



# Verfügung vom 19. Dezember 2007

## des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM

in Sachen

**U1 TV Station AG**  
Wagstrasse 6  
8952 Schlieren  
vertreten durch (...)

gegen

**Cablecom GmbH**  
Zollstrasse 42  
8021 Zürich

betreffend

**Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung**

## 1. Prozessgeschichte

Am 6. Juli 2007 ging beim BAKOM ein Gesuch der U1 TV Station AG (nachfolgend: U1 TV) ein, in welchem sie ein Gesuch um Zugangsverpflichtung gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG), eventualiter um Aufschaltung gemäss Art. 60 RTVG stellte. Gleichzeitig wurde das BAKOM um den Erlass vorsorglicher Massnahmen ersucht (act. 1).

Der Cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom) wurde am 17. Juli 2007 das rechtliche Gehör gewährt – mit zwei separaten Fristen für die Frage der vorsorglichen Massnahmen und zum Hauptverfahren. Zu diesem Zweck wurde ihr das Gesuch ohne Beilagen zugestellt (act. 3).

Mit Schreiben vom 19. Juli 2007 stellte Cablecom die prozessualen Anträge, es sei ihr Einsicht in sämtliche Gesuchs-Beilagen zu gewähren und die angesetzten Fristen seien zu verlängern (act. 5).

Das BAKOM forderte U1 TV am 23. Juli 2007 auf, die Beilagen – soweit nötig – zu schwärzen (act. 6). Am 25. Juli 2007 erklärte sich U1 TV grundsätzlich einverstanden, die Beilagen ungeschwärzt weiterzuleiten. Von Beilage 1 (Konzept) wurde eine Version ohne Geschäftsgeheimnisse zugestellt (act. 7).

Ebenfalls am 23. Juli 2007 ersuchte das BAKOM U1 TV, Ausführungen zum neben dem Sportfernsehen geplanten Programm zu machen (act. 6), was mit Schreiben vom 2. August 2007 geschah (act. 10).

Mit Schreiben vom 26. Juli 2007 stellte das BAKOM Cablecom die meisten Beilagen zu und setzte eine neue Frist an, um zum Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen (act. 8). Die Stellungnahme traf am 9. August 2007 innert erstreckter Frist beim BAKOM ein (act. 11).

Am 27. August 2007 ordnete das BAKOM in einer Zwischenverfügung vorsorgliche Massnahmen an. Cablecom wurde verpflichtet, bis auf weiteres U1 TV analog zu verbreiten, und zwar gegen Bezahlung. Der Zwischenverfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (act. 12).

Mit Schreiben vom 4. September 2007 ersuchte das BAKOM U1 TV um weitere Informationen und eröffnete die Möglichkeit, Schlussbemerkungen zu ihrem künftigen Programm anzubringen (act. 15). Gleichentags wurde Cablecom die Möglichkeit eingeräumt, zur Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der Übertragungskapazitäten und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Stellung zu nehmen (act. 16). Die Eingaben trafen fristgerecht ein, jene von Cablecom am 14., jene von U1 TV am 21. September 2007 (act. 21 bzw. 24).

Die Stellungnahmen der beiden Parteien wurden je der Gegenpartei zum rechtlichen Gehör zugestellt (act. 26/27). Fristgerecht wurden die Antworten von Cablecom vom 8. Oktober 2007 (act. 31) bzw. von U1 TV vom 17. Oktober 2007 eingereicht (act. 33).

Die Stellungnahmen (act. 31 und 33) wurden je der Gegenpartei zugestellt mit der Möglichkeit, Schlussbemerkungen anzubringen (act. 34 und 35). Die beiden Eingaben vom 31. Oktober 2007 von Cablecom (act. 36) bzw. von U1 TV (act. 37) trafen fristgerecht ein. Mit der Zustellung dieser beiden Stellungnahmen je an die Gegenseite wurde der Schriftenwechsel am 6. November 2007 abgeschlossen (act. 39/40).

Zwischenzeitlich legte Cablecom am 11. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des BAKOM ein (act. 20). Mit Entscheid vom 8. Oktober 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Cablecom ab (act. 32).

Auf die Stellungnahmen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **2. Rechtliches**

### **2.1. Formelles**

Gestützt auf Art. 86 Abs. 1 RTVG übt das BAKOM die Aufsicht über die Veranstalter aus. Es trifft die administrativen Massnahmen nach Art. 89 ff. des Gesetzes. Das BAKOM ist damit zuständig für die Aufsicht betreffend die Einhaltung der Pflichten gemäss Art. 59 RTVG. Gemäss Art. 60 RTVG ist das BAKOM auch zuständig für den Erlass von Aufschaltverfügungen.

(...)

### **2.2. Materielles**

#### **2.2.1. Sachverhalt**

Mit Vertrag vom 20./28. März 2003 verpflichtete sich Cablecom zur analogen Verbreitung des Programms von U1 TV (act. 1 Beilage 6). Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 kündigte Cablecom diesen Vertrag auf den 30. August 2007 (a.a.O. Beilage 7), und am 19. Juni 2007 teilte sie U1 TV mit, die analoge Verbreitung per 31. August 2007 in ihren Netzen einzustellen (a.a.O. Beilage 8).

Am 6. Juli 2007 stellte U1 TV beim BAKOM das Gesuch, Cablecom sei im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG zu verpflichten, das Programm von U1 TV auf dem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal

zu verbreiten. Eventualiter sei Cablecom im Sinne von Art. 60 Abs. 1 RTVG zu verpflichten, das Programm von U1 TV für eine Dauer von einstweilen drei Jahren auf dem analogen Netz zu verbreiten, und zwar auf einem Kanal, welcher das besondere Interesse am Schweizer Programm mit ausgebauter Sportberichterstattung gebührend berücksichtige.

### **2.2.2. Parteistellung**

Die Parteistellung bestimmt sich nach dem in Art. 6 VwVG definierten Parteibegriff. Diese Bestimmung stellt ihrerseits auf Art. 48 VwVG ab. Als Parteien gelten im Bundesverwaltungsverfahren Personen, deren Rechte und Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Die Entscheide des BAKOM im Hauptverfahren betreffen U1 TV und Cablecom direkt und es kommt beiden Parteistellung zu.

### **2.2.3. Aufschaltung gestützt auf Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG (Hauptbegehren U1 TV)**

U1 TV stützt sich im Hauptbegehren auf Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG und beantragt, Cablecom sei zu verpflichten, das Programm von U1 TV in dessen Gebiet auf dem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal zu verbreiten. Gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG sind zugangsberechtigt „Programme, für die eine Konzession mit Leistungsauftrag besteht.“ U1 TV verweist in diesem Zusammenhang auf die bestehende Konzession, welche gemäss Art. 107 Abs. 6 RTVG weiter gelte. Aufgrund dieser Übergangsbestimmung seien auf die Konzession von U1 TV Art. 22 und Art. 44-50 RTVG sinngemäss anwendbar, woraus folge, dass U1 TV weiterhin unter den Anwendungsbereich von Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG falle (act. 1, S. 3). Obwohl das BAKOM im Zwischenentscheid vom 27. August 2007 (Seite 6) die Erfolgsaussichten des Hauptbegehrens als schlecht beurteilte, hält U1 TV am Hauptbegehren fest (act. 24, S. 17 Ziff. 4).

Cablecom bestreitet, dass sich U1 TV auf Art. 59 RTVG berufen kann (act. 11, Rn 7 ff., act. 21, S. 3 Ziff. A.3).

An der rechtlichen Einschätzung hat sich nichts geändert. Zwar hat die unter altem Recht erteilte Konzession von U1 TV gemäss Art. 107 Abs. 6 RTVG weiterhin Gültigkeit. Zuzustimmen ist U1 TV auch darin, dass dieser Artikel die Art. 22 (betreffend Konzessionsabgabe) und Art. 44-50 RTVG (betreffend Konzessionsvorschriften) für anwendbar erklärt. Hingegen verweist er aber gerade nicht auf Art. 59 RTVG. Die (Weiter-)Verbreitungspflicht für Konzessionäre nach altem Recht wird eigens in den Übergangsbestimmungen geregelt. Art. 110 Abs. 2 RTVG stellt die Kontinuität zur Verbreitungspflicht zu Gunsten von Konzessionären nach altem Recht sicher, allerdings nur für jene altrechtlich konzessionierten Programme, die nach altem Recht in den Genuss einer Aufschaltverfügung i.S. von Art. 47 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG 1991, AS 1992 601) kamen. Dies ist für U1 TV nicht der Fall. Die Aufschaltung von Programmen mit einer Konzession mit Leistungsauftrag im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG hingegen betrifft ausschliesslich Konzessionäre nach neuem Recht im Sinne von Art. 38 und 43 RTVG (Konzessionen mit Leistungsauftrag und/ohne Gebührenanteil).

Fazit: U1 TV kann sich nicht auf Art. 59 Abs. 1 lit. b RTVG berufen. Der Hauptantrag wird abgewiesen.

