

BVGer A-8624/2007 vom 15. Januar 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-8624_2007

FR: TAF A-8624/2007 du 15 janvier 2008

IT: TAF A-8624/2007 del 15 gennaio 2008

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 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. 2

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

E. 3

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung zwei Gesuche der Beschwerdeführerin abgewiesen und festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet sei, das Programm der Beschwerdeführerin in analoger Technik zu verbreiten. Bei negativen Verfügungen haben erhobene Verwaltungsbeschwerden keine aufschiebende Wirkung. Vielmehr müssen allenfalls vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, damit für die Dauer des Verfahrens der Zustand hergestellt wird, welcher dem Begehren entsprechen würde (BGE 116 Ib 344 E. 3C, Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 648).

E. 4

Gemäss Art. 56 VwVG kann der Instruktionsrichter auf Begehren einer Partei hin vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Vorsorgliche Massnahmen haben zum Zweck, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Sie dienen den grundlegenden Verfahrensfunktionen der Rechtsschutzgewährung und der objektiven Rechtsanwendung (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1997 S. 314 Rz. 74).

E. 5

Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist folgende Entscheidsystematik zu beachten (vgl. dazu und auch zu den nachfolgenden Erwägungen ausführlich Häner, a.a.O., S. 322 ff. sowie VPB 64.118 und 65.65): Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden. Dieser letzte Schritt erfordert insbesondere eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.

E. 6

Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen. Fällt die Prognose - positiv oder negativ - eindeutig aus, erübrigt sich in der Regel ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zum Erhalt des bestehenden Zustandes, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Lässt die summarische Prüfung der massgeblichen Tatsachen und der Rechtslage die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überwiegend oder doch eher wahrscheinlich erscheinen, spricht dies eher gegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Umgekehrt rechtfertigt sich eine Massnahme, wenn die Prüfung die Rechtmässigkeit als eher oder gar überwiegend unwahrscheinlich erscheinen lässt. Die Entscheidprognose hilft dann nicht weiter, wenn sich die verschiedenen Aspekte die Waage halten (Xaver Baumberger, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, Nr. 448 f.)

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin bringt gegen die angefochtene Verfügung vor, die Prozessaussichten seien ungeachtet des vorinstanzlichen Entscheides als intakt zu betrachten. Sie macht geltend, sie besitze zwar eine Konzession nach altem Recht, diese unterliege aber gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 107 Abs. 6 RTVG den Regelungen des geltenden Rechts, es bestehe eine Aufschaltungspflicht nach Art. 59 RTVG. Wenn in die Würdigung ihres Programmes auch die geplanten Sportsendungen und die Bereitschaft zum Verzicht auf die von der Vorinstanz kritisierten Programmbestandteile einbezogen würden, genüge das Programm den Anforderungen von Art. 60 RTVG. Es seien bei der Beurteilung ihres Programmes nicht die gleichen Massstäbe anzusetzen wie bei teilweise mit Gebühren finanzierten Regionalprogrammen.

E. 6.2

Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, die von der Beschwerdeführerin angeführten Sportprogramme seien nicht zu berücksichtigen, da das Sportprogramm in Zukunft über den Konkurrenzsender STAR TV verbreitet werde. Abgesehen davon entsprächen auch die von der Beschwerdeführerin geplanten Sportsendungen nicht den Anforderungen an ein zwangsweise zu verbreitendes Programm.

E. 6.3

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb gemäss der Auffassung der Beschwerdeführerin aus den Übergangsbestimmungen von Art. 107 Abs. 6 RTVG eine Aufschaltspflicht gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG abgeleitet werden soll; ein entsprechender Verweis findet sich in Art. 107 Abs. 6 RTVG jedenfalls nicht. Eine altrechtliche Aufschaltverfügung, welche gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 110 Abs. 2 Bst. b RTVG die Beschwerdegegnerin zur Verbreitung des Programms verpflichten würde, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Es bleibt damit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die

Voraussetzungen gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG erfüllt. Gemäss dieser Bestimmung besteht eine Aufschaltungspflicht, wenn die Programmveranstalterin in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und die Verbreitung der Fernmeldediensteanbieterin zumutbar ist.

E. 6.3.1

Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 60 Abs. 1 RTVG, namentlich bei der Beurteilung des besonderen Beitrags zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages, kommt der Vorinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesverwaltungsgericht übt Zurückhaltung und greift nicht ohne Not in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss (vgl. Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 644 f.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; André Moser, in André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.62 ff. und 2.74; BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2). Die gleiche Zurückhaltung ist auch im Zusammenhang mit der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (vorliegend etwa im Bereich von Art. 60 RTVG) angezeigt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 446a ff.). Aufzuheben und zu korrigieren sind Entscheide, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweis). Da das BAKOM vorliegend Fachbehörde ist und darüber entscheiden kann, ob ein Programm den gesetzlichen Anforderungen genügt, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung des Beitrags zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages eine gewisse Zurückhaltung.

E. 6.3.2

Nachdem die Beschwerdefrist im Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides noch läuft und sich die Beschwerdeführerin vorbehalten hat, eine eingehende Beschwerdebegründung nachzureichen, kann eine eindeutige Prognose in der Hauptsache nicht gestellt werden. Festzuhalten ist aber, dass sich aus den bisher vorliegenden Akten nicht ergibt, die Vorinstanz hätte sich von sachfremden Gesichtspunkten leiten lassen oder ihr Ermessen sonst unsachgemäss ausgeübt. Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach ein Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages nicht erkennbar sei, sind nicht zu beanstanden, dies umso mehr als die Beschwerdegegnerin glaubhaft darlegt, dass das als Begründung für eine Aufschaltungspflicht angeführte Sportprogramm nun offenbar über einen anderen Sender verbreitet werden soll.

E. 6.3.3

Es ist damit festzuhalten, dass die Hauptsachenprognose überwiegend zuungunsten der Beschwerdeführerin ausfällt.

E. 7

Es bleibt damit zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt und ob sich eine vorsorgliche Massnahme als verhältnismässig erweist (vgl. dazu auch Entscheid A-6043/2007 des Bundesverwaltungsgerichtes vom 8. Oktober 2007, E. 5 - 5.4.4).

E. 8

Die Beschwerdeführerin macht als Anordnungsgrund geltend, eine Einstellung der analogen Verbreitung würde ihre Publikumsreichweite soweit einschränken, dass sie mit existenzbedrohenden wirtschaftlichen Einbussen zu rechnen hätte. Die Beschwerdegegnerin bestreitet dagegen die geltend gemachten wirtschaftlichen Nachteile und verweist auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag über eine digitale Verbreitung.

E. 8.1

Gemäss Praxis der Bundesbehörden müssen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zumindest überzeugende Gründe gegeben sein. Solche liegen vor, wenn ein schwerer, wahrscheinlich eintretender Nachteil droht, würde die Massnahme nicht angeordnet (BGE 129 II 286 E. 3.1; VPB 65.65 Ziff. 3.2.3; vgl. Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 650). Es kann diesbezüglich auch ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen (BGE 127 II 132 E. 3).

E. 8.2

Zwar scheint es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei bei einer Einstellung der analogen Verbreitung existenziell gefährdet, gleichzeitig aber in einem Vertrag mit der Beschwerdegegnerin anerkennt, dass die analoge Verbreitung eingestellt werde und eine digitale Verbreitung vereinbart. Es ist aber nicht zu verkennen, dass die potentielle Reichweite eines analog verbreiteten Programmes zumindest zur Zeit deutlich höher ist als diejenige des digitalen Fernsehens. Es ist auch nachvollziehbar, dass bei einer vorübergehenden Abschaltung während der Verfahrensdauer die Kundenbindung in gewissem Masse verloren gehen würde und die Einschaltquoten bei einer allfälligen Wiederaufschaltung tiefer wären.

E. 8.3

Ein unmittelbar drohender schwerer Nachteil für die Beschwerdeführerin, mithin ein Anordnungsgrund für eine vorsorgliche Massnahme, liegt damit vor.

E. 9

Es bleibt damit zu prüfen, ob sich die Anordnung einer Aufschaltungsverpflichtung für die Dauer des Verfahrens als verhältnismässig erweist.

E. 9.1

Verhältnismässig ist eine Massnahme dann, wenn sie zur Beseitigung des Nachteils nicht bloss geeignet, sondern insbesondere in sachlicher Hinsicht auch erforderlich ist, d.h. wenn die Beseitigung des Nachteils nicht mit mildereren (vorsorglichen) Massnahmen erreicht werden kann und die Interessen an der Anordnung der Massnahme die gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdegegnerin überwiegen (Häner, a.a.O., S. 343 f.; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 650; Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 207).

E. 9.2

Die Anordnung einer Aufschaltungspflicht erscheint als geeignete und erforderliche Massnahme, um die wirtschaftlichen Nachteile für die Beschwerdeführerin abzuwenden.

E. 9.3

Bei der Gegenüberstellung der Interessen ist zu beachten, dass die Anordnung einer Aufschaltungsverpflichtung einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin darstellen würde. Bei Grundrechtseingriffen wird verlangt, dass der Eingriff zur Verwirklichung eines anerkannten Interesses verhältnismässig erscheint. Die Verhältnismässigkeitsprüfung knüpft unmittelbar am öffentlichen Interesse an (Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 103), das vorgezogene Handeln muss sich im Lichte des gefährdeten Gesetzeszweckes rechtfertigen lassen (Häner, a.a.O., S. 303). Es ist daher zu verlangen, dass der Eingriff durch das in der gesetzlichen Grundlage von Art. 60 Abs. 1 RTVG verfolgte öffentliche Interesse gerechtfertigt wird. Zur Bestimmung der massgebenden Interessen für eine Anordnung der Massnahme ist der hinter dieser Bestimmung stehende Zweck heranzuziehen. Art. 60 Abs. 1 RTVG soll nicht die privaten wirtschaftlichen Interessen schützen, sondern die Verbreitung von im öffentlichen Interesse stehenden Programmen fördern. So sind nicht die privaten wirtschaftlichen Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen, sondern das öffentliche Interesse an der analogen Verbreitung des Programmes der Beschwerdeführerin gegen die Interessen der Beschwerdegegnerin an einer freien Gestaltung ihres Programmangebotes. Weiter sind allfällige öffentliche Interessen an einer Nutzung des Sendeplatzes für die Übertragung hochauflösender Fernsehprogramme zu berücksichtigen.

E. 9.4

Bei der Abwägung der Interessen sind auf Seiten der Beschwerdeführerin primär ihre wirtschaftlichen Interessen an einer analogen Verbreitung ihres Programmes während dem vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen. Dazu ist jedoch festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bei einer Einstellung der analogen Verbreitung vom Publikum weiterhin digital empfangen werden kann, was die Folgen einer Abschaltung im analogen Netz für die Beschwerdeführerin mindert. Das von der Beschwerdeführerin angekündigte Sportprogramm ist dagegen in die Interessenabwägung nicht einzubeziehen, da dieses neu über einen andern Sender verbreitet wird. Ein öffentliches Interesse an einer Verbreitung des vorwiegend aus Mehrwert-, Werbe- und Erotiksendungen bestehenden Programmes der Beschwerdeführerin ist kaum ersichtlich. Dagegen stehen gewichtige Interessen der Beschwerdegegnerin an einer Nutzung des Kanals für die Übertragung hochauflösender Programme. Einerseits würden andernfalls die bisher getätigten Investitionen der Beschwerdegegnerin zumindest vorübergehend nutzlos und die Beschwerdegegnerin würde im Wettbewerb um Kunden für das hochauflösende Fernsehen durch die Verzögerungen Nachteile erleiden. Ferner liegt die Aufschaltung eines weiteren hochauflösenden Fernsehprogramms im öffentlichen Interesse. Die Anordnung einer vorläufigen Aufschaltungspflicht erweist sich damit als unverhältnismässig und das Gesuch der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

E. 10

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung vom 20. Dezember 2007. Die in dieser Verfügung angeordnete Massnahme wurde bis zum Erlass der vorliegenden Verfügung befristet. Eine formelle Aufhebung der Verfügung vom 20. Dezember 2007 erübrigt sich somit und der Antrag der Beschwerdegegnerin erweist sich als gegenstandslos.

E. 11

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht hat gemäss Art. 103 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) keine aufschiebende Wirkung. Auf das Begehren der Beschwerdegegnerin um Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen den vorliegenden Zwischenentscheid ist daher mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

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