

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch
{T 1/2}

Geschäfts-Nr. A-8624/2007
koj/mus

Zwischenverfügung vom 15. Januar 2008

In der Beschwerdesache

Parteien

U1 TV Station AG, Wagistrasse 6, 8952 Schlieren,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lorenz Baumann, Müh-
lebachstrasse 2, Postfach 22, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Cablecom GmbH, Zollstrasse 42, 8021 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Löwen-
strasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), Zukunft-
strasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz,

Gegenstand

Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Die U1 TV Station AG (nachfolgend U1 TV) betreibt einen privaten Fernsehsender. Im März 2003 schloss sie mit der Cablecom GmbH (nachfolgend Cablecom) einen Vertrag ab. Danach verpflichtete sich die Cablecom, das Programm von U1 TV auf ihren Netzen analog zu verbreiten. Mit Schreiben vom 22. Februar 2007 kündigte die Cablecom den Verbreitungsvertrag mit der U1 TV und teilte ihr mit, dass sie die analoge Verbreitung per 31. August 2007 in ihren Netzen einstellen werde.

B.

Am 6. Juli 2007 stellte die U1 TV beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Gesuch um Zugangsverpflichtung gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Die Cablecom sei gestützt darauf zu verpflichten, das Programm von U1 TV auf dem analogen Netz und dem bisherigen Kanal zu verbreiten. Eventualiter sei die Cablecom im Sinne von Art. 60 RTVG zu verpflichten, ihr Programm für eine Dauer von einstweilen drei Jahren auf dem analogen Netz zu verbreiten. Dies auf einem Kanal, welcher den schweizerischen Veranstalter und das besondere Interesse an einem Schweizer Programm mit ausgebauter Sportberichterstattung gebührend berücksichtige. Gleichzeitig ersuchte die U1 TV das BAKOM um den Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit dem Inhalt, die Cablecom sei zu verpflichten, das Programm von U1 TV für die Dauer des Verfahrens auf dem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal weiterhin zu verbreiten.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 27. August 2007 verpflichtete das BAKOM die Cablecom GmbH im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, das Programm der U1 TV bis zum Erlass des Hauptentscheides auf ihrem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal zu verbreiten. Die U1 TV wurde sodann verpflichtet, der Cablecom für die vorsorglich angeordnete Verbreitung ein Entgelt pro rata zu entrichten. Eine am 11. September 2007 gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde der Cablecom wies das Bundesverwaltungsgericht am 8. Oktober 2007 ab.

D.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2007 wies das BAKOM die Gesuche

der U1 TV um Zugang nach Art. 59 RTVG bzw. um Aufschaltung gemäss Art. 60 RTVG ab. Zur Begründung führte das BAKOM aus, die U1 TV sei keine Konzessionärin mit Leistungsauftrag und falle nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG. Sie erfülle auch nicht die Voraussetzungen für eine Aufschaltung gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG. Eine solche Verpflichtung bestehe nur bei Veranstaltern, deren Programm in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages beitrage. Bei einer Gesamtbetrachtung des Programmes sei nicht erkennbar, wo ein besonderer Beitrag zur Erfüllung eines verfassungsrechtlichen Auftrages liege. Im Gegenteil bringt das BAKOM Zweifel an der Vereinbarkeit des Programms mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag an. Eine Aufschaltverpflichtung stelle einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Cablecom dar, der durch die publizistischen Leistungen der U1 TV nicht gerechtfertigt würde.

E.

Gegen diese Verfügung erhebt die U1 TV am 20. Dezember 2007 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Cablecom sei zu verpflichten, ihr Programm nach Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG in ihrem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal weiter zu verbreiten. Eventualiter sei sie gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG zu verpflichten, das Programm für die Dauer von drei Jahren auf einem Kanal zu verbreiten, welcher auf den schweizerischen Veranstalter und das besondere Interesse an einem Schweizer Programm mit ausgebauter Sportberichterstattung gebührend Rücksicht nehme. Ferner beantragt die Beschwerdeführerin, die Cablecom (in der Folge Beschwerdegegnerin) sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, das Programm auf dem bisherigen Kanal bis auf weiteres analog zu verbreiten. Über diesen Antrag sei ohne Verzug superprovisorisch zu entscheiden. Zur Begründung des Antrags auf vorsorgliche Massnahmen führt sie aus, bei einer Abschaltung der analogen Übertragung drohten ihr existenzgefährdende wirtschaftliche Einbussen. Da die Beschwerdegegnerin erst am 22. Januar 2008 ein digitales Angebot auf dem bisher von ihr genutzten Kanal aufschalten wolle, überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin an einer weiteren Nutzung dieses Kanals. Die Vorinstanz habe bei der Würdigung des Programmangebots der Beschwerdeführerin zu stark auf eine Momentaufnahme abgestellt und künftige Entwicklungen zu wenig berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin baue ihre Sportberichterstattung kontinuierlich aus und sei

auch bereit, auf die von der Vorinstanz kritisierten Programmbestandteile zu verzichten.

F.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 20. Dezember 2007 verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdegegnerin bis zum Entscheid über die von der Beschwerdeführerin verlangten vorsorglichen Massnahmen, deren Programm weiterhin auf dem analogen Netz auf dem bisherigen Kanal zu verbreiten.

G.

In ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung des Antrags auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen und die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung vom 20. Dezember 2007. In prozessualer Hinsicht stellt sie den Antrag, der Entscheid über den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei bis zum 15. Januar 2008 zu fällen und einer allfälligen Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Die Beschwerdeführerin veranstalte ein Programm, welches hauptsächlich aus Mehrwert-, Werbe- und Erotikprogrammen bestehe und erziele damit den geringsten Marktanteil aller auf dem Netz der Beschwerdegegnerin verbreiteten Stationen. Der von der Beschwerdeführerin genutzte Kanal werde von der Beschwerdegegnerin dringend für die Verbreitung von hochauflösenden Fernsehprogrammen (HDTV) benötigt. Das von der Beschwerdeführerin als Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages angeführte Sportprogramm sei nicht zu berücksichtigen, da diese vom Schweizer Sportfernsehen produzierten Programmbestandteile künftig durch den Sender STAR TV ausgestrahlt würden. Die Beschwerdeführerin habe im Übrigen das Entgelt für die bisherige analoge Weiterverbreitung bis vor wenigen Tagen nicht bezahlt.

Noch vor Eingang der superprovisorischen Verfügung hätten die Parteien am 20. Dezember 2007 einen Vertrag betreffend die digitale Verbreitung des Programmes der Beschwerdeführerin abgeschlossen und sich über das Vorgehen zur Abschaltung des analogen Angebots verständigt.

Es bestehe ein öffentliches Interesse an einer raschen Digitalisierung des Fernsehens in der Schweiz. Dagegen sei das Interesse an der

vorläufigen Weiterverbreitung des Programms der Beschwerdeführerin lediglich privater Natur.

H. Das BAKOM hat mit Eingabe vom 4. Januar 2008 auf eine Stellungnahme verzichtet, aber darauf hingewiesen, dass die Zusammenarbeit zwischen der Beschwerdeführerin und dem Schweizer Sportfernsehen beendet werde.

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 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.

2.

Als formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

3.

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung zwei Gesuche der Beschwerdeführerin abgewiesen und festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet sei, das Programm der Beschwerdeführerin in analoger Technik zu verbreiten. Bei negativen Verfügungen haben erhobene Verwaltungsbeschwerden keine aufschiebende Wirkung. Vielmehr müssen allenfalls vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, damit für die Dauer des Verfahrens der Zustand hergestellt wird, welcher dem Begehren entsprechen würde (BGE 116 Ib 344 E. 3C, ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 648).

4.

Gemäss Art. 56 VwVG kann der Instruktionsrichter auf Begehren einer

Partei hin vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Vorsorgliche Massnahmen haben zum Zweck, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Sie dienen den grundlegenden Verfahrensfunktionen der Rechtsschutzgewährung und der objektiven Rechtsanwendung (ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1997 S. 314 Rz. 74).

5.

Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist folgende Entscheidsystematik zu beachten (vgl. dazu und auch zu den nachfolgenden Erwägungen ausführlich HÄNER, a.a.O., S. 322 ff. sowie VPB 64.118 und 65.65): Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden. Dieser letzte Schritt erfordert insbesondere eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.

6.

Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen. Fällt die Prognose – positiv oder negativ – eindeutig aus, erübrigt sich in der Regel ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zum Erhalt des bestehenden Zustandes, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Lässt die summarische Prüfung der massgeblichen Tatsachen und der Rechtslage die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überwiegend oder doch eher wahrscheinlich erscheinen, spricht dies eher gegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Umgekehrt rechtfertigt sich eine Massnahme, wenn die Prüfung die Rechtmässigkeit als eher oder gar überwiegend unwahrscheinlich erscheinen lässt. Die Entscheidprognose hilft dann nicht weiter, wenn sich die verschiedenen Aspekte die Waage halten (XAVIER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, Nr. 448 f.)

6.1 Die Beschwerdeführerin bringt gegen die angefochtene Verfügung vor, die Prozessaussichten seien ungeachtet des vorinstanzlichen Entscheides als intakt zu betrachten. Sie macht geltend, sie besitze zwar eine Konzession nach altem Recht, diese unterliege aber gemäss den

Übergangsbestimmungen von Art. 107 Abs. 6 RTVG den Regelungen des geltenden Rechts, es bestehe eine Aufschaltungspflicht nach Art. 59 RTVG. Wenn in die Würdigung ihres Programmes auch die geplanten Sportsendungen und die Bereitschaft zum Verzicht auf die von der Vorinstanz kritisierten Programmbestandteile einbezogen würden, genüge das Programm den Anforderungen von Art. 60 RTVG. Es seien bei der Beurteilung ihres Programmes nicht die gleichen Massstäbe anzusetzen wie bei teilweise mit Gebühren finanzierten Regionalprogrammen.

6.2 Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, die von der Beschwerdeführerin angeführten Sportprogramme seien nicht zu berücksichtigen, da das Sportprogramm in Zukunft über den Konkurrenzsender STAR TV verbreitet werde. Abgesehen davon entsprächen auch die von der Beschwerdeführerin geplanten Sportsendungen nicht den Anforderungen an ein zwangsweise zu verbreitendes Programm.

6.3 Nicht nachvollziehbar ist, weshalb gemäss der Auffassung der Beschwerdeführerin aus den Übergangsbestimmungen von Art. 107 Abs. 6 RTVG eine Aufschaltspflicht gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG abgeleitet werden soll; ein entsprechender Verweis findet sich in Art. 107 Abs. 6 RTVG jedenfalls nicht. Eine altrechtliche Aufschaltverfügung, welche gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 110 Abs. 2 Bst. b RTVG die Beschwerdegegnerin zur Verbreitung des Programms verpflichten würde, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht.

Es bleibt damit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG erfüllt. Gemäss dieser Bestimmung besteht eine Aufschaltungspflicht, wenn die Programmveranstalterin in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und die Verbreitung der Fernmeldediensteanbieterin zumutbar ist.

6.3.1 Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 60 Abs. 1 RTVG, namentlich bei der Beurteilung des besonderen Beitrags zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages, kommt der Vorinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesverwaltungsgericht übt Zurückhaltung und greift nicht ohne Not in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 644 f.; UL-

RICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER, in André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.62 ff. und 2.74; BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2). Die gleiche Zurückhaltung ist auch im Zusammenhang mit der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (vorliegend etwa im Bereich von Art. 60 RTVG) angezeigt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 446a ff.). Aufzuheben und zu korrigieren sind Entscheide, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweis). Da das BAKOM vorliegend Fachbehörde ist und darüber entscheiden kann, ob ein Programm den gesetzlichen Anforderungen genügt, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung des Beitrags zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages eine gewisse Zurückhaltung.