### **2.2.4. Aufschaltung gestützt auf Art. 60 Abs. 1 RTVG (Eventualbegehren U1 TV)**

Im Sinne eines Eventualbegehrens beruft sich U1 TV auf Art. 60 Abs. 1 RTVG, wonach eine Aufschaltungspflicht besteht, wenn das Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und diese Pflicht für die Fernmeldedienstanbieterin zumutbar ist.

### 2.2.4.1. Einleitung

Mit dem am 1. April 2007 in Kraft getretenen RTVG wurden die Vorschriften für die privaten Programmveranstalter gelockert. Insbesondere wurde die allgemeine Konzessionspflicht aufgegeben mit der Folge, dass die Veranstalter ohne Konzession weitgehend von Leistungsaufträgen befreit sind und von liberalen Werbebestimmungen profitieren. Dies bedeutet also eine Abkehr vom bisherigen System, nach dem die Veranstaltung eines Radio- oder Fernsehprogramms an eine Konzession anknüpfte und von jedem Veranstalter einen Beitrag an den verfassungsrechtlichen Auftrag verlangte.

Neu haben grundsätzlich neben der SRG nur noch jene Veranstalter einen Leistungsauftrag zu erfüllen, denen eine Konzession mit Leistungsauftrag mit/ohne Gebührenanteil (Art. 38/43 RTVG) erteilt wird. Hingegen sind weiterhin alle Veranstalter den Mindestanforderungen an den Programminhalt i.S. von Art. 4 RTVG unterworfen (z.B. Sachgerechtigkeitsgebot), und für die sprachregionalen und nationalen Fernsehveranstalter gelten konzessionsunabhängig gewisse Auflagen (Mindestanteile europäischer Werke und unabhängiger Produktionen sowie Filmförderung nach Art. 7 RTVG).

Die Fernmeldedienstanbieterin ist verpflichtet, die Programme der SRG, der übrigen konzessionierten Veranstalter und der ausländischen Veranstalter i.S. von Art. 59 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 52 RTVV zu verbreiten. Ferner kann sie zur Verbreitung über Leitungen verpflichtet werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 60 Abs. 1 RTVG erfüllt sind. Diese Norm entspricht grundsätzlich dem Art. 47 Abs. 1 RTVG 1991, unterscheidet sich aber insbesondere in zwei Punkten wesentlich davon: Während nach bisherigem Recht bereits das Bestehen von freien Kapazitäten im betreffenden Leitungsnetz eine Aufschaltspflicht begründen konnte, ist nach der neuen Bestimmung zwingend vorausgesetzt, dass das aufzuschaltende Programm einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Programmauftrags leistet. Zudem hat die Aufschaltung nach Art. 60 RTVG zur Folge, dass die Fernmeldedienstanbieterin das betreffende Programm unentgeltlich verbreiten muss, während nach Art. 47 RTVG 1991 der Programmveranstalter die Aufwendungen abzugelten hatte.

Wie schon das alte RTVG folgt das neue Gesetz dem Grundsatz, dass die spezifisch medienpolitischen Instrumente zur Öffnung der Kabelnetze für Programme nur dort zur Anwendung kommen, wo besondere publizistische Anliegen auf dem Spiel stehen, d.h. wo die entsprechenden Programme besondere publizistische Leistungen erbringen. Wo dies nicht der Fall ist, kommt das allgemeine Recht zum Tragen und es ist allenfalls zu prüfen, ob das Wettbewerbsrecht Abhilfe verschafft (Antwort des Bundesrates auf die IP Zapfl 04.3253 „ZüriPlus. Zwangsabschaltung“; Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003 [2A.142/2003] E. 4.1.3).

Dies bedeutet, dass dem Beitrag zum verfassungsrechtlichen Programmauftrag mit der neuen Regelung ein zentrales Gewicht zukommt. Gerade weil eine Aufschaltspflicht einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsbefugnis des Kabelnetzbetreibers über seine Infrastruktur bedeutet, muss dieser Massnahme ein gewichtiges medienpolitisches Interesse gegenüberstehen. Dies gilt gegenüber dem alten Recht noch verstärkt, weil das Parlament sich im neuen RTVG für eine Aufschaltspflicht ohne Entschädigung entschieden hat.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die beiden Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 1 RTVG – Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages in besonderer Weise / Zumutbarkeit für die Fernmeldedienstanbieterin unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – im vorliegenden Fall gegeben sind.

### 2.2.4.2. Erste Voraussetzung: Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags

#### *Stellungnahme U1 TV*

U1 TV beruft sich im Gesuch auf das neue Programmmodul „Schweizer Sport Fernsehen“ (nachfolgend: SSF). Dieses sei bereits vertraglich verbindlich vereinbart, und das Konzept beruhe auf einer starken Trägerschaft. Bisher fänden insbesondere die finanzstarken Publikumssportarten breiten

Platz, auch im Programm der SRG. Die übrigen Sportarten, z.T. auch von grossen Verbänden, hätten kaum Präsenz am Fernsehen. Das Modul SSF decke den gesellschaftspolitisch wichtigen Breitensport ab und erfülle einen Leistungsauftrag, der einen wichtigen Service-public-Charakter habe und der in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages (Art. 93 BV) beitrage. Neben dem Schweizer Sport werde Schweizer Themen wie bis anhin viel Platz eingeräumt, z.B. Talkshows „Frühstücksfernsehen“, „Focus“ und „21.30“ (act. 1, S. 4 ff.).

Gemäss den Ausführungen von U1 TV ist pro Abend eine Sportart geplant. Gemäss dem am 21. September 2007 eingereichten Programmschema ist am Montag Fussball Challenge League, am Dienstag Volleyball, am Mittwoch Handball, am Donnerstag Unihockey, am Freitag Schwingen und am Samstag Curling/Kickboxing vorgesehen (vgl. act. 24 Beilage 3). Konkret erzielt wurde gemäss U1 TV eine Vereinbarung mit der Schweizerischen Handball Liga. Es seien wöchentliche Live-Übertragungen von Liga-Spielen und die Übertragung von Champions-League-Spielen geplant.

Mit diversen anderen Verbänden würden intensive Gespräche geführt. Der erwähnten Stellungnahme von U1 TV ist zu entnehmen, dass von verschiedener Seite Interesse besteht und Gespräche stattfinden (...), vgl. act. 24, S. 2 ff. und Beilage 2).

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 ergänzte U1 TV die Ausführungen zum Modul SSF: Bereits fixiert seien Handball am Mittwoch, Curling/Kickboxing am Samstag, Champions League Handball mit Kadetten Schaffhausen, Champions League Volleyball mit Voléro Zürich sowie Studio Live Talk Focus Schweiz jeweils Montag bis Freitag. Innerhalb 30 Tagen seit Erhalt der Aufschaltung würden prioritär geplant: (...) (act. 33, S. 2).

Was das Programm neben dem Modul SSF betrifft, werden gemäss Gesuch von U1 TV Themen abgedeckt, die insbesondere von SF vernachlässigt werden. Geplant seien Kirchenprogramme mit Einbindung von Landes- und Freikirchen (Samstag und Sonntag 50 Minuten), „Alpenwelle“ und „Countrymusic“ mit Schlager, Country und Volksmusik (täglich ca. 30 Minuten), ein Gesundheitsmagazin (täglich 30 Minuten), „Alpenwelle unterwegs“ und „Ralph Martens präsentiert“ mit den Schwerpunkten Land, Stadt, Natur und Brauchtum (Sonntag 50 Minuten), Talksendungen (täglich 20 Minuten) sowie Diverses (...). Ergänzt wird das Programm gemäss Stellungnahme vom 21. September 2007 durch vier Stunden Call-in-Gewinnspiele täglich, 50 Minuten „Die Liebe, eine etwas andere Dating Show“, zwei Stunden „Mike Shiva Live Talk“, eine Stunde JP Love Talkshow und 50 Minuten Casino Show (Angaben aufgrund Programmschema, act. 24 Beilage 3).

In der späteren Eingabe vom 17. Oktober 2007 wird ausgeführt, dass die Sendung Focus Schweiz gestartet, der Mittwoch mit Sport besetzt und der JP Lovetalk abgesetzt worden sei (act. 33). In den Beilagen 7 und 8 dieses Schreibens werden das Programm bis zum BAKOM-Entscheid und jenes ab Erhalt der Aufschaltung dargestellt. Bis zum BAKOM-Entscheid besteht danach ein beträchtlicher Programmteil aus Sendungen mit Mike Shiva („Die Zukunft“, „Die Liebe“, „Live Talk“), aus „Swiss Quiz“ und der „Casino Show“; daneben gibt es „Alpenwelle“, einen Sportflash, ein Talkmagazin, von Zeit zu Zeit Sportprogramm und anderes. Nach der Aufschaltung plant U1 TV noch einmal gewisse Änderungen, insbesondere einen Ausbau des Sportprogramms (täglich ca. zwei Stunden) und die Einführung einer Gesundheitssendung. Demgegenüber soll das Call-in-Quiz zeitlich auf vier Stunden reduziert werden, allerdings würden weiterhin beträchtliche Programmteile mit kostenpflichtigen Mehrwertdienste-Nummern operieren (z.B. zwei Stunden Mike Shiva, die „Casino Show“ und die Quiz-Show).

In den Schlussbemerkungen am 31. Oktober 2007 (act. 37) weist U1 TV noch auf weitere Schritte hinsichtlich des Programms hin. (...)

#### *Stellungnahme Cablecom*

Cablecom bestreitet das Vorliegen der Voraussetzungen einer Zwangsverbreitungsverfügung nach Art. 60 RTVG (act. 11, Rn 41 ff.). (...)

## *Der verfassungsmässige Auftrag im Sinne von Art. 93 der Bundesverfassung (BV)*

Der in Art. 60 Abs. 1 RTVG erwähnte verfassungsmässige Auftrag knüpft an Art. 93 BV an. Gemäss dieser Verfassungsbestimmung tragen Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entwicklung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei, unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Landes und der Bedürfnisse der Kantone. Verlangt sind vorab Beiträge zu Meinungsbildung, Information und Bildung. Gefordert wird ferner die Förderung des schweizerischen Kulturschaffens, aber auch – in Anbetracht der Vielfalt des Landes - die Förderung des Verständnisses zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen und sprachregionalen Bevölkerungsgruppen. Diese hohen Anforderungen an den Programminhalt müssen sowohl Veranstalter erfüllen, die eine Konzession erhalten als auch Veranstalter, die von einer Aufschaltung profitieren wollen. Eher im Hintergrund steht dagegen die Forderung, zur Unterhaltung beizutragen. Diese Pflicht ist weniger zur Sicherstellung eines genügenden Unterhaltungsanteils an ausgestrahlten Sendungen ins positive Recht aufgenommen worden, sondern soll vielmehr ein Faktum verbriefen und hat normativ eher geringen Gehalt. Dadurch soll lediglich verhindert werden, dass bei Aufzählung der übrigen Versorgungspflichten ohne Erwähnung der Unterhaltung e contrario geschlossen werden könnte, unterhaltende Elemente hätten an den elektronischen Medien keinen Platz (AB 1983 N 53; Jörg Paul Müller/Franziska Grob in Kommentar BV, Art. 55bis, 2. Aufl., Rn 48).

Wie einleitend bemerkt, kommt dem Programmauftrag grosses Gewicht zu. In der Botschaft wird ausgeführt, dass für die Konkretisierung des geforderten Beitrages an den verfassungsrechtlichen Auftrag die Anforderungen dienen können, denen die konzessionierten Veranstalter (Art. 38 und 43 RTVG) zu genügen haben (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, in: BBl 2003 1569 ff., S. 1720). Für die Frage, ob der Beitrag des Fernsehveranstalters den qualifizierten Anforderungen von Art. 60 Abs. 1 RTVG und somit dem in der Bundesverfassung in Art. 93 Abs. 2 vorgegebenen Leistungsauftrag zu genügen vermag, ist anhand seiner gesamten programmlichen Palette zu beurteilen - und nicht nur anhand einzelner Sendungen oder Programmsegmente. Die Pflicht, in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages beizutragen, bedeutet allerdings nicht, dass jede einzelne Sendung einen solchen Beitrag erbringen muss. Nicht vereinbar mit der Forderung von Art. 60 Abs. 1 lit. a RTVG ist aber, wenn einzelne Sendungen gegenüber dem Leistungsauftrag nicht nur indifferent sind, sondern ihm geradezu zuwiderlaufen. Dieser Auffassung folgt letztlich auch Art. 41 Abs. 3 RTVV, der dem Departement die Kompetenz gibt, in Konzessionen mit Leistungsauftrag bestimmte Sendungsarten zu untersagen.

### *Öffentliche Ausschreibung: Erteilung von Konzessionen mit Leistungsauftrag*

Wie erwähnt, können die Anforderungen für Konzessionen mit Leistungsauftrag als Orientierungshilfe dienen. Am 4. September 2007 hat das BAKOM die Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen bzw. von regionalen Fernsehprogrammen ausgeschrieben. Ziel der Ausschreibung ist es, die Veranstalter zu bestimmen, die den verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag gemäss Art. 93 Abs. 2 BV auf lokaler Ebene zu erfüllen haben. Die aufgrund der Ausschreibung erteilten Konzessionen für die Veranstaltung von Radioprogrammen (Art. 38 Abs. 1 lit. a und b RTVG, Art. 43 Abs. 1 lit. a RTVG) bzw. von Fernsehprogrammen (Art. 38 Abs. 1 lit. a RTVG) verleihen dem Inhaber ein Zugangsrecht. Alle konzessionierten Fernsehveranstalter und ca. die Hälfte der konzessionierten Radioveranstalter erhalten zudem einen Gebührenanteil.

Eine Konzession kann nach Art. 44 RTVG nur erteilt werden, wenn der Bewerber oder die Bewerberin in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen, und zugleich glaubhaft macht, dass er oder sie die dafür nötigen Investitionen und die entsprechenden Betriebskosten zu finanzieren vermag. Ferner müssen die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche eingehalten sowie die Trennung zwischen wirtschaftlichen und publizistischen Aktivitäten gewährleistet werden.

Erfüllen mehrere Bewerbungen die erwähnten Konzessionsvoraussetzungen, wird dasjenige Projekt ausgewählt, das am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Art. 45 Abs. 3 RTVG).

Bei der Beurteilung dieses Kriteriums werden Inputfaktoren (Qualitätssicherung, Arbeitsbedingungen und Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden), Outputfaktoren (publizistische Leistungen) und die technische Versorgung des Sendegebiets bewertet. Von den Fernsehveranstaltern wird verlangt, dass sie das Programm von 18-23 Uhr überwiegend im Versorgungsgebiet produzieren und dass das Programm hauptsächlich aus lokal-regionalen Informationen in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport besteht. Nicht kompatibel mit Konzessionen mit Leistungsauftrag sind Sendungen, die der Erfüllung des Leistungsauftrags geradezu zuwiderlaufen. Darunter fallen namentlich die Ausstrahlung von Publikumsgewinnspielen, die ausschliesslich darauf ausgerichtet sind, Einnahmen zu generieren, und die kaum publizistischen Gehalt aufweisen, sowie von pornographischer Werbung, insbesondere Werbung für Mehrwertdienst-Nummern mit erotischem Inhalt und Werbung für erotische Dienstleistungen (Ausschreibung vom 4. September 2007, Ziff. 4.3.5).

#### *Beurteilung des Programms von U1*

Die Beurteilung, ob der Beitrag eines Rundfunkveranstalters an den von der Bundesverfassung in Art. 93 Abs. 2 vorgegebenen Leistungsauftrag den qualifizierten Anforderungen von Art. 60 Abs. 1 RTVG zu genügen vermag, ist wie erwähnt anhand seines gesamten programmlichen Angebots, und nicht anhand einzelner Sendungen oder Programmsegmente vorzunehmen. Einzelne Sendungen dürfen aber auf jeden Fall der Erfüllung des Leistungsauftrags nicht diametral widersprechen. Zwar wird im Gesuch starkes Gewicht auf das geplante Modul SSF gelegt. In der Gesamtbeurteilung wird aber das Gesamtprogramm gewürdigt, wie es sich heute darstellt, bzw. wie es aufgrund verlässlicher Angaben in nächster Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Das Sportmodul stellt bloss einen Bestandteil dieses Gesamtprogramms dar.

Gemäss Gesuch sollten ursprünglich mindestens drei Stunden Sport in Form von Live-Übertragungen, Magazinen, Talks, Porträts etc. ausgestrahlt werden. Insbesondere sollte über Sportarten berichtet werden, die im bisherigen Angebot anderer Veranstalter wenig Berücksichtigung finden. Dieses Angebot wurde in späteren Eingaben auf durchschnittlich weniger als zwei Stunden reduziert (vgl. Programmschema act. 24 Beilage 3, act. 33 Beilage 7/8, act. 37 Beilage 7). (...).

Nachfolgend wird der Übersichtlichkeit willen die Planung des Sportmoduls pro Wochentag aufgezeigt, basierend auf den verschiedenen Eingaben von U1 TV:

- Der Montag soll Fussball Challenge League-Tag werden (act. 37 Beilage 7). (...).  
Fazit: In den nächsten zwei bis drei Monaten ist die Aufzeichnung von zwei Spielen geplant.
- Am Dienstag ist Unihockey geplant. Gemäss U1 TV (act. 37, S. 4 und Beilage 7) sind folgende Sendungen geplant: (...).  
Fazit: In sechs Monaten (November 2007 bis April 2008) sind sechs Sendungen geplant.
- Am Mittwoch ist Handball-Tag und gegenwärtig wird bereits wöchentlich ein Handballmatch übertragen. (...).
- Curling wird in der laufenden Saison jeweils am Samstag programmiert. (...).  
Fazit: In fünf Monaten sind acht Sendungen geplant.
- Ebenfalls am Samstag geplant ist Kickboxing (act. 33 Beilagen 7/8). (...).  
Fazit: Kickboxing ist wohl kurz- bis mittelfristig nicht umsetzbar.
- Dasselbe gilt für das Schwingen. (...).  
Fazit: Schwingen ist wohl kurz- bis mittelfristig nicht umsetzbar und würde, obwohl effektiv nie umgesetzt, zu Gunsten von Unihockey sowieso wieder abgesetzt.
- Der Freitag – ursprünglich mit Schwingen bzw. Unihockey verplant, siehe soeben - ist gemäss den neuesten Angaben wieder ganz offen. (...).

Zwischenfazit Sportmodul: Das Sportmodul wird mittelfristig nicht die Sendezeiten erreichen, die in den verschiedenen Stellungnahmen von U1 TV in Aussicht gestellt wurden. Die Situation ist noch sehr instabil. Anhand der zahlreichen Eingaben ist es schwierig, herauszukristallisieren, welche Sportsendungen letztlich effektiv umgesetzt werden. Das Sportmodul wäre sicher geeignet, einen bedeutenden Beitrag an den verfassungsmässigen Auftrag zu leisten, da dem Sport eine wichtige gesellschaftliche und integrative Funktion zuzusprechen ist und einen gemeinsamen Faktor über Sprachgrenzen, Religionen, Kulturen, Bildungshintergrund etc. hinweg darstellen kann. Dazu kommt, dass in erster Linie Sportarten berücksichtigt werden sollen, die bei der SRG zu kurz kommen. Insofern nehmen die Pläne von U1 auch einen komplementären Charakter für sich in Anspruch. In diesem Stadium ist allerdings noch nicht genügend klar absehbar, wieviel Sport im Programm von U1 TV effektiv umgesetzt wird. Es gibt noch zu viele unbekannte Faktoren.

Neben dem Sportmodul besteht das Programm von U1 TV zwischen 18 und 23 Uhr u.a. aus folgenden redaktionellen Sendungen: „Die Liebe – eine etwas andere Dating Show“ mit Mike Shiva, „News Flash“, Talkmagazin, „Alpenwelle“, „Country Music“, „Gedanken zum Sonntag“, „Ralph Martens präsentiert“, „Casino-Show“ und „Mike Shiva“. Zu diesen Sendungen ist folgendes anzumerken:

- Im Aufsichtsentscheid vom 9. November 2007 qualifizierte das BAKOM die Sendung „Mike Shiva“ als Werbesendung, und bereits seit längerer Zeit kennzeichnet U1 TV diese Sendung durchgehend als solche. In der Sendung „Die Liebe“ kann für 1.50 Franken/Minute angerufen werden, in der Sendung „Die Zukunft“ für 4.50 Franken/Minute.
- Ebenfalls eine Call-in-Sendung ist die „Casino-Show“ (Mitmachen für 1 Fr. Anruf und Minute).
- Die Sendung „Alpenwelle“ wird von Alpen-Welle produziert. Inhaber dieses Unternehmens und der gleichnamig geschützten Marke (vgl. Individualmarke Nr. 538094, hinterlegt am 12. April 2005) ist Elmar Fürer, welcher u.a. die Sendung moderiert. Alpen-Welle ist neben der Produktion der gleichnamigen TV-Sendung in den Bereichen Produktion, Promotion, Marketing und Event sowie Label-Ebene für zahlreiche Musikerinnen und Musiker tätig, gibt die Zeitschrift „Alpenwelle“ heraus und führt auf [www.alpenwelle.tv](http://www.alpenwelle.tv) einen Shop. In der soeben erwähnten Konstellation ist eine gewisse Werbewirkung zugunsten der mehrfach verwendeten Marke nicht auszuschliessen.
- Die Sendung „Ralph Martens präsentiert“ wird mehrfach im Zusammenhang mit Brauchtum erwähnt (act. 24, S. 10 und 11), findet aber vorerst in der gleichen Eingabe keinen Niederschlag im Programmschema (act. 24 Beilage 3). Hingegen taucht diese Sendung im Programmschema Ende Oktober wieder auf (act. 33 Beilagen 7/8).
- Der als Pornostar bekannte J.P. Love moderierte ursprünglich den „Love Talk“. Neu soll er zwei Mal wöchentlich das Talkmagazin „Focus Schweiz“ um 18 Uhr und die „Casino Games“ moderieren und das Nachtprogramm anmoderieren (vgl. FreeTV Heft 40).

Bezüglich des übrigen Programms ausserhalb der Primetime sind aus den verschiedenen Stellungnahmen und Beilagen gewisse Widersprüche bzw. Unklarheiten auszumachen. Hier nur einige davon:

- (...).
- (...).
- (...).

Zwischenfazit übriges Programm: Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für eine seriöse Beurteilung aus den vielen, zum Teil widersprüchlichen Angaben zu wenig klar wird, wie das übrige Programm letztlich aussehen würde. Erkennbar ist aber, dass das Programm sehr viele Sendungen enthält, die mit kostenpflichtigen Mehrwertdienste-Nummern funktionieren und somit letztlich der Finanzierung des Programms dienen. Auch in der Primetime sollen viele dieser Sendungen ausgestrahlt

werden. Daneben sind grosse Programmbestandteile in dieser Zeitschiene letztlich Werbesendungen (Shiva). Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, wo hier ein besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages gesehen werden soll, der den Einsatz des medienrechtlichen Instruments der Aufschaltverpflichtung rechtfertigen würde. Im Gegenteil: Die erwähnten Sendungen liegen zumindest in der Nähe des Bereichs, den die Ausschreibung vom 4. September 2007 als mit dem Leistungsauftrag nicht vereinbar betrachtet.

#### *Wirtschaftsfreiheit*

Würde Cablecom zur Aufschaltung verpflichtet, würde einer ihrer analogen Kanäle beansprucht und die Cablecom würde zu einer Leistung verpflichtet, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Dies wäre ein erheblicher Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welcher sich nur bei einer entsprechenden publizistischen Leistung rechtfertigen würde. Das Gesetz sieht zwar die Möglichkeit einer solchen Einschränkung vor; dafür braucht es aber ein öffentliches Interesse an konkreten publizistischen Leistungen und der Eingriff ist nur dann verhältnismässig, wenn die Leistungen besonders qualifiziert sind. Die gesetzliche Ordnung konkretisiert letztlich die Voraussetzungen für den Eingriff in Grundrechte, wie sie in Art. 36 BV abstrakt vorgesehen sind. Auch vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass die Voraussetzungen für eine Aufschaltverpflichtung nicht leichthin als erfüllt betrachtet werden dürfen. Die Interessenabwägung muss sorgfältig erfolgen, und für den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit müssen überzeugende Gründe vorliegen.

#### *Schlussfolgerungen*

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass das Programm U1 die geforderten besonderen publizistischen Leistungen erbringen wird. Entweder ist aufgrund von Widersprüchen in den Ausführungen der Gesuchstellerin, Unklarheiten oder zu wenig bestimmten Darlegungen nicht hinreichend klar, was das Publikum von U1 TV erwartet. Dies gilt auch für das im Zentrum des Gesuchs stehende Sportfernsehen.

Zudem funktioniert ein beträchtlicher Anteil des Programms mit kostenpflichtigen Mehrwertdienstnummern und steht der Anwendung des besonderen medienrechtlichen Instruments der Aufschaltverpflichtung entgegen. Im Sinne einer Interessenabwägung und unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen rechtfertigt es sich im jetzigen Stadium nicht, Cablecom zu verpflichten, das Programm von U1 TV analog zu verbreiten. Es steht U1 TV aber frei, ein neues Gesuch einzureichen, falls sich die Sachlage wesentlich verändert hat.

Der Eventualantrag wird abgelehnt.

#### **2.2.4.3. Zweite Voraussetzung: Zumutbarkeit der Verbreitung**

Neben dem Beitrag an den verfassungsmässigen Auftrag setzt eine Aufschaltungspflicht nach Art. 60 RTVG voraus, dass der Fernmeldediensteanbieterin die Verbreitung unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumutbar ist.

Da bereits die erste Voraussetzung nicht erfüllt ist, kann auf weitere Ausführungen zu diesem Punkt verzichtet werden.

### **3. Kosten**

(...)

**Aus diesen Gründen wird verfügt:**

1. Das Gesuch der U1 TV Station AG um Zugang nach Art. 59 RTVG wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der U1 TV Station AG um Aufschaltung nach Art. 60 RTVG wird abgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten (...) werden der U1 TV Station AG auferlegt.
4. Diese Verfügung wird dem Rechtsvertreter der U1 TV Station AG und der Cablecom GmbH mittels eingeschriebener Post mit Rückschein eröffnet.

Bundesamt für Kommunikation BAKOM

Dr. Martin Dumermuth  
Direktor

**Rechtsmittel**

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen beim

Bundesverwaltungsgericht  
Postfach  
3000 Bern 14

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.