79 RTVV zu reduzieren oder allenfalls gemäss Art. 3 AllgGebV zu erlassen sind, weshalb das Verfahren an sie zurückzuweisen ist zur Neufestsetzung der Kosten und deren allfälligen Auferlegung an die Beschwerdegegnerin.

E. 8

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als zu einem grossen Teil unterliegende Partei. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits unterlag mit ihrem Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Zwischenverfügung vom 4. März 2011), während der erstinstanzliche Kostenpunkt für sie noch offen ist. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin von den auf Fr. 7'500.- festzusetzenden Verfahrenskosten Fr. 6'000.- zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'500.- verrechnet, während die restlichen Fr. 1'500.- der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten sind. Der Beschwerdegegnerin sind Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.- aufzuerlegen. Keine Verfahrenskosten trägt die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 9

Da die Beschwerdegegnerin zum klar grösseren Teil obsiegt, ist ihr eine (leicht gekürzte) Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens 200 und höchstens 400 Franken. Entsprechend dem durch den Beizug eines externen Anwalts entstandenen Aufwand und unter Berücksichtigung des Ausgangs von Hauptverfahren und Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung (Zwischenverfügung vom 4. März 2011) steht der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 10'000.- inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen zu (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Diese ist der Beschwerdeführerin zur Bezahlung aufzuerlegen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

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