6.3.2 Nachdem die Beschwerdefrist im Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides noch läuft und sich die Beschwerdeführerin vorbehalten hat, eine eingehende Beschwerdebegründung nachzureichen, kann eine eindeutige Prognose in der Hauptsache nicht gestellt werden. Festzuhalten ist aber, dass sich aus den bisher vorliegenden Akten nicht ergibt, die Vorinstanz hätte sich von sachfremden Gesichtspunkten leiten lassen oder ihr Ermessen sonst unsachgemäss ausgeübt. Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach ein Beitrag zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages nicht erkennbar sei, sind nicht zu beanstanden, dies umso mehr als die Beschwerdegegnerin glaubhaft darlegt, dass das als Begründung für eine Aufschaltspflicht angeführte Sportprogramm nun offenbar über einen anderen Sender verbreitet werden soll.

6.3.3 Es ist damit festzuhalten, dass die Hauptsachenprognose überwiegend zuungunsten der Beschwerdeführerin ausfällt.

7.

Es bleibt damit zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt und ob sich eine vorsorgliche Massnahme als verhältnismässig erweist (vgl.

dazu auch Entscheid A-6043/2007 des Bundesverwaltungsgerichtes vom 8. Oktober 2007, E. 5 – 5.4.4).

8.

Die Beschwerdeführerin macht als Anordnungsgrund geltend, eine Einstellung der analogen Verbreitung würde ihre Publikumsreichweite soweit einschränken, dass sie mit existenzbedrohenden wirtschaftlichen Einbussen zu rechnen hätte. Die Beschwerdegegnerin bestreitet dagegen die geltend gemachten wirtschaftlichen Nachteile und verweist auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag über eine digitale Verbreitung.

8.1 Gemäss Praxis der Bundesbehörden müssen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zumindest überzeugende Gründe gegeben sein. Solche liegen vor, wenn ein schwerer, wahrscheinlich eintretender Nachteil droht, würde die Massnahme nicht angeordnet (BGE 129 II 286 E. 3.1; VPB 65.65 Ziff. 3.2.3; vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650). Es kann diesbezüglich auch ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen (BGE 127 II 132 E. 3).

8.2 Zwar scheint es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei bei einer Einstellung der analogen Verbreitung existenziell gefährdet, gleichzeitig aber in einem Vertrag mit der Beschwerdegegnerin anerkennt, dass die analoge Verbreitung eingestellt werde und eine digitale Verbreitung vereinbart. Es ist aber nicht zu verkennen, dass die potentielle Reichweite eines analog verbreiteten Programmes zumindest zur Zeit deutlich höher ist als diejenige des digitalen Fernsehens. Es ist auch nachvollziehbar, dass bei einer vorübergehenden Abschaltung während der Verfahrensdauer die Kundenbindung in gewissem Masse verloren gehen würde und die Einschaltquoten bei einer allfälligen Wiederaufschaltung tiefer wären.

8.3 Ein unmittelbar drohender schwerer Nachteil für die Beschwerdeführerin, mithin ein Anordnungsgrund für eine vorsorgliche Massnahme, liegt damit vor.

9.

Es bleibt damit zu prüfen, ob sich die Anordnung einer Aufschaltungsverpflichtung für die Dauer des Verfahrens als verhältnismässig erweist.

9.1 Verhältnismässig ist eine Massnahme dann, wenn sie zur Beseitigung des Nachteils nicht bloss geeignet, sondern insbesondere in sachlicher Hinsicht auch erforderlich ist, d.h. wenn die Beseitigung des Nachteils nicht mit mildereren (vorsorglichen) Massnahmen erreicht werden kann und die Interessen an der Anordnung der Massnahme die gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdegegnerin überwiegen (HÄNER, a.a.O., S. 343 f.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 207).

9.2 Die Anordnung einer Aufschaltungspflicht erscheint als geeignete und erforderliche Massnahme, um die wirtschaftlichen Nachteile für die Beschwerdeführerin abzuwenden.

9.3 Bei der Gegenüberstellung der Interessen ist zu beachten, dass die Anordnung einer Aufschaltungsverpflichtung einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin darstellen würde. Bei Grundrechtseingriffen wird verlangt, dass der Eingriff zur Verwirklichung eines anerkannten Interesses verhältnismässig erscheint. Die Verhältnismässigkeitsprüfung knüpft unmittelbar am öffentlichen Interesse an (REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 103), das vorgezogene Handeln muss sich im Lichte des gefährdeten Gesetzeszweckes rechtfertigen lassen (HÄNER, a.a.O., S. 303). Es ist daher zu verlangen, dass der Eingriff durch das in der gesetzlichen Grundlage von Art. 60 Abs. 1 RTVG verfolgte öffentliche Interesse gerechtfertigt wird. Zur Bestimmung der massgebenden Interessen für eine Anordnung der Massnahme ist der hinter dieser Bestimmung stehende Zweck heranzuziehen. Art. 60 Abs. 1 RTVG soll nicht die privaten wirtschaftlichen Interessen schützen, sondern die Verbreitung von im öffentlichen Interesse stehenden Programmen fördern. So sind nicht die privaten wirtschaftlichen Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen, sondern das öffentliche Interesse an der analogen Verbreitung des Programmes der Beschwerdeführerin gegen die Interessen der Beschwerdegegnerin an einer freien Gestaltung ihres Programmangebotes. Weiter sind allfällige öffentliche Interessen an einer Nutzung des Sendeplatzes für die Übertragung hochauflösender Fernsehprogramme zu berücksichtigen.

9.4 Bei der Abwägung der Interessen sind auf Seiten der Beschwerdeführerin primär ihre wirtschaftlichen Interessen an einer analogen Verbreitung ihres Programmes während dem vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen. Dazu ist jedoch festzuhalten, dass die Beschwer-

deführerin bei einer Einstellung der analogen Verbreitung vom Publikum weiterhin digital empfangen werden kann, was die Folgen einer Abschaltung im analogen Netz für die Beschwerdeführerin mindert. Das von der Beschwerdeführerin angekündigte Sportprogramm ist dagegen in die Interessenabwägung nicht einzubeziehen, da dieses neu über einen andern Sender verbreitet wird. Ein öffentliches Interesse an einer Verbreitung des vorwiegend aus Mehrwert-, Werbe- und Erotiksendungen bestehenden Programmes der Beschwerdeführerin ist kaum ersichtlich.

Dagegen stehen gewichtige Interessen der Beschwerdegegnerin an einer Nutzung des Kanals für die Übertragung hochauflösender Programme. Einerseits würden andernfalls die bisher getätigten Investitionen der Beschwerdegegnerin zumindest vorübergehend nutzlos und die Beschwerdegegnerin würde im Wettbewerb um Kunden für das hochauflösende Fernsehen durch die Verzögerungen Nachteile erleiden. Ferner liegt die Aufschaltung eines weiteren hochauflösenden Fernsehprogramms im öffentlichen Interesse. Die Anordnung einer vorläufigen Aufschaltungspflicht erweist sich damit als unverhältnismässig und das Gesuch der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

10.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung vom 20. Dezember 2007. Die in dieser Verfügung angeordnete Massnahme wurde bis zum Erlass der vorliegenden Verfügung befristet. Eine formelle Aufhebung der Verfügung vom 20. Dezember 2007 erübrigt sich somit und der Antrag der Beschwerdegegnerin erweist sich als gegenstandslos.

11.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht hat gemäss Art. 103 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) keine aufschiebende Wirkung. Auf das Begehren der Beschwerdegegnerin um Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen den vorliegenden Zwischenentscheid ist daher mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Je eine Kopie der Stellungnahmen der Vorinstanz vom 4. Januar 2008 und der Beschwerdegegnerin vom 7. Januar 2008 geht an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass einer vorsorglichen Massnahme betreffend vorläufige Verpflichtung zum Verbreiten ihres Programms auf dem analogen Kabelnetz der Beschwerdegegnerin wird abgewiesen.

3.

Auf die Begehren der Beschwerdegegnerin um Aufhebung der Verfügung vom 20. Dezember 2007 und um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird nicht eingetreten.

4.

Über die Kosten dieses Entscheides wird mit der Hauptsache befunden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein, Beilagen)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Rückschein, Beilage)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. OS 1000219567; Einschreiben mit Rückschein, Beilage)
- das UVEK

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Kölliker

Simon Müller

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: