Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-8516/2010

Urteil vom 15. November 2011

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richter André Moser,
Gerichtsschreiber Toni Steinmann.

Parteien

Teleclub AG, Löwenstrasse 11, Postfach, 8021 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Rolf Auf der Maur und
Rechtsanwältin lic. iur. Azra Dizdarevic, VISCHER AG,
Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Abteilung Radio und Fernsehen,
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel BE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ersatzabgabe 2008 für die Förderung des Schweizer Films.

Sachverhalt:

A.
Der Bundesrat erteilte der Teleclub AG am 24. Mai 2006 eine ab 1. Juni 2006 für die Dauer von sieben Jahren gültige Konzession für die nationale Veranstaltung von sieben Abonnemenentsfernsehprogrammen (Art. 1 Abs. 1 der Konzession, BBl 2006 I 5569 ff.). Nachdem am 1. April 2007 das total revidierte Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) in Kraft getreten war, informierte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Teleclub AG und weitere Fernsehveranstalter mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 über die gesetzlich vorgesehene Filmförderung und erwähnte, dass diese ab dem 1. April 2007 uneingeschränkt zur Anwendung gelange und den jeweiligen Konzessionsbestimmungen vorgehe. Mit Schreiben vom 8. August 2008 verzichtete die Teleclub AG auf die Konzession, weil sie mit dem Inkrafttreten des revidierten RTVG keiner Konzession mehr bedurfte, sondern lediglich noch einer allgemeinen Meldepflicht unterstand.

B.
Nachdem die Teleclub AG dem BAKOM anfangs Mai 2009 den Jahresbericht 2008 eingereicht hatte, forderte dieses mit Schreiben vom 4. August 2009 weitere Informationen ein, um die Höhe einer allfälligen Filmförderungsabgabe für das Jahr 2008 zu eruieren. Die Teleclub AG ist dieser Aufforderung mit Schreiben vom 30. September 2009 nachgekommen. Am 2. Dezember 2009 hat das BAKOM der Teleclub AG die Grundzüge der Filmförderungsregelung dargelegt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wovon diese am 1. Februar 2010 Gebrauch machte. Die vom BAKOM mit E-Mail vom 12. Oktober 2010 gestellten ergänzenden Fragen hat die Teleclub AG mit Schreiben vom 1. November 2010 beantwortet.

C.
Mit Verfügung vom 8. November 2010 verpflichtete das BAKOM die Teleclub AG zur Zahlung einer Filmförderungsabgabe von Fr. 250'182.-- für das Jahr 2008 (Ziffer 1 des Dispositivs). Weiter hielt das BAKOM fest, von der Filmförderungsabgabe gemäss Ziffer 1 könne innert dreissig Tagen nach Eintritt der Rechtskraft ein Betrag von Fr. 3'591.-- an das Filmzentrum nachgeleistet werden, wobei dieser Betrag konkreten Filmprojekten zugewiesen werden müsse (Ziffer 2 des Dispositivs). Die Teleclub AG habe das BAKOM über die Nachleistung gemäss Ziffer 2 innert dreissig Tagen nach der Überweisung zu orientieren (Ziffer 3 des

Dispositivs). Sei die Nachleistung gemäss Ziffer 2 nicht innert dreissig Tagen nach Eintritt der Rechtskraft oder nicht vollständig erbracht worden, werde der volle bzw. der restliche Betrag nach Ziffer 1 fällig (Ziffer 4 des Dispositivs). Der Betrag gemäss Ziffer 1 bzw. Ziffer 4 sei innert dreissig Tagen nach Eintritt der Rechtskraft an das Bundesamt für Kultur (BAK) zu entrichten (Ziffer 5 des Dispositivs).

Zur Begründung führte das BAKOM im Wesentlichen aus, die Berechnung der Filmförderungsabgabe für das Jahr 2008 erfolge für die ersten sieben Monate (Januar bis Juli 2008) auf der Basis der am 8. August 2008 zurückgegebenen Konzession und für die folgenden fünf Monate (August bis Dezember 2008) nach den Bestimmungen des am 1. April 2007 in Kraft getretenen RTVG. Der Filmbegriff sei in der Konzession und im RTVG identisch und beinhalte Spiel-, Dokumentar- und Animationsfilme. Unter der Geltung der Konzession seien nicht die Bruttoeinnahmen aus den einzelnen Programmen, in denen Filme ausgestrahlt würden, sondern die Einnahmen aus der gesamten Veranstaltertätigkeit massgebend. Entsprechend seien auch die Einnahmen aus den Sportprogrammen und aus der Weiterverbreitung des Drittkanals *Disney Channel* beizuziehen. Letzterer könne lediglich im Programmpaket *Teleclub Basic* mit den Programmen *Teleclub Cinema* und *Teleclub Star* zusammen abonniert werden und sei insofern mit der Veranstaltertätigkeit verknüpft. Hingegen seien unter Anwendung der für die Monate August bis Dezember 2008 massgebenden Bestimmungen des RTVG die einzelnen Programme grundsätzlich unabhängig voneinander zu betrachten. Da die Sportprogramme als separates Paket abonniert werden können und die Abonnementseinnahmen dadurch klar abtrennbar seien, sei es sachgerecht, diese bei der für die Berechnung der Filmförderpflicht massgebenden Bruttoeinnahmen unberücksichtigt zu lassen. Bezüglich des Drittkanals *Disney Channel* habe sich aber unter der Anwendbarkeit des RTVG nichts geändert. Da dieses Programm nur im Paket *Teleclub Basic* abonniert werden könne, seien die Einnahmen nicht abgrenzbar und deshalb bei den massgebenden Bruttoeinnahmen zu berücksichtigen. Auf den massgeblichen Bruttoeinnahmen von Fr. 31'153'035.-- für das Jahr 2008 hätte die Teleclub AG somit einen Betrag von mindestens Fr. 1'246'121.-- (4% von Fr. 31'153'035.--) an die Filmförderung leisten müssen. Da sie im Jahr 2008 jedoch lediglich Fr. 995'939.-- dafür aufgewendet habe, müsse sie die restlichen Fr. 250'182.-- als Ersatzabgabe entrichten. Davon könne sie zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Cinésuisse Fr. 3'591.-- an

das Filmzentrum nachleisten. Die an das BAK zu überweisende Ersatzabgabe betrage somit noch Fr. 246'591.--.

D.
Gegen die Verfügung vom 8. November 2010 erhebt die Teleclub AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. Dezember 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung der Dispositivziffern 1 bis 5 der Verfügung und die Feststellung, dass sie ihrer Filmförderungspflicht für das Jahr 2008 vollumfänglich nachgekommen und damit von einer Ersatzabgabe befreit sei. Eventualiter seien die Dispositivziffern 1 bis 5 wie folgt zu ändern:

> "1. Die Teleclub AG wird für das Jahr 2008 zur Zahlung einer Filmförderungsabgabe von Fr. (vom Gericht zu berechnen, maximal jedoch Fr. 250'182.--) verpflichtet.
>
> 2. Von der Filmförderungsabgabe gemäss Ziffer 1 werden Fr. (vom Gericht zu berechnen, maximal jedoch Fr. 3'591.--) nachgeleistet, indem der Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft an das Filmzentrum überwiesen wird.
>
> 3. (bleibt unverändert)
>
> 4. (ersatzlos streichen)
>
> 5. (neu 4.) Der Betrag gemäss Ziffer 1 abzüglich des an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrages gemäss Ziffer 2 wird in den drei auf den Eintritt der Rechtskraft folgenden Geschäftsjahren durch Filmförderungsbeiträge abgegolten."

Die Beschwerdeführerin führt in der Begründung zunächst aus, in der angefochtenen Verfügung sei die Filmförderungsersatzabgabe für die ersten sieben Monate des Jahres 2008 zu Unrecht auf der Basis der Konzession berechnet worden. Das BAKOM habe mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 mitgeteilt, dass die am 1. April 2007 in Kraft getretene gesetzliche Filmförderungspflicht im revidierten RTVG unmittelbar angewendet werde und derjenigen in der Konzession vorgehe. Dieses Schreiben stelle eine Verfügung dar, die weder angefochten noch widerrufen worden sei. Indem in der angefochtenen Verfügung – entgegen der Mitteilung vom 6. Dezember 2007 – für die ersten sieben Monate des Jahres 2008 trotzdem die Konzession angewendet werde, stelle dies eine unzulässige Praxisänderung dar. Diese verletze die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensprinzips. Entsprechend der verbindlichen Mitteilung im

Schreiben vom 6. Dezember 2007 sei deshalb die Filmförderungspflicht für das gesamte Jahr 2008 auf der Basis der gesetzlichen Bestimmungen zu berechnen. Selbst wenn dem nicht so wäre, müsste die Konzession im Sinn einer Lückenfüllung dahingehend präzisiert werden, dass die Einnahmen aus den veranstalteten Sportprogrammen nicht der Filmförderungspflicht unterliegen. Falls die Einnahmen aus den Sportprogrammen wider Erwarten bei den massgebenden Bruttoeinnahmen berücksichtigt würden, müsste umgekehrt die Gelegenheit gegeben werden, in diesen Programmen die förderungswürdigen Programmleistungen zu erbringen. Die Aufwendungen für Sportproduktionen müssten deshalb als Filmförderungsbeiträge anerkennt werden; einer solchen Anrechnung würde weder die Konzession noch das Gesetz entgegenstehen.

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Einnahmen aus der Weiterverbreitung des Drittkanals *Disney Channel* seien weder unter Anwendung der Konzession noch auf der Basis der gesetzlichen Filmförderungspflicht zu den massgebenden Bruttoeinnahmen zu zählen, weil die Weiterverbreitung nicht zur Veranstaltertätigkeit gehöre. Entgegen der Auffassung des BAKOM gehe es nicht an, die aufgrund der Paketlösung schwierig abgrenzbaren Einnahmen aus dem *Disney Channel* einfach anzurechnen; vielmehr sei eine Abgrenzungsmethode anzuwenden, die zu einem dem Gesetzeszweck entsprechenden Resultat führe. Zum von ihr im Verwaltungsverfahren gemachten konstruktiven und zurückhaltenden Vorschlag, wonach 20% der Bruttoeinnahmen aus dem Paket *Teleclub Basic* als Einnahmen aus dem *Disney Channel* abzuziehen seien, habe das BAKOM in Verletzung des rechtlichen Gehörs keine Stellung genommen. Anstelle dieses Vorschlags wären auch andere Abgrenzungsmethoden denkbar, so z.B. ein Aufwandvergleich zwischen den drei im Paket *Teleclub Basic* enthaltenen Programmen.

Weiter hält die Beschwerdeführerin dafür, dass die im Jahr 2008 geleisteten Filmförderungsbeiträge oder zumindest der gesetzlich geschuldete Filmförderungsbeitrag von den für die Ersatzabgabe massgebenden Bruttoeinnahmen abzuziehen seien. Werde der im Laufe des Geschäftsjahres geleistete Filmförderungsbeitrag von den massgebenden Bruttoeinnahmen nicht abgezogen, verstosse dies gegen das Gesetz und die Verfassung.

Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, die in Dispositivziffer 2 verfügte Verpflichtung, den an das Filmzentrum zu leistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen, entbehre jeglicher Rechtsgrundlage und könne mangels entsprechender Regelung im Rahmenvertrag mit der Cinésuisse nicht erfüllt werden.

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass ihr aufgrund der langen Verfahrensdauer im Zusammenhang mit der Filmförderungspflicht für das Jahr 2007 die Planung der Filmförderung für das Jahr 2008 erschwert worden sei. Um ihr die gesetzlich vorgesehene Wahl zwischen der direkten (Beiträge) und der indirekten (Abgabe) Filmförderung zu ermöglichen, beantrage sie, eine allfällige Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 in den drei der rechtskräftigen Beurteilung der Sache folgenden Geschäftsjahren in Form von Filmförderungsbeiträgen nachleisten zu können.

E.
In ihrer Vernehmlassung vom 14. März 2011 schliesst das BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) auf Abweisung der Beschwerde.

In der Begründung führt die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass sie im Schreiben vom 6. Dezember 2007 lediglich ihre damalige Rechtsauffassung dargelegt und keine verbindliche Anordnung getroffen habe. Es liege somit keine Verfügung vor. Gemäss Art. 107 Abs. 1 RTVG gelte eine altrechtliche Konzession bis zu ihrem Ablauf weiter, sofern die Veranstalterin nicht ausdrücklich darauf verzichte. Die Beschwerdeführerin habe erst mit Schreiben vom 8. August 2008 auf die Konzession verzichtet, weshalb diese für die Zeit von Januar bis Juli 2008 anwendbar bleibe. Es liege weder eine unzulässige Praxisänderung noch ein Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot vor. Eine Verletzung des Vertrauensprinzips sei ebenfalls nicht gegeben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Einnahmen aus den Sportprogrammen unter Anwendung der Konzession bei den für die Berechnung der Filmförderersatzabgabe massgebenden Bruttoeinnahmen zu berücksichtigen. Denn der Umfang der Filmförderpflicht ergebe sich gemäss der Konzession aus der gesamten Veranstaltertätigkeit. Dass im Gegenzug die Ausgaben für Sportproduktionen nicht als Filmförderungsbeiträge zu berücksichtigen seien, möge zwar stossend erscheinen, ergebe sich aber aus dem konzessionsrechtlichen und gesetzlichen Regelwerk.

Im Weiteren legt die Vorinstanz dar, dass die Einnahmen aus dem *Disney Channel* sowohl unter Anwendung der Konzession als auch nach dem RTVG zu den Bruttoeinnahmen zu zählen seien. Gemäss der Konzession seien die Bruttoeinnahmen aus den Programmen insgesamt (inkl. *Disney Channel*) massgebend. Ausgenommen seien einzig die Erträge aus den neuen Geschäftsaktivitäten (z.B. Verkauf von Magazinen). Gemäss dem für die Monate August bis Dezember 2008 zur Anwendung gelangenden RTVG seien grundsätzlich die einzelnen Programme Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Bruttoeinnahmen. Da der *Disney Channel* aber nicht isoliert abonniert werden könne, sondern Bestandteil des Pakets *Teleclub Basic* bilde, seien die Einnahmen nicht abgrenzbar. Die Beschwerdeführerin habe nicht in ausreichender Weise dargelegt, nach welchen Kriterien eine Abgrenzung erfolgen könnte und wieso ein pauschaler Anteil von 20% abzuziehen sei. Die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit dieses Schätzwertes hätte die Beschwerdeführerin insbesondere angesichts ihrer Mitwirkungspflicht begründen müssen. Auch die beschwerdeweise vorgebrachte Abgrenzung aufgrund eines Aufwandvergleichs vermöge nicht zu überzeugen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien die im Verlauf des Jahres geleisteten Filmförderungsbeiträge nicht von den für die Ersatzabgabe massgebenden Bruttoeinnahmen abzuziehen. Gemäss langjähriger Praxis würden alle Bruttoerträge (inkl. Gegengeschäfte) und von Dritten gutgeschriebene Entschädigungen für Leistungen eines Fernsehveranstalters unter die Bruttoeinnahmen fallen. Abgezogen würden einzig Skonti und Rabatte, die wirtschaftlich dem Leistungsempfänger zugutekommen, sowie realisierte Forderungsverluste.

Mit der Verpflichtung, den an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen, solle – auch wenn dies rechtlich nicht durchsetzbar sei – bewirkt werden, dass der Betrag auch tatsächlich dem Film zugutekomme und nicht anderweitig, z.B. für die Deckung von Spesen des Filmzentrums, verwendet werde.

F.
In ihrer Stellungnahme vom 12. Mai 2011 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

In der Begründung bekräftigt sie ihre Auffassung, wonach das Schreiben vom 6. Dezember 2007 eine Verfügung darstelle und verbindlich sei. Die

Vorinstanz habe die darin erwähnte Praxis, wonach die gesetzliche Filmförderungspflicht allfälligen Konzessionsbestimmungen ab 1. April 2007 vorgehe, konsequent verfolgt und sei dann ohne ernsthafte und sachliche Gründe plötzlich davon abgewichen. Diese Praxisänderung verstosse sowohl gegen das Rückwirkungsverbot als auch gegen das Vertrauensprinzip. Soweit die Vorinstanz der Auffassung sei, dass unter Anwendung der Konzession die Einnahmen aus den Sportprogrammen zur Ermittlung der Filmförderpflicht zu berücksichtigen seien, gleichzeitig aber in diesen Programmen keine Filmförderung betrieben werden könne, verstosse dies gegen das Äquivalenzprinzip.

Indem die Vorinstanz die Einnahmen aus der Weiterverbreitung des *Disney Channels* bei der Berechnung der Filmförderungsabgabe hinzurechne, verletze sie das Legalitätsprinzip im Abgaberecht. Zudem werde damit auch gegen das abgaberechtliche Äquivalenzprinzip verstossen, weil im Rahmen der Ausstrahlung des Drittkanals *Disney Channel* keine Filmförderung betrieben werden könne. Während sie alleine aufgrund der Paketierung ihrer Programme zur Abgabe auf Einnahmen aus einem Drittkanal verpflichtet werde, müsse ein allfälliger Anbieter desselben Drittkanals bei anderer Paketierung keine Abgabe bezahlen. Diese verfassungswidrige Ungleichbehandlung müsse unterbunden werden.

Obwohl die Vorinstanz anerkenne, dass ihre Auflage, wonach die Filmförderungsbeiträge an das Filmzentrum konkreten Filmprojekten zuzuweisen seien, rechtlich nicht durchsetzbar sei, halte sie daran fest, weil der Rahmenvertrag mit der Cinésuisse privatrechtlicher Natur und für sie daher nicht von Belang sei. Diese Argumentation verstosse mit Blick auf die – nach Rücksprache mit der Vorinstanz erfolgte – Genehmigung des Rahmenvertrages durch das BAK gegen den Grundsatz von "venire contra factum proprium".

G.
Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formelle Adressatin der belastenden Verfügung ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

1.3 Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat oder allenfalls hätte nehmen sollen. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweisen). Im Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Beschwerdebegehren, die neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen aufwerfen, sind unzulässig (BGE 131 II 200 E. 3.2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N 2.7 und 2.208).

Zum beschwerdeweise gestellten Eventualbegehren, wonach eine allfällige Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 in den drei der rechtskräftigen Beurteilung der Sache folgenden Geschäftsjahren in Form von Filmförderungsbeiträgen zu entrichten sei, hatte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung keine Stellung genommen. Dazu war sie denn auch nicht verpflichtet, weil die Beschwerdeführerin eine solche

Nachleistungsmöglichkeit in den der Verfügung vorangegangenen Schreiben weder beantragt noch thematisiert hat. Das erwähnte Eventualbegehren wirft neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen auf, die ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes liegen. Es handelt sich somit um ein unzulässiges Rechtsbegehren, auf welches vorliegend nicht eingetreten werden kann.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach mit der unter E. 1.3 genannten Einschränkung einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

Gemäss Rechtsprechung hat eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltungsgericht übt daher Zurückhaltung und greift in Gewichtungsfragen nicht leichthin in den Spielraum der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (BGE 135 II 296 E. 4.4.3, 133 II 35 E. 3, je mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, N 460 f. und 473 f., mit Hinweisen).

3.
Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Sie rügt, die Vorinstanz habe sich mit der vorgeschlagenen Abgrenzungsmethode im Zusammenhang mit dem Programm *Disney Channel* nicht auseinandergesetzt. Stattdessen habe sie pauschal bemängelt, es sei nicht dargelegt worden,

nach welchen Kriterien die Abgrenzung möglich sei und wieso gerade ein Anteil von 20% der Bruttoeinnahmen auf den *Disney Channel* fallen solle.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst verschiedene Teilgehalte, so das Recht auf Informationen über den Verfahrensausgang, die Möglichkeit sich zu äussern, bevor entschieden wird, und dabei angehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie auf einen begründeten Entscheid (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 3.84 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheids führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst. In der Praxis ist die Heilung einer – nicht besonders schwerwiegenden – Gehörsverletzung aber dann möglich, wenn die Beschwerdeinstanz in denjenigen Fragen, in denen das rechtliche Gehör verletzt worden ist, dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz und entsprechend das Versäumte nachholen kann (BGE 133 I 201 E. 2.2 mit Hinweis).

3.2 Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet sich unter anderem die Pflicht der Behörden ab, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG; BGE 136 I 229 E. 5.2). Damit hängt die Verpflichtung der Behörde zusammen, ihren Entscheid zu begründen, da sich meistens nur anhand der Verfügungsbegründung feststellen lässt, ob die Behörde ihrer Prüfungspflicht nachgekommen ist (Art. 35 Abs. 1 VwVG; BGE 136 I 229 E. 5.2 mit Hinweisen; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetzt über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Zürich/Basel/ Genf 2009, N 21 zu Art. 32). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass die Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl sie wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Demgegenüber ist nicht erforderlich, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand des

Rechtsuchenden auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken und in der Begründung bloss diejenigen Argumente aufführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen (BGE 133 III 439 E. 3.3 mit Hinweisen; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, N 17 ff. zu Art. 35).

3.3 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung dargelegt, die drei Programme *Disney Channel, Teleclub Cinema* und *Teleclub Star* seien im Paket *Teleclub Basic* zusammengefasst; ein einzelnes Programm aus diesem Paket könne nicht separat abonniert werden. Die Einnahmen aus den im Paket enthaltenen Programmen seien – gleich wie bei einem einzelnen Programm mit unterschiedlichen Inhalten (Filme, Sport usw.) – nicht abgrenzbar und deshalb insgesamt zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, nach welchen Kriterien eine Abgrenzung der Einnahmen möglich sei und wieso gerade ein Anteil von 20% auf den *Disney Channel* fallen solle.

Diese Ausführungen in der Verfügung zeigen, dass die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Abzug für den *Disney Channel* geprüft und sich – wenn auch nicht ausführlich – damit auseinandergesetzt hat. In diesem Sinn hat sie auf die für sie entscheidwesentlichen Überlegungen hingewiesen. Entsprechend war sich die Beschwerdeführerin, wie ihre Vorbringen und insbesondere ihr neuer Abgrenzungsvorschlag mittels Aufwandvergleich zeigen, über die Tragweite des angefochtenen Entscheids im Klaren und ohne weiteres im Stande, diesen sachgerecht anzufechten. Die Vorinstanz ist somit ihrer Begründungspflicht in hinreichendem Masse nachgekommen, weshalb sich die behauptete Gehörsverletzung als unbegründet erweist.

4.

In materiellrechtlicher Hinsicht ist im Wesentlichen streitig und zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für das Jahr 2008 eine Filmförderungsersatzabgabe schuldet und falls ja, auf welchen Betrag sich diese beläuft. Während die Vorinstanz eine Ersatzabgabe von Fr. 250'182.-- verfügt hat, ist die Beschwerdeführerin im Hauptstandpunkt der Auffassung, dass sie ihrer Filmförderungspflicht im Jahr 2008 vollumfänglich nachgekommen und damit von einer Ersatzabgabe befreit sei.

5.

5.1 Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (aRTVG, AS 1992 601) brauchte, wer ein Radio- oder Fernsehprogramm veranstalten wollte, eine Konzession. Private nationale oder sprachregionale Veranstalter erhielten eine Konzession, wenn entsprechende technische Verbreitungsmöglichkeiten bestanden und die Möglichkeiten der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) sowie der lokalen und regionalen Veranstalter, ihre konzessionierten Leistungen zu erbringen, nicht wesentlich beeinträchtigt wurden (Art. 31 Abs. 1 aRTVG). Die Konzession konnte gemäss Art. 31 Abs. 2 aRTVG Auflagen enthalten über die Pflicht, Programme zu verschlüsseln (Bst. a), über Beschränkungen betreffend Programminhalte (Bst. b), den Anteil an inländischen, eigenen oder veranstalter-unabhängigen Produktionen (Bst. c), über den Anteil an Produktionen von veranstalterunabhängigen Unternehmen (Bst. d) sowie über die Pflicht, an Stelle der Programmleistungen nach den Buchstaben c und d eine Filmförderungsabgabe von höchstens 4% der Bruttoeinnahmen zu entrichten (Bst. e).

Die vom Bundesrat erteilte Konzession vom 24. Mai 2006 sah in Art. 4 Abs. 1 vor, dass die Förderung europäischer und schweizerischer Produktionen im Angebot der Beschwerdeführerin sich nach Art. 20c der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (aRTVV, AS 1997 2903) richtete. Gemäss Art. 4 Abs. 2 der Konzession musste die Beschwerdeführerin mindestens 4% ihrer Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Filmen oder anderen audiovisuellen Werken schweizerischer Herkunft aufwenden. Wurden diese Fördermittel bis drei Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres nicht ausgegeben oder einem Projekt verbindlich zugesprochen, so legte die Vorinstanz nach Konsultation des BAK jenen Betrag fest, den die Beschwerdeführerin im Sinn einer Ersatzabgabe zugunsten der schweizerischen Filmförderung zu entrichten hatte (Art. 4 Abs. 3 der Konzession). Die Ersatzabgabe durfte höchstens 4% der Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit betragen (Art. 4 Abs. 4 der Konzession).

Gemäss Art. 20c Abs. 1 aRTVV mussten Veranstalter von internationalen, nationalen und sprachregionalen Fernsehprogrammen im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln dafür sorgen, dass mindestens 50% der massgebenden Sendezeit schweizerischen oder andern europäischen Werken vorbehalten blieb

(Bst. a) und in ihren Programmen mindestens 10% der massgebenden Sendezeit oder mindestens 10% der Programmkosten schweizerischen oder andern europäischen Werken vorbehalten blieb, die von veranstalterunabhängigen Produzenten hergestellt worden waren. Dabei war ein angemessener Teil Werken vorzubehalten, die nicht älter als fünf Jahre waren (Bst. b). Nach Art. 20c Abs. 2 aRTVV zählten Nachrichten, Sportberichte, Spielshows, Werbung, Bildschirmtext und Verkaufssendungen nicht zur massgebenden Sendezeit im Sinn von Abs. 1.

5.2 Gemäss dem total revidierten und seit 1. April 2007 in Kraft stehenden RTVG genügt für die Veranstaltung von schweizerischen Rundfunkprogrammen grundsätzlich die Einhaltung einer allgemeinen Meldepflicht, während nur noch in besonderen, vom Gesetz vorgesehenen Fällen eine Konzession verlangt wird (vgl. Art. 3 lit. a RTVG; ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bern 2008, N 8 ff. zu Art. 3 RTVG). Nach Art. 7 Abs. 2 RTVG müssen Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot, welche in ihrem Programm Filme ausstrahlen, mindestens 4% ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Schweizer Filmen aufwenden oder eine entsprechende Förderungsabgabe von höchstens 4% bezahlen.

Die gleichzeitig mit dem revidierten RTVG in Kraft getretene Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) sieht in Art. 6 vor, dass die Filmförderungspflicht für alle sprachregionalen und nationalen Fernsehveranstalter gilt, die in ihren schweizerischen Programmen oder ausländischen Mantelprogrammen Spiel-, Dokumentar- oder Animationsfilme ausstrahlen. Die Veranstalter haben in ihrem Jahresbericht über die geleistete Filmförderung zu berichten. Über die Höhe einer allfälligen Filmförderungsabgabe verfügt die Vorinstanz nach Rücksprache mit dem BAK. Dabei werden sämtliche im Berichtsjahr geleisteten Ausgaben für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von schweizerischen Spiel-, Dokumentar- oder Animationsfilmen angerechnet. Die Verwendung der Filmförderungsabgabe richtet sich nach Art. 15 Abs. 2 und 3 des Filmgesetzes vom 14. Dezember 2001 (FiG, SR 443.1).

6.
Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist zunächst umstritten, ob eine allfällige Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 nach den

Bestimmungen des revidierten RTVG oder auf der Basis der Konzession zu berechnen ist. Während die Vorinstanz bis Ende Juli 2008 die Konzession als anwendbar erachtet, ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, für das gesamte Jahr 2008 sei Art. 7 Abs. 2 RTVG massgebend.

6.1 Gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 107 Abs. 1 RTVG gilt eine nach altem Recht erteilte Konzession – unter einem hier nicht weiter interessierenden Vorbehalt – bis zu ihrem Ablauf weiter, sofern die Veranstalterin nicht ausdrücklich darauf verzichtet. Da die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. August 2008 auf die Konzession verzichtet hat, lässt sich grundsätzlich nicht beanstanden, dass die Vorinstanz mit Blick auf die erwähnte Übergangsbestimmung die Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 für die ersten sieben Monate (Januar bis Juli 2008) auf der Basis der Konzession und für die folgenden fünf Monate (August bis Dezember 2008) nach den Bestimmungen des RTVG berechnet hat.

6.2 Die Beschwerdeführerin macht nun aber geltend, für die Berechnung der Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 sei nicht mehr die Konzession massgebend, weil ihr die Vorinstanz mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 mitgeteilt habe, die gesetzliche Filmförderungspflicht gemäss Art. 7 Abs. 2 RTVG komme ab dem 1. April 2007 uneingeschränkt zur Anwendung und gehe den konzessionsrechtlichen Regelungen vor. Obwohl das Schreiben in die Form eines Informationsschreibens gekleidet sei, stelle es in Wahrheit eine Verfügung dar, die weder angefochten noch widerrufen worden sei. Das Schreiben erfülle die Voraussetzungen an eine Verfügung, weil es hoheitlich, individuell-konkret und auf Rechtswirkungen ausgerichtet sei. Die Verbindlichkeit ergebe sich aus der Aufforderung, Vorkehrungen für die Umsetzung der Anordnung zu treffen. Die Vorinstanz habe die mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 entwickelte Praxis zunächst konsequent verfolgt und sei dann ohne ernsthafte und sachliche Gründe in der Verfügung vom 5. August 2010 betreffend die Ersatzabgabe für das Jahr 2007 davon abgewichen. Dies stelle eine unzulässige Praxisänderung dar und verstosse gegen das Rückwirkungsverbot. Zudem liege auch eine Verletzung des Vertrauensprinzips vor, weil sie es gestützt auf das Verhalten der Vorinstanz unterlassen habe, ihre Filmförderungsbeiträge in genügender Höhe an Produktionen ihrer Wahl zu tätigen und nun zu einer Ersatzabgabe verpflichtet werde.

6.3 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit welchen sie die Anwendbarkeit des revidierten RTVG für das ganze Jahr 2008 begründet, laufen letztlich auf die Frage des Vertrauensschutzes hinaus. Unabhängig davon, ob das – der gesetzlichen Übergangsbestimmung in Art. 107 Abs. 1 RTVG entgegenstehende (vgl. hiervor E. 6.1) – Schreiben vom 6. Dezember 2007 eine Verfügung ist oder dessen Inhalt Ausdruck einer gefestigten Behördenpraxis darstellt, kann daraus für sich alleine noch nichts Entscheidendes abgeleitet werden. Denn auch in diesen Fällen wäre die Tragweite der davon abweichenden – vorliegend angefochtenen – Verfügung vom 8. November 2010 letztlich mit Blick auf das Vertrauensprinzip zu würdigen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 22 N 4).

6.4

6.4.1 Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) bedeutet, dass Private Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (BGE 131 II 627 E. 6.1; HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 626 ff.).

Der Vertrauensschutz bedarf zunächst einer Vertrauensgrundlage, worunter das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen ist, das beim betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen u.a. Verfügungen, Rechtssetzungsakte, Raumpläne, die Verwaltungs- oder Gerichtspraxis sowie behördliche Auskünfte oder Zusicherungen in Frage. Weiter kann sich auf den Vertrauensschutz nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Als weitere Voraussetzung muss gestützt auf das Vertrauen eine Disposition getätigt oder unterlassen worden sein, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht oder nachgeholt werden kann (BGE 131 II 627 E. 6, 129 I 161 E. 4.1, 121 V 65 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 631 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22 N 10 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 79 ff.). Zwischen dem Vertrauen in das Verhalten einer staatlichen Behörde und der vom Betroffenen getätigten oder unterlassenen Disposition muss zudem ein Kausalzusammenhang bestehen. Ein solcher fehlt, wenn anzunehmen ist, dass die Disposition auch ohne ein Vertrauen begründendes behördliches Verhalten bzw. bei Kenntnis der

Mangelhaftigkeit der Vertrauensbasis vorgenommen bzw. unterlassen worden wäre (Urteil des Bundesgerichts 2C_453/2009 vom 3. Februar 2010 E. 5; HÄFELIN/MÜL-LER/UHLMANN, a.a.O., N 664).

6.4.2 Zu prüfen ist zunächst, ob eine Vertrauensgrundlage vorhanden ist.

6.4.2.1 Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, das Schreiben der Vorinstanz vom 6. Dezember 2007 stelle eine Verfügung (und damit eine mögliche Vertrauensgrundlage) dar, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn wie die Vorinstanz zu Recht erwähnt, stellt es lediglich eine Mitteilung über eine Rechtsauffassung dar und kann als solches keine Rechtsfolgen verbindlich festlegen (BGE 130 V 388 E. 2.5 mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 878 ff.). Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz davon ausging, den Adressaten des Schreibens sei es gestützt auf die Information möglich, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Denn die Umsetzung solcher Vorkehrungen blieb den einzelnen Fernsehveranstaltern anheimgestellt und wurde nicht verbindlich angeordnet. Im Weiteren deutet auch die im Schreiben in Aussicht gestellte anfechtbare Verfügung darauf hin, dass die Information noch keine Rechtswirkung erzeugen und die Rechtsverbindlichkeit erst von der (in der Zukunft liegenden) Verfügung ausgehen soll (FELIX UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, N 91 zu Art. 5).

6.4.2.2 Weiter liegt – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch keine eingelebte bzw. gefestigte Behördenpraxis vor, die als Vertrauensgrundlage herangezogen werden könnte. Es ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz nicht nur im Schreiben vom 6. Dezember 2007, sondern danach wiederholt – so insbesondere auch im Verfügungsentwurf vom 2. Dezember 2009 betreffend die Filmförderung 2007 und 2008 – auf die ausschliessliche Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 RTVG ab 1. April 2007 hingewiesen hat. Eine Verfügung, in die diese Rechtsauffassung eingeflossen wäre, ist jedoch nicht erfolgt; sowohl die Verfügung vom 5. August 2010 betreffend die Ersatzabgabe 2007 als auch die vorliegend angefochtene Verfügung betreffend die Ersatzabgabe 2008 ergingen in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 RTVG. Ebenso hat die Vorinstanz in der eine andere Fernsehveranstalterin betreffenden Ersatzabgabeverfügung vom 2. August 2010 die unter altem Recht erteilte Konzession über den 1. April 2007 hinaus angewendet. Da die Vorinstanz die im Informationsschreiben vom 6. Dezember 2007 erwähnte Rechtsauffassung nicht in eine Verfügung einfliessen liess und lediglich während einer beschränkten Zeit vertreten hat, kann nicht von

einer eingelebten bzw. gefestigten Praxis gesprochen werden. Dementsprechend kann die veränderte Rechtsauffassung auch keine Praxisänderung darstellen (vgl. zur Praxisänderung u.a.: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 23 N 14 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 509 ff.).

Ebenso stösst die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, wonach die Vorinstanz das Rückwirkungsverbot verletzt habe, ins Leere. Denn mangels Praxisänderung kann auch keine unzulässige Rückwirkung im Sinn einer Anwendung einer neuen Praxis auf einen Sachverhalt vorliegen, der sich unter der alten Praxis abschliessend verwirklicht hat (vgl. zum Rückwirkungsverbot u.a.: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 24 N 21 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 329 ff.).

6.4.2.3 Obwohl das Schreiben vom 6. Dezember 2007 keine Verfügung darstellt und dessen Inhalt auch nicht Ausdruck einer gefestigten Behördenpraxis ist, vermag es aufgrund der darin enthaltenen – der gesetzlichen Übergangsbestimmung gemäss Art. 107 Abs. 1 RTVG entgegenstehenden – Information, dennoch eine Vertrauensgrundlage im Sinn einer unrichtigen behördlichen Auskunft zu bilden. Es besteht somit ein rechtsgenüglicher Anknüpfungspunkt, weshalb nachfolgend auf die weiteren Voraussetzungen des Vertrauensschutzes einzugehen ist.

6.4.3 Die Beschwerdeführerin ist in der Stellungnahme vom 30. September 2009 davon ausgegangen, dass die Konzession über den 1. April 2007 hinaus anwendbar bleibe. Sie hat damit einen von der Vorinstanz abweichenden Rechtsstandpunkt eingenommen und damit implizit ihr fehlendes Vertrauen in die Richtigkeit der vorinstanzlichen Information zum Ausdruck gebracht. Insofern fällt ein Vertrauensschutz bereits aufgrund des fehlenden Vertrauens dahin. Dass sich die Beschwerdeführerin in einem späteren Schreiben vom 1. Februar 2010 mit der ursprünglichen – Art. 107 Abs. 1 RTVG entgegenstehenden – Rechtsauffassung der Vorinstanz einverstanden erklärte, vermag daran nichts zu ändern. Denn selbst wenn ab diesem Zeitpunkt von einem berechtigten Vertrauen ausgegangen würde, wäre dieses lange nach der angeblich unterlassenen Disposition entstanden. Folglich würde es am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der allenfalls unterlassenen Disposition und der später entstandenen Vertrauensgrundlage fehlen.

Im Weiteren ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin auch ohne die Information vom 6. Dezember 2007 nicht anders verhalten hätte. Denn wie ihre Ausführungen im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren zeigen, ging bzw. geht sie davon aus, dass sowohl die Anwendung der Konzession als auch die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 RTVG zur gleich hohen Filmförderungspflicht führen müsse. Angesichts dessen erscheint es unglaubwürdig, dass die Beschwerdeführerin ohne die Information vom 6. Dezember 2007 höhere Filmförderungsbeiträge für das Jahr 2008 geleistet und damit eine Ersatzabgabe vermieden hätte. Insofern dürfte es neben dem fehlenden Vertrauen auch am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Schreiben vom 6. Dezember 2007 und der angeblich unterlassenen Disposition mangeln. Dementsprechend kann die Beschwerdeführerin aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6.5 Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Filmförderungsersatzabgabe für das Jahr 2008 zu Recht für die ersten sieben Monate (Januar bis Juli 2008) auf der Basis der Konzession und für die folgenden fünf Monate (August bis Dezember 2008) nach Art. 7 Abs. 2 RTVG berechnet hat. Die im Schreiben vom 6. Dezember 2007 enthaltene Information, vermag – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – keine vom Gesetz abweichende Behandlung nach dem Vertrauensprinzip zu rechtfertigen.

7.

Im Weiteren ist streitig und zu prüfen, ob unter Anwendung der Konzession die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen sind. Während die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, die Einnahmen aus den veranstalteten Sportprogrammen seien nicht zu berücksichtigen, erachtet die Vorinstanz die Bruttoeinnahmen aus der gesamten Veranstaltertätigkeit und damit auch aus den veranstalteten Sportprogrammen als massgebend.

7.1 Die Rechtsnatur der Konzession ist umstritten. Ein grosser Teil der Lehre geht unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einem gemischten Akt aus und unterscheidet zwischen einem verfügungsmässig sowie einem vertraglich begründeten Teil der Konzession (DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 45 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1091 ff. und 2593, mit Hinweisen;

vgl. zur Rechtsnatur der Konzession im Radio- und Fernsehbereich: Botschaft des Bundesrats vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [BBl 1987 III 720 f.]). Zum Verfügungsteil gehören diejenigen Konzessionsbestimmungen, die durch das Gesetz weitgehend festgelegt sind und Pflichten des Konzessionärs regeln, an deren Erfüllung ein wesentliches öffentliches Interesse besteht. Vertraglich sind diejenigen Teile der Konzession, bei denen die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gering und damit der Spielraum für die Ausgestaltung des Konzessionsverhältnisses im einzelnen Fall gross ist. Vorausgesetzt ist, dass diese Konzessionsteile Fragen betreffen, welche für die Ausübung der im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten des Konzessionärs weniger wichtig sind (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, N 2593, mit Hinweisen).

Bei der Auslegung einer Konzessionsbestimmung ist neben der gesetzlichen Grundlage der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend. Kann Letzterer nicht nachgewiesen werden, ist den Regeln von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) Rechnung zu tragen. Danach ist eine Konzessionsbestimmung so auszulegen, wie sie unter Berücksichtigung des früheren Verhaltens der Erklärenden und der im Zeitpunkt der Erklärung bekannten Umstände in guten Treuen vernünftigerweise verstanden und als wirklich gewollt betrachtet werden durfte und musste (BGE 126 II 171 E. 4 c/bb, 121 II 85 E. 4a; BVGE 2008/42 E. 5.4.5). Wie bei der Auslegung von Verträgen ist primär vom Wortlaut auszugehen; anderen Umständen kommt die Bedeutung ergänzender Auslegungsmittel zu, soweit sie dazu dienen können, den wirklichen oder – in Anwendung des Vertrauensprinzips – zumindest den mutmasslichen Willen der Parteien zu ermitteln (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, N 33.04; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSANNE EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N 1205 ff.).

Im Weiteren ist bei der Auslegung von Konzessionen – gleich wie bei öffentlich-rechtlichen Verträgen – besonders zu beachten, dass die Verwaltung dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat. Im Zweifelsfall ist deshalb zu vermuten, dass die Verwaltung nichts anordnen oder vereinbaren wollte, das mit den von ihr zu wahrenden öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung in Widerspruch steht (BGE 135 V 237 E. 3.6 mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1103).

7.2 Gemäss Art. 4 Abs. 4 der Konzession durfte die Ersatzabgabe höchstens 4% der Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit betragen. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ("Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit") ergibt sich deutlich, dass die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei den massgebenden Bruttoeinnahmen grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Denn die Sportprogramme gehören zur Veranstaltertätigkeit der Beschwerdeführerin, weil sie von ihr geschaffen bzw. zusammengestellt und verbreitet werden (vgl. zur Definition des Veranstalters: Art. 2 Abs. 1 aRTVG). Dass dem so ist, stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede. Sie macht aber geltend, die Konzessionsbestimmung sei im Sinn einer Lückenfüllung zu präzisieren, weil sie im Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht an die Sportprogramme gedacht habe.

7.2.1 Aus der Entstehungsgeschichte der Konzession vom 24. Mai 2006 ist – wie die Beschwerdeführerin zutreffend erwähnt – ersichtlich, dass diese ein Ergebnis der iterativen Ergänzungen der Verfahrensbeteiligten war. Die Beschwerdeführerin hatte sich in ihrer Stellungnahme vom 18. April 2006 insbesondere dahingehend geäussert, dass in Art. 4 Abs. 4 des Konzessionsentwurfs richtigerweise von den "Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit" gesprochen werde. Diese Bemerkung erfolgte vor dem Hintergrund der vorangegangenen Konzession vom 5. April 1995 (BBl 1995 II 962), in welcher die Bruttoeinnahmen der Veranstalterin insgesamt und nicht beschränkt auf diejenigen aus der Veranstaltertätigkeit massgebend waren, sowie der Absicht der Beschwerdeführerin, neue Geschäftsaktivitäten ohne Zusammenhang mit der Veranstaltertätigkeit – wie z.B. den Verkauf von Magazinen – auszuschliessen. Die Beschwerdeführerin hatte sich demnach zur später unverändert in die Konzession übernommenen Bestimmung geäussert und die darin vorgesehene Bemessungsgrundlage ausdrücklich als richtig bezeichnet. Fraglich ist, ob der übereinstimmend gewählte Wortlaut auch das wirklich oder – in Anwendung des Vertrauensprinzips – zumindest das mutmasslich Gewollte zum Ausdruck brachte.

7.2.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe damals nicht an die Einnahmen aus den Sportprogrammen gedacht, weil sie bis zu diesem Zeitpunkt keine solchen habe veranstalten dürfen. Erst mit der Konzession vom 24. Mai 2006 habe sie ihr Angebot um ein selber veranstaltetes Sportprogramm erweitern können. Hätte sie damals an die Sportprogramme gedacht, hätte sie selbstverständlich eine Präzisierung der Bemessungsgrundlage verlangt. Soweit die Beschwerdeführerin

damit geltend macht, ihr sei die Tragweite der Bestimmung im Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht bewusst gewesen, erscheint dies nicht glaubwürdig. Denn wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, wurde die Übertragung von Sportanlässen bereits im Konzessionsgesuch vom 10. Februar 2006 ausführlich thematisiert und schliesslich in der Konzession vom 24. Mai 2006 auch erlaubt (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Konzession). Vor diesem Hintergrund musste die Beschwerdeführerin die fragliche Konzessionsbestimmung, deren Wortlaut sie ausdrücklich befürwortet hatte (vgl. hiervor E. 7.2.1), vernünftigerweise dahingehend verstehen, dass auch die Einnahmen aus den veranstalteten Sportprogrammen unter die massgebenden Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit zu subsumieren sind. Eine Präzisierung der Konzessionsbestimmung im Sinn einer Lückenfüllung ist deshalb nicht angezeigt.

7.2.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin drängt sich auch aufgrund der im Zeitpunkt der Konzessionserteilung in Kraft gestandenen gesetzlichen Grundlage keine Präzisierung von Art. 4 Abs. 4 der Konzession auf. Obwohl in Art. 31 Abs. 2 Bst. e aRTVG nicht ausdrücklich erwähnt wurde, von welchen Bruttoeinnahmen auszugehen war, ergibt sich aus dem Kontext der Bestimmung und dabei insbesondere aus deren Titel ("andere Veranstalter") deutlich, dass sich die Konzessionsauflagen und damit auch die für die Ersatzabgabe massgebenden Bruttoeinnahmen auf die Veranstalterin als solche bezogen haben. Damit war der konzessionsrechtliche Gegenstand der Filmförderungspflicht (Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit) enger gefasst als derjenige im Gesetz (Bruttoeinnahmen der Veranstalterin), was mit Blick auf die in Art. 31 Abs. 2 aRTVG gewählte "Kann"-Formulierung und dem damit einhergehenden Spielraum unproblematisch und zulässig war. Die im Vergleich zum Gesetz weniger weit gehende Variante in der Konzession erfolgte zu Gunsten der Beschwerdeführerin und wurde von ihr in der Stellungnahme vom 18. April 2006 denn auch als richtig bezeichnet (vgl. hiervor E. 7.2.1). Entgegen ihrer Auffassung bewegte sich Art. 4 Abs. 4 der Konzession somit im Rahmen der gesetzlichen Grundlage, weshalb keine Verletzung des Legalitätsprinzips vorliegt.

7.3 Demnach kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Vorinstanz unter Anwendung der Konzession die Einnahmen aus den Sportprogrammen zu Recht bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen berücksichtigt hat.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, falls für die ersten sieben Monate des Jahres 2008 die Einnahmen aus den Sportprogrammen berücksichtigt würden, müsse ihr umgekehrt auch die Möglichkeit gegeben werden, in diesen Programmen förderungswürdige Leistungen zu erbringen. Diesfalls seien ihr für das Jahr 2008 Filmförderungsbeiträge an Sportproduktionen in der Höhe von mindestens Fr. 291'667.-- anzurechnen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 der Konzession seien neben den Filmen auch andere audiovisuelle Werke förderungswürdig gewesen. Ebenso habe der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 Bst. c aRTVG ("Anteile an Eigenproduktionen und schweizerischen Produktionen, insbesondere an schweizerischen Filmen") Sportproduktionen nicht ausgeschlossen. Das Wort "insbesondere" deute darauf hin, dass der Gesetzgeber keine abschliessende Aufzählung der zulässigen Produktionen vorgenommen habe. Falls auf den Einnahmen aus den Sportprogrammen eine Ersatzabgabe geschuldet sei, gleichzeitig in diesen Programmen aber keine Filmförderung betrieben werden könne, werde damit das Äquivalenzprinzip verletzt.

8.2 Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass es stossend erscheinen möge, wenn die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei der Berechnung der Filmförderungspflicht zu berücksichtigen, im Gegenzug die Aufwendungen für die Sportproduktionen aber nicht als Filmförderungsbeiträge anzurechnen seien. Dies ergebe sich aber so aus dem konzessionsrechtlichen und gesetzlichen Regelwerk. In Art. 4 Abs. 1 der Konzession sei festgehalten worden, dass sich die Förderung europäischer und schweizerischer Produktionen nach Art. 20c aRTVV richte, gemäss welchem Sportberichte ausdrücklich ausgeschlossen worden seien. Zudem spiele der enge Filmbegriff eine Rolle, der sicherstelle, dass nicht jedes bewegte Bild als Film gelte.

8.3 Wie die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zeigen, ist zwischen ihnen umstritten, ob Aufwendungen für Sportproduktionen als Filmförderungsbeiträge anzurechnen sind. Fraglich ist demnach, ob Sportproduktionen als "Filme" bzw. "andere audiovisuelle Werke" im Sinn von Art. 4 Abs. 2 der Konzession zu verstehen sind, was nachfolgend durch Auslegung zu bestimmen ist (vgl. zur Auslegung einer Konzessionsbestimmung E. 7.1 hiervor).

8.3.1 Die in der fraglichen Bestimmung verwendeten Begriffe ("Filme" und "andere audiovisuelle Werke") wurden in der Konzession nicht definiert, lassen aber – mindestens was die audiovisuellen Werke betrifft – nach dem allgemeinen Sprachverständnis nicht ausschliessen, dass Sportproduktionen darunter zu subsumieren sind. Allerdings wurde der Wortlaut sehr allgemein gehalten, weshalb daraus noch nichts Entscheidendes abgeleitet werden kann.

Zu beachten ist aber, dass Art. 4 Abs. 1 der Konzession für die Förderung europäischer und schweizerischer Produktionen auf Art. 20c aRTVV verwiesen hat, gemäss welchem u.a. Mindestanteile der Sendezeit für schweizerische und andere europäische Werke vorbehalten blieben (sog. Quotenregelung; Art. 20c Abs. 1 aRTVV). Dabei wurden Nachrichten, Sportberichte, Spielshows usw. von der massgebenden Sendezeit ausgeschlossen (Art. 20c Abs. 2 aRTVV). Auch wenn sich die Filmförderung mittels Quotenregelung (Art. 4 Abs. 1 der Konzession i.V.m. Art. 20c aRTVV) von derjenigen mittels Beiträgen (Art. 4 Abs. 2 der Konzession) unterscheidet, kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht gesagt werden, zwischen diesen beiden Fördermassnahmen bestehe kein Zusammenhang. Beide Massnahmen basierten u.a. auf Art. 31 Abs. 2 Bst. c bis e aRTVG und bezweckten die Förderung des schweizerischen bzw. europäischen Filmschaffens (vgl. Titel zu Art. 4 der Konzession). Aufgrund dieses offenkundigen Zusammenhangs musste in Bezug auf Sportproduktionen bei beiden Fördermassnahmen das Gleiche gelten. Wenn Art. 4 Abs. 1 der Konzession i.V.m. Art. 20c Abs. 2 aRTVV Sportberichte explizit ausgeschlossen hat, kann es nicht sein, dass Aufwendungen für deren Produktion als förderungswürdige Beiträge im Sinn von Art. 4 Abs. 2 der Konzession anerkannt werden. Vor diesem Hintergrund muss eine dem Vertrauensprinzip Rechnung tragende Auslegung der einschlägigen Konzessionsbestimmung zum Ergebnis führen, dass Aufwendungen für Sportproduktionen nicht als Filmförderungsbeiträge anzurechnen sind bzw. Sportproduktionen nicht als "Filme" und "andere audiovisuelle Werke" verstanden werden können. Anhaltspunkte dafür, dass Art. 4 Abs. 2 der Konzession in guten Treuen gegenteilig verstanden werden dürfte, ergeben sich weder mit Blick auf das frühere Verhalten der Verfahrensbeteiligten noch aus anderen Umständen.

8.3.2 Auch die im Zeitpunkt der Konzessionserteilung gültig gewesene gesetzliche Grundlage (Art. 31 Abs. 2 Bst. c bis e aRTVG) lässt keinen anderen Schluss zu.

8.3.2.1 Wie die Beschwerdeführerin zwar zutreffend erwähnt, könnten die in Art. 31 Abs. 2 Bst. c und d aRTVG verwendeten Begriffe ("Eigenproduktionen", "schweizerische Produktionen", "schweizerische Filme" sowie "Produktionen von veranstalterunabhängigen Unternehmen") grundsätzlich auch Sportproduktionen erfassen. Aus dem weiten Wortlaut alleine ergibt sich allerdings noch nichts Abschliessendes. Vielmehr ist mit Blick auf die Systematik sowie den Sinn und Zweck der im aRTVG geregelten Filmförderung entscheidend, dass diese – mindestens was Art. 31 Abs. 2 Bst. d und e aRTVG betrifft – im Rahmen des am 1. August 2002 in Kraft getretenen FiG eingefügt wurde. Es besteht somit ein entstehungsgeschichtlicher Zusammenhang, der es nahe legt, die Tragweite der in den beiden Gesetzen vorgesehenen Filmförderung übereinstimmend zu verstehen.

8.3.2.2 Das FiG stützt sich insbesondere auf Art. 71 BV und bezweckt die Förderung der Vielfalt und Qualität des Filmangebots sowie des Filmschaffens und die Stärkung der Filmkultur (Art. 1 FiG). Es umschreibt den Begriff "Film" in Art. 2 Abs. 1 FiG als die für die Wiedergabe festgehaltene gestaltete Folge von Bildern mit oder ohne Ton, die bei der Betrachtung den Eindruck einer Bewegung hervorruft, unabhängig vom gewählten technischen Aufnahme-, Speicher- oder Wiedergabeverfahren. Ein "Schweizer Film" liegt vor, wenn der Sitz oder Wohnsitz des Autors oder der Autorin bzw. der Produktion in der Schweiz liegt (Art. 2 Abs. 2 FiG). Die Bestimmungen zur Filmförderung unterscheiden zwischen den Förderungsbereichen (1. Abschnitt: Art. 3 – 6 FiG), den Förderungsinstrumenten (2. Abschnitt: Art. 7 – 10 FiG), den Förderungskonzepten und der Evaluation (3. Abschnitt: Art. 11 – 12 FiG), den Finanzhilfen und anderen Formen der Unterstützung (4. Abschnitt: Art. 13 – 15 FiG) sowie dem Ausschluss von der Filmförderung (5. Abschnitt: Art. 16 FiG).

Obwohl die Definitionen der Begriffe "Film" und "Schweizer Film" allgemein gehalten sind, erhellt bereits aus den in Art. 16 FiG von der Filmförderung ausgeschlossenen Filmarten (Werbefilme, Filme mit vorwiegend didaktischer Zielsetzung sowie Auftragsproduktionen), dass nicht jedes bewegte Bild förderungswürdig ist. Auch wenn Sportproduktionen dabei nicht explizit erwähnt werden, ergibt sich aus dem Gesamtkontext des Gesetzes deutlich, dass sie von diesem nicht erfasst sind. So sind insbesondere die Förderungsinstrumente, wie z.B. die Auszeichnungen (Art. 7 FiG) oder die selektive und erfolgsabhängige Filmförderung (Art. 8 FiG), offensichtlich nicht auf Sportproduktionen

zugeschnitten. Aus den in der Verordnung vom 20. Dezember 2002 über die Filmförderung (FiFV, SR 443.113) geregelten Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfen der selektiven und erfolgsabhängigen Filmförderung ist denn auch ersichtlich, dass Kino- und Fernsehfilme im Sinn von Spiel- und Dokumentarfilmen im Vordergrund stehen (Art. 12 f. FiFV). Entsprechend besteht die ständige Fachkommission für die Begutachtung von Gesuchen um Finanzhilfen aus den drei Ausschüssen "Spielfilm", "Dokumentarfilm" und "Auswertung und Vielfalt" (Art. 21 Abs. 1 FiFV). Dass Sportproduktionen nicht von der Filmförderung im Sinn des FiG erfasst werden, bestätigt sich auch mit Blick auf die im Anhang des FiFV aufgeführten Förderungskonzepte des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), welche sich im Wesentlichen auf Kinospiel-, Dokumentar-, Trick- und Fernsehfilme beziehen. Nichts anderes ergibt sich schliesslich aus den Gesetzesmaterialien zum FiG: Weder der Botschaft des Bundesrates noch den parlamentarischen Verhandlungen lässt sich ein Hinweis entnehmen, dass Sportproduktionen von der Filmförderung erfasst sein könnten (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 18. September 2000 zum Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur [BBl 2000 5429]; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2001 S 118 ff., AB 2001 S 529 ff., AB 2001 N 650 ff., AB 2001 N 1525 ff.).

8.3.2.3 Da Sportproduktionen nach dem Gesagten vom FiG nicht erfasst werden, muss aufgrund des entstehungsgeschichtlichen Zusammenhangs das Gleiche auch für die im aRTVG geregelte Filmförderung gelten.

Dieses Ergebnis steht im Übrigen auch im Einklang mit dem europäischen Übereinkommen des Europarats vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF, SR 0.784.405) bzw. dem Protokoll vom 1. Oktober 1998 zur Änderung des Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (SR 0.784.405.1), welches von der Schweiz ratifiziert wurde und am 1. Mai 1993 formell in Kraft getreten ist (vgl. zum Übereinkommen: PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, Bern 2007, Kapitel 8 N 22 und Kapitel 16 N 71 ff.). Die darin vorgesehene Regelung, den Hauptanteil der Sendezeit europäischen Werken vorzubehalten, schliesst Nachrichten, Sportereignisse, Spielshows usw. von der massgebenden Sendezeit aus (Art. 10 EÜGF bzw. Art. 11 des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen). Damit bezieht sich die im Übereinkommen bezweckte Förderung europäischer Werke nicht auf

Sportproduktionen, was – wie bereits erwähnt (vgl. hiervor E. 8.3.1) – auch in Art. 20c aRTVV gleich geregelt war. Wenn nun aber Sportproduktionen explizit von der Förderung mittels Quotenregelung ausgeschlossen sind, muss das Gleiche auch für die Förderung mittels Beiträgen gelten. Dementsprechend konnte sich Art. 31 Abs. 2 Bst. c bis e aRTVG nicht auf Sportproduktionen beziehen.

8.4 Insgesamt führt die mit der gesetzlichen Grundlage übereinstimmende und nach dem Vertrauensprinzip erfolgte Auslegung der einschlägigen Konzessionsbestimmung zum Ergebnis, dass Aufwendungen für Sportproduktionen nicht als Filmförderungsbeiträge anzurechnen sind bzw. Sportproduktionen nicht als "Filme" und "andere audiovisuelle Werke" im Sinn der Konzession verstanden werden können. Dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aufwendungen an Sportproduktionen in der Höhe von Fr. 291'667.-- nicht als Filmförderungsbeiträge berücksichtigt hat, lässt sich demnach nicht beanstanden.

8.5 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, es werde das Äquivalenzprinzip verletzt, weil die Einnahmen aus den Sportprogrammen bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen berücksichtigt würden, gleichzeitig in diesen Programmen aber keine Filmförderung betrieben werden könne, kann ihr nicht gefolgt werden.

Das im Bereich des Abgaberechts gültige Äquivalenzprinzip verlangt nach der Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, dass die Höhe einer Kausalabgabe im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der staatlichen Leistung bzw. zum wirtschaftlichen Sondervorteil stehen muss. Die Abgabe darf zum objektiven Wert der Leistung bzw. des Vorteils nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen (BGE 132 II 375 E. 2.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-3434/2010 vom 2. November 2010 E. 7.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2625b, 2641 f. und 2655; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 58 N 19 ff.).

Vorliegend ist nicht das Verhältnis der Höhe einer Abgabe zum Wert einer staatlichen Leistung oder eines wirtschaftlichen Sondervorteils streitig, sondern dasjenige zwischen dem Gegenstand der Filmförderungspflicht und den anrechenbaren Filmförderungsleistungen. Dieses Verhältnis ergibt sich – wie die Vorinstanz zutreffend erwähnt –

aus dem konzessionsrechtlichen bzw. gesetzlichen Regelwerk und fällt nicht in den Anwendungsbereich des Äquivalenzprinzips.

9.
Weiter ist streitig und zu prüfen, ob die Einnahmen aus dem Programm *Disney Channel*, das die Beschwerdeführerin im Paket *Teleclub Basic* mit den Programmen *Teleclub Cinema* und *Teleclub Star* anbietet, bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen sind. Diese Frage stellt sich sowohl unter Anwendung der Konzession als auch nach dem revidierten RTVG.

9.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Drittprogramm *Disney Channel* werde von ihr lediglich weiterverbreitet und nicht veranstaltet. Deshalb seien die Einnahmen aus diesem Programm weder nach der Konzession noch nach Art. 7 Abs. 2 RTVG zu den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen zu zählen. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz die Einnahmen berücksichtige, weil diese aufgrund der Paketlösung nicht abgrenzbar seien. Denn damit werde das Legalitätsprinzip im Abgaberecht verletzt. Es sei weder in der Konzession noch im revidierten RTVG eine Grundlage für eine Erweiterung der Bemessungsgrundlage auf Einnahmen aus Drittkanälen ersichtlich. Bei einem Programmpaket, welches sowohl filmförderungspflichtige als auch andere Programme enthalte, sei eine Abgrenzungsmethode anzuwenden, die zu einem dem Gesetzeszweck entsprechenden Resultat führe. Eine Änderung des Pakets zur Gewährleistung einer formalen Abtrennbarkeit erscheine unverhältnismässig und stelle ein Hindernis für die Anpassung des Programmangebots an die dem Wandel unterliegende Nachfrage dar. Die Methode zur Abgrenzung von Programmen dürfe die unternehmerische Gestaltungsfreiheit nicht einschränken. Ein solcher Eingriff in das Programmangebot würde zudem die Medienfreiheit verletzen. Sodann würde eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vorliegen, weil ein anderer Anbieter desselben Drittkanals bei einer anderen Paketierung keine Abgabe bezahlen müsste.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, bei dem von ihr im Verwaltungsverfahren gemachten Vorschlag, wonach 20% der Bruttoeinnahmen aus dem Paket *Teleclub Basic*, mithin Fr. 5'678'506.--, als Einnahmen aus dem *Disney Channel* abzuziehen seien, handle es sich um einen nachvollziehbaren Schätzwert. Anstelle dieses konstruktiven und zurückhaltenden Vorschlags wären auch andere

Abgrenzungsmethoden denkbar, so z.B. ein Aufwandvergleich zwischen den drei im Paket enthaltenen Programmen. Danach ergäbe sich für den *Disney Channel* im Jahr 2008 ein Anteil von 16,23% des Gesamtaufwands des Programmpakets *Teleclub Basic*. Zähle man eine bescheidene Marge von 25% dazu, resultiere ein Aufwand von 20%, was wiederum dem bereits gemachten Vorschlag entsprechen würde.

9.2 Die Vorinstanz ist indessen der Auffassung, dass die Einnahmen aus dem *Disney Channel* sowohl unter Anwendung der Konzession als auch nach Art. 7 Abs. 2 RTVG bei den Bruttoeinnahmen zu berücksichtigen seien. Gemäss der Konzession seien die Einnahmen aus allen Programmen (inkl. *Disney Channel*) massgebend gewesen. Nach dem revidierten RTVG seien nunmehr grundsätzlich die einzelnen Programme Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Bruttoeinnahmen. Da der *Disney Channel* aber nur im Paket und nicht isoliert abonniert werden könne, sei es nicht möglich die Einnahmen der einzelnen Programme abzugrenzen. Die Beschwerdeführerin habe entgegen ihrer Mitwirkungspflicht nicht in ausreichender und nachvollziehbarer Weise dargelegt, nach welchen Kriterien eine Abgrenzung möglich sein soll. Unter diesen Umständen seien deshalb die gesamten Einnahmen aus dem Paket *Teleclub Basic* bei den Bruttoeinnahmen zu berücksichtigen.

9.3 Aufgrund der Ausführungen der Verfahrensbeteiligten stellt sich nachfolgend vorab die Frage, ob der Einbezug der Einnahmen aus dem *Disney Channel* bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen das Legalitätsprinzip verletzt.

9.3.1 Im Bereich des Abgaberechts kommt dem Legalitätsprinzip besondere Bedeutung zu. Demnach darf eine öffentliche Abgabe nur gestützt auf ein Gesetz im formellen Sinn erhoben werden, wobei die wesentlichen Elemente der Abgabe bereits im Gesetz selber enthalten sein müssen. Dazu gehören zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlagen (Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV; BGE 130 I 113 E. 2.2). Für gewisse Arten von Kausalabgaben können diese Anforderungen gelockert werden, wenn das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (BGE 130 I 113 E. 2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2693 ff.; ADRIAN HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgaberechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 10/2003, S. 514 ff.);

Lockerungen sind dabei nur bei den Vorgaben zur Bemessung möglich. Eigentliche Ersatzabgaben sind indessen weitgehend kostenunabhängig und können kaum am Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip gemessen werden (HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 512 und 518 f.). Der Umfang des Legalitätsprinzips ist demnach je nach Art der Abgabe zu differenzieren. Das Prinzip darf weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät (BGE 126 I 180 E. 2a/bb; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2703; HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 514 und 516).

9.3.2 Die hier zu beurteilende Filmförderungspflicht kann sich mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 aRTVG bzw. Art. 7 Abs. 2 RTVG auf eine formell genügende Rechtsgrundlage stützen. Sie ist sowohl nach dem aRTVG bzw. der Konzession als auch nach dem revidierten RTVG mit einer freien Wahlmöglichkeit zwischen der direkten Berücksichtigung des schweizerischen Filmschaffens mittels Beiträgen oder dem ersatzweisen Bezahlen einer Abgabe ausgestaltet. Während die Primärverpflichtung Elemente einer Zweck- bzw. Kostenanlastungssteuer enthält, entspricht die sekundäre Pflicht einer Ersatzabgabe, die sich aufgrund der Wahlmöglichkeit im Ergebnis einer Lenkungsabgabe annähert (vgl. zu den verschiedenen Abgaben u.a. HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 505 ff.; HÄFLIN/MÜLLER/UHL-MANN, a.a.O., N 2623 ff.). Da zwischen den Verfahrensbeteiligten weder die Charakterisierung der Filmförderungspflicht noch die Kompetenz des Bundes zur Regelung einer solchen umstritten ist, muss deren abgaberechtliche Zuordnung für den vorliegenden Fall nicht weiter vertieft werden.

9.3.3 Die Frage, ob die Einnahmen aus dem *Disney Channel* bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen zu berücksichtigen sind, betrifft den Gegenstand bzw. das Objekt der Abgabe. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip können deshalb nicht herangezogen werden, weil diese Prinzipien lediglich die gesetzliche Festlegung der absoluten Höhe bzw. der Bemessung einer Abgabe zu lockern vermögen. Zudem wäre die Filmförderungspflicht einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der erwähnten Prinzipien ohnehin entzogen, weil sie nicht zur Deckung einer staatlichen Leistung oder eines wirtschaftlichen Sondervorteils dient und damit kostenunabhängig ausgestaltet ist. Deshalb ist am Erfordernis der Gesetzesform ohne Einschränkung festzuhalten.

9.3.4 Wie bereits dargelegt (vgl. hiervor E. 7.2), waren unter Anwendung der Konzession die Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit massgebend. Diese bildeten den Gegenstand der Filmförderungspflicht. Da der *Disney Channel* ein von der Beschwerdeführerin nicht selber veranstalteter Drittkanal ist und demnach nicht zu ihrer Veranstaltertätigkeit gehört, wurde er vom Gegenstand der Filmförderungspflicht gemäss Art. 4 Abs. 2 und 4 der Konzession nicht erfasst. Somit wären die Einnahmen aus dem *Disney Channel* bei den massgebenden Bruttoeinnahmen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. In diesem Sinn hat die Vorinstanz – wie sie in der angefochtenen Verfügung erwähnte – die Einnahmen aus den von der Beschwerdeführerin nicht selber veranstalteten, aber von ihr separat weiterverbreiteten Programmen, wie z.B. *Premiere* oder *Sky*, zu Recht ausser Acht gelassen. Soweit sie nun in der Vernehmlassung geltend macht, unter Anwendung der Konzession seien die Einnahmen aller Programme (inkl. *Disney Channel*) zu berücksichtigen, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Einbezug der Einnahmen aus dem *Disney Channel* würde den Gegenstand der Filmförderungspflicht nach dem aRTVG bzw. der Konzession auf nicht selber veranstaltete Programme erweitern und damit das Legalitätsprinzip verletzen. Das Gleiche gilt auch unter Anwendung des revidierten RTVG, das den Gegenstand der Filmförderungspflicht auf die einzelnen, selber veranstalteten Programme beschränkt, in welchen Filme ausgestrahlt werden (vgl. Art. 7 Abs. 2 RTVG). Der *Disney Channel* gehört somit auch nach dem revidierten RTVG nicht zum Gegenstand der Filmförderungspflicht. Davon scheint auch die Vorinstanz auszugehen, wenn sie sinngemäss ausführt, die Einnahmen aus dem *Disney Channel* wären nicht berücksichtigt worden, wenn der Drittkanal separat und nicht in einem Paket angeboten würde.

Der Einbezug der Einnahmen aus dem *Disney Channel* bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen verstösst somit – wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht – sowohl unter Anwendung der Konzession als auch nach dem revidierten RTVG gegen das Legalitätsprinzip. Zu prüfen bleibt allerdings noch, ob und – falls ja – wie die Einnahmen gegenüber den beiden anderen Programmen aus dem Paket *Teleclub Basic* abgegrenzt werden können.

9.4

9.4.1 Der von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren gemachte Vorschlag, die Einnahmen aus der Weiterverbreitung des *Disney Channels* mit 20% der Bruttoeinnahmen aus dem Paket *Teleclub*

Basic zu gewichten, ist mit der Vorinstanz als weder nachvollziehbar noch praktikabel zu qualifizieren. Das Abstützen auf einen solchen Schätzwert wäre einer Überprüfbarkeit vollständig entzogen, was insbesondere mit Blick auf die rechtsgleiche Behandlung in ähnlich gelagerten Fällen problematisch wäre.

Anders verhält es sich hingegen mit der von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren vorgeschlagenen Abgrenzungsmethode mittels Aufwandvergleich. Aus den individuell bestimmbaren Aufwänden der drei im Paket *Teleclub Basic* enthaltenen Programme ergibt sich eine prozentuale Gewichtung, die nachvollziehbare und verwertbare Rückschlüsse auf die anteilsmässigen Einnahmen zulässt. Auch wenn damit nicht die exakten Einnahmen der einzelnen Programme festgestellt werden können, erscheint es mit Blick auf den zu vermeidenden Verstoss gegen das Legalitätsprinzip gerechtfertigt, die Methode im Sinn einer im Abgaberecht zulässigen Schematisierung anzuwenden (BGE 132 II 371 E. 2.1, 131 II 271 E. 7.2.4, 128 I 240 E. 2.3, je mit Hinweisen). Dies gilt umso mehr, als es sich dabei um eine praktikable und überprüfbare Methode handelt, die eine rechtsgleiche Behandlung gewährleistet. Die Einnahmen aus dem *Disney Channel* sind demnach entsprechend dem anteilsmässigen Aufwand gegenüber den beiden anderen Programmen aus dem Paket *Teleclub Basic* abzugrenzen und bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen ausser Acht zu lassen.

9.4.2 Aufgrund der Aktenlage lässt sich der Aufwand für den *Disney Channel* nicht verlässlich und abschliessend beurteilen. Es fehlen insbesondere Belege für den geltend gemachten Betriebsaufwand von Fr. 833'320.-- (Fr. 14'166'435.-- aufgeteilt auf 17 Kanäle). Im Zusammenhang mit dem Betriebsaufwand bedarf es zudem auch einer vertieften Auseinandersetzung mit den darin enthaltenen Positionen und der Frage, ob eine gleichmässige Verteilung des Gesamtaufwands auf die einzelnen Programme verhältnismässig ist. Ebenfalls näher zu prüfen wäre auch die geltend gemachte, aber nicht substantiiert begründete Marge von 25%. Die erforderlichen Abklärungen dürften sich als aufwändig erweisen und hängen zudem in erheblichem Masse von einer fachlichen Beurteilung ab. Da die Sachverhaltsvervollständigung am besten durch die Vorinstanz erfolgt, rechtfertigt es sich ausnahmsweise, die Angelegenheit an diese zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG; zu dieser Möglichkeit MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren,

Zürich/St. Gallen 2008, N 11 zu Art. 61; PHILIPPE WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, N 16 zu Art. 61; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-438/2009 vom 8. März 2011 E. 20, A-6594/2010 vom 29. April 2011 E. 8.2.3 und A-1813/2009 vom 21. September 2011 E. 18.6 f.).

9.5 Nach dem Gesagten sind die Einnahmen aus dem *Disney Channel* weder unter Anwendung der Konzession noch nach Art. 7 Abs. 2 RTVG bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen. Die Beschwerde erweist sich demnach in diesem Punkt als begründet, weshalb sie in Aufhebung der Verfügung vom 8. November 2010 teilweise gutzuheissen ist. Die Angelegenheit ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die notwendigen Abklärungen zur Feststellung der Einnahmen aus dem *Disney Channel* mittels Aufwandvergleich vornimmt und anschliessend über eine allfällige Filmförderungsabgabe für das Jahr 2008 neu verfügt.

Da die Beschwerdeführerin bezüglich des Einbezugs bzw. der Abgrenzbarkeit der Einnahmen aus dem *Disney Channel* mit ihren Anträgen durchdringt und somit keine Nachteile aufgrund der von ihr gewählten Paketierung erleidet, erübrigt es sich, auf ihre weiteren Vorbringen in diesem Zusammenhang (Verletzung des Gleichbehandlungsgebots sowie der Wirtschafts- und Medienfreiheit) einzugehen.

10.

10.1 Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, dass die im Jahr 2008 geleisteten Filmförderungsbeiträge oder zumindest der gesetzlich bzw. konzessionsrechtlich geschuldete Filmförderungsbeitrag von den für die Ersatzabgabe massgebenden Bruttoeinnahmen abzuziehen seien. Die Vorinstanz lasse den Abzug von Forderungsverlusten zu, was verständlich und zu begrüssen sei. Zudem anerkenne sie die Abzugsfähigkeit von abgabeähnlichen Aufwendungen (z.B. Mehrwertsteuer und Suisa-Gebühr) sowie Erlösminderungen (z.B. Skonti und Rabatte), die wirtschaftlich dem Leistungsempfänger zugutekommen. Vor diesem Hintergrund sei es nicht nachvollziehbar, wieso die Filmförderungsbeiträge nicht ebenso abzugsfähig sein sollten. Diese seien von Gesetzes wegen geschuldet und würden dem Leistungsempfänger (hier: Produzenten der geförderten Filme) zugutekommen.

10.2 Die Vorinstanz bringt dagegen vor, gemäss langjähriger Praxis würden alle Bruttoerträge (inkl. Gegengeschäfte) und von Dritten gutgeschriebene Entschädigungen für Leistungen eines Fernsehveranstalters unter die Bruttoeinnahmen fallen. Abgezogen würden einzig Skonti und Rabatte, die wirtschaftlich dem Leistungsempfänger zugutekommen, sowie realisierte Forderungsverluste. Nicht abzugsfähig seien Beraterkommissionen, Vermittlerprovisionen und andere Leistungen, die nicht dem Leistungsempfänger zugutekommen, sowie erwartete Forderungsverluste (Delkredere) und jegliche Auslagen mit Aufwandcharakter (z.B. Betreibungskosten und Kommissionen an eine Akquisitionsfirma). Gestützt auf diese Definition seien die im Verlauf des Jahres bereits geleisteten Filmförderungsbeiträge nicht von den Bruttoeinnahmen abzuziehen. Andere Positionen, wie z.B. die Suisa-Gebühren, seien ebenfalls nicht abzugsberechtigt.

10.3 Eine Definition des Begriffs Bruttoeinnahmen erfolgte weder in der Konzession noch im RTVG. Auch den Gesetzesmaterialien zum RTVG lässt sich dazu nichts Verwertbares entnehmen (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002 [BBl 2003 1671 ff.]; AB 2005 S 55 ff., AB 2004 N 54 ff.). Eine nähere Umschreibung des Begriffs wurde offenbar mit Blick auf seine klare Bedeutung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht als erforderlich erachtet. Nach diesem werden unter Bruttoeinnahmen die Gesamteinnahmen ohne Abzug von Steuern, Abgaben und Ähnlichem verstanden (vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, Bd. 10, 3. Auflage, Mannheim 2002, S. 237; GERHARD WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, 7. Auflage, Gütersloh 2006, S. 302). Die von der Vorinstanz erwähnte Praxis deckt sich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch und lässt sich nicht beanstanden. Es sind – auch mit Blick auf die weiteren Auslegungsmethoden – keine Hinweise ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, den Abzug der Filmförderungsbeiträge abweichend vom klaren Wortlaut zuzulassen. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin kann aus der Abzugsfähigkeit von Skonti und Rabatten, die als Preisnachlässe auf dem Rechnungsbetrag nicht zu den Gesamteinnahmen zu zählen sind, nicht darauf geschlossen werden, Filmförderungsbeiträge seien ebenfalls abzuziehen. Denn diese stellen Auslagen auf bereits realisierten Einnahmen dar und unterscheiden sich somit wesentlich von den Skonti und Rabatten.

10.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Berücksichtigung der Filmförderungsbeiträge bei den Bruttoeinnahmen führe zu einer Abgabe auf einer Abgabe, weil die Ersatzabgabe auf den bereits geleisteten Beiträgen erhoben werde, kann ihr nicht gefolgt werden. Bei ihren diesbezüglichen Ausführungen scheint sie zu verkennen, dass sowohl den Filmförderungsbeiträgen als auch der Filmförderungsersatzabgabe der gleiche Gegenstand zu Grunde liegt. Wenn im Verlauf des Jahres nicht mindestens 4% der massgebenden Bruttoeinnahmen für die Filmförderung eingesetzt werden, ist bis zu dieser Höhe eine Ersatzabgabe zu leisten. Die Ersatzabgabe berechnet sich aus 4% der massgebenden Bruttoeinnahmen abzüglich der im Verlauf des Jahres geleisteten Filmförderungsbeiträge. Die Gesamtbelastung beträgt somit unabhängig davon, ob nur eine Ersatzabgabe oder teilweise auch Beiträge geleistet wurden, insgesamt 4% der massgebenden Bruttoeinnahmen. Soweit die Beschwerdeführerin etwas anderes vorbringt, ist dies – soweit überhaupt nachvollziehbar – unzutreffend.

11.

11.1 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die in Ziffer 2 des Verfügungsdispositivs vorgesehene Verpflichtung, den an das Filmzentrum zu leistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen, entbehre jeglicher Rechtsgrundlage und könne mangels entsprechender Regelung im Rahmenvertrag mit der Cinésuisse nicht erfüllt werden. Indem sich die Vorinstanz bezüglich der verfügten Zahlung an das Filmzentrum auf den vom BAK genehmigten Rahmenvertrag mit der Cinésuisse berufe, anerkenne sie dessen Anwendbarkeit und Verbindlichkeit. Bei der im Vertrag vorgesehenen Verpflichtung, wonach 1% der Abonnements-Nettoein-nahmen zur Unterstützung des Schweizerischen Filmzentrums einzusetzen sei, handle es sich um eine bedingungslose jährliche Zuwendung. Im Vertrag sei nicht vorgesehen, dass der Betrag bestimmten Projekten zugewiesen werden könne. Es sei ihr deshalb mangels vertraglicher Anspruchsgrundlage nicht möglich, die in Ziffer 2 letzter Satz des Dispositivs vorgesehene Verpflichtung zu erfüllen. Das BAK habe den Rahmenvertrag nach Rücksprache mit der Vorinstanz genehmigt, weshalb diese den Vertrag in seiner Gesamtheit zu beachten habe. Soweit die Vorinstanz geltend mache, der Rahmenvertrag sei für sie nicht von Belang, verstosse sie gegen den Grundsatz von "venire contra factum proprium".

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe aufgrund der Genehmigungsverfügung auf die Rechtsgenüglichkeit des Rahmenvertrags vertraut und sei in ihrem Vertrauen zu schützen. Wäre sie von der Absicht der Vorinstanz, ihr die strittige Auflage zu verfügen, rechtzeitig informiert gewesen, so hätte sie den Rahmenvertrag nachverhandeln bzw. kündigen können. Dass sie dies unterlassen habe, dürfe ihr nicht zum Nachteil gereichen, weil sie mit Recht auf die Genehmigungsverfügung vertraut habe. Die Auflage der Vorinstanz verstosse daher auch gegen das Vertrauensprinzip.

11.2 Die Vorinstanz ist dagegen der Auffassung, dass die verfügte Auflage, den an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen, zu Recht erfolgt sei. Mit dieser Verpflichtung solle – auch wenn dies rechtlich nicht durchsetzbar sei – bewirkt werden, dass der Betrag auch tatsächlich dem Film zugutekomme und nicht anderweitig, z.B. für die Deckung von Spesen des Filmzentrums, verwendet werde. Zudem hält die Vorinstanz fest, dass der zwischen der Beschwerdeführerin und der Cinésuisse abgeschlossene Vertrag privatrechtlicher Natur und deshalb für sie nicht von Belang sei.

11.3 Der erwähnte Rahmenvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Cinésuisse wurde gestützt auf Art. 4 Abs. 4 der Konzession vom 5. April 1995 (BBl 1995 II 962) abgeschlossen und vom BAK (nach Rücksprache mit der Vorinstanz) am 16. Dezember 2003 genehmigt. Er sieht in Ziffer 5.1 Bst. a vor, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der konzessionsrechtlichen Filmförderpflicht 1% der Abonnements-Nettoeinnahmen zur Unterstützung des Schweizerischen Filmzentrums einzusetzen hat.

In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz unter Hinweis auf den Rahmenvertrag die von der Beschwerdeführerin im Jahr 2008 an das Filmzentrum geleisteten Fr. 307'939.-- als Aufwendungen für die Filmförderung anerkannt und ihr unter Abzug von der Ersatzabgabe eine Nachleistung im Betrag von Fr. 3'591.-- ermöglicht (Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung). Diese Nachleistungsmöglichkeit ist im Grundsatz unbestritten. Die Beschwerdeführerin beanstandet jedoch die mit der Nachleistung verbundene Verpflichtung, den entsprechenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen. Diese Verpflichtung steht – wie beschwerdeweise zutreffend dargelegt wird – dem Rahmenvertrag entgegen, da die darin vorgesehene Zuwendung bedingungslos zu erfolgen hat. Dies scheint auch die Vorinstanz so zu sehen, nachdem sie

in der Vernehmlassung die Auflage als rechtlich nicht durchsetzbar bezeichnet hat. Indem sich die Vorinstanz einerseits auf den vom BAK genehmigten Rahmenvertrag beruft bzw. die darin geregelten Zahlungsverpflichtungen anerkennt, andererseits aber eine davon abweichende Auflage verfügt, deren rechtliche Durchsetzbarkeit sie selber bezweifelt, verhält sie sich widersprüchlich. Ein solches Verhalten verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und ist nicht zu schützen (Art. 5 Abs. 3 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 707 ff.). Die Beschwerdeführerin kann somit entgegen der in Ziffer 2 des Dispositivs verfügten Auflage nicht dazu verpflichtet werden, den an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, wäre die Auflage auch mit Blick auf das Vertrauensprinzip zweifelhaft (zu dessen Voraussetzungen vgl. E. 6.4.1 hiervor). Einerseits bildet die vom BAK (nach Rücksprache mit der Vorinstanz) erfolgte Genehmigung des Rahmenvertrags eine Vertrauensgrundlage und andererseits liegt in der unterlassenen Nachverhandlung bzw. Kündigung des Vertrags eine Disposition der Beschwerdeführerin vor, die nicht rückwirkend nachgeholt werden kann. Zwischen der Vertrauensgrundlage und der unterlassenen Disposition besteht sodann ein Kausalzusammenhang. Dass auch die Vorinstanz den Vertrag unter dem Blickwinkel des Vertrauensprinzips betrachtet hat, zeigt sich aufgrund ihrer Ausführungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens. So hatte sie der Beschwerdeführerin am 2. Dezember 2009 mitgeteilt, diese dürfe nach dem Grundsatz von Treu und Glauben davon ausgehen, dass die vertraglichen Zuwendungen an das Filmzentrum als Filmförderungsbeiträge anrechenbar seien, obwohl mit dem Inkrafttreten des revidierten RTVG lediglich noch direkt in die Filmproduktion oder in die Filmverwertung fliessende Beiträge anerkannt würden. Wenn nun aber das Vertrauen hinsichtlich der Anrechenbarkeit der Filmförderungsbeiträge an das Filmzentrum zu schützen ist, hat das Gleiche auch für die vertraglich vorgesehene Bedingungslosigkeit dieser Zuwendung zu gelten.

11.4 Nach dem Gesagten kann die Beschwerdeführerin nicht dazu verpflichtet werden, den an das Filmzentrum nachzuleistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen. Die Einwände gegen die in Ziffer 2 des Dispositivs verfügte Auflage erweisen sich somit als begründet.

12.
Zusammenfassend ist die Beschwerde in zwei Punkten begründet: 1. Die Beschwerdeführerin kann entgegen der in Ziffer 2 des Dispositivs verfügten Auflage nicht verpflichtet werden, den an das Filmzentrum nachzu-leistenden Betrag konkreten Filmprojekten zuzuweisen (vgl. E. 11 hiervor). 2. Die Einnahmen aus dem *Disney Channel* sind weder unter Anwendung der Konzession noch nach Art. 7 Abs. 2 RTVG bei den für die Berechnung der Filmförderungspflicht massgebenden Bruttoeinnahmen einzubeziehen (vgl. E. 9 hiervor). Die Beschwerde ist demzufolge teilweise gutzuheissen und die Verfügung vom 8. November 2010 aufzuheben. Die Angelegenheit ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die notwendigen Abklärungen im Sinn der Erwägungen vornimmt und anschliessend über eine allfällige Filmförderungsabgabe für das Jahr 2008 neu verfügt. Im Übrigen ist die Beschwerde im Sinn der vorstehenden Erwägungen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

13.
13.1 Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Kosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (BGE 123 V 156 E. 3c; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 4.43).

13.2 Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren Anträgen teilweise durch, wobei das Obsiegen mit 50% zu gewichten ist. Demzufolge hat sie von den auf Fr. 8'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten Fr. 4'000.-- zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 8'000.-- sind ihr demzufolge Fr. 4'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

13.3 Der Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

14.

14.1 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen. Das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen entspricht demjenigen bei den Verfahrenskosten (MARCEL MAILLARD, Praxiskommentar VwVG, N 17 zu Art. 64 VwVG).

14.2 Die teilweise obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung; diese bemisst sich – ausgehend von einer von Amtes wegen festzusetzenden Entschädigung in der Höhe von Fr. 12'000.-- (Art. 14 Abs. 2 VGKE) und unter Berücksichtigung ihres hälftigen Obsiegens – auf Fr. 6'000.-- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) und ist der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

14.3 Die Vorinstanz hat gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird in Aufhebung der Verfügung vom 8. November 2010 teilweise gutgeheissen und die Sache zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3.
Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 4'000.-- auferlegt. Dieser Betrag wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'000.-- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

4.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.-- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 1000256540/bev; Einschreiben)
– das Generalsekretariat des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Ryter Sauvant	Toni Steinmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] gegeben sind. 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 (Art. 42 BGG).

Versand: