

BVGer A-6542/2011 vom 22. August 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6542_2011

FR: TAF A-6542/2011 du 22 août 2012

IT: TAF A-6542/2011 del 22 agosto 2012

Regeste

Konzessionen

Erwägungen

E. 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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (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 somit zuständig, die Beschwerde zu beurteilen.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Mit der angefochtenen Verfügung wurde die beantragte Veranstalterkonzession der Beschwerdegegnerin und nicht dem Beschwerdeführer erteilt. Der Beschwerdeführer war am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und drang mit seinem Antrag auf Konzessionserteilung nicht durch. Damit ist er sowohl formell als auch materiell durch die angefochtene Verfügung beschwert. Zudem hat er ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung indem er beantragt, die Konzession sei anstatt der Beschwerdegegnerin ihm zu erteilen. Zur Begründung der Partei- und Prozessfähigkeit Günter Heubergers wird auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 2 zwischen denselben Parteien verwiesen. Günter Heuberger ist als einziger Gründer der Tele Säntis AG (in Gründung) zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 2

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

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat es, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

E. 2.2

Es hat sich dagegen eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und greift in Gewichtigungsfragen 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 sachgerechten Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von ausgesprochenen Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht ohne Not von deren Auffassung ab (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 4751/2011 vom 21. Juni 2012 E. 7 sowie André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 74 f. Rz. 2.154).

E. 3

Art. 44 Abs. 1 RTVG stellt eine Reihe von Bedingungen auf, die erfüllt sein müssen, damit die Konzession der Bewerberin erteilt werden kann. Die Prüfung der Bewerbungsunterlagen durch das UVEK und das BAKOM, die der Konzessionserteilung 2008 zugrunde lag, hatte ergeben, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG erfüllen. Sie sind in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen, legen glaubhaft dar, die erforderlichen Investitionen und den Betrieb finanzieren zu können und zeigen auf, wer über die wesentlichen Teile des Kapitals verfügt, bzw. wer finanzielle Mittel zur Verfügung stellt. Zudem bieten sie Gewähr, die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche sowie das anwendbare Recht und die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einzuhalten. Sie dokumentieren überdies, dass sie die redaktionellen Tätigkeiten von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennen und eine natürliche Person mit Wohnsitz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz sind. Für das UVEK gilt als erstellt, dass die Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a bis f RTVG auch im heutigen Zeitpunkt des Konzessionsentscheids nach dem Rückweisungsurteil des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt sind. Bei der Bewertung der Bewerbungen gelangte das UVEK zur Überzeugung, die Beschwerdegegnerin sei im Sinn von Art. 45 Abs. 3 RTVG besser in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen als der Beschwerdeführer.

E. 4

Im Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 wurden sämtliche Konzessionsvoraussetzungen materiell geprüft mit dem Ergebnis, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a - f RTVG erfüllten. In Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) habe das UVEK jedoch den Sachverhalt mangelhaft abgeklärt, weshalb die Sache in diesem Punkt zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (E. 26). Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich im erwähnten Urteil dennoch bereits mit der vom UVEK unter dem Aspekt der besseren

Erfüllung des Leistungsauftrags vorgenommenen Bewertung der Bewerbungen eingehend auseinander (Art. 45 Abs. 3 erster Satz RTVG). Dabei kam es zum Schluss, es müsse von einem klaren Vorsprung der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer ausgegangen werden (vgl. E. 25). Daraus folgerte es, falls eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin oder ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach erneuter Prüfung durch die Vorinstanz tatsächlich zu verneinen sei, könne die Vorinstanz die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben (vgl. E. 26). Diese Punkte wurden somit bereits materiell behandelt und rechtskräftig entschieden. Im vorliegenden Verfahren ist folglich nur noch zu beurteilen, ob die Beschwerdegegnerin die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs.1 Bst. g RTVG (Nichtgefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt) erfüllt. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die Vorinstanz berechtigt war, die Abgrenzung der relevanten Märkte selbst vorzunehmen. Gegebenenfalls ist zu prüfen, ob diese Abgrenzung korrekt erfolgte und ob die WEKO in der Folge die Marktbeherrschung gestützt auf diese Marktabgrenzung richtig beurteilte. Schliesslich bleibt zu klären, ob die Vorinstanz den Missbrauchs begriff korrekt definiert und einen Missbrauch zu Recht verneint hat.

E. 5

Art. 74 Abs. 2 RTVG sieht vor, dass das Departement die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art. 4 Abs. 2 KG konsultiert. Er äussert sich weder zum Umfang dieser Konsultation noch zum genauen Vorgehen. Die Vorinstanz führt aus, da eine Konsultation der WEKO gestützt auf Art. 74 Abs. 2 RTVG zum ersten Mal erfolgt sei, hätten UVEK und BAKOM den Austausch mit der WEKO gesucht. Dies geht auch aus dem Gutachten der WEKO vom 28. Februar 2011 hervor, welches in Ziffer 6 ausführt, die WEKO habe in den - gestützt auf die gemeinsamen Vorarbeiten mit dem Sekretariat der WEKO - vom UVEK sachlich und räumlich definierten Märkten die Beurteilung der Marktstellung der St. Galler Tagblatt AG vorzunehmen und ihr Gutachten dem BAKOM als verfahrensleitende Behörde zu unterbreiten.

E. 5.1

Es trifft zu, dass die WEKO betont, die Märkte seien vom BAKOM (und nicht von der WEKO) abgegrenzt und vorgegeben worden. Die WEKO führt ebenfalls aus, die vom BAKOM vorgegebenen Marktabgrenzungen richteten sich nicht nach rein kartellrechtlichen Kriterien. Deshalb entsprächen die relevanten Märkte nicht der Praxis der WEKO. Ebenso wenig seien die vom BAKOM vorgegebenen relevanten Märkte praxisbildend für Verfahren nach dem Kartellgesetz. Die WEKO übernehme die in der Konsultation vorgegebenen Marktabgrenzungen und führe selber keine Marktabgrenzung durch. Diese Ausführungen der WEKO dienen jedoch einzig dazu, klarzustellen, dass diese Marktabgrenzung nicht als Praxisänderung der WEKO in den von ihr als verfahrensleitende Behörde geführten kartellrechtlichen Verfahren zu verstehen sei. Eine andere oder allenfalls das BAKOM kritisierende Bedeutung kann diesen Ausführungen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht beigemessen werden.

E. 5.2

Der Beschwerdeführer argumentiert weiter, die WEKO habe in verschiedenen Verfahren mit Medienunternehmen die räumlich relevanten Märkte nach den Vorschriften des Kartellgesetzes geprüft. Die Beispiele, die der Beschwerdeführer in Rz. 56 seiner Beschwerde vom 2. Dezember 2011 in diesem Zusammenhang nennt, sind hier jedoch nicht

einschlägig. Sie betrafen Unternehmenszusammenschlüsse, bei denen eine Prüfung gestützt auf Kartellrecht zu erfolgen hatte. Dort sind zum Einen andere Voraussetzungen zu prüfen als im vorliegenden Verfahren, da der medienpolitische und der wettbewerbsrechtliche Missbrauchs begriff nicht derselbe ist (vgl. E. 8.1.5 hiernach), zum Andern ist die Rolle der WEKO eine andere. In den kartellrechtlichen Prüfungen betreffend Unternehmenszusammenschlüsse liegt die Verfahrensleitung bei der WEKO, d.h. sie definiert zwingendermassen auch die für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung relevanten Märkte. Im vorliegenden Verfahren hingegen wurde die WEKO gestützt auf Art. 74 Abs. 2 RTVG lediglich von der für das Konzessionierungsverfahren zuständigen Behörde konsultiert und zwar ausschliesslich, um die Frage der Marktbeherrschung einer der Konzessionsbewerberinnen zu überprüfen. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, VKU) - welche zwar für Unternehmenszusammenschlüsse gilt, für die Definition der Marktabgrenzung aber auch in anderen Verfahren beigezogen werden kann (vgl. Jürg Borer, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 17 zu Art. 4; Mani Reinert/Benjamin Bloch, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010 [nachfolgend: BK, KG], Rz. 105 f. zu Art. 4 Abs. 2) - umschreibt lediglich, nach welchen Grundsätzen die Marktabgrenzung zu erfolgen hat. Er sagt also nichts darüber aus, wer diese Marktabgrenzung vorzunehmen hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A 7762/2008 vom 10. Dezember 2009 noch nicht mit dieser Frage auseinandergesetzt. Die Vorinstanz hat der WEKO einen Gutachtensauftrag gemäss Art. 47 KG erteilt und dabei - wie bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens gestützt auf Art. 12 Bst. e VwVG - diesen Auftrag umschrieben und die zu untersuchenden relevanten Märkte selbst definiert. Art. 47 KG bestimmt, dass die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung verfasst. Hingegen regelt er nicht, was Inhalt des Gutachtensauftrags zu sein hat, bzw. wie offen oder eng ein solcher Auftrag zu formulieren ist. Auch die Lehre äussert sich nicht weiter zu dieser Frage (vgl. Thomas Nydegger/Werner Nadig, in: BK, KG, Rz. 1 ff. zu Art. 47; Pierre Tercier, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002 [nachfolgend: CR Concurrence], Basel 2002, Art. 47 KG, Rz. 1 ff.).

E. 5.3

Tatsächlich nimmt die WEKO die Marktabgrenzung auch in ihrer Gutachtertätigkeit meist selbst vor. Dies schliesst eine Marktabgrenzung durch die den Gutachtensauftrag erteilende Behörde jedoch nicht aus. Die vom Beschwerdeführer in Rz. 29 seiner Schlussbemerkungen vom 2. April 2012 aufgeführten Beispiele hatten die Überprüfung der Marktstellung im Fernmeldebereich (Art. 11a Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]) oder in anderen Bereichen in denen die Marktabgrenzung aufgrund rein kartellrechtlicher Kriterien zu erfolgen hatte zum Gegenstand. Im vorliegenden Verfahren waren jedoch - im Gegensatz zu den vom Beschwerdeführer genannten Beispielen - auch publizistische Überlegungen in die Beurteilung der Marktabgrenzung einzubeziehen (vgl. E. 6.1.3 hiernach). Die Vorinstanz ist zusammen mit dem ihr unterstellten BAKOM die Fachbehörde für Fragen im Bereich des RTVG und damit zusammenhängenden publizistischen Fragestellungen. Daher erscheint es sachgerecht, dass die Vorinstanz die Marktabgrenzung in diesem Fall - nach Rücksprache mit dem Sekretariat der WEKO - selbst vorgenommen und den Gutachtensauftrag so erteilt hatte, dass sich die WEKO nur noch zur Marktbeherrschung in den bereits abgegrenzten Märkten zu äussern hatte. Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen ist somit nicht zu

beanstanden.

E. 6

Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz die Marktabgrenzung korrekt vorgenommen hat. Art. 11 Abs. 3 VKU definiert, was unter sachlich und räumlich relevantem Markt zu verstehen ist. Danach umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Bst. a). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Bst. b). Diese Definitionen können für das vorliegende Verfahren analog angewendet werden (vgl. E. 5.2 hiervor), wobei den publizistischen Merkmalen Rechnung zu tragen ist (vgl. E. 6.1.3 hiernach).

E. 6.1.1

Das BAKOM hat den sachlichen Markt zunächst in Nutzungs- und Werbemärkte unterteilt. Die Nutzungsmärkte umfassen je sämtliche Angebote, die regelmässig lokal-regionale Informationen aus allen Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten. Angebote, die nur gewisse oder gar nur einen der interessierenden Bereiche abdecken, gehören nicht dazu. Das BAKOM grenzt im Bereich der Nutzungsmärkte die Märkte Leser- und Leserinnenmarkt, Hörer- und Hörerinnenmarkt, Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt und Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet ab. Die Abgrenzung der Werbemärkte folgt gemäss BAKOM derjenigen der Nutzungsmärkte. Entsprechend bezeichnet das BAKOM diese als Markt für Printwerbung, Radiowerbung, Fernsehwerbung und Online-Werbung.

E. 6.1.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Marktabgrenzung habe allein nach kartellrechtlichen Kriterien zu erfolgen. Die Bestimmung von Art. 74 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG und Art. 11 Abs. 3 VKU lasse keinen Raum für eine Marktdefinition nach primär publizistischen Kriterien. Dem ist zu entgegnen, dass auch wenn publizistische Kriterien in die Marktabgrenzung einbezogen werden, die massgeblichen kartellrechtlichen Kriterien beachtet werden. Einziger Unterschied ist, dass ausser den acht genannten Märkten nicht auch noch weitere Einzelmärkte untersucht wurden. Dieses Vorgehen ist deshalb nicht zu beanstanden, weil ein missbräuchliches Verhalten in solchen "zusätzlichen" Märkten aufgrund der Definition des Leistungsauftrags und der Zielsetzung des RTVG für das vorliegende Verfahren ohnehin nicht von Bedeutung gewesen wären. Wären weitere Märkte einbezogen worden, hätten diese keinen Einfluss auf die Abgrenzung der acht untersuchten Märkte gehabt, diese wären mithin nicht anders abgegrenzt worden. Aus der Argumentation des Beschwerdeführers ergeben sich überdies keine Anhaltspunkte, inwiefern sich eine Nichtberücksichtigung publizistischer Kriterien konkret auf das vorliegende Verfahren ausgewirkt hätte.

E. 6.1.3

Im Vordergrund der Zielsetzung der Regionalfernsehkonzession stehen die relevanten lokal-regionalen Informationen des Gebiets und die Sicherstellung der Angebots- und Meinungsvielfalt. Deshalb ist bei der Marktabgrenzung den Besonderheiten der im Konzessionsverfahren relevanten Medienmärkte und dem rundfunkrechtlichen Regulierungssystem Rechnung zu tragen. Die Vorinstanz hat sich somit in Kenntnis der entsprechenden Praxis der WEKO und mit Blick auf die ratio legis der

Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG zu Recht für eine eigene räumliche und sachliche Marktdefinition entschieden, die den medien- und rundfunkrechtlichen Besonderheiten Rechnung trägt und auch nach publizistischen Kriterien erfolgt ist.

E. 6.2

Nach richtiger Auffassung des BAKOM sind die sachlich abgegrenzten Märkte für publizistische lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport in erster Linie für das Publikum des thematisierten geographischen Gebiets interessant. Entsprechend grenzt es den räumlich relevanten Markt auf das betroffene VG 11 ab. Der Bundesrat hat spezifische rundfunkrechtliche Versorgungsgebiete definiert, deren Märkte jedenfalls bei elektronischen Medien von den Marktdefinitionen der Wettbewerbsbehörde abweichen können. Dabei war dem Bundesrat bewusst, dass der Regulator mit der Vergabe von Rundfunkkonzessionen, die zum Teil zum Bezug von Gebührenanteilen berechtigen, auch in den Wettbewerb eingreift. Diesen rundfunkrechtlich gewollten Gebietsdefinitionen und Marktconstellations im Rahmen der Definition der räumlich relevanten Märkte ist bei der Prüfung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG Rechnung zu tragen.

E. 6.3

Die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte entspricht den Vorgaben von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU und trägt den Besonderheiten des rundfunkrechtlichen Regulierungssystems Rechnung. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts auf das betroffene Versorgungsgebiet ist mit Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU vereinbar und daher nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat die Marktconstellations somit korrekt vorgenommen.

E. 7

Als Nächstes ist zu beurteilen, ob die WEKO die Marktconstellations gestützt auf die von der Vorinstanz vorgenommene Marktconstellations richtig beurteilt hat.

E. 7.1

Die WEKO ist die in Fragen der Marktconstellations ausgewiesene Fachbehörde. Das Bundesverwaltungsgericht weicht - wie auch bei der Beurteilung von Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 Bst. e VwVG - nicht ohne triftigen Grund von der Beurteilung der WEKO in ihrem Gutachten ab. Eine andere Beurteilung ist nur dann zulässig, wenn sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Parteivorbringen ernsthafte Einwände gegen die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen (vgl. zu Art. 12 VwVG: Christoph Auer, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 58 zu Art. 12). Entsprechende Hinweise liegen nicht vor. Das Gutachten der WEKO hält sich an den "Gutachtensauftrag" des BAKOM, ist klar strukturiert und setzt sich eingehend mit den einzelnen Märkten und den seitens des BAKOM in Auftrag gegebenen Sonderauswertungen der Stiftung Mediapulse AG und der WEMF AG für Werbemedienforschung je für das VG 11 auseinander. Die Beurteilungen der WEKO sind nachvollziehbar und schlüssig. Dagegen, wie die WEKO die konkrete Prüfung der marktconstellations Stellung vorgenommen hat, bringt der Beschwerdeführer denn auch keine Einwände vor.

E. 7.2

Folglich ist in Übereinstimmung mit dem WEKO-Gutachten und der Vorinstanz davon auszugehen, dass die NZZ-Gruppe auf dem Markt für Radiowerbung im VG 11 über eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. In den übrigen beurteilten Märkten kann hingegen nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der NZZ-Gruppe nach Art. 4 Abs. 2 KG ausgegangen werden.

E. 8

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Missbrauchsbegriff korrekt definiert und den Sachverhalt richtig darunter subsumiert hat.

E. 8.1

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 in E. 12.11 fest, da der Vorinstanz als Fachbehörde hinsichtlich der (näheren) Bestimmung des medienpolitischen Missbrauchsbegriffs ein besonderes Fachwissen zukomme, sei sie es, die in erster Linie solche Kriterien zu definieren und zu begründen habe.

E. 8.1.1

Die Vorinstanz führt aus, welche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich und daher geeignet seien, die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden, definiere sich nach Art. 74 RTVG. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergäben sich keine Anhaltspunkte zur konkreten Auslegung des Missbrauchs- bzw. des Gefährdungstatbestands. Der rundfunkrechtliche Missbrauchs- bzw. des Gefährdungstatbestands. Der rundfunkrechtliche Missbrauchs- bzw. des Gefährdungstatbestands. Der rundfunkrechtliche Missbrauchsbegriff sei nicht derselbe, wie derjenige, welcher der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsprüfung gemäss Art. 7 KG zugrunde liege. Die Vorinstanz führt weiter aus, historisch lasse sich dieses Auslegungsergebnis mit Verweis auf die Ausführungen in den parlamentarischen Beratungen stützen. Im Rahmen der systematischen Gesetzesauslegung sei zum Einen auf die vom Gesetzgeber festgelegte und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Zuständigkeitsordnung zu verweisen: Ein Beizug der WEKO sei nur für die Prüfung einer möglichen Marktbeherrschung vorgesehen, den möglichen Missbrauch habe das UVEK hingegen in eigener Kompetenz zu prüfen. Zudem würde Art. 74 RTVG bei einem rein kartellrechtlichen Missbrauchsverständnis obsolet, weil sein Regelungsgehalt nicht über Art. 7 KG hinausginge. Aus teleologischer Sicht trage die vom UVEK vertretene Auslegung des rundfunkrechtlichen Missbrauchsbegriffs auch dem unterschiedlichen Schutz- und Regelungsgedanken der beiden Prüfbereiche Rechnung. Während die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsprüfung die Gewährleistung einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung bezwecke, sei zentrales Anliegen der rundfunkrechtlichen Missbrauchsprüfung die Sicherstellung der publizistischen Vielfalt. Ausgangspunkt für die Definition eines publizistischen Missbrauchs sei die zentrale Bedeutung der Medien für die demokratische Meinungs- und Willensbildung. Diese Funktion der Medien fusse auf dem Konzept der Vielfalt. Demnach solle in einer demokratischen Gesellschaft eine Vielzahl an Inhalten, Akteuren, Meinungen, Perspektiven und Interessen thematisiert und reflektiert werden. Als missbräuchlich im Sinn von Art. 74 RTVG erschienen Verhaltensweisen eines Medienunternehmens, die geeignet seien, in den von ihm beherrschten Markt bzw. den beherrschten Märkten die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzerinnen und -nutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einzuschränken. Dies sei namentlich der Fall, wenn den verschiedenen Meinungen und Interessen kein chancengleicher publizistischer Zugang gewährt werde,

relevante Themen einseitig dargestellt oder ignoriert werden, oder wenn mittels einer einseitigen Auswahl von Meinungen und Akteuren versucht werde, demokratische Entscheidungsprozesse zu beeinflussen, ohne dass diese Absicht transparent gemacht werde. Ferner könne die Verletzung der allgemeinen Grundsätze journalistischen Handelns (z.B. vermutete und/oder festgestellte Verletzungen des Journalistenkodexes) als missbräuchliches Verhalten bewertet werden. Ein publizistischer Missbrauch müsse systematisch und zukunftsgerichtet sein, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden. Blosser Indizien für ein missbräuchliches Verhalten in Einzelfällen bzw. singuläre Verstösse gegen die Grundsätze journalistischen Handelns seien den übrigen Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens und allfälligen organisatorischen Vorkehrungen und Korrektiven zur Vermeidung von Missbräuchen gegenüberzustellen. Als systematisch erscheine ein Missbrauch dann, wenn entweder wenige gleichartige oder viele verschiedenartige, publizistisch missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen werden könnten. Da es bei der Erteilung einer Radio- oder Fernsehkonzession um eine zukunftsgerichtete Massnahme zur Sicherstellung eines lokalen bzw. regionalen publizistischen Service public gehe, müssten es die gegebenen Umstände schliesslich als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass auch zukünftig mit publizistisch missbräuchlichen Verhaltensweisen des Medienunternehmens zu rechnen sei. Auch hier seien mögliche Korrekturen auf organisatorischer Ebene in die Prüfung mit einzubeziehen. Ein Missbrauch, der eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt impliziere, könne nach dem Willen des Gesetzgebers nur dort stattfinden, wo eine Marktbeherrschung festgestellt werde. Dies mache sowohl aus einer publizistisch-medien-spezifischen wie auch aus einer wettbewerbsrechtlichen Sichtweise Sinn: Ohne Marktbeherrschung bestehe für das Publikum die Möglichkeit, sich in substituierenden Medien im gleichen Markt über bestimmte Themen zusätzlich/alternativ zu informieren, bzw. ganz auf ein Konkurrenzprodukt umzusteigen. Demnach könne ein Unternehmen, welches in einem bestimmten Markt über keine marktbeherrschende Stellung verfüge, die Meinungs- und Angebotsvielfalt in diesem Markt auch nicht gefährden.

E. 8.1.2

Im vorliegenden Fall habe das UVEK gestützt auf das Gutachten der WEKO eine beherrschende Stellung der NZZ-Gruppe im Markt für Radiowerbung im VG 11 festgestellt. Gemäss der dargelegten Missbrauchsdefinition müsse die Prüfung allerdings im publizistischen Bereich erfolgen, der Missbrauch im Werbemarkt müsse sich jedenfalls publizistisch auswirken. Daher seien auch allfällige missbräuchliche Verhaltensweisen im zum Radiowerbemarkt komplementären Radionutzungsmarkt in die Prüfung mit einzubeziehen, weil die Finanzierung der publizistischen Inhalte nicht einfach ausgeklammert werden könne. Dass in reinen Finanzierungsmärkten ein Missbrauch kaum publizistischer Art sein könne, brauche nicht weiter vertieft zu werden. Das bedinge bei der Prüfung im konkreten Fall, wo eine beherrschende Stellung im Radiowerbemarkt gegeben sei, zumindest eine Mitberücksichtigung des Radionutzungsmarkts mit Blick auf mögliche publizistische Auswirkungen eines allfälligen Missbrauchs im Radiowerbemarkt.

E. 8.1.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe keine Missbrauchskriterien aufgestellt, sondern sie habe einfach einen rundfunkrechtlichen Missbrauchs-begriff vom wettbewerbsrechtlichen Missbrauchs-begriff abzugrenzen versucht. Im Gesetzestext fänden sich weiter keine Einschränkungen, wie sie die Vorinstanz für ihre eigene Definition des

Missbrauchsbegriffs verwendet habe. Es gebe keinen sachlichen Grund, wieso ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- oder Fernsehmarkt tätige Unternehmung, die ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten missbrauche, wegen irgendwelchen verschärften Voraussetzungen die Konzession doch erhalten sollte.

E. 8.1.4

Aufgabe der Vorinstanz war es, den Missbrauchsbegriff nach Art. 74 Abs. 1 RTVG zu definieren, d.h. Kriterien festzulegen, anhand derer beurteilt wird, wann ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Sie hatte also die Grenze zu ziehen zwischen Unternehmen, die zwar eine beherrschende Stellung im relevanten Markt haben, diese jedoch nicht missbrauchen und denjenigen, die durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährden. Nur letztere erfüllen die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht.

E. 8.1.5

Mit ihren Ausführungen (vgl. E. 8.1.1 und 8.1.2 hiavor) hat die Vorinstanz zum Einen den publizistischen Missbrauchsbegriff allgemein definiert. Diese Definition ist schlüssig, nachvollziehbar und sachgerecht. Auch das Bundesverwaltungsgericht kam im Urteil A 7762/2008 vom 10. Dezember 2009 in E. 12.7, wo es sich mit verschiedenen Lehrmeinungen und der Entstehungsgeschichte von Art. 74 RTVG auseinandersetzte, zum Schluss, dass der medienpolitische Missbrauchsbegriff nach Art. 74 RTVG nicht derselbe ist, wie der wettbewerbsrechtliche nach Art. 7 KG. Zum Andern hat die Vorinstanz den sachlichen Prüfbereich für den hier zu beurteilenden Fall festgelegt. Dabei entspricht es dem klaren Wortlaut von Art. 74 Abs. 1 RTVG, dass ein Missbrauch nur in denjenigen Märkten zu prüfen ist, in denen eine marktbeherrschende Stellung des fraglichen Medienunternehmens vorliegt. Aufgrund der festgestellten beherrschenden Stellung im Radiowerbemarkt erscheint es aufgrund der engen Verflechtung und der Wechselwirkung zwischen den beiden Märkten sachgerecht und zweckmässig, bei der Beurteilung des Missbrauchs im Radiowerbemarkt auch den Radionutzungsmarkt mit einzubeziehen. Das entsprechende Vorgehen der Vorinstanz ist damit nicht zu beanstanden.

E. 8.2.1

Bei der Missbrauchsprüfung im konkreten Fall hat sich die Vorinstanz eingehend mit den vom Beschwerdeführer geltend gemachten angeblichen Indizien für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auseinandergesetzt (vgl. dazu ausführlich Erwägung 3.3.4 der angefochtenen Verfügung). Dabei kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die meisten Vorfälle hätten nicht den von der NZZ-Gruppe beherrschten Radiowerbemarkt bzw. den reziproken Radionutzungsmarkt betroffen. Nach richtiger Auffassung der Vorinstanz bewegen sich die Vorhaltungen betreffend das beanstandete politische Lobbying im Rahmen des Verfahrens der Konzessionsvergabe sowie der Festlegung der Fernsehversorgungsgebiete ausserhalb der Thematik, die in eine Missbrauchsprüfung mit einzubeziehen ist. Schliesslich wird das Ergebnis, welches keine missbräuchlichen Verhaltensweisen der NZZ-Gruppe konstatiert, durch die strukturellen und organisatorischen Vorkehrungen der TVO bzw. der Tagblatt Medien/NZZ-Gruppe ergänzt. Diese erscheinen gemäss Vorinstanz geeignet, einen möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Radiowerbemarkt bzw. dem reziproken Radionutzungsmarkt auch in Zukunft zu vermeiden.

E. 8.2.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte gemäss Auftrag des Bundesverwaltungsgerichts weitere Sachverhaltsabklärungen vornehmen müssen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern der rechtserhebliche Sachverhalt ungenügend erhoben worden wäre. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt insbesondere im Hinblick auf die Erteilung des Gutachtensauftrags erhoben. Diese umfassenden Sachverhaltsabklärungen genügten jedoch auch, um zu beurteilen, ob die NZZ-Gruppe ihre beherrschende Stellung im Markt für Radiowerbung - unter zusätzlicher Berücksichtigung der Verhältnisse im Radionutzungsmarkt - missbraucht. Die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers ist somit nicht begründet.

E. 8.2.3

Damit ist auch die durchgeführte Missbrauchsprüfung nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat sich mit den vom Beschwerdeführer aufgeführten Indizien für einen Missbrauch der NZZ-Gruppe eingehend und ausführlich auseinandergesetzt. Dabei kam sie richtigerweise zum Schluss, insgesamt sei ein systematischer, zukunftsgerichteter Missbrauch der beherrschenden Stellung der NZZ-Gruppe im Radiowerbemarkt Ostschweiz nicht gegeben. Somit gefährde die NZZ-Gruppe in den hier interessierenden Märkten die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht. TVO erfülle folglich die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (vgl. E. 3.4 der angefochtenen Verfügung). Die dazu gemachten Ausführungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar, vollständig und sachgerecht. Für die einzelnen Begründungen wird daher auf die angefochtene Verfügung verwiesen (vgl. E. 3.3.4 der angefochtenen Verfügung).

E. 9

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz berechtigt war, die Abgrenzung der relevanten Märkte selbst vorzunehmen, dass diese Abgrenzung korrekt erfolgte und dass die WEKO die Marktbeherrschung gestützt auf diese Marktabgrenzung richtig beurteilte. Weiter hat die Vorinstanz den Missbrauchsbegriff korrekt definiert und den vollständig erhobenen relevanten Sachverhalt richtig unter diese Definition subsumiert. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

E. 10.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 8'000.- in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

E. 10.2

Der 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 i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die in der Hauptsache obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Mit Eingabe vom 24. April 2012 hat die Beschwerdeführerin eine detaillierte Kostennote über insgesamt Fr. 13'472.05 eingereicht, welche zu keinen Beanstandungen Anlass gibt. Die Parteientschädigung wird deshalb auf Fr. 13'472.05 (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt und dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt.

E. 11

Dieses Urteil ist endgültig und kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.