Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-2998/2008
{T 1/2}

Urteil vom 25. März 2009

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter André Moser,
Gerichtsschreiber Lars Birgelen.

Parteien

3 Plus Group AG, Wagistrasse 21, 8952 Schlieren,
vertreten durch Anwalt Dr. Rolf Auf der Maur,
Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK),
Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Änderung der Konzession für die Verbreitung von Fernsehprogrammen.

Sachverhalt:

A.
Der Bundesrat erteilte am 11. Januar 2006 der Elevator TV AG (heute: 3 Plus Group AG) eine ab 1. Februar 2006 für die Dauer von zehn Jahren gültige Konzession für die Veranstaltung eines nationalen deutschsprachigen Fernseh- und Radioangebotes, bestehend aus einem analogen und zwei digital verbreiteten Fernsehprogrammen sowie aus einem mit der Tonspur des analogen Fernsehprogramms identischen Radioprogramm. In der Konzession wurde die 3 Plus Group AG verpflichtet, den Betrieb des Fernseh- und Radioangebotes innerhalb von zwölf Monaten nach Erteilung der Konzession aufzunehmen.

Mit Schreiben vom 9. November 2006 informierte die 3 Plus Group AG das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) darüber, dass sie am 31. August 2006 den Betrieb des analogen Fernsehprogramms aufgenommen habe. Gleichzeitig teilte sie dem BAKOM den Verzicht auf die Veranstaltung eines Radioprogramms mit und ersuchte um Verlängerung der Frist für die Betriebsaufnahme der digitalen Fernsehprogramme bis am 11. Januar 2008. Mit Verfügung vom 5. Januar 2007 gewährte das BAKOM der 3 Plus Group AG die Fristerstrekkung im beantragten Umfang.

Am 10. Dezember 2007 beantragte die 3 Plus Group AG beim BAKOM eine Fristverlängerung um ein weiteres Jahr für die Inbetriebnahme der beiden digitalen Fernsehprogramme. Nachdem ihr eine Abweisung des Gesuches und eine Einschränkung ihrer Konzession auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm in Aussicht gestellt worden war, setzte die 3 Plus Group AG das BAKOM mit Schreiben vom 21. Januar 2008 darüber in Kenntnis, dass sie bereits seit geraumer Zeit ein Fernsehprogramm digital ausstrahle. Das BAKOM verlangte in der Folge von der 3 Plus Group AG Belege für die Inbetriebnahme dieses Fernsehprogramms und wies sie darauf hin, dass es sich hierbei um ein anderes Programm handeln müsse als dasjenige, welches von ihr bereits analog ausgestrahlt werde. Mit Schreiben vom 6. Februar 2008 kam die 3 Plus Group AG dieser Aufforderung nach; sie teile im Übrigen die Auffassung des BAKOM nicht, wonach das digital verbreitete Programm vom analog verbreiteten Programm verschieden sein müsse. Ihr Gesuch um Fristerstreckung modifiziere sie dahin-

gehend, dass sie ein solches nur noch bezüglich der Inbetriebnahme des zweiten digital verbreiteten Fernsehprogramms stelle.

B.
Mit Verfügung vom 3. April 2008 wies das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK; nachfolgend: Vorinstanz) das Gesuch der 3 Plus Group AG um Fristerstrekkung ab und schränkte die Konzession vom 11. Januar 2006 auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm ein. Zur Begründung führte es aus, die 3 Plus Group AG sei zwar fristgemäss ihrer Pflicht zur Inbetriebnahme eines analogen Fernsehprogramms nachgekommen. Entgegen ihrer Auffassung habe sie aber der Pflicht zur Verbreitung zweier digitaler Programme auch nicht dadurch teilweise Genüge getan, indem sie ihr analoges Programm seit dem 3. April 2007 zusätzlich digital ausstrahle. Vielmehr ergebe sich aus dem klaren Wortlaut sowie dem entstehungsgeschichtlichen Kontext der massgebenden Konzessionsbestimmung, dass die 3 Plus Group AG neben einem analogen zwei inhaltlich nicht identische digitale Fernsehprogramme in Betrieb zu nehmen habe. Da die 3 Plus Group AG seit Erteilung der Konzession keine erkennbaren, Erfolg versprechenden Schritte unternommen habe, um die beiden digitalen Programme zu realisieren, sei eine erneute Erstreckung der Inbetriebnahmefrist nicht angezeigt. Die Einschränkung der Konzession auf das rechtzeitig in Betrieb genommene analoge Programm sei verhältnismässig, zumal der 3 Plus Group AG dadurch kein rechtlicher oder tatsächlicher Nachteil erwachse; es stehe ihr gestützt auf die neue Radio- und Fernsehgesetzgebung frei, den Betrieb der beiden digitalen Fernsehprogramme zu einem beliebigen Zeitpunkt ohne Konzession und einzig auf Basis einer Meldepflicht aufzunehmen.

C.
Gegen diese Verfügung erhebt die 3 Plus Group AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 7. Mai 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt sie, es sei die Verfügung vom 3. April 2008 aufzuheben und ihr eine Frist bis am 11. Januar 2009 zur Aufnahme des Betriebs eines zweiten digital verbreiteten Fernsehprogramms anzusetzen. Eventualiter sei ihr eine Frist bis am 11. Januar 2009 zur Aufnahme des Betriebs von zwei digital verbreiteten Fernsehprogrammen anzusetzen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht aus, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sogleich eine Beschränkung der Konzession angeordnet habe, ohne vorgängig das erforderliche Mass an Verschiedenheit der analog und digital ausgestrahlten Fernsehprogramme abzuklären. Materiell macht sie geltend, sie sei der Pflicht zur Verbreitung eines digitalen Fernsehprogramms nachgekommen, indem sie das analoge Programm auch digital ausstrahle. Eine Auslegung der massgebenden Konzessionsbestimmung anhand des Vertrauensprinzips ergebe, dass sich das digital ausgestrahlte Programm vom analog ausgestrahlten Programm nicht unterscheiden müsse. In ihrem Konzessionsgesuch habe sie sich ausdrücklich die Option offen gehalten, das digital verbreitete Programm mit Sendungen aus dem analogen Programm zu gestalten, ohne sich auf einen bestimmten Anteil festzulegen. Aufgrund ihrer Programmhoheit stehe es ihr frei, den Inhalt ihres digitalen Programms selbst zu bestimmen. Es sei naheliegend, dass in einer Übergangsphase aus Rücksicht auf die zahlreichen Zuschauer, welche noch nicht auf Digitalfernsehen umgestiegen seien, dasselbe Programm sowohl digital als auch analog ausgestrahlt werde.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wäre es angezeigt gewesen, ihr als mildere Massnahme zunächst die Frist zur Inbetriebnahme des zweiten digitalen Programms ein letztes Mal zu erstrecken, anstatt sogleich zur Einschränkung der Konzession zu schreiten. Sie habe ein erhebliches Interesse an der Beibehaltung der Konzession, müsse sie doch gemäss der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung einen doppelt so hohen Anteil ihrer Bruttoeinnahmen für die Schweizerische Filmförderung verwenden wie gemäss der Regelung in der altrechtlichen Konzession. Die Einschränkung der Konzession führe zu einer unnötigen Rechtszersplitterung, indem auf das inhaltlich identische analoge und digitale Programm unterschiedliche rechtliche Vorschriften angewendet würden. Weiter sei auch nicht ersichtlich, worin das öffentliche Interesse an einer sofortigen Konzessionseinschränkung bestehen solle.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Juli 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei. Es sei bereits fraglich, ob die Beschwerdeführerin überhaupt ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung ihrer Verfügung habe. Dieser

stehe es auch nach der Beschränkung der Konzession auf ein analoges Fernsehprogramm gestützt auf die neue Radio- und Fernsehgesetzgebung jederzeit frei, ohne Konzession und irgendwelche Auflagen der Behörde digital verbreitete Programme zu veranstalten. Ihrer Auffassung nach gehe der neue höhere Abgabesatz für die Schweizerische Filmförderung allfälligen tieferen, in altrechtlichen Konzessionen festgelegten Abgabesätzen vor, so dass die Beschwerdeführerin auch bei einem Festhalten an der altrechtlichen Konzession nicht besser gestellt würde.

Neben dem klaren Wortlaut und dem entstehungsgeschichtlichen Kontext der massgebenden Konzessionsbestimmung ergebe sich auch aus den damaligen Aussagen der Initianten der 3 Plus Group AG, dass die digitalen Programme ein eigenständiges, mit dem analogen Programm nicht identisches Angebot beinhalten müssten, wobei eine Übernahme von Teilen des analogen Programms durchaus zulässig sei. Solange die Beschwerdeführerin an ihrer Konzession festhalte, müsse sie sich auch an deren Vorgaben halten; dies sei jedoch vorliegend nicht der Fall gewesen. Das öffentliche Interesse an der Einschränkung der Konzession liege darin, dass das medienpolitische Gestaltungsinstrument der Konzession durch die Duldung von konzessionswidrigen Zuständen wie die Verletzung der Inbetriebnahmepflicht nicht ausgehöhlt werden dürfe.

E.

In ihrer Replik vom 30. September 2008 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie habe in der Zwischenzeit ein zweites digitales Programm in Betrieb genommen, welches sie als Live-Stream über das Internet verbreite, und sei damit ihrer Verpflichtung zur Ausstrahlung eines analogen und zweier digitaler Fernsehprogramme vollumfänglich nachgekommen. Die Konzession habe ihr wohlerworbene Rechte verliehen, welche durch die Eigentumsgarantie geschützt würden. Falls die Regelung in der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung derjenigen in der Konzession tatsächlich vorginge, verdoppelten sich nicht nur ihre Beiträge an die Schweizerische Filmförderung, sondern sie würde dadurch auch der Möglichkeit beraubt, sich die Unterstützung von Filmfestivals und der Medienkunst an die Filmförderung anrechnen zu lassen. Sie habe durchaus ein berechtigtes Interesse an der Beibehaltung der Konzession, da ihr damit mehr Freiheiten bei der Filmförderung eingeräumt würden als durch die neue Radio- und Fernsehgesetzgebung.

F.
Die Vorinstanz macht in ihrer Duplik vom 24. Oktober 2008 geltend, es sei höchst fraglich, ob es sich bei dem über das Internet gestreamten Programm überhaupt um ein Programm im rundfunkrechtlichen Sinn handle. Dessen ungeachtet liefere dieses neue Angebot keine inhaltlich eigenständigen Leistungen und vermöge daher den Anforderungen an ein digital verbreitetes Programm gemäss der Konzession ebenfalls nicht zu genügen. Zudem könne die Höhe einer allfälligen Filmförderungsabgabe nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein, da sie auch nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung gewesen sei.

G.
Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den Erwägungen eingegangen, soweit dies zur Beurteilung der sich stellenden Fragen notwendig erscheint.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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 UVEK 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.

2.
Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein; das Bundesverwaltungsgericht wendet bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation das Recht von Amtes wegen an und ist dabei nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sie gemäss Art. 6 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006 mindestens zwei Prozent ihrer Bruttoeinnahmen aus der Veranstaltertätigkeit für den Ankauf, die Produktion, die Koproduktion oder die Vermittlung von Filmen oder Werken im Bereich der Medienkunst schweizerischer Herkunft aufzuwenden habe, während sie nach Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) neu mindestens vier Prozent ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Schweizer Filmen aufwenden müsste. Sie habe daher ein erhebliches Interesse an der vollumfänglichen Aufrechterhaltung der altrechtlichen Konzession, müsse sie doch mit dieser wesentlich weniger Beiträge an die Förderung des Schweizer Films leisten und könne sich zusätzlich auch die Unterstützung von Filmfestivals sowie der Medienkunst an die Filmförderung anrechnen lassen.

2.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass das Fernsehprogramm der Beschwerdeführerin seit dem Inkrafttreten des neuen RTVG auf den 1. April 2007 keiner Konzession mehr bedürfe, sondern lediglich meldepflichtig sei. Mit der Einschränkung ihrer Konzession auf ein analoges Fernsehprogramm sei sie somit keiner Rechte verlustig gegangen, stehe es ihr doch weiterhin frei, ausserhalb ihrer Konzession zu einem beliebigen Zeitpunkt digital verbreitete Fernsehprogramme zu veranstalten. Unter diesen Umständen sei es fraglich, ob die Beschwerdeführerin überhaupt ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung habe. Dies gelte umso mehr, als ihrer Auffassung nach die in Art. 7 Abs. 2 RTVG neu auf vier Prozent festgelegte Filmförderungsabgabe allfälligen tieferen, in altrechtlichen Konzessionen festgelegten Abgabesätzen vorgehe. Die Höhe der Filmförderungsabgabe sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung gewesen und könne somit auch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein. Vielmehr würden gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen einer selbständig anfechtbaren Verfügung die von ihr im Jahre 2007 erbrachten Leistungen für die Förderung des Schweizer Films noch geprüft sowie allfällige Ersatzabgaben festgesetzt.

2.3 Primäre Verfügungsadressaten haben in der Regel ohne weiteres eine hinreichende Beziehungsnähe zum Streitgegenstand und damit auch ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Anordnung. Immerhin sind jedoch Fälle denkbar, in denen selbst diese

Adressaten kein schutzwürdiges Interesse haben. An einem solchen fehlt es dann, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person durch den Ausgang des Verfahrens nicht beeinflusst werden kann, d.h. sie bei Gutheissung ihrer Beschwerde keinen materiellen oder ideellen Nachteil, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte, abwenden kann (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 48 Rz. 2.67 sowie S. 51 Rz. 2.76.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 196).

2.3.1 Seit Inkrafttreten des neuen RTVG am 1. April 2007 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 RTVG). So gibt es – abgesehen von der Regelung betreffend die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) – bloss noch zwei Kategorien von Konzessionen, einerseits die Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil gemäss Art. 38 bis Art. 42 RTVG, anderseits die Konzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil gemäss Art. 43 RTVG. Während Erstere regionalen und lokalen Veranstaltern vorbehalten bleibt (Art. 38 Abs. 1 RTVG), wird Letztere nur bei drahtlos-terrestrischer Verbreitung des Programms erteilt (Art. 43 Abs. 1 RTVG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008 E. 4.3.1). Die Beschwerdeführerin erfüllt mit ihrer bisherigen und geplanten Rundfunktätigkeit weder die eine (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006) noch die andere Voraussetzung (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006) und benötigt daher unter neuem Recht keine Konzession mehr. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aus diesem Umstand jedoch nicht auf die fehlende Legitimation der Beschwerdeführerin geschlossen werden: Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass bei vollumfänglicher Aufrechterhaltung der altrechtlichen Konzession der darin festgelegte tiefere Abgabesatz für die Förderung des Schweizer Films weiterhin für alle ihre Fernsehprogramme gelte und sie mit einer Konzessionseinschränkung folglich einen Nachteil erleide. Ob dies so zutrifft, ist zwar nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Immerhin hat die Beschwerdeführerin jedoch bereits jetzt ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der (Vor-)Frage, in welchem Umfang die altrechtliche Konzession über-

haupt noch besteht, um damit allenfalls einen von ihr behaupteten finanziellen Schaden abzuwenden.

3.
Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach vollumfänglich einzutreten.

4.
Die Beschwerdeführerin macht vorab eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) sowie eine unzureichende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 12 VwVG) durch die Vorinstanz geltend: Sie habe sich aufgrund des Schreibens der Vorinstanz vom 30. Januar 2008 vorerst einzig veranlasst gesehen, zu belegen, dass sie bereits ein digitales Fernsehprogramm ausstrahle. Die Vorinstanz habe in der Folge sogleich eine Konzessionseinschränkung verfügt, ohne vorgängig mit ihr das erforderliche Mass an Verschiedenheit der analog und digital ausgestrahlten Fernsehprogramme abzuklären. Wenn die Vorinstanz Belege für ihre Bestrebungen zur Aufnahme eines zweiten digitalen Programms benötigt hätte, hätte sie diese bei ihr einverlangen können. Sie hätte zudem abklären müssen, ob die Konzessionseinschränkung nicht Dritte wie Medienkünstler und Filmfestivals beeinträchtige und ob ein Einwendungsverfahren gemäss Art. 30a VwVG durchzuführen sei.

4.1 Das BAKOM hat als instruierende Behörde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. Januar 2008 in Aussicht gestellt, dass ihr erneutes Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und die Konzession auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm eingeschränkt werde und ihr hierzu das rechtliche Gehör gewährt. Mit Schreiben vom 30. Januar 2008 forderte es schliesslich Belege für die Inbetriebnahme des von der Beschwerdeführerin neu eingebrachten ersten digitalen Fernsehprogramms ein. Zugleich wies es die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das digitale Programm mit dem analogen Programm nicht identisch sein dürfe, und räumte ihr auch hierzu ein Recht auf Stellungnahme ein. Gestützt darauf war es der Beschwerdeführerin somit ohne weiteres möglich, ihren Standpunkt vor Erlass der angefochtenen Verfügung umfassend darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen. Es trifft zwar zu, dass das BAKOM bei der Beschwerdeführerin keine Belege für deren Bestrebungen zur Aufnahme eines zweiten digitalen Fernsehprogramms eingefordert hat. Im Rahmen des hängigen Gesuchsverfahrens wäre die Beschwerde-

führerin jedoch verpflichtet gewesen, an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken und die entsprechenden Belege von sich aus beizubringen (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG; CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N. 15 zu Art. 13). Auch ein Einwendungsverfahren gemäss Art. 30a VwVG musste das BAKOM vorliegend nicht durchführen, ist doch nicht ersichtlich, inwiefern Medienkünstler und Filmfestivals, welche nach Art. 6 Abs. 1 der Konzession vom 11. Januar 2006 Empfänger von Förderungsgelder sein können, im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG aufweisen sollten.

5.
Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Konzession vom 11. Januar 2006 hat das Angebot der Beschwerdeführerin "aus einem analogen und zwei digital verbreiteten TV-Programmen sowie aus einem Radioprogramm, das identisch ist mit der Tonspur des analogen Fernsehprogramms" zu bestehen. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin mit der Aufnahme des Betriebs des analogen Fernsehprogramms per 31. August 2006 ihrer diesbezüglichen Betriebspflicht (vgl. Art. 12 der Konzession) nachgekommen ist und am 9. November 2006 eine Verzichtserklärung bezüglich der Veranstaltung des Radioprogramms abgegeben hat. Nachfolgend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sie ihrer Verpflichtung zur Verbreitung der beiden digitalen Fernsehprogramme innert der ihr von der Vorinstanz bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist (zumindest teilweise) nachgekommen ist, indem sie das analoge Fernsehprogramm seit dem 3. April 2007 inhaltlich identisch auch digital ausstrahlt.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 der Konzession ergebe sich nicht zweifelsfrei, ob sich das digital ausgestrahlte Fernsehprogramm vom analog verbreiteten Fernsehprogramm inhaltlich unterscheiden müsse oder ob es auch identisch sein könne. Aufgrund des Vertrauensprinzips sei daher eine Auslegung zu ihren Gunsten vorzunehmen. Sie habe sich in ihrem Konzessionsgesuch vom 28. Oktober 2005 ausdrücklich die Option offengelassen, das digital verbreitete Programm "mit Sendungen aus dem analogen Fernsehprogramm" zu gestalten, ohne die Höhe des entsprechenden Anteils festzulegen. Auch die Konzession kläre die Frage nicht, in welchem Umfang sich das digitale Programm vom analogen Programm zu unterscheiden habe. Im Übrigen unterscheide es

sich bereits dadurch, indem es in einer anderen Ton- und Farbqualität sowie etwas zeitversetzt zum analogen Programm ausgestrahlt werde. Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 1 Abs. 2 der Konzession lege nahe, dass sie (die Beschwerdeführerin) den Inhalt ihres digitalen Fernsehprogramms frei bestimmen könne, dürfe ihr doch die Vorinstanz aufgrund ihrer Programmhoheit (Art. 93 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) diesbezüglich keinerlei Vorgaben machen. Auch das momentane technische Umfeld stütze diese Auslegung: Der zurzeit stattfindende Übergang zum digitalen Fernsehen erfordere aus Rücksicht auf die zahlreichen Zuschauer, welche noch nicht auf Digitalfernsehen umgestiegen seien, die Verbreitung desselben Programms sowohl in analoger wie auch in digitaler Form. Sie habe sich nicht widersprüchlich ausgedrückt, indem sie mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 ein erneutes Fristerstreckungsgesuch für die Inbetriebnahme *beider* digitaler Fernsehprogramme gestellt habe, seien doch zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch nicht *beide* digitalen Fernsehkanäle (sondern nur einer) genutzt worden.

5.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, aus dem klaren Wortlaut der Konzession, ihrem entstehungsgeschichtlichen Kontext sowie den Materialien, welche gemäss Art. 1 Abs. 4 der Konzession insbesondere betreffend den Umfang, den Inhalt und die Art der Veranstaltung massgebend seien, gehe eindeutig hervor, dass die digitalen Programme zwar ein eigenständiges, mit dem analogen Programm nicht identisches Angebot beinhalten müssten, jedoch eine partielle Übernahme von Programmteilen aus dem analogen Bereich durchaus möglich sei. Dies ergebe sich auch aus der von den Initianten im Konzessionsgesuch gewählten Formulierung. Das analoge Programm sei vom Bundesrat als Konzessionsbehörde als eine Art Basisprogramm betrachtet worden, welches einzelnen Sendungen der beiden digitalen Angebote zur Verfügung stehen könne. Dementsprechend sei in Art. 1 Abs. 2 der Konzession auch präzise festgelegt worden, dass die Tonspur des analogen Fernsehprogramms Basis für das damals noch geplante Radioprogramm sein sollte. Die Beschwerdeführerin sei nach der Erteilung der Konzession selber auch von unterschiedlichen Programmen ausgegangen: In ihrem ersten Fristerstreckungsgesuch vom 9. November 2006 habe sie noch von der Veranstaltung von zwei digitalen Programmen gesprochen und auch in ihrem zweiten Gesuch vom 10. Dezember 2007 habe sie eine Fristerstreckung für beide digital zu verbreitenden Programme be-

antragt.

5.3

5.3.1 Art. 1 Abs. 4 der Konzession vom 11. Januar 2006 sieht vor, dass – soweit die Konzession nichts anderes bestimmt – die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben betreffend den Umfang, den Inhalt und die Art der Veranstaltung, die Organisation und die Finanzierung massgebend und verpflichtend sind.

5.3.1.1 In Art. 1 Abs. 2 der Konzession wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Radioprogramm identisch mit der Tonspur des analogen Fernsehprogramms zu sein hat (vgl. bereits E. 5). Ohne diesen Passus könnte durchaus gefolgert werden, dass sich die beiden digitalen Fernsehprogramme inhaltlich nicht zwingend vom analogen Programm zu unterscheiden haben. Nicht aber beim vorliegend gewählten Wortlaut: Hätte der Bundesrat als Konzessionsbehörde tatsächlich die Absicht gehabt, dass eines der beiden oder beide digitalen Fernsehprogramme inhaltlich identisch mit dem analogen Programm sein dürften, hätte er eine dem Radioprogramm entsprechende Formulierung in die Konzessionsbestimmung aufgenommen (bspw. "Das Angebot besteht aus einem analogen und zwei digital verbreiteten TV-Programmen, wovon [mindestens] eines identisch mit dem analogen Fernsehprogramm ist").

5.3.1.2 Dem Konzessionsgesuch der Beschwerdeführerin vom 28. Oktober 2005 (Ziff. 1) ist weiter zu entnehmen, dass die Initianten von 3 Plus "eine Konzession zur Veranstaltung eines deutschsprachigen Fernsehangebotes zur nationalen Verbreitung, bestehend aus einem Fernsehprogramm für die analoge Verbreitung über Kabelfernsehnetze sowie zwei Programmangebote mit Sendungen aus dem analogen Fernsehprogramm zur Verbreitung über zwei digitale Kabelkanäle" beantragt haben. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass es sich um drei eigenständige Fernsehprogramme handeln muss, wobei die digitalen Programme *einzelne* Sendungen des analogen Programms enthalten dürfen (zur Definition einer Sendung als blosser Programmteil vgl. Art. 2 Bst. b RTVG sowie E. 5.3.2 nachfolgend). Dürfte ein digital ausgestrahltes Programm inhaltlich vollständig identisch mit dem analogen Programm sein, liesse sich auch nicht

mehr ohne weiteres erklären, weshalb die Initianten *zwei* digitale Programme beantragt haben. Unschädlich ist ebenso der Umstand, dass im Konzessionsgesuch jeweils bloss von *einem* Programm die Rede ist: Dem von der Beschwerdeführerin beim BAKOM zusammen mit dem Konzessionsgesuch eingereichten Programmschema ist zu entnehmen, dass die tägliche Sendezeit in verschiedene Sendeblöcke ("News", "Games", "Neu im Kino", "Neue Singles", "Serien", "Eventkalender", "CH-Unterhaltung", "Prävention", "Dok", "Movie Voting" etc.) unterteilt ist, welche beliebig mit Inhalten gefüllt werden können. Zugleich soll der Zuschauer auch interaktiv (mittels SMS, MMS, Internet, Teletext-Chat oder E-Mail) auf das Programm Einfluss nehmen und dieses mitgestalten. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass es der ursprünglichen Absicht der Beschwerdeführerin entsprach, – ausgehend von dem im Gesuch erwähnten (analogen) (Basis-)Programm – je nach Interaktion und Ausgestaltung der einzelnen Sendeblöcke mehrere, inhaltlich unterschiedliche Programme zu veranstalten.

5.3.2 Der in Art. 1 Abs. 2 der Konzession verwendete Programmbegriff findet seine Entsprechung auch im Anwendungsbereich des alten sowie im Wortlaut des neuen RTVG: Gemäss Art. 2 Bst. a RTVG ist unter einem Radio- und Fernsehprogramm eine *Folge von Sendungen* zu verstehen, welche kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind; eine Sendung ist ein formal und inhaltlich in sich geschlossener Teil eines Programms (Art. 2 Bst. b RTVG). Diese Begriffsbestimmungen wurden ins RTVG aufgenommen, nachdem die alte Radio- und Fernsehgesetzgebung noch keine eigentliche Definition der formalen Merkmale von Radio- und Fernsehprogrammen enthalten hatte (vgl. das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [aRTVG, AS 1992 601] sowie die Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 [aRTVV, AS 1997 2903]). Es handelt sich dabei jedoch um eine blosse Anknüpfung an den bisherigen, gesetzlich nicht verankerten Programmbegriff, welcher bei einem Programm von einer geplanten und geordneten *Abfolge von Sendungen* aller Art ausging, die von einem Veranstalter zeitlich angesetzt und auf einer bestimmten Wellenlänge oder einem festgelegten Kanal verbreitet wird (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002 [Botschaft zum RTVG], BBl 2003 1598, 1663; MARTIN DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich

Zimmerli/Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band "Informations- und Kommunikationsrecht", Unterband "Rundfunkrecht", Basel 1996, Rz. 38 f.; Botschaft des Bundesrates über den Radio- und Fernsehartikel [Art. 55bis der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV)] vom 1. Juni 1981, BBl 1981 II 942 f.). Ein Programm bestimmt sich daher alt- und neurechtlich per definitionem aus einer *bestimmten* Aneinanderreihung von Sendungen; wird ein Programm mit identischer Abfolge der Sendungen sowohl analog als auch digital ausgestrahlt, liegt somit in Tat und Wahrheit nur *ein* Programm vor. Dabei unbeachtlich zu bleiben hat, dass dasselbe Programm auf zwei verschiedenen Verbreitungswegen (aus technischen Gründen leicht zeitversetzt sowie in unterschiedlicher Ton- und Farbqualität) ausgestrahlt wird, ist doch der Inhalt für den Programmcharakter entscheidend, nicht aber die für die fernmeldetechnische Übertragung eingesetzte Technologie (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1598, 1663).

5.3.3 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz dürfe ihr aufgrund ihrer Programmhoheit keinerlei Vorgaben bezüglich des Inhaltes des digitalen Fernsehprogramms machen, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Nach Art. 93 Abs. 3 BV sind zwar die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Autonomie in der Programmgestaltung gewährleistet. Vorliegend hatte jedoch die Vorinstanz einzig zu beurteilen, ob sich das analoge und das digitale Fernsehprogramm inhaltlich unterscheiden, mithin also *zwei* verschiedene und nicht bloss *ein* Programm vorliegen. Bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Inhaltes des digitalen Programms machte sie der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Vorgaben.

5.3.4 Auch die Verhaltensweise der Beschwerdeführerin führt zu keinem anderen Ergebnis: In ihrem ersten Fristerstreckungsgesuch vom 9. November 2006 sprach sie selber (in der Mehrzahl) von digitalen TV-Programmen. Anlässlich des zweiten Fristerstreckungsgesuchs vom 10. Dezember 2007 führte sie aus, sie habe die Veranstaltung der *beiden* digitalen Programme in der zweiten Hälfte 2007 nicht aufnehmen können und ersuche daher um Erstreckung der Frist um ein weiteres Jahr; dies musste sie jedoch in Kenntnis des Umstandes tun, dass sie bereits seit dem 3. April 2007 ihr analoges Programm auch digital ausstrahlte. Ihr damaliges Verhalten lässt somit darauf schlies-sen, dass sie Art. 1 Abs. 2 der Konzession ebenfalls

ursprünglich in vorerwähntem Sinn (vgl. E. 5.3.1 ff.) verstanden und erst mit Schreiben vom 21. Januar 2008 – mittlerweile in Kenntnis der drohenden Konzessionsbeschränkung – ihre Ansicht revidiert hat, indem sie nun erstmals geltend machte, sie verbreite bereits seit geraumer Zeit (im Sinne der von ihr gleichermassen auf Beschwerdeebene vertretenen Auffassung) ein Programm digital.

5.3.5 Als Zwischenfazit kann folglich festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin innert der ihr von der Vorinstanz bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist ihrer Verpflichtung zur Verbreitung von zwei digitalen Fernsehprogrammen auch nicht zumindest teilweise nachgekommen ist, indem sie lediglich das analoge Fernsehprogramm inhaltlich identisch digital ausstrahlt.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik vom 30. September 2008 darauf hin, dass sie in der Zwischenzeit ein zweites digitales Programm als Live-Stream auf der Internetseite www.3plus.tv/swiss in Betrieb genommen habe, und ersucht das Bundesverwaltungsgericht, diese neue Tatsache seinem Entscheid zugrunde zu legen. Momentan würden darauf einzig Sendungen der populären Eigenproduktionen "Supermodel" sowie "Bauer, ledig, sucht" gezeigt, es sei aber geplant, das Angebot laufend zu erweitern. Das neue Programm genüge bereits heute den rundfunkrechtlichen Anforderungen, handle es sich doch um eine Folge von Sendungen, welche kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen würden sowie für die Allgemeinheit bestimmt seien.

6.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die (bereits einmal verlängerte) Frist zur Aufnahme des Betriebs von zwei digitalen Fernsehprogrammen Ende Dezember 2007 (recte: am 11. Januar 2008) abgelaufen sei und die Beschwerdeführerin zu diesem für die Beurteilung massgebenden Zeitpunkt das auf Beschwerdeebene nun vorgebrachte neue digitale Fernsehprogramm weder erwähnt noch im Rahmen des rechtlichen Gehörs diesbezügliche Bemühungen dokumentiert habe. Es sei fraglich, ob es sich bei diesem neuen Angebot um ein Programm im rundfunkrechtlichen Sinn handle. Stichproben am 14. und 15. Oktober 2008 hätten ergeben, dass unter der Internetadresse www.3plus.tv/swiss lediglich bereits analog ausgestrahlte Folgen der Sendung "Bauer, ledig, sucht" gestreamt würden. Weder sei eine zeitliche Ansetzung der Internet-Streams er-

kennbar noch werde auf dieses neue Angebot auf der Startseite der Beschwerdeführerin (www.3plus.tv) oder in einer Programmzeitschrift hingewiesen. Nur wer die konkrete Internetadresse kenne, könne das gestreamte Angebot überhaupt betrachten. Auch unter www.3plus.tv/programm sei einzig das Programm des analogen Angebots aufgeführt, nicht aber dasjenige des angeblich neuen digitalen Angebots. Zudem liefere Letzteres keine eigenständigen inhaltlichen Leistungen und vermöge daher bereits den Anforderungen gemäss der Konzession nicht zu genügen.

6.3 Dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist. Es dürfen daher im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zugetragen haben, grundsätzlich vorgebracht werden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 92 f. Rz. 2.204 ff.). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie den Live-Stream auf ihrer Internetseite bereits vor Ablauf der bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist aufgeschaltet hat. Die von ihr neu eingebrachte Tatsache vermag somit nichts daran zu ändern, dass die Inbetriebnahme der digitalen Fernsehprogramme nicht fristgemäss erfolgt ist. Auf die Frage, ob diese zwischenzeitlich erfolgte Aufschaltung einen Einfluss auf die Einschränkung der Konzession hat, ist noch einzugehen (vgl. E. 7.4.5).

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin innert der ihr bis am 11. Januar 2008 erstreckten Frist kein digitales Fernsehprogramm in Betrieb genommen hat. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob gestützt darauf die Verweigerung einer erneuten Fristerstreckung bzw. die Einschränkung der Konzession vom 11. Januar 2006 auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm durch die Vorinstanz rechtmässig war.

7.1 Die Beschwerdeführerin führt an, es fehle bereits an einem öffentlichen Interesse an einer Konzessionseinschränkung, habe doch die Beibehaltung der Konzession im bisherigen Umfang keinerlei negative Auswirkungen: Weder besetze sie damit einen knappen Programmplatz zu Lasten eines Konkurrenten noch würden aufgrund

ihres fehlenden Anspruchs auf Gebührengelder irgendwelche Kosten für die Allgemeinheit anfallen oder der verfassungsmässige Leistungsauftrag gefährdet. Vielmehr werde die Öffentlichkeit mit der Einschränkung der Konzession um die Aussicht auf ein neues Angebot beraubt. Es wäre aus Gründen der Verhältnismässigkeit angezeigt gewesen, die Frist zur Inbetriebnahme eines oder allenfalls zweier digitaler Fernsehprogramme ein letztes Mal zu verlängern, anstatt sogleich zur Einschränkung der Konzession zu schreiten. Die Vorinstanz habe auch keinerlei Abklärungen getroffen, ob die Konzession womöglich eher auf ein digital oder ein analog verbreitetes Fernsehprogramm einzuschränken wäre. Sie habe ein erhebliches privates Interesse an der vollumfänglichen Beibehaltung der altrechtlichen Konzession, müsse sie doch dank dieser im Vergleich zu den neurechtlichen Rundfunkbestimmungen wesentlich weniger Beiträge an die Förderung des Schweizer Films leisten und könne sich zusätzlich auch die Unterstützung von Filmfestivals sowie der Medienkunst an die Filmförderung anrechnen lassen. Die Vorinstanz schaffe durch die Einschränkung der Konzession eine erhebliche Rechtsunsicherheit, sei doch damit unklar, ob auf das erste digitale Fernsehprogramm die neurechtlichen Rundfunkbestimmungen oder die altrechtliche Konzession Anwendung finde. Es liege auf der Hand, dass es nicht angemessen wäre, auf zwei inhaltlich beinahe identische Fernsehprogramme unterschiedliche rechtliche Vorschriften anzuwenden. Da sie der Pflicht zur Verbreitung von zwei digitalen Fernsehprogrammen zumindest teilweise nachgekommen sei, sei für sie nicht nachvollziehbar, weshalb es die Vorinstanz nicht bei einer blossen Ermahnung belassen habe.

7.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin sei durch die Konzessionseinschränkung lediglich von der Pflicht entbunden worden, spätestens ab dem 11. Januar 2008 neben einem analogen Programm auch zwei digitale Fernsehprogramme zu veranstalten. Rechte seien ihr dadurch keine entzogen worden, könne sie doch nach Inkrafttreten des neuen RTVG auch ausserhalb ihrer Konzession weitere (selbst digitale) Programme veranstalten und Inhalt sowie Zeitpunkt der Inbetriebnahme derselben frei und ohne Auflagen der Konzessionsbehörde bestimmen. Solange die Beschwerdeführerin an ihrer altrechtlichen Konzession festhalte, sei sie auch verpflichtet, die ihr darin auferlegten programmlichen Leistungen zu erbringen. Dies habe sie aber innert der bereits einmal erstreckten Frist nicht getan. Das öffentliche Interesse an einer Konzessionsein-

schränkung bestehe darin, zu verhindern, dass das medienpolitische Gestaltungsinstrument der Konzession durch die Duldung von konzessionswidrigen Zuständen wie die Nichterfüllung der Betriebspflicht ausgehöhlt werde. Dies sei umso mehr angezeigt, weil auch nach dem neuen RTVG verschiedene Kategorien von Rundfunkveranstaltern mit Leistungsauftrag einer Konzession bedürften und auch diesen regelmässig eine Betriebspflicht auferlegt werde. Es sei nicht ersichtlich, welche privaten Interessen der Beschwerdeführerin einer Konzessionseinschränkung entgegenstünden, gelte doch ihrer Auffassung nach der in der altrechtlichen Konzession festgelegte (tiefere) Satz für die Filmförderungsabgabe unter dem neuen RTVG nicht mehr.

7.3

7.3.1 Eine altrechtliche Konzession gilt gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 107 Abs. 1 RTVG auch nach Inkrafttreten des RTVG weiter, sofern die Veranstalterin nicht ausdrücklich darauf verzichtet. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Veranstalterin weiterhin den Regeln des aRTVG unterliegt. Vielmehr werden die der Konzession entspringenden Rechte und Pflichten in Art. 107 Abs. 6 RTVG aufgezählt. Demnach sind auf eine altrechtliche Konzession unter anderem die (neuen) Bestimmungen betreffend die Konzessionsbedingungen (Art. 44 – 50 RTVG) grundsätzlich sinngemäss anwendbar (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1749; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008, E. 4.3.2).

7.3.2 Art. 50 Abs. 1 RTVG führt im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 1 aRTVG (vgl. Bst. b) eine Verletzung der Betriebspflicht nicht mehr als möglichen Sanktionsgrund auf. Art. 12 Bst. a der Konzession vom 11. Januar 2006 sieht jedoch ausdrücklich vor, dass das Departement Auflagen erlassen oder die Konzession einschränken, sistieren, widerrufen oder entziehen kann, wenn der Betrieb des Fernseh- und Radioangebotes nicht innert zwölf Monaten nach Erteilung der Konzession aufgenommen wird. Da – wie in E. 7.3.1 bereits ausgeführt – die altrechtliche Konzession unter neuem Recht weitergilt, ist demnach auch diese Konzessionsbestimmung weiterhin auf die Beschwerdeführerin anwendbar. Aber selbst die sinngemässe Anwendung des neuen Rechts führt zu keinem anderen Ergebnis: Einer Behörde kann es selbst bei Schweigen des Gesetzes nicht verwehrt werden, eine Verwirkungsklausel in die Konzession aufzunehmen, wenn die Verwirkungsfolge aus dem Gesetzeszweck, genauer aus

einem mit der Konzession verfolgten öffentlichen Interesse hervorgeht (vgl. TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 265). Wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. E. 7.4.1), besteht unter der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung nach wie vor ein öffentliches Interesse an einer Konzessionierung sowie an einer Ausübung der mit der Konzession erteilten Rechte. Art. 12 Bst. a der Konzession findet somit auch unter diesem Blickwinkel vorliegend uneingeschränkt Anwendung und es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt darauf die Konzession einschränken durfte. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit.

7.4 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) fordert kumulativ, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Privaten allenfalls auferlegt werden. Geeignet ist eine behördliche Anordnung dann, wenn mit dieser das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erreicht oder zur Zielerreichung ein nicht zu vernachlässigender Beitrag geleistet werden kann (sogenannte Zwecktauglichkeit). Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber milderen Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann (sogenanntes Übermassverbot). Eine Verwaltungsmassnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation besteht, d.h. der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unvertretbar schwer wiegt (sogenannte Zumutbarkeit; vgl. zum Ganzen: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 581 ff. mit Hinweisen; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 21 Rz. 1 ff.).

7.4.1 Unter dem alten RTVG bot das Konzessionssystem Gewähr für die Aufrechterhaltung der Vielfalt der Programminhalte und damit des Rechtes auf freie Meinungsbildung. Dem eingesetzten Programmveranstalter wurde die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags als Dienst im Interesse der Allgemeinheit sowie eine Betriebspflicht auferlegt und im Gegenzug die Befugnis zur ungestörten Nutzung der ihm zugeteilten Frequenz sowie eine Garantie für die Geltungsdauer der ihm verliehenen Rechte erteilt (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28.

September 1987 [Botschaft zum aRTVG], BBl 1987 III 720 f.). Im Anwendungsbereich des neuen RTVG bedürfen zwar private Rundfunkveranstalter, die weder Vorteile durch eine Gebührenfinanzierung noch eine vergünstigte Verbreitung über Zugangsrechte beanspruchen, keiner Konzession mehr. Für diejenigen, die einen Gebührenanteil und/oder einen garantierten Zugang zur drahtlos-terrestrischen Verbreitung in Anspruch nehmen, sind aber nach wie vor Konzessionspflichten vorgesehen; insbesondere haben diese konzessionierten Programmveranstalter die Bestimmungen zu erfüllen, welche die Einhaltung des qualifizierten programmlichen Leistungsauftrages sichern sollen (vgl. Art. 38 ff. RTVG; PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 8. Kapitel Rz. 53 f.; ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht: Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [RTVG], Handkommentar, Zürich 2008, Vorbemerkungen zu Art. 38-50 Rz. 4; vgl. auch bereits E. 2.3.1 hiervor). Die Konzession ist folglich auch noch unter neuem Recht ein medienpolitisches Gestaltungsinstrument, um die Programmveranstalter zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten zu bewegen. Mit der durch die Konzession eingeräumten Berechtigung, eine staatliche Aufgabe wahrzunehmen, geht regelmässig die Pflicht einher, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen (vgl. hierzu auch WEBER, a.a.O., zu Art. 44 Rz. 6 f.). Es besteht mithin nach wie vor ein öffentliches Interesse daran, der Nutzungspflicht des Konzessionärs durch geeignete Massnahmen Nachachtung zu verschaffen und ein Fehlverhalten desselben aus general- und spezialpräventiven Gründen zu ahnden.

7.4.2 Art. 12 Bst. a der Konzession vom 11. Januar 2006 räumt der Vorinstanz ein erhebliches Auswahl- und Entschliessungsermessen hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen ein. Die Einschränkung der Konzession auf ein analoges Fernsehprogramm ist zweifelsohne geeignet, um das öffentliche Interesse an einer vollumfänglichen Ausübung der durch die Konzession eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten (Verbreitung von einem analogen und zwei digitalen Fernsehprogrammen) durchzusetzen und ein entsprechendes Unterlassen der Beschwerdeführerin zu sanktionieren. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der angestrebte Erfolg nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber milderen Massnahme erreicht werden könnte.

7.4.3 Ein vollständiger Entzug resp. Widerruf der Konzession gemäss Art. 12 Bst. a der Konzession drängt sich vorliegend nicht auf, da die Beschwerdeführerin diese zumindest teilweise durch die Aufschaltung

des analogen Fernsehprogramms ausgeübt hat; auch der Erlass einer Auflage sowie die Sistierung der Konzession erscheinen in casu als wenig geeignete Massnahmen. Die Vorinstanz hat nun zugunsten der Beschwerdeführerin – obwohl sie gemäss Konzession nicht dazu verpflichtet war – bereits mit Verfügung vom 5. Januar 2007 die Frist für die Inbetriebnahme der zwei digitalen Fernsehprogramme bis am 11. Januar 2008 erstreckt und ihr damit Gelegenheit gegeben, den Mangel nachträglich zu beseitigen. Da die Beschwerdeführerin auch innert der ihr erstreckten Frist ihrer Inbetriebnahmepflicht nicht nachgekommen ist, ist nicht weiter zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur nächst schwerwiegenderen konzessionsrechtlich vorgesehenen Massnahme der Einschränkung der Konzession geschritten ist und ein erneutes Fristverlängerungsgesuch abgewiesen hat.

7.4.4 Die Einschränkung der Konzession auf ein analog verbreitetes Fernsehprogramm erweist sich für die Beschwerdeführerin auch nicht als unzumutbar: Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.3.1 sowie E. 7.4.1 hiervor), erleidet sie dadurch grundsätzlich keinen Rechtsnachteil, steht es ihr doch unter dem neuen RTVG jederzeit frei, ein digitales Fernsehprogramm auch ohne Konzession zu veranstalten. Ob sie bei vollumfänglicher Aufrechterhaltung der Konzession – wie sie behauptet – tatsächlich wesentlich weniger Filmförderungsabgaben zu entrichten hätte, kann vorliegend offen bleiben. Aber selbst wenn dem so wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin zu Recht auch nicht geltend gemacht, dass die finanziellen Folgen einer Einschränkung der Konzession ihre Existenz als Unternehmerin gefährden würden. Sie hat folglich einen allfälligen finanziellen Nachteil hinzunehmen; dies gilt umso mehr, als ihr bereits einmal die Frist zur Inbetriebnahme zweier digitaler Fernsehprogramme erstreckt worden ist.

7.4.5 Was schliesslich den von der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit aufgeschalteten Live-Stream angeht, bei dem es sich um ein digitales Programm handeln soll, so vermag diese neue Tatsache an der gemachten Interessenabwägung nichts zu ändern. Denn vorliegend hat die Beschwerdeführerin gegen eine konzessionsrechtliche Pflicht verstossen und ist ihrer Aufschaltverpflichtung auch innert der um ein Jahr erstreckten Frist nicht nachgekommen. Würde nun von der Konzessionsbeschränkung abgesehen, hätte es eine Konzessionärin in der Hand, durch prozessuale Massnahmen den Aufschalttermin nach eigenem Belieben zu verlängern. Dies widerspräche aber dem

öffentlichen Interesse, die Nichteinhaltung von Konzessionsbestimmungen zu ahnden (vgl. E. 7.4.1 hiervor). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob es sich bei dem über Internet verbreiteten Live-Stream überhaupt um ein Programm im rundfunkrechtlichen Sinn handelt. Ebenfalls nicht weiter zu untersuchen ist, ob dieser Live-Stream als digital verbreitetes Fernsehprogramm im Sinne der Konzession gelten kann.

8.
Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

9.
Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 2'000.- festzusetzen und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 252.282; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Forster	Lars Birgelen

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: