



Verfügung vom 24. Februar 2009

des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM

in Sachen **United Sport Production USP TV AG – Schweizer Sportfernsehen**
Röschstrasse 18
9006 St.Gallen
vertreten durch (...)

gegen **Cablecom GmbH**
Zollstrasse 42
8021 Zürich

betreffend **Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung**

1. Prozessgeschichte

Am 14. Oktober 2008 gelangte die United Sport Production USP TV AG (nachfolgend: USP TV) mit einem Gesuch um Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (nachfolgend: RTVG) an das BAKOM. Konkret beantragt sie damit, die Cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom) zu verpflichten, ihr Programm Schweizer Sportfernsehen (nachfolgend: SSF) ab dem 1. Juli 2009 für die Dauer von einstweilen drei Jahren in der Deutschschweiz auf dem analogen Kabelnetz zu verbreiten (act. 1).

(...)

2. Rechtliches

2.1. Formelles

2.1.1. Zuständigkeit

Das BAKOM ist gemäss Art. 60 RTVG für den Erlass von Aufschaltverfügungen zuständig.

2.1.2. 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 Bestimmung der Parteistellung findet auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren in einem frühen Stadium statt. Um nicht Gefahr zu laufen, formell fehlerhaft zu verfügen, muss die verfahrensleitende Behörde für den Verlauf des Verfahrens wissen, wem sie die Parteirechte einzuräumen hat. In diesem Zeitpunkt stehen der Wortlaut der zu erlassenden Verfügung und damit gleichzeitig der Kreis der effektiv beschwerdelegitimierten Dritten regelmässig noch nicht fest. Namentlich in mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsverfahren wie z.B. Aufschaltverfahren gemäss Art. 60 RTVG besteht diese Ungewissheit ebenso in Bezug auf den Kreis der Verfügungsadressaten. Wird das Gesuch nämlich abgewiesen, wird ausschliesslich die Gesuchstellerin unmittelbar in ihren Rechten berührt, währenddem eine positive Verfügung sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsbetroffene in ihren Rechten oder Pflichten trifft. Dieser prozessuale Umstand in Verbindung mit der Definition der Parteieigenschaft gemäss Art. 6 VwVG machen die frühzeitige Festlegung der Parteistellung unumgänglich. Für den Verlauf des Verfahrens ist die Parteistellung mit Blick auf sämtliche potentielle Verfahrensausgänge grosszügig zu gewähren; mögliche Drittbetroffene sind entsprechend beizuladen (vgl. Häner Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rn. 172 bzw. Rn. 266 ff.; Leber Marino, Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard – Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 27; Häner Isabelle, Art. 6 VwVG, in: Auer Christoph / Müller Markus / Schindler Benjamin – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rn. 6 f.). Die Parteistellung gilt für das gesamte Verfahren und zwar bis die ergangene Verfügung rechtskräftig wird. Eine Partei kann die Parteistellung, kraft derer während dem Verfahren auch die entsprechenden Parteirechte ausgeübt wurden, rückwirkend nicht einfach wieder verlieren, weil die Verfügung zugunsten einer Partei ausgefallen ist.

Neben USP TV, welche in jedem Fall formelle Verfügungsadressatin sein wird, kommt demzufolge im vorliegenden Verfahren auch der Cablecom Parteistellung mit allen Rechten und Pflichten zu.

2.2. Materielles

2.2.1. Sachverhalt

Am 14. Oktober 2008 gelangte USP TV mit einem Gesuch um Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG an das BAKOM. Konkret beantragt sie, die Cablecom zu verpflichten, ihr Programm SSF ab dem 1. Juli 2009 für die Dauer von einstweilen drei Jahren in der Deutschschweiz auf dem analogen Kabelnetz zu verbreiten (act. 1).

USP TV produziert seit ihrer Gründung im August 2007 Sendungen, vorerst im Rahmen einer Kooperation mit U1 TV, seit Januar 2008 mit Star TV. Nach den positiven Erfahrungen der ersten 1 ½ Jahre möchte sich USP TV nun als Programmveranstalterin betätigen und sukzessive ein eigenständiges Spartenfernsehprogramm im Bereich des schweizerischen Breiten- und Randsports aufbauen.

2.2.2. Aufschaltung gestützt auf Art. 60 Abs. 1 RTVG

2.2.2.1. 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 liberaleren Werbebestimmungen profitieren. Dies bedeutet also eine Abkehr vom bisherigen Sys-

tem, 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). Zudem gelten für gewisse sprachregionale und nationale Fernsehveranstalter konzessionsunabhängig Auflagen (Mindestanteile europäischer Werke und unabhängiger Produktionen, Filmförderung und behindertengerechte Aufbereitung 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 von Gesetzes wegen gratis zu verbreiten.

Ferner kann sie vom BAKOM 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. Dies allerdings unter dem Vorbehalt, dass die entsprechende Verbreitungspflicht für die Fernmeldedienstanbieterin wirtschaftlich und kapazitätsmässig zumutbar ist.

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 schafft (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 eine zentrale Bedeutung zukommt. Gerade weil eine Aufschaltspflicht einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsbefugnis der Fernmeldedienstanbieterin über ihre Infrastruktur und damit in ihre Wirtschaftsfreiheit 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 – besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages / Zumutbarkeit für die Fernmeldedienstanbieterin unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – im vorliegenden Fall gegeben sind.

2.2.2.2. Erste Voraussetzung: Besonderer Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags

2.2.2.2.1. Stellungnahme USP TV

(...)

2.2.2.2.2. Stellungnahme Cablecom

(...)

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

Der in Art. 60 Abs. 1 RTVG erwähnte verfassungsmässige Auftrag verweist auf Art. 93 BV. 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 verbiefen 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 in den elektronischen Medien keinen Platz (AB 1983 N 53; Jörg Paul Müller / Franziska Grob in Kommentar BV, Art. 55bis, Bern 1995, Rn 48).

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben richten sich an das System von Radio und Fernsehen als Ganzes. Gleichzeitig heisst dies auch, dass nicht alle darauf verpflichteten Veranstalter – mit Ausnahme der SRG – den Leistungsauftrag gesamthaft zu erfüllen haben (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBI 1997 I 1 ff., S. 273; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, in: BBI 2003 1569 ff., S. 1575 f.; so auch Nobel Peter / Weber Rolf H., Medienrecht, 3. Auflage, Bern 2007, 8. Kapitel Rn. 44).

2.2.2.2.4. Aufschaltwürdigkeit von Spartenprogrammen

Keine Antwort gibt die Verfassung allerdings auf die Frage, wie die Erfüllung des Auftrages konkret organisiert werden soll. In erster Linie haben daher der Gesetzgeber und die Konzessions- bzw. die rechtsanwendenden Behörden dafür zu sorgen, dass die durch die Verfassung geforderten Beiträge erbracht werden können.

Die SRG muss gemäss Gesetz und Konzession den Leistungsauftrag auf der nationalen und sprachregionalen Ebene umfassend erbringen. Auf der lokalen und regionalen Ebene leisten die konzessionierten UKW- und Fernsehveranstalter vor allem im Bereich der Meinungsbildung einen wesentlichen Beitrag zum verfassungsrechtlichen Auftrag. So wurden sie konzessionsrechtlich verpflichtet, in ihrem Versorgungsgebiet ein multithematisch ausgerichtetes Programm zu veranstalten, welches relevante Informationen aus den Bereichen Politik, Kultur, Gesellschaft und Sport umfasst.

Dass mit diesem arbeitsteilig zwischen SRG und lokal-regionalen Rundfunkveranstaltern erbrachten Service Public der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag noch nicht erschöpfend erfüllt sein kann, ist aufgrund seiner Breite und der gesellschaftlichen Entwicklungen offensichtlich. Die zunehmende Fragmentierung des Publikums, die Pluralisierung und Heterogenisierung der Gesellschaft und der Interessen bringen es mit sich, dass der verfassungsrechtliche Auftrag nicht ausschliesslich mit traditionellen, auf Einheit, Homogenität und Integration ausgerichteten Vollprogrammen umfassend erfüllt werden kann. Der Gesetzgeber hat daher für Programme, welche zusätzlich zu den konzessionierten Programmen einen qualifizierten Beitrag zum Verfassungsauftrag leisten, die Möglichkeit einer Aufschaltverpflichtung gemäss Art. 60 RTVG geschaffen. Entscheidend für den Erlass einer solchen ist nicht die Art des Programms – Voll-, Zielgruppen- oder Spartenprogramm – sondern der Umfang und die Qualität des Beitrages an den verfassungsrechtlichen Auftrag.

Dass Spartenprogramme nicht a priori mit dem Verfassungsauftrag kollidieren zeigt auch die Gesetzgebung in Bezug auf die SRG. Die Botschaft des Bundesrates war noch zurückhaltend hinsichtlich

einer Konzessionierung von SRG-Spartenprogrammen (Botschaft RTVG, BBl 2003 1691). Diese Zurückhaltung hat aber das Parlament abgelegt und den entsprechenden Artikel gestrichen.

2.2.2.2.5. Inhaltliche Anforderungen für eine Aufschaltung i.S.v. Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG

Aufgrund des Vorstehenden sind Programme, für welche um Aufschaltung ersucht wird, in erster Linie nach ihrer Ausrichtung und ihren programmlichen Leistungen zu beurteilen. Dabei muss der besondere Beitrag an den verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag aber nicht von jeder einzelnen Sendung geleistet werden, beurteilt wird das gesamte Programm der Gesuchstellerin.

Weil sich der Auftrag gemäss Art. 93 BV aber an das gesamte Rundfunksystem richtet, muss für die Beurteilung der Aufschaltwürdigkeit eines Programms auch das gesamte bestehende Service public Angebot mit einbezogen werden. Der von Art. 60 RTVG geforderte besondere Beitrag setzt damit also voraus, dass das fragliche Programm für den verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag besonders relevant ist und zudem eine Ergänzung zur thematischen Abdeckung des bereits bestehenden Must Carry-Angebots darstellt.

Relevant im Sinne des verfassungsrechtlichen Auftrags ist ein Programm dann, wenn seine inhaltlich-thematische Ausrichtung von kultureller Bedeutung ist, zur Meinungsbildung beiträgt und die Bildung fördert. Aufgrund dieser Subkriterien hat die Triage zu erfolgen, da der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag breit definiert ist und letztlich eine Vielzahl von Themen und Inhalten darunter subsumierbar ist. Dies gilt insbesondere für Spartenprogramme. Im Unterschied zu multithematischen Programmen, bei welchen die geforderte Relevanz aufgrund ihrer mehr- bzw. vielschichtigen Programmausrichtung in der Regel eher gegeben sein dürfte, sind Inhalt und Thema des Spartenprogramms eingeschränkt und deren Auswahl damit entscheidend. Die Aufschaltwürdigkeit eines Spartenprogramms, welches sich inhaltlich einem untergeordneten bzw. äusserst spezifischen Thema widmet, ist danach grundsätzlich kleiner, als diejenige eines Spartenprogramms, welches sich mit einem Thema mit zentraler Tragweite für die Kultur, die Meinungsbildung und die Bildung in der Schweiz auseinandersetzt.

Ein Programm muss ferner je eher aufgeschaltet werden, desto mehr es im Verhältnis zu den bereits bestehenden Must Carry-Programmen eine effektive Ergänzung darstellt. Zwar ist es im Lichte des Vielfaltsgebots sicher wünschenswert, dass bestimmte Aspekte des Leistungsauftrages bzw. bestimmte Inhalte oder Themen von verschiedenen Perspektiven, unterschiedlichen Veranstaltern und unter möglichst vielen Gesichtspunkten beleuchtet und dargestellt werden. Das ist aber nicht die Hauptstossrichtung von Art. 60 RTVG. Diese Bestimmung soll verfassungsrechtlich wertvolle Rundfunkprogramme einem breiten Publikum zugänglich machen und damit zur publizistischen Grundversorgung in der Schweiz beitragen. Der Erlass einer Aufschaltverfügung soll grundsätzlich dazu dienen, einen bestimmten oder mehrere Aspekte des Leistungsauftrages erstmals oder umfassender abzudecken, als dies bisher der Fall war. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur in Ausnahmefällen denkbar, wo ein besonders qualifiziertes Interesse daran besteht, zu einer bestimmten thematischen Ausrichtung über mehrere Perspektiven zu verfügen. Für eine weitergehende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Fernmeldediensteanbieterinnen bietet Art. 60 RTVG keine genügende Grundlage. Ein extensiverer Zugang zu Fernmeldeinfrastrukturen müsste über das Wettbewerbsrecht erzwungen werden. Entscheidend ist also die Frage, in welchem Umfang, in welcher Tiefe und in welcher Qualität ein Inhalt bzw. ein Thema programmlich insgesamt abgedeckt sein muss, bis der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag in diesem Bereich als erfüllt betrachtet werden kann. In angemessener Berücksichtigung des Vielfaltsgebotes ist aber nicht ausgeschlossen, dass unter Umständen auch ein Programm als aufschaltwürdig beurteilt werden kann, dessen inhaltlich-thematische Ausrichtung bereits in anderen Must Carry-Programmen am Rande berücksichtigt wird. (vgl. Nobel / Weber, a.a.O., 2. Kapitel Rn. 168 ff.).

Gemäss Botschaft zum RTVG können für die Konkretisierung des geforderten Beitrages an den verfassungsrechtlichen Auftrag grundsätzlich die Anforderungen dienen, denen die konzessionierten Veranstalter (Art. 38 und 43 RTVG) zu genügen haben (Botschaft RTVG, a.a.O., S. 1720). Den lokal-regionalen Veranstaltern wurde in ihren Konzessionen gestützt auf Art. 41 Abs. 3 RTVV die Ausstrah-

lung von Sendungen verboten, welche dem verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag diametral zuwiderlaufen. Nicht kompatibel mit dem Leistungsauftrag sind namentlich Publikumsgewinnspiele, die ausschliesslich darauf ausgerichtet sind, Einnahmen zu generieren, und die kaum publizistischen Gehalt aufweisen, sowie pornographische Werbung, insbesondere Werbung für Mehrwertdienst-Nummern mit erotischem Inhalt und Werbung für erotische Dienstleistungen (vgl. Ausschreibung vom 4. September 2007, Ziff. 4.3.5). Gleiches gilt daher auch für Programme, welche nach Art. 60 RTVG aufgeschaltet werden sollen.

2.2.2.2.6 Beurteilung des Programms von USP TV

USP TV will mit SSF ein Spartenfernsehprogramm im Bereich des Rand- und Breitensports aufbauen und etablieren. Damit bezweckt sie, dem Sport in seiner ganzen Breite und Bedeutung (volkswirtschaftlich, gesundheits-, integrations-, präventions- und regionalpolitisch) mit einem eigenständigen Fernsehangebot Rechnung zu tragen (act. 1 Rn. 9).

Sport entfaltet über die eigentliche Aktivität hinaus viele positive Wirkungen: So trägt er nicht nur zur Gesundheit und zur Integration bei, sondern fördert auch die Leistungsfähigkeit, Prävention und Persönlichkeitsentwicklung. Damit hat der Sport eine wesentliche Bildungskomponente in physischer, psychischer, kognitiver und sozialer Hinsicht. Die im Sport gemachten Erfahrungen und erlangten Fertigkeiten sind daher unverzichtbares Element eines ganzheitlichen Erziehungs- und Bildungsprozesses. Der gesellschaftliche Nutzen und Stellenwert des Sports ist in den vergangenen Jahren stetig gestiegen, ist politisch anerkannt und wissenschaftlich nachgewiesen und wird heute allgemein als wichtiger Lebensbereich betrachtet (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision des Bundesgesetzes vom 17. März 1972 über die Förderung von Turnen und Sport, S. 2 ff., Eröffnung Vernehmlassung am 6. Juni 2008). Indem Radio und Fernsehen das Thema publizistisch aufarbeiten und darüber berichten, tragen sie demnach nicht nur zur Unterhaltung bei, sondern leisten auch einen Beitrag zur kulturellen Entfaltung und zur Bildung. Sport gehört damit unzweifelhaft zu den Themen, die wesentlich zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags im Rundfunk beitragen (vgl. so auch Verfügung des BAKOM vom 19. Dezember 2007 in Sachen Aufschaltgesuch U1 TV, Ziff. 2.2.4.2, S. 9).

Die besondere gesellschaftliche und kulturelle Bedeutung des Sports liegt vor allem in seiner Vielfalt und Vielschichtigkeit. Dies belegen einige Zahlen: Ein Viertel der Schweizer Wohnbevölkerung ist in einem der rund 22'500 Sportvereine in der Schweiz aktiv. Am meisten Vereine zählen der Turnverband (4000), der Schiesssportverband (3588), der Fussballverband (1414), Swiss Tennis (1026), Swiss Ski (inkl. Swiss Snowboard Association; 866) und Swiss Volley (656). Die höchste Anzahl an aktiven Vereinssportlern/-innen ist im Turnsport (309'154), im Fussball (225'900), im Tennis (205'415), in der Leichtathletik (131'649), im Bergsport (104'900) und im Alpinen Wintersport (Ski und Snowboard; 93'749) zu finden. Ungefähr die Hälfte der aktiv in einem Sportverein tätigen Mitglieder betreibt Wettkampfsport (vgl. Lamprecht Markus / Fischer Adrian / Stamm Hanspeter, Sport Schweiz 2008 – Das Sportverhalten der Schweizer Bevölkerung, Studie des Observatorium Sport und Bewegung Schweiz im Auftrag des Bundesamts für Sport, Mai 2008, S. 31 f.; Lamprecht Markus / Murer Kurt / Stamm Hanspeter, Probleme, Strategien und Perspektiven der Schweizer Sportvereine, Studie der Gesellschaft zur Förderung der Sportwissenschaften an der ETH Zürich, finanziert durch die Eidgenössische Sportkommission und Swiss Olympic, 2005 [Zahlen basierend auf der Erhebung von 2004]). Im Sinne des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags hat der Rundfunk – d.h. im vorliegenden Fall insbesondere die darauf verpflichteten konzessionierten Fernsehprogramme - diese thematische Breite grösstmöglich abzubilden. Ob dies zutrifft, ist in einem zweiten Schritt anhand einer summarischen Analyse der bestehenden Must Carry-Programme im angestrebten Verbreitungsgebiet von USP TV zu beurteilen.

In dem für den zugrunde liegenden Sachverhalt relevanten analogen Kabelnetz der Cablecom in der Deutschschweiz befassen sich die Programme der SRG sowie je nach Versorgungsgebiet die konzessionierten Lokalfernsehprogramme mit dem Thema Schweizer Sport.

Die SRG konzentriert sich in ihrer laufenden Sportberichterstattung vorwiegend auf die fünf „Prime-Sportarten“ Fussball, Eishockey, Tennis, Formel 1 und Skifahren. Andere Sportarten erscheinen,

wenn überhaupt, regelmässig nur zusammengefasst in Nachrichtenblöcken der Sportnews-Sendungen. Ausnahmen bilden Olympische Sommer- und Winterspiele, anlässlich welcher die SRG jeweils mit einem wesentlich breiteren Sportangebot aufwartet. Der Umfang der Berichterstattung über andere Sportarten hängt zudem oftmals vom Publikumsinteresse ab, z.B. vom Image eines nationalen Wettkampfs (z.B. Weltklasse Zürich, CSI Zürich) oder bei internationalen Wettkämpfen (WM, EM, Champions League) letztlich vom erwarteten bzw. eingetroffenen Erfolg oder Misserfolg der Schweizer Beteiligung (vgl. Die drei Säulen der SRG-Sportstrategie, in: Zahlen, Daten, Fakten SRG SSR idée suisse 2008).

Ähnlich sieht es bei der Sportberichterstattung auf lokaler Ebene aus. Eine Beschränkung der Sportberichterstattung drängt sich bei Lokal- und Regionalfernsehprogrammen zudem noch stärker als bei der SRG aus Kapazitäts-, Infrastruktur- und finanziellen Gründen auf. Eine vertiefte und kontinuierliche Berichterstattung über die publikumsattraktiven Sportarten in der Schweiz hinaus fehlt also sowohl auf national-sprachregionaler als auch auf lokal-regionaler Ebene gänzlich.

Mit SSF will USP TV diesen Aspekt des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags abdecken. Im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit als Produzentin von Sportsendungen für andere Veranstalter wie U1 TV und Star TV hat sie Sendungen aus über mehr als 30 verschiedenen Rand- und Breitensportarten produziert. Darunter fallen Sportarten, die von den bestehenden Must Carry-Programmen mit Sportberichterstattung in jüngster Zeit nur am Rande (z.B. Handball, Volleyball, Challenge League, Curling etc.) oder aber gar nicht berücksichtigt wurden (z.B. A1GP, Armbrust, Faustball, Polo, Triathlon etc.). Die aus der bisherigen Zusammenarbeit mit den einzelnen Sportverbänden und –vereinen resultierenden Kooperationsverträge sind langfristig abgeschlossen und garantieren auch eine Berichterstattung in Zukunft. Zudem ist USP TV bestrebt, das Sportangebot sukzessive zu erweitern. So ist sie zurzeit mit weiteren 30 Verbänden und Vereinen aus dem Rand- und Breitensport für eine Zusammenarbeit im Gespräch.

USP TV will sich mit SSF bewusst komplementär zum bereits bestehenden Sportprogrammangebot in der Schweiz positionieren. Gleichzeitig strebt USP TV aber auch an, die Zusammenarbeit mit der SRG und diversen Lokalfernsehveranstaltern hinsichtlich dem Rechteerwerb, der Produktion und dem Austausch von Sendematerial aufrechtzuerhalten und weiterzuführen (act. 1 Rn. 34 ff.). Dadurch besteht die Möglichkeit, dass auch die Sportberichterstattung in bestehenden Programmen vermehrt andere Sportarten aufnimmt und damit insgesamt vielfältiger wird. Die bisherige Zusammenarbeit scheint allseits als positiv empfunden zu werden. Insbesondere die SRG bekennt sich öffentlich dazu, dass die komplementäre Ausrichtung von USP TV „eine Win-win-Situation und einen Mehrwert für das sportinteressierte Schweizer Publikum“ darstellt (Interview mit Urs Leutert, Leiter Sport SF, in: Tagesanzeiger bzw. Berner Zeitung BZ vom 24. Dezember 2008).

Inhaltlich setzt USP TV auf Live- und Hintergrundberichterstattung. Den primären Programmschwerpunkt, welcher auch die Primetime (20.00-22.00 Uhr) umfassen soll, bilden Live-Produktionen von Wettkämpfen, Meisterschaftsspielen und Sportevents. Das bisherige Konzept von USP TV für Live-Übertragungen bestand u.a. darin, dass das Spiel bzw. der Sportevent von einer fachkundigen Person begleitet und mitkommentiert wurde. Dieses Konzept möchte USP TV mit SSF weiterführen. Die Expertinnen und Experten können aufgrund ihrer meist langjährigen sportlichen Tätigkeit dem Publikum aus erster Hand Hintergrundwissen zur Sportart (z.B. Regelwerk, Taktik), zu den Spielern/innen und zu den Teams vermitteln. Damit ist sichergestellt, dass die Live-Übertragungen neben ihrem unterhaltenden emotionalen Charakter auch informativ sind und zur Bildung beitragen. Daneben sollen Magazine, Zusammenfassungen, Reportagen, Talks und Portraits das vergangene Sportgeschehen aufarbeiten und jenen Sportevents Rechnung tragen, die aufgrund ihrer Ausgestaltung oder der mangelnden Resonanz nicht für Live-Produktionen geeignet sind. Feste Bestandteile des Programmkonzepts von SSF bilden das SSF-Magazin und das Outdoor-Magazin, die täglich ausgestrahlt werden (SSF-Magazin: 12.00-14.00 Uhr, Wiederholung 18.00-20.00 Uhr; Outdoor-Magazin: 8.00-10.00 Uhr; Wiederholung 16.00-18.00 Uhr) und damit eine kontinuierliche Informations- und Meinungsbildungsmöglichkeit über Rand- und Breitensport in der Schweiz garantieren.

Den Aufbau hin zu einem Breiten- und Randsport-Spartenprogramm mit täglichem Live-Sport in der Primetime (20.00 – 22.00 Uhr) will USP TV während drei Jahren in drei Phasen realisieren. Im ersten Jahr werden durchschnittlich 2-4 Stunden, im zweiten Jahr durchschnittlich 4-6 Stunden und im dritten Jahr durchschnittlich 6 und mehr Stunden Programminhalte pro Tag eigenproduziert (act. 1 Beilage 23a-c). Dieses Szenario ist durch den sukzessiven Ausbau der Kooperationen mit den Sportverbänden und -vereinen bedingt. Deshalb sind in den ersten zwei Jahren auch verschiedene Sendungsblöcke mit GameTV, eine Teleshopping-Sendung sowie am Samstagabend in der Primetime (20.00-22.00 Uhr) eine Volksmusik-Livesendung Bestandteile des wöchentlichen Programmrasters.

Diese Sendegefässe fallen jedoch für die Beurteilung nicht negativ ins Gewicht. Sowohl die Sendung GameTV, in welcher E-Sports-Spiele präsentiert und virtuelle Wettkämpfe und Meisterschaften ausgetragen werden sollen, als auch die Teleshopping-Sendung, die sich dem Angebot von Sportgeräten, Sportprodukten etc. widmen wird, leisten zwar kaum einen inhaltlichen Beitrag zur Sportberichterstattung. Immerhin sind sie aber auf das Thema ausgerichtet und damit konzeptionell in das Programm von SSF eingebettet. Anders sieht es für die geplante Volksmusiksendung am Samstagabend aus. Diese ist in Bezug auf SSF offensichtlich themen- und konzeptfremd. Das steht einer Aufschaltspflicht aber nicht zwingend entgegen. Zunächst ist nicht ausgeschlossen, dass mit Volksmusik ebenfalls ein Beitrag zum verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag geleistet wird (vgl. Urteil A-8624/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. November 2008 in Sachen Aufschaltgesuch U1 TV, Ziff. 5.5.4). Dies kann jedoch angesichts der geringen wöchentlichen Sendedauer von bloss zwei Stunden offen gelassen werden. Sobald zusätzliche Kooperationen mit Verbänden und Vereinen vorliegen und entsprechend mehr Live-Übertragungen möglich sind, wird der Volksmusikblock zudem gänzlich ersetzt und GameTV auf ein Minimum reduziert. Im Unterschied dazu wird die Teleshopping-Sendung auch im Vollausbau Bestandteil des Programms sein. Sie beschränkt sich aber auf täglich maximal vier Stunden und wird jeweils von 10.00-12.00 bzw. 14.00-16.00 Uhr und damit nicht in der Primetime erfolgen. USP TV versichert überdies ausdrücklich, dass GameTV und die Teleshopping-Sendung nicht über kostenpflichtige Mehrwertdienstnummern abgewickelt werden (act. 1 Rn. 25). Alle drei Sendegefässe bilden damit eher untergeordnete Programmbestandteile, welche dem verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag mindestens nicht diametral zuwiderlaufen.

Insgesamt kommt USP TV mit der inhaltlich-thematischen Ausrichtung von SSF auf den Rand- und Breitensport einem zentralen Anliegen des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags nach, welches bislang vom bestehenden Must Carry-Angebot nicht bzw. nur marginal abgedeckt wurde. Insofern erweist sich das Konzept von SSF als effektive Ergänzung und trägt deshalb im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags bei.

2.2.2.2.7. Finanzierbarkeit

Gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. b RTVG müssen Bewerber im Rahmen eines Konzessionierungsverfahrens in den Bewerbungsunterlagen glaubhaft darlegen, dass sie die erforderlichen Investitionen und den Betrieb des zu konzessionierenden Rundfunkprogramms finanzieren können. Dieses Kriterium ist auch im Verfahren um Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung zu erfüllen, denn davon hängt ab, ob das Programmversprechen (Output) effektiv realisierbar ist. Wird das Gesuch nämlich gutgeheissen, erhält das Programm den Must Carry-Status und muss von der durch die Verfügung verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin über Leitungen verbreitet werden. Mit dieser Konsequenz lässt sich ein allfällig positiver Entscheid nicht vertreten, ohne die finanzielle Realisierbarkeit des Programms zumindest in den Grundzügen geprüft zu haben.

Die Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass sich verlässliche Angaben betreffend die Finanzierbarkeit eines Rundfunkprojekts im Vorfeld der Sendetätigkeit nicht mit letzter Sicherheit machen lassen. Ein finanzielles Risiko besteht letztlich immer. Dieses hat der Veranstalter zu tragen. Es kann deshalb bei der Beurteilung der Finanzierbarkeit nur darum gehen, zu prüfen, ob die finanziellen Erwartungen im Gesuch korrekt dargestellt sind.

Dies ist vorliegend der Fall. Die von USP TV für SSF im Businessplan eingereichten Zahlen scheinen ausgabe- und einnahmeseitig realistisch. Es finden sich darin keine Anzeichen, welche darauf schliessen lassen würden, die im Zusammenhang mit dem Programm budgetierten Aufwendungen liessen sich nicht erbringen. Die Cablecom bestreitet die Finanzierbarkeit von SSF denn auch nicht. Die Finanzierbarkeit ist damit glaubhaft dargelegt.

2.2.2.3. Zweite Voraussetzung: Zumutbarkeit der Verbreitung

2.2.2.3.1. Stellungnahme USP TV

(...)

2.2.2.3.2. Stellungnahme Cablecom

(...)

2.2.2.3.3. Verfügbare Übertragungskapazitäten

Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 59 Abs. 3 und Art. 60 Abs. 2 RTVG die Höchstzahl der über Leitungen zu verbreitenden Programme festgelegt. Für die analoge Verbreitung umfasst diese 25 Fernsehprogramme (Art. 53 Bst. c RTVV). Es handelt sich dabei um eine Maximalgrenze, die einerseits Planungssicherheit für die Fernmeldediensteanbieterin schafft, andererseits aber auch Entwicklungsspielraum für die Verbreitung neuer Angebote belässt. Solange diese Kapazität nicht ausgereizt wird, kann die Fernmeldediensteanbieterin die freien Frequenzplätze anderweitig verwenden (vgl. Erläuternder Bericht vom 9. März 2007 zur total revidierten Radio- und Fernsehverordnung [RTVV], S. 30).

Das analoge Fernsehangebot der Cablecom in der Deutschschweiz umfasst unter Berücksichtigung der Neukonzessionierung von 2008 heute je nach Region zwischen 35 und 39 Programme. Davon sind mit Ausnahme der Gebiete, die zudem das Programmfenster von Tele Top erhalten werden, 16 Must Carry-Programme. Den Rest der Programme verbreitet die Cablecom als frei im Markt auftretende Fernmeldediensteanbieterin. Im gesamten Netz in der Deutschschweiz ist die analoge Kabelnetzkapazität mit dieser Belegung ausgeschöpft. Dies belegen die von der Cablecom beigebrachten Sendernetzpläne glaubwürdig. Faktisch bestehen zurzeit somit keine verfügbaren Übertragungskapazitäten im analogen Kabelnetz der Cablecom in der Deutschschweiz.

Das Fehlen freier Kapazität ist jedoch gerade kein Argument für die Unzumutbarkeit der Aufschaltung. Solange die Limite von 25 zu verbreitenden Fernsehprogrammen noch nicht erreicht ist, hat die Fernmeldediensteanbieterin gegebenenfalls ein bisher verbreitetes Programm aus ihrem Angebot zu entfernen, um Platz für die Verbreitung eines neuen aufschaltwürdigen Programms zu schaffen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1720). Dies ist der Cablecom jedoch spätestens seit dem Inkrafttreten der neuen

Rundfunkgesetzgebung bewusst. Immerhin hat namentlich sie sich im Rahmen der Debatte um die Festlegung der Höchstzahl der zugangsberechtigten Programme aktiv beteiligt und schliesslich vorgeschlagen, diese im analogen Fernsehbereich auf 25 festzulegen (vgl. Medienmitteilung der Cablecom vom 29. Januar 2007, act. 1 Beilage 48). Mit einer Aufschaltverpflichtung musste sie folglich jederzeit rechnen. Das BAKOM ist sich überdies der Tragweite von Art. 60 Abs. 1 RTVG bewusst und nimmt die Aufschaltwürdigkeit von Programmen nicht leichthin an. Dies belegen die bisher gestützt auf Art. 47 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (aRTVG) bzw. Art. 60 Abs. 1 RTVG ergangenen Aufschaltentscheide. Es handelt sich bei SSF um das erste Programm, welches im Rahmen eines Aufschaltverfahrens als aufschaltwürdig beurteilt wird.

2.2.2.3.4. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Bei der Beurteilung der (Un-)Zumutbarkeit der Aufschaltung ist zweitens die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Dabei gilt es insbesondere zu prüfen, inwiefern eine derartige Verpflichtung die Fernmeldedienstanbieterin finanziell belastet.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Cablecom ist unbestritten. Der Umsatz konnte in den letzten Jahren stetig erhöht werden und durchbrach 2007 zum ersten Mal die Milliardengrenze (vgl. Medienmitteilung der Cablecom vom 27. Februar 2008, act. 1 Beilage 47). Das kontinuierliche Wachstum setzte sich auch 2008 fort. In den ersten drei Quartalen fiel der Umsatz im Vorjahresvergleich stets höher aus (vgl. Medienmitteilungen von Cablecom vom 7. August 2008 bzw. 6. November 2008 [act. 7 Beilage 56) und wird wohl zusammen mit dem Ergebnis des 4. Quartals erneut zu einem Rekordumsatz führen.

(...) Je nach Erfolg von SSF könnte die Cablecom von dessen Aufschaltung sogar profitieren. So oder anders führt die Aufschaltung von SSF bei der Cablecom aber aus wirtschaftlicher Sicht nicht zu untragbaren finanziellen Belastungen und ist ihr deshalb unzweifelhaft zumutbar.

2.2.2.4. Schlussfolgerung

Das Gesuch der USP TV wird gutgeheissen. Die Cablecom wird gestützt auf Art. 60 Abs. 1 RTVG verpflichtet, SSF per 1. Juli 2009 im analogen Kabelnetz in der Deutschschweiz aufzuschalten und für die Dauer von drei Jahren zu verbreiten.

2.2.2.5. Auflagen

2.2.2.5.1. Stellungnahme Cablecom

(...)

2.2.2.5.2. Stellungnahme USP TV

(...)

2.2.2.5.3. Auflagen im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 RTVG

Ergibt die Prüfung im Rahmen des Aufschaltverfahrens nach Art. 60 Abs. 1 RTVG, dass ein Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt, wird die vom Gesuch betroffene Fernmeldedienstanbieterin verpflichtet, das entsprechende Programm für eine bestimmte Dauer in ihren Kabelnetzen zu verbreiten. Die Beurteilung der Aufschaltwürdigkeit des Programms erfolgt in der Regel einzig gestützt auf die im Gesuch gemachten Ausführungen – ein bereits umgesetztes Programmkonzept existiert im Zeitpunkt der Beurteilung oftmals noch nicht.

Um dem Sinn und Zweck von Art. 60 Abs. 1 RTVG – verfassungsrechtlich wertvolle Rundfunkprogramme einem breiten Publikum zugänglich zu machen und damit zur publizistischen Grundversorgung in der Schweiz beizutragen – zu entsprechen und gleichzeitig die Aufschaltverpflichtung gegenüber der Fernmeldedienstanbieterin zu rechtfertigen, ist es unabdingbar, dass Inhalt und Konzept des Programms, welche für den positiven Aufschaltentscheid ausschlaggebend waren, auch effektiv umgesetzt werden und für die Zeit der Aufschaltverpflichtung Bestand haben. Verändert sich beispiels-

weise der Programminhalt entscheidend oder fällt gar das gesamte ursprüngliche Programmkonzept weg, wird gleichsam der Grund für die Aufschaltverpflichtung hinfällig und das Programm müsste erneut auf seine Aufschaltwürdigkeit hin überprüft werden. Dies spielt insbesondere bei Spartenprogrammen eine wesentliche Rolle, deren besonderer Beitrag zum verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag gerade ein inhaltlich sehr spezifischer ist. Anders als bei Programmen, die gestützt auf Art. 59 Abs. 1 RTVG aufzuschalten sind, kann die Kontinuität und der Inhalt des Programms nicht in einer Konzession sichergestellt, sondern muss im Aufschaltentscheid selbst mittels Auflagen vorgenommen werden.

Auflagen sind Nebenbestimmungen einer Verfügung und somit grundsätzlich dem allgemeinen Legalitätsprinzip unterworfen. Auflagen können aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage erlassen werden, wenn sie dem mit der Hauptanordnung verfolgten gesetzlichen Zweck dienen und verhältnismässig sind. Zulässig sind sie insbesondere dann, wenn die durch die begünstigende Verfügung zugestandenen Rechte aufgrund des Gesetzes überhaupt verweigert werden könnten (vgl. Häfelin Ulrich / Müller Georg / Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, Rn. 918 ff.; Tschannen Pierre / Zimmerli Ulrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 28 Rn. 94).

Auch wenn das RTVG den Erlass von Auflagen nicht explizit erwähnt, müssen solche trotzdem möglich sein. Wäre dem nicht so, könnte beispielsweise ein Programm nicht aufgeschaltet werden, dessen Aufschaltwürdigkeit einzig daran scheitert, dass eine im Gesuch geplante Sendung dem verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag diametral zuwiderläuft. Solange eine Auflage also dem mit Art. 60 Abs. 1 RTVG verfolgten Zweck dient, ist sie unter Vorbehalt ihrer Verhältnismässigkeit grundsätzlich auch ohne explizite gesetzliche Grundlage zulässig.

Das vorliegend zu beurteilende Gesuch weist einen hohen Detaillierungsgrad auf. USP TV auferlegt sich darin bereits weitgehende Verpflichtungen im Hinblick auf die Gewährleistung des besonderen Beitrags zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags. Insbesondere verpflichtet sie sich dazu,

- keine Sendungen auszustrahlen, die über kostenpflichtige Mehrwertdienstnummern abgewickelt werden (act. 1 Rn. 25 und act. 7 Rn. 9);
- keine erotische oder redaktionelle Werbung auszustrahlen (act. 7 Rn. 10);
- die Teleshopping-Sendung auf täglich maximal 4 Stunden zu beschränken und nicht in der Primetime (20.00-22.00 Uhr) auszustrahlen. Gemäss dem geplanten Programmraaster für die vorliegend relevanten ersten drei Sendejahre werden die Teleshopping-Blöcke von Montag bis Samstag jeweils zwischen 10.00 und 12.00 Uhr bzw. 14.00 und 16.00 Uhr erfolgen (act. 1 Beilagen 23 a-c und act. 7 Rn. 12 f.);
- den zwecks Refinanzierung der Sportproduktionen geplanten „Sendeplatz-Share“ zurückhaltend anzubieten und ausschliesslich mit Partnern zu kooperieren, deren Sendungen dem verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag nicht zuwiderlaufen und mit der inhaltlich-thematischen Grundausrichtung von SSF vereinbar sind (act. 1 Beilagen 23 a-c und act. 7 Rn. 14). Einzige Ausnahme bildet der konzeptfremde Volksmusikblock, welcher jedoch kein dauerhafter Programmbestandteil sein wird (vgl. Ziff. 2.2.2.2 S. 10); und
- das von ihr etablierte Qualitätssicherungssystem basierend auf einem Leitbild und einem Redaktionsstatut anzuwenden und einzuhalten (act. 1 Beilagen 40, 43 und 44).

Mit diesen Selbstverpflichtungen entspricht USP TV den von Cablecom in ihrer Stellungnahme gemachten Eventualbegehren a bis c vollumfänglich. Da USP TV insbesondere betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung auf die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben verpflichtet wird, erübrigt sich der Erlass entsprechender Auflagen im Aufschaltentscheid.

Durch das Gesuch und die ergänzenden Unterlagen von USP TV nicht oder nur teilweise abgedeckt sind einzig die Eventualbegehren d und e. Weder die von der Cablecom beantragte vorgängige Genehmigung für „Sendeplatz-Shares“ durch das BAKOM noch die unabhängige redaktionelle Qualitätssicherung sind jedoch erforderlich. Da für die Beurteilung der Aufschaltwürdigkeit eines Programms i.S.v. Art. 60 Abs. 1 RTVG einzig dessen Output massgebend ist, kann das BAKOM die Umsetzung bzw. Einhaltung des verpflichtenden Programmkonzepts ständig im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtstätigkeit durch Visionierung von SSF überprüfen. Gestützt auf Art. 16 ff. RTVG unterliegt USP TV ferner der Melde-, Auskunft-, Berichterstattungs- und Aufzeichnungspflicht. Sie hat dem BAKOM danach u.a. jährlich bis Ende April einen Jahresbericht des Vorjahres einzureichen, welcher insbesondere Angaben zum Programminhalt, zur programmlichen Zusammenarbeit mit Dritten, zum Geschäftsverlauf und zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und Auflagen enthalten muss (Art. 27 Abs. 3 und 7 RTVV). Ergibt sich aufgrund der Visionierung des Programms oder der Prüfung der jährlichen Berichterstattung, dass USP TV die vorgegebenen Leistungen nicht oder nicht mehr erbringt bzw. sich SSF nicht im angekündigten Rahmen entwickelt, kann das BAKOM ihr das Recht vor Ablauf der verfügbaren Dauer entziehen (Art. 60 Abs. 3 RTVG).

2.2.2.6 Schlussfolgerung

Die Eventualbegehren a bis e der Cablecom auf Erlass von Auflagen werden abgewiesen. USP TV wird insbesondere betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung von SSF auf die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben verpflichtet.

3. Kosten

(...)

Die Erhebung von Verwaltungsgebühren im Radio- und Fernsehbereich ist spezialgesetzlich vorgesehen. Das BAKOM erhebt insbesondere Verwaltungsgebühren für den Erlass von Verfügungen (Art. 100 Abs. 1 Bst. c RTVG). Gemäss Art. 78 Abs. 1 RTVV bemisst sich die erhobene Verwaltungsgebühr nach Zeitaufwand. Es gilt ein Stundenansatz von 260 Franken (Art. 78 Abs. 2 RTVV).

Spezialgesetzlich geregelt sind damit nur die Erhebungs- und die Bemessungsgrundlage. Zur Kostenverlegung in erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren finden sich weder Bestimmungen im RTVG noch im VwVG. Seit dem 1. Januar 2005 gilt indes die vom Bundesrat gestützt auf Art. 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG) erlassene Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV), welche insbesondere die Gebührenerhebung der Bundesverwaltung für erstinstanzliche Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG in grundlegender Weise regelt (vgl. Botschaft zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt EP 03 vom 2. Juli 2003, in: BBl 2003 5615 S. 5762). Art. 2 AllgGebV regelt die Gebührenpflicht. Danach hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Abs. 1). Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst, so haften sie für die Gebühr solidarisch (Abs. 2).

Die Kostenverlegung folgt demnach dem Verursacherprinzip (vgl. Tschannen / Zimmerli, a.a.O., § 54 Rn 25 ff.). Das Verursacherprinzip ist jedoch als Kriterium für die Kostenverlegung zu wenig definiert, weshalb sich in der Anwendung in der Regel mehrere Lösungsmöglichkeiten ergeben. Dies zeigt insbesondere auch die Anwendung im Rahmen von Aufschaltverfahren gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG: Ist diesfalls das Gesetz Verursacher, da es die Einreichung eines Gesuchs um Zugang bzw. Aufschaltung ermöglicht? Oder ist regelmässig die Gesuchstellerin Verursacherin, da sie das Verfahren durch Einreichung des Gesuchs auslöst? Schliesslich könnte auch die Gesuchsbetroffene durch ihre Weigerung, das Programm aufzuschalten, Verursacherin des Verfahrens sein. Zwecks Justiziabilität bedarf das Verursacherprinzip deshalb einer Konkretisierung. Als solche hat das Bundesgericht das Unterliegerprinzip anerkannt (vgl. Braunschweig Thomas, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung –

Übersicht über die Neuordnung, in: LeGes 2005/2, S. 18 f. mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Dem Unterliegerprinzip folgend hat die unterliegende Partei die Verwaltungsgebühren zu bezahlen. Der Umstand des Unterliegens zeigt, dass sie durch ihr Verhalten das Verfahren verursacht und daher die Kostenfolge zu tragen hat. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen prozessualen Grundsatz, welcher auch auf erstinstanzliche nichtstreitige Verfahren anwendbar ist (vgl. BGE 132 II 47 ff., E. 3.3).

(...) Durch die Gutheissung des Gesuchs unterliegt die Cablecom im Verfahren und hat damit im Sinne des Vorstehenden auch die Verfahrenskosten zu tragen. Diese betragen (...) Franken (...).

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Das Gesuch der United Sport Production USP TV AG um Zugang nach Art. 60 RTVG wird gutgeheissen.
2. Die Cablecom GmbH wird gestützt auf Art. 60 Abs. 1 RTVG verpflichtet, das Programm Schweizer Sportfernsehen SSF per 1. Juli 2009 im analogen Kabelnetz in der Deutschschweiz aufzuschalten und für die Dauer von drei Jahren zu verbreiten.
3. Die Eventualbegehren der Cablecom GmbH auf Erlass von Auflagen werden abgewiesen.
4. Die United Sport Production USP TV AG wird insbesondere betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung des Schweizer Sportfernsehens SSF auf die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben verpflichtet.
5. Die Verfahrenskosten werden (...) der Cablecom GmbH auferlegt.
6. Diese Verfügung wird der Rechtsvertreterin der United Sport Production USP TV 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 Beschwerde 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.