Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6043/2007
{T 0/2}

Urteil vom 8. Oktober 2007

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richter Christoph Bandli,
Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

A._____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lorenz Baumann,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM),
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufschaltungsverpflichtung (vorsorgliche Massnahmen).

Sachverhalt:

A.
Die B._____ AG (nachfolgend B._____) betreibt einen privaten Fernsehsender. Im März 2003 schloss sie mit der A._____ GmbH (nachfolgend A._____) einen Vertrag ab. Danach verpflichtete sich A._____, das Programm von B._____ auf ihren Netzen analog zu verbreiten. Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 kündigte die A._____ den Verbreitungsvertrag mit der B._____ und teilte ihr mit, dass sie die analoge Verbreitung per 31. August 2007 in ihren Netzen einstellen werde.

B.
Am 6. Juli 2007 stellte die B._____ beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Gesuch um Zugangsverpflichtung gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Die A._____ sei gestützt darauf zu verpflichten, das Programm von B._____ auf dem analogen Netz und dem bisherigen Kanal zu verbreiten. Eventualiter sei A._____ im Sinne von Art. 60 RTVG zu verpflichten, ihr Programm für eine Dauer von einstweilen drei Jahren auf dem analogen Netz zu verbreiten. Dies auf einem Kanal, welcher den schweizerischen Veranstalter und das besondere Interesse an einem Schweizer Programm mit ausgebauter Sportberichterstattung gebührend berücksichtige. Gleichzeitig ersuchte die B._____ das BAKOM um den Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit dem Inhalt, A._____ sei zu verpflichten, das Programm von B._____ für die Dauer des Verfahrens auf dem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal weiterhin zu verbreiten.

C.
Das BAKOM forderte die B._____ mit Schreiben vom 23. Juli 2007 auf, weitere Angaben zum neben dem Sportfernsehen geplanten Programm zu machen. Die B._____ legte darauf hin am 2. August 2007 ein neues Programmkonzept vor, welches sie in den letzten Monaten erarbeitet hatte.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 27. August 2007 hiess das BAKOM das Gesuch der B._____ um vorsorgliche Massnahmen gut. Die A._____ wurde angewiesen, das Programm der B._____ auf ihrem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal auch nach dem 31. Au-

gust 2007, bis zum Erlass des Hauptentscheides, zu verbreiten. Die B._____ wurde sodann verpflichtet, der A._____ für die vorsorglich angeordnete Verbreitung ein Entgelt pro rata zu entrichten. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Den Entscheid begründete das BAKOM damit, dass die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kaum wieder gutzumachende Nachteile für die Gesuchstellerin zur Folge hätte. Eine auch nur vorübergehende Abschaltung stelle für die B._____ eine Existenzbedrohung dar. Der A._____ würde zwar auch ein Nachteil erwachsen, indem sie den Kanal nicht nutzen könne, doch wiege dieser wesentlich weniger schwer.

E.

Mit Eingabe vom 11. September 2007 erhebt die A._____ (Beschwerdeführerin) gegen die Zwischenverfügung des BAKOM vom 27. August 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt sie, die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich abzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei die von der Vorinstanz in der Verfügung vom 27. August 2007 entzogene aufschiebende Wirkung unverzüglich wieder herzustellen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sei im Aufschaltungsverfahren nicht zulässig. Weiter habe das BAKOM Rechtsgüter rechts- und ermessensfehlerhaft gegeneinander abgewogen. Bei seiner Erfolgsprognose habe es sich hauptsächlich auf ein Programm abgestützt, das heute überhaupt noch nicht in dieser Form ausgestrahlt werde. Die Dringlichkeit werde bejaht, obschon die B._____ bereits seit Februar 2007 die Möglichkeit gehabt habe zu handeln. Betreffend des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gelte es festzuhalten, dass B._____ eine Einschaltquote von lediglich 0,3% aufweise. Zudem bestehe die Existenzbedrohung aufgrund der negativen Einschätzung bezüglich des bisherigen Programmes bereits heute. Es gehe nicht an, dass das BAKOM das gewichtige Projekt der Beschwerdeführerin, nämlich die sukzessive Einführung des digitalisierten Fernsehens, als weniger gewichtig einschätze als das den Anforderungen für eine Aufschaltverpflichtung nicht genügende Programm der B._____.

F.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 13. September 2007 den Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschie-

bende Wirkung sei unverzüglich wieder herzustellen, abgewiesen. Gleichzeitig wurden die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz eingeladen, zu den übrigen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

G.
Die B._____ (Beschwerdegegnerin) hat mit Schreiben vom 17. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht ein Gesuch um Fristerstreckung bis 28. September gestellt. Die Frist wurde in teilweiser Gutheissung des Gesuchs bis 24. September 2007 erstreckt.

H.
Das BAKOM (Vorinstanz) verweist in seiner Stellungnahme vom 18. September 2007 grundsätzlich auf die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 27. August 2007. Die Beschwerdeführerin erwähne mehrmals, die Vorinstanz habe entgegen der eigenen ungünstigen Hauptsachenprognose vorsorgliche Massnahmen angeordnet. Dies sei unzutreffend. Sie habe die Hauptsachenprognose ausdrücklich offen gelassen und auf die Würdigung des Programms im Hauptentscheid verwiesen. Im Zusammenhang mit der Frage der Dringlichkeit und dem nicht wieder gutzumachenden Nachteil werfe die Beschwerdeführerin überdies Fragen auf, die Gegenstand des Haupt- und nicht des vorliegenden Verfahrens bildeten. Bei der Interessenabwägung habe sie zudem durchaus berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin für die weitere Planung des digitalisierten Fernsehens auf Sicherheit angewiesen sei. Die Abschaltung des Senders und eine allenfalls umgehende Wiederaufschaltung, könne aber kaum in ihrem Sinn sein, befinde sie sich doch eigenen Angaben zufolge in einer "momentan schwierige Kommunikationslage".

I.
In ihrer Stellungnahme vom 24. September 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. In ihrer Begründung verweist sie hauptsächlich auf ihr Gesuch vom 6. Juli 2007 sowie die Ausführungen der Vorinstanz. Sie hält noch ein Mal ausdrücklich fest, dass eine Abschaltung des Senders eine existentielle Bedrohung für sie darstelle. Die Beschwerdeführerin habe hingegen erst für Dezember 2007 bzw. das neue Jahr die Lancierung von HDTV angekündigt, womit genügend Zeit verbleibe, den Hauptentscheid in der Sache abzuwarten.

J.
Die Beschwerdeführerin macht mit Eingabe vom 2. Oktober 2007 einige Bemerkungen zur Umsetzung ihres Digitalangebots.

K.
Auf weitere Sachverhaltselemente und Vorbringen der Beteiligten wird, soweit entscheidwesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die in der Hauptsache funktionell und sachlich zuständige Behörde. Werden die vorsorglichen Massnahmen selber angefochten, bilden diese den Streitgegenstand und die Zuständigkeit zum Erlass allfälliger weiterer Massnahmen geht auf die Rechtsmittelinstanz über (vgl. ISABELLE HÄNER, Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren. Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 116/1997 II, S. 368 Rz. 149). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit Bezug auf die Hauptsache ist vorliegend zu bejahen (vgl. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Damit ist es auch zuständig, über die Beschwerde betreffend vorsorgliche Massnahmen zu befinden, zumal die Voraussetzung gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zur selbständigen Anfechtung einer Zwischenverfügung erfüllt ist.

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

1.2 Damit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, müssen auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sein. Die Beschwerdeführerin hat ihre Eingabe (Übergabe an die Post am 11. September 2007) innerhalb der 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG

eingereicht. Die Beschwerdeführung ist zudem formgerecht erfolgt (Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) bzw. Art. 29 VwVG. Die Vorinstanz habe verfügt, ohne ihr die Aufforderung vom 23. Juli 2007 an die Beschwerdegegnerin, weitere Informationen zum Programm zu machen, noch die diesbezügliche Antwort vom 2. August 2007 zur Kenntnis zu bringen, verfügt. Dies obschon sie sich, insbesondere bezüglich der Frage der Entscheidprognose in der Hauptsache, in wesentlichen Punkten auf ebendiese Informationen gestützt habe. Die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt ihrer eigenen Stellungnahme keine Kenntnis von der geplanten Programmänderung der Beschwerdegegnerin gehabt. Mit der fehlenden Möglichkeit zu wesentlichen Sachverhaltselementen der angefochtenen Verfügung Stellung nehmen zu können, sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Dieser Mangel sei nicht heilbar.

3.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, der erwähnte Schriftenwechsel sei im Hinblick auf den Hauptentscheid erfolgt und die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin habe keinerlei Einfluss auf das Ergebnis der Zwischenverfügung gehabt. Die Instruktion zum Hauptentscheid sei bereits im Gange und die Stellungnahmen der beiden Parteien würden zu gegebener Zeit zum rechtlichen Gehör unterbreitet werden.

3.2 Das rechtliche Gehör umfasst die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidfindung. In diesem Sinne dient es einerseits der Sachabklärung, stellt andererseits aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (vgl. BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 121 V 150 E. 4a; vgl. ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 292 ff.). Für das Verwaltungsverfahren wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Dazu gehören insbesondere Garantien bezüglich Beweisverfahren, Begründungspflicht der Behörden und Akteneinsicht. Darin enthalten ist ebenfalls das Recht, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor Erlass einer Verfügung äussern zu können (Art. 30 VwVG) und von der Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten. Es geht im Wesentlichen um eine Garantie der Fairness innerhalb eines Verfahrens oder Prozesses (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 509 ff.).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Sofern der Mangel nicht geheilt werden kann, hat die Verletzung die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zur Folge (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 I 19 E. 2b, BGE 124 V 180 E. 4a).

Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwer wiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 V 132 E. 2b; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 131).

3.3 Dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist demnach dann Genüge getan, wenn der Betroffene vor Erlass der Verfügung über alle wesentlichen Punkte informiert und dazu angehört wird. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, sich zu den Anträgen der Beschwerdegegnerin vom 6. Juli 2007 im Verfahren vor der Vorinstanz zu äussern. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin sind der Ansicht, dass hinsichtlich des Antrags um vorsorgliche Massnahmen, der Beschwerdeführerin alle wesentlichen Informationen vorlagen. Im Schreiben vom 2. August 2007 hat die Beschwerdegegnerin auf Aufforderung der Vorinstanz hin weitere Angaben zur Programmgestaltung gemacht. Diese sind, wie richtigerweise von der Vorinstanz geltend gemacht, relevant für den Sachentscheid und nicht bereits bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Beim Entscheid über die Gewährung vorsorglicher Massnahmen muss die Behörde prima vista aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage entscheiden. Wie sich der Zwischenverfügung entnehmen lässt, hat sich die Vorinstanz bei der Beurteilung hauptsächlich auf die Lancierung des neuen Sportmoduls

abgestütz. Allerdings hat sie auch bemerkt, dass ein zwei- bis dreistündiges Sportprogramm noch nicht für eine Aufschaltverpflichtung genüge. Aufgrund der weiteren Sendungen kommt sie jedoch zum Schluss, dass beim derzeitigen Programm eine gewisse Vielfalt und ein enger Bezug zur Schweiz durchaus vorhanden sei. Bei diesem Stand der Dinge kann nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe sich im Rahmen des Massnahmeverfahrens nicht ausreichend einbringen können oder es seien ihr wichtige Punkte, die zur Anordnung der vorsorglichen Massnahme geführt haben, nicht oder verspätet mitgeteilt worden. Doch selbst wenn dies für das Verfahren vor dem BAKOM zutreffen sollte, ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Gelegenheit erhalten und wahrgenommen hat, sich ausführlich – insbesondere auch zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 2. August 2007 – zu äussern. Eine allfällige Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre damit im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, dem eine umfassende Kognition zukommt (vgl. oben E. 2), geheilt.

4. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe ohne gesetzliche Grundlage vorsorgliche Massnahmen angeordnet. Das VwVG sehe keine Regelung über den Erlass vorsorglicher Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren vor. Dagegen sehe das RTVG in Art. 59 Abs. 4 die ausdrückliche Anordnung einer vorsorglichen Massnahme vor (sofortige Aufschaltung im Falle einer Weigerung). Die Artikel 59 und 60 RTVG seien als Einheit zu lesen und bildeten ein integrales System von Aufschaltungsverpflichtungen. Aus diesem Grund sei das Fehlen einer Bestimmung über vorsorgliche Massnahmen in Art. 60 RTVG vom Gesetzgeber gewollt. Damit sei die Vorinstanz nicht berechtigt gewesen, im Rahmen dieser Bestimmung vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.

4.1 Die Vorinstanz führt dagegen aus, vorsorgliche Massnahmen könnten auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren aufgrund des Gebots der Durchsetzung des materiellen Rechts getroffen werden. Die Erwähnung vorsorglicher Massnahmen in Art. 59 Abs. 4 RTVG habe rein deklaratorischen Charakter und verdeutliche vor allem, dass das Bundesamt auch von Amtes wegen und ohne Gesuch vorsorglich die Aufschaltung verfügen könne. Hätte der Gesetzgeber mit der Erwähnung dieser Möglichkeit gleichzeitig ausschliessen wollen, dass im Rahmen von Aufschaltungsverfahren nach Art. 60 RTVG keine vor-

sorglichen Massnahmen angeordnet werden dürfen, hätte er diese Abkehr von den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen in der Botschaft erläutern müssen. Entsprechende Ausführungen fehlten allerdings.

4.2 Dass die ausdrückliche Nennung vorsorglicher Massnahmen in Art. 59 Abs. 4 RTVG bedeute, die Anordnung derselben sei im Verfahren gemäss Art. 60 RTVG ausgeschlossen, kann nicht gesagt werden. Denn einerseits gilt es zu beachten, dass es sich bei der vorsorglichen Massnahme in Art. 59 Abs. 4 RTVG um eine Anordnung handelt, die das Bundesamt ohne Gesuch mit sofortiger Wirkung verfügen kann. Es handelt sich dabei um ein aktives Eingreifen, das die Verbreitungspflicht durchsetzbar machen soll. Wie von der Vorinstanz richtig festgehalten wurde, finden sich andererseits weder in der Botschaft (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio- und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569 ff., S. 1719 ff.) noch in den parlamentarischen Beratungen Hinweise darauf, dass man vorsorgliche Massnahmen im Rahmen von Art. 60 RTVG ausschliessen wollte. Ausserdem ist vorsorgliches Handeln in der Regel auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zulässig, selbst wenn denkbar ist, dass das Gesetz im Einzelfall eine abschliessende Regelung enthält (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 336).

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. Weil jedoch das materielle Recht die Grundlage für Inhalt und Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme bildet, sind vorsorgliche Massnahmen auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren zu ergreifen, obwohl es im VwVG diesbezüglich an einer ausdrücklichen Regelung fehlt (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 333; vgl. auch THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 2 zu Art. 27). Wird auf der einen Seite die Durchsetzung des Gesetzes unter Umständen überhaupt vereitelt und ist die Wirksamkeit des Endentscheides in Gefahr oder erträgt das Gesetz selber keinen Aufschub, erfolgt die Ermächtigung, sofort zu handeln, aus dem Gesetz selbst. Es liegt regelmässig nicht im Sinn und Zweck der anwendbaren Norm, unter solchen Umständen zuzuwarten, bis das Verfahren durchlaufen ist (HÄNER, a.a.O., S. 314 Rz. 74).

5. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme und der damit verbundenen Aufschaltungsverpflichtung zulasten der Beschwerdeführerin verfügt hat. Dem Bundesverwaltungsgericht steht diesbezüglich – entsprechend seiner Kognition – auch eine Angemessenheitsprüfung zu (Art. 49 Bst. c VwVG). Insgesamt 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.

Die Beschwerdeführerin rügt, für den Erlass der nachgesuchten vorsorglichen Massnahme habe es an ebendiesen Voraussetzungen gefehlt.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, bereits die erforderliche Dringlichkeit sei vorliegend nicht gegeben, da die Beschwerdegegnerin seit Ende Februar 2007 von der Vertragsauflösung Kenntnis habe. Sie habe sich selbst in diese missliche Lage gebracht, indem sie neue Vertragsverhandlungen über eine digitale Verbreitung ablehnte.

Bei der zeitlichen Dringlichkeit kommt es darauf an, ob mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis das Verfahren durchlaufen ist (HÄNER, a.a.O., S. 341 Rz. 111). Der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin endete auf den 30. August 2007. Die Beschwerdeführerin kündigte sodann an, dass sie die analoge Verbreitung des Programms per 31. August 2007 in ihren Netzen einstellen werde. Da zwischen der Einreichung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin am 6. Juli 2007 und der Abschaltung nur wenige Wochen lagen und ein Entscheid in der Hauptsache nicht innert dieser Frist gefällt werden konnte, ging die Vorinstanz richtigerweise davon aus, dass Dringlichkeit vorlag. Das Zuwarten mit der Einreichung des Gesuches kann der Beschwerdegegnerin angesichts der mit der Beschwerdeführerin geführten Vertragsverhandlungen ebenso wenig vorgeworfen werden wie deren Scheitern.

5.2 Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen. Die Beschwerdeführerin argumentiert in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz sei

insgesamt zum Schluss gekommen, dass das Programm der Beschwerdegegnerin kaum einen Beitrag zur Erfüllung des verfassungsmässigen Auftrages leisten könne. Und dennoch habe sie die vorsorgliche Massnahme angeordnet. Das derzeitige Programm erfülle in keiner Weise die Voraussetzungen von Art. 60 RTVG. Ausserdem lasse sich gestützt auf die Akten bereits zum jetzigen Zeitpunkt beurteilen, dass das von der Beschwerdegegnerin geplante Programm nicht finanzierbar sei.

5.2.1 Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass das neue Programm nicht finanzierbar sei. Das präzisierte Gesamtprogramm erfülle durchaus die Voraussetzungen einer Aufschaltungsverpflichtung. Die Umsetzung sei weit fortgeschritten und mit dem neuen Modul Schweizer Sport Fernsehen (SSF) könne man im Oktober auf Sendung gehen.

5.2.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Hauptsachenprognose ausdrücklich offen gelassen und auf die Würdigung des Gesamtprogramms im noch zu treffenden Hauptentscheid verwiesen. Wie der Zwischenverfügung zu entnehmen ist, kam das BAKOM im Rahmen der summarischen Prüfung zum Schluss, dass dem Programm der Beschwerdegegnerin zwar eine gewisse Vielfalt und ein enger Bezug zur Schweiz nicht abgesprochen werden könne. Eine definitive Beurteilung erfolge allerdings anhand der gesamten Programmpallette und im Rahmen einer vertieften Prüfung (im Hauptentscheid).

5.2.3 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 abgewi-

chen 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 Bundesamt vorliegend Fachbehörde ist und darüber entscheiden kann, ob ein Programm den gesetzlichen Anforderungen genügt, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht im Punkt der Entscheidprognose eine gewisse Zurückhaltung. Allerdings gilt es festzuhalten, dass vorliegend nichts darauf hindeutet, dass sich die Behörde von sachfremden Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder ihr Ermessen sonst unsachgemäss ausgeübt hätte. Dies namentlich wenn berücksichtigt wird, dass das neue Programm u.a. mit dem Modul SSF, das dem verfassungsmässigen Auftrag von Art. 93 Abs. 2 BV eher entsprechen dürfte als das bisherige, gemäss den Zusicherungen der Beschwerdegegnerin im Oktober 2007 umgesetzt wird.

5.3 Weiter ist zu prüfen, ob für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein Anordnungsgrund besteht. Dabei müssen gemäss Praxis der Bundesbehörden für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zumindest überzeugende Gründe gegeben sein. Dies ist zu bejahen, 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). Die Beschwerdeführerin führt aus, es sei nicht belegt, inwieweit die Beschwerdegegnerin in ihrer Existenz bedroht sei, wenn sie ihr bisheriges Programm nicht fortsetzen könne. Diesen Nachteil hätte die Beschwerdegegnerin überdies abwenden können, wenn sie sich auf Vertragsverhandlungen eingelassen hätte.

5.3.1 Die Vorinstanz argumentiert, die Beschwerdegegnerin habe glaubhaft dargelegt, dass eine Abschaltung für sie existenzbedrohende Auswirkungen hätte, da die Zuschauerbindung verloren ginge. Der Verlust des Publikums bedeute weniger Werbe- oder Gewinnspieleinnahmen, was sich für einen TV-Sender existentiell auswirken könne. Es bestehe die Gefahr, dass im Falle des Verzichts der Anordnung der vorsorglichen Massnahme die Realisierbarkeit der neuen Programmelemente erschwert bis verunmöglicht würde, bevor überhaupt im Hauptverfahren über die Aufschaltung entschieden werde. Ausserdem hätte die Beschwerdeführerin bei Abweisung des Gesuchs

gar keinen Vorteil, da sie bis zum Entscheid in der Hauptsache ohnehin gezwungen wäre, den fraglichen Kanal freizuhalten.

5.3.2 Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Stellungnahme fest, der Nachteil bei einer Ausstrahlungslücke liege vor allem darin, dass die aufgebaute Zuschauerbindung verloren ginge und die Einschaltquoten bei Wiederaufschaltung erfahrungsgemäss massiv tiefer lägen als zum jetzigen Zeitpunkt. Auch die Verschiebung des Programms in den digitalen Bereich würde zu einem Publikumsverlust führen. Darüber hinaus wäre die Beschwerdegegnerin bei Gutheissung der Beschwerde, wie bereits erwähnt, in ihrer Existenz bedroht, weil sie sich fast ausschliesslich über das eigene Publikum finanziere.

5.3.3 Die vorsorgliche Massnahme bezweckt, einen rechtlichen oder tatsächlichen Zustand vorübergehend unverändert zu erhalten und die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Würde die vorsorgliche Massnahme nicht erlassen bzw. aufgehoben, würde die Beschwerdeführerin bereits heute, d.h. bevor darüber entschieden worden ist, ob ihr Programm allenfalls den Voraussetzungen für eine Aufschaltungsverpflichtung entspricht, in eine existenzbedrohende Situation geraten, da der Sender mindestens für einige Wochen abgeschaltet würde. Deshalb ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdegegnerin beim Absehen von einer vorsorglichen Massnahme aufgrund der Existenzbedrohung ernsthafte Nachteile drohten. Diese könnten nicht mehr oder zumindest nicht leicht wieder rückgängig gemacht werden. Dem Anliegen nach einer gewissen Kontinuität wird vorliegend dadurch Rechnung getragen, dass mittels vorläufiger Aufschaltverpflichtung der bisherige Zustand bis zum Abschluss des Verfahrens fortgesetzt werden kann und dadurch ein abschliessendes Urteil in der Sache nicht vorweggenommen wird (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A- 385/2007 vom 29. März 2007 E. 4.4.5., mit Hinweisen).

5.4 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 das Erforderliche nicht mit milderen (vorsorglichen) Massnahmen erreicht werden kann (HÄNER, a.a.O., S. 343 f.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, S. 207; ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungs-

rechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 25 N. 14 f.).

5.4.1 In der angefochtenen Verfügung ist das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Weiterverbreitung des Senders C._____ über das analoge Netz den Interessen der Beschwerdeführerin, den Sendeplatz für die kommende Aufschaltung von vier HDTV-Sendern freizuhalten, gegenüber gestellt worden. Das BAKOM führt aus, dem Interesse der Beschwerdegegnerin, ihr Programm weiterhin analog verbreiten zu können und damit bis zum Hauptentscheid ihre Existenz zu sichern, sei im Sinne eines provisorischen Rechtsschutzes Rechnung zu tragen, um die Rechtslage nicht zu zementieren. Dagegen müsse die Beschwerdeführerin lediglich für eine bestimmte Zeit C._____ weiterhin verbreiten, d.h. den status quo für eine kurze Zeit, bis zum Hauptentscheid, aufrecht erhalten.

5.4.2 Die Beschwerdegegnerin verweist betreffend Interessenabwägung auf die Ausführungen der Vorinstanz. Insbesondere habe die Einführung von HDTV keinen Zusammenhang mit der analogen Verbreitung ihres Programmes. Die Äusserungen der Beschwerdeführerin seien überdies widersprüchlich. Die Kündigung des zweiten Senders, der für die Einführung von HDTV abgeschaltet werden solle, erfolge erst auf Ende November 2007. Sie habe aber geltend gemacht, dass sie für den Start von HDTV ab 1. Oktober 2007 zwei analoge Frequenzbänder benötige. Diese stünden ihr aber laut eigenen Aussagen am 1. Oktober 2007 in jedem Fall nicht zur Verfügung.

5.4.3 Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Vorinstanz qualifiziere das Interesse der Beschwerdegegnerin an einer Vorrathaltung eines Kanals mit einem Programm, das niemals den Anforderungen einer Aufschaltungsverpflichtung genügen könne, als öffentliches Interesse. Ihr Interesse an einer raschen Verwirklichung der mit der Revision des RTVG postulierten Digitalisierung des Fernsehens werde dagegen als untergeordnetes privates Interesse abgetan. Dies sei auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil es die Beschwerdegegnerin selber in der Hand gehabt hätte, mit der Beschwerdeführerin die digitale Weiterverbreitung zu vereinbaren.

5.4.4 Das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Interesse an einer raschen Einführung von HDTV wiegt im Vergleich zum Interesse der Beschwerdegegnerin, ihre Existenz mindestens bis zum Entscheid in der Hauptsache zu sichern, weniger schwer. Für die Be-

schwerdeführerin hat die vorsorgliche Massnahme auch keine finanziellen Einbussen zur Folge, da sie für ihre Leistung entschädigt wird. Da ihre Disponibilität bezüglich des Kanals bis zum Hauptentscheid faktisch ohnehin eingeschränkt wäre, ist auch kein schwerwiegender Eingriff ersichtlich. Auf der anderen Seite stellt eine Abschaltung des Kanals die Beschwerdegegnerin vor existenzielle Probleme. Im Fernsehgeschäft können bereits kürzere Ausstrahlungsunterbrüche TV Sender in ihrer Existenz bedrohen. Die Gefahr, dass bei Nichtgewährung vorsorglicher Massnahmen die neuen Programmelemente nicht realisiert bzw. verunmöglicht würden, bevor in der Hauptsache über die Aufschaltung entschieden werden kann, ist evident.

Insgesamt kommt dem Interesse der Beschwerdegegnerin an der Aufrechterhaltung des bisherigen Rechtszustandes und insbesondere der Möglichkeit, den Sender weiterzuführen bis darüber entschieden wird, ob das Programm zur Erfüllung des verfassungsmässigen Auftrags beiträgt, das grössere Gewicht zu. Das Interesse der Beschwerdeführerin, den Kanal zwar zur Verfügung zu haben, ohne ihn jedoch nutzen zu können, bis der Hauptentscheid gefällt wird, wird demgegenüber als weniger gewichtig angesehen.

Die mit der Weiterführung des bisherigen Rechtszustandes zu gewinnende Kontinuität (vgl. E. 5.3.3.) spricht in einer Interessenabwägung ebenfalls für die Abweisung der Beschwerde.

6. Die Beschwerde ist aus den vorerwähnten Gründen abzuweisen.

7. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb sie die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- zu bezahlen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

8. Infolge ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin auch keine Parteientschädigung zugute (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Demgegenüber hat sie die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin, die sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat vernehmen lassen, mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. OS 1000219567; eingeschrieben)
- dem Generalsekretariat UVEK, Rechtsdienst, Bundeshaus Nord, 3003 Bern (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Yasemin Cevik

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel

sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: