

BVGer A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7799_2008

FR: TAF A-7799/2008 du 3 décembre 2009

IT: TAF A-7799/2008 del 3 dicembre 2009

Regeste

Radio- und Fernsehen

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid des UVEK vom 31. Oktober 2008 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 4. Dezember 2008 erhobenen Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführer sind Adressaten der angefochtenen Verfügung, durch die Nichterteilung der Konzession auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

E. 1.3

Die Beschwerdefrist ist eingehalten, wenn die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung eingereicht wird (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Eröffnung erfolgt in der Regel schriftlich (Art. 34 Abs. 1 VwVG), kann aber mit Einverständnis der Partei auch auf elektronischem Weg erfolgen. In diesem Fall sind die Verfügungen mit einer anerkannten elektronischen Signatur zu versehen (Art. 34 Abs. 1bis VwVG). Die Verordnung vom 17. Oktober 2007 über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (SR 172.021.2, nachfolgend: Übermittlungsverordnung) enthält in den Art. 8 ff. ausführliche Bestimmungen zur Zustellung von Verfügungen. Der Versand hat in der Regel über eine anerkannte Zustellplattform zu erfolgen und die Verfügungen sind mit einer qualifizierten Signatur zu versehen, welche auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin basiert (Art. 9 Abs. 1 und 3 der Übermittlungsverordnung).

E. 1.3.1

Die Beschwerdegegnerin ist der Meinung, dass die 30-tägige Beschwerdefrist mit Kenntnisnahme der Verfügung durch die Beschwerdeführer am 31. Oktober 2008 zu laufen

begann.

E. 1.3.2

Das BAKOM informierte die Bewerberinnen und Bewerber schon am 27. Oktober 2008 darüber, dass Bundesrat Leuenberger am 31. Oktober 2008 anlässlich einer Medienkonferenz die Konzessionsentscheide bekannt geben werde. In diesem Schreiben wurden die Bewerberinnen und Bewerber gebeten, dem BAKOM ihre E-Mail-Adressen mitzuteilen, damit ihnen die Entscheide am Morgen vor der Medienkonferenz in elektronischer Form zugestellt werden könnten. Überdies hält Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung fest, dass die Verfügung den Parteien eingeschrieben mit Rückschein eröffnet werde. Daraus ergibt sich, dass die Verfügung vom 31. Oktober 2008 den Parteien rechtsgültig per Post eröffnet wurde (vgl. Ziff. 4 des Dispositivs). Die zusätzliche Zustellung per E-Mail erfolgte ohne elektronische Signatur und vermag deshalb die Anforderungen an eine elektronische Zustellung im Sinne von Art. 34 Abs. 1bis VwVG i.V.m. der Übermittlungsverordnung nicht zu erfüllen. Massgebend für die Eröffnung ist somit allein der postalische Eingang der Verfügung bei den Beschwerdeführern am 5. November 2008. Mit Beschwerdeingang am 4. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht wurde die Frist gewahrt (Art. 50 VwVG).

E. 1.4

Auf die formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 2.1

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). Es hat namentlich die Angemessenheit des angewandten Bewertungsrasters und die Subsumtion der Konzessionsgesuche unter die Bewertungskriterien frei zu prüfen. Dasselbe gilt für die Frage, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dagegen dort eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde, so namentlich wenn es um die Prüfung der Definition und Gewichtung der Kriterien im Bewertungsraster und um die Subsumtion der Angaben in den Gesuchen unter diese Kriterien geht. Dabei variiert der Grad der Zurückhaltung im Einzelfall je nach der Natur der sich stellenden Fragen und dem erforderlichen Fachwissen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 5.1 ff.).

E. 3.1

Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 RTVG die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlangen (Qualifikationskriterien). Demnach muss der Bewerber u.a. darlegen, dass er in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Bst. a), über ausreichende finanzielle Mittel verfügt (Bst. b), die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhält (Bst. d) sowie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet

(Bst. g).

E. 3.2

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführer zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht. Die vorherrschende Medienkonzentration durch die Südostschweiz Mediengruppe sei allgemein bekannt und es würden untrügliche Indizien für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Beschwerdegegnerin vorliegen. Die Vorinstanz hätte eine Stellungnahme der WEKO zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin einholen müssen. Insbesondere sei die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht mit derjenigen von Art. 74 RTVG (Medienkonzentration) gleichzusetzen. Wenn dem so wäre, würde es nämlich keinen Sinn machen, dieses Kriterium bei den Konzessionsvoraussetzungen und später noch einmal bei gleichwertigen Bewertungen zu prüfen. Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, der Gesetzgeber habe in den Debatten zum neuen RTVG hinlänglich festgestellt, dass die marktbeherrschende Stellung noch keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt darstelle. Die Vorinstanz hält dafür, die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt setze den Nachweis des Missbrauchs der Marktmacht voraus und eine blosser Marktmacht genüge nicht. Im Falle der Beschwerdegegnerin hätten sich weder in den Gesuchseingaben noch in der Anhörung konkrete Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergeben. Eine Konsultation der WEKO sei nicht angezeigt gewesen, da sich diese nur zur marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) hätte äussern können und der Entscheid, ob eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gegeben sei, in jedem Falle der Vorinstanz obliege.

E. 3.3

Mittels Gesetzesauslegung ist somit zu klären, was unter dem Begriff der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG zu verstehen ist, insbesondere ob dieser Begriff mit demjenigen in Art. 74 Abs. 1 Bst. a RTVG übereinstimmt. Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. für diesen auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, Art. 1, N. 6). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische, teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen - wie dem vorliegenden - muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen RTVG kaum

möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln.

E. 3.4

Eine Konzession kann erteilt werden, wenn der Bewerber (u.a.) die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG). Der Begriff der "Gefährdung" lässt darauf schliessen, dass sich die Gefahr noch nicht konkretisiert haben muss. Die grammatikalische Auslegung ergibt somit, dass Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG schon erfüllt sein kann, wenn eine Beeinträchtigung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erst droht.

E. 3.5

Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (Konzessionsvoraussetzungen) befindet sich unter dem 2. Titel (Veranstalter schweizerischer Programme), 3. Kapitel (Andere Veranstalter mit Leistungsauftrag), 3. Abschnitt (Konzessionsvorschriften). Es handelt sich um eine allgemeine Voraussetzung zur Erlangung einer Konzession. Erfüllen mehrere Bewerber die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien), kommt es in einem zweiten Schritt zu einer Selektion, wobei festgestellt werden soll, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Erst wenn mehrere Bewerbungen weitgehend gleichwertig sind, wird in einem dritten Schritt jener Bewerber bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert (Art. 45 Abs. 3 RTVG). Aufgrund dieses dreistufigen Vorgehens ist davon auszugehen, dass es sich bei den Konzessionsvoraussetzungen, welche alle Bewerber in einer ersten Phase erfüllen müssen, um Mindestanforderungen handelt. Sinn und Zweck des RTVG ist es, idealerweise mittels der Selektionskriterien (2. Schritt) zu ermitteln, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Ist dies nicht möglich, kommt das subsidiäre Kriterium der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt zum tragen. Diesem dreistufigen Vorgehen würde es widersprechen, wenn die Anforderungen in der ersten Stufe allzu hoch wären, so dass die meisten Bewerber die Selektionsstufe gar nicht erreichen würden. Die systematische Auslegung ergibt somit, dass die Anforderungen an eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG hoch sein müssen und die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht mit dem subsidiären Selektionskriterium der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gleichzusetzen ist.

E. 3.6

Für die historische Auslegung sind die Protokolle der Parlamentsdebatte zu Art. 54 des Entwurfs (Art. 44 RTVG) zu konsultieren. Angesichts der Tatsache, dass das RTVG und die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) erst am 1. April 2007 in Kraft getreten sind, kommt dem Willen des Gesetzgebers und damit der historischen Auslegung - wie bereits erwähnt - besondere Bedeutung zu. Sie fällt vorliegend mit der teleologischen Auslegung zusammen.

E. 3.6.1

Der Entwurf des Bundesrates zum RTVG (BBl 2003 1779) verzichtete auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Eine Art. 44 Abs. 1 Bst. g des geltenden Gesetzes entsprechende Bestimmung war somit in Art. 54 Abs. 1 des Entwurfs nicht vorgesehen. In der parlamentarischen Beratung schlug eine Kommissionsmehrheit aber die Ergänzung von Art. 44 Abs. 1 (Art. 54 des Entwurfs)

mit der Konzessionsvoraussetzung des heute geltenden Bst. g ("die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet") vor. Die Minderheit I beantragte dabei die Aufnahme eines Bst. g mit folgendem Wortlaut: "im Versorgungsgebiet nicht über andere Medien mit marktbeherrschender Stellung verfügt" (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 123). Die Minderheit II beantragte hingegen die Streichung des Bst. g, zog ihren Antrag jedoch im Laufe der Debatte zugunsten der Mehrheit zurück (AB 2004 N 125, Votum Föhn). Der Bundesrat war der Meinung, dass die Unabhängigkeit von anderen Medien keine absolute Konzessionsvoraussetzung sein und ein marktbeherrschendes Unternehmen dann eine Konzession erhalten solle, wenn sonst im betreffenden Gebiet gar kein Radio- und Fernsehprogramm möglich wäre (AB 2004 N 125, Votum Bundesrat Leuenberger). Die Minderheit I wiederum wollte mit ihrem Antrag erreichen, dass Verlage, die ohnehin marktbeherrschende Positionen innehaben, diese nicht noch verdoppeln oder sogar verdreifachen können. Die Sprecherin der Minderheit führte aus, ihr Vorschlag wolle verhindern, dass Verlage in dem Gebiet, in dem sie eine Monopolzeitung herausgeben würden, gleichzeitig Radio und Fernsehen veranstalten dürften. In einem andern Versorgungsgebiet sei ihnen dies aber unbenommen (AB 2004 N 123, Votum Fehr Jacqueline). Die Kommissionmehrheit schliesslich wollte mit ihrem Vorschlag die Meinungs- und Angebotsvielfalt sichern und betonte dabei, eine Verhinderung der Gefährdung habe nicht unbedingt durch strukturelle Elemente zu erfolgen und es gehe nicht darum zu sagen, eine Gefährdung liege bereits vor, wenn irgendwelche Leute mehrere Medien gleichzeitig besitzen würden (AB 2004 N 125, Voten Weigelt und Vollmer). Der Nationalrat folgte nach längerer Debatte dem Antrag der Mehrheit, und der Ständerat schloss sich diesen Beschlüssen an (AB 2005 S 91). Damit steht fest, dass eine Konzession erteilt werden kann, wenn keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliegt. Da die Diskussion im Parlament teilweise widersprüchlich und eher unklar verlief, ist dem Protokoll zu Art. 44 (Art. 54 des Entwurfs) allerdings nicht abschliessend zu entnehmen, was unter dem Begriff der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" zu verstehen ist. Aus der Diskussion geht jedoch zumindest hervor, dass der "mehrfache Besitz" noch keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt darstellt. Bei der Verabschiedung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG wurde zudem mehrmals darauf hingewiesen, dass erst in Art. 74 (Art. 82 des Entwurfs) festgelegt werde, wie die Meinungsfreiheit und -vielfalt umgesetzt werden solle (AB 2004 N 125, Voten Weigelt, Bundesrat Leuenberger und Vollmer). Auch aus der Diskussion zu Art. 74 RTVG geht klar hervor, dass Art. 74 RTVG definiert, wann eine "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG gegeben ist (vgl. AB 2004 N 141 und 143, Voten Weigelt und Vollmer).

E. 3.6.2

Der Entwurf zu Art. 74 Abs. 1 des geltenden Gesetzes sah folgende Formulierung vor: "Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt kann vorliegen, wenn ein Programmveranstalter im relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehat (Art. 82 Abs. 1 Bst. a des Entwurfs). Die Kommissionmehrheit schlug eine strengere Regelung vor und wollte bei Vorliegen einer beherrschenden Stellung stets eine Gefährdung annehmen ("Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt vor, wenn..."). Eine Minderheit beantragte die heute geltende Fassung, wonach eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt immer dann vorliegt, wenn ein Programmveranstalter im relevanten Markt seine beherrschende Stellung missbraucht (Art. 74 Abs. 1 Bst. a RTVG). Die Minderheit war also der Meinung, nicht bereits der Tatbestand der Marktbeherrschung solle

als Ausschlussgrund gelten, sondern nur deren Missbrauch. Nur derjenige, der seine Stellung missbrauche, sollte ausgeschlossen werden, und nicht jener, der einfach aufgrund seiner Position marktbeherrschend sei (AB 2004 N 141, Votum Weigelt). Der Rat verabschiedete in der Folge die Fassung der Kommissionsminderheit und der Ständerat schloss sich dem Entscheid des Nationalrats an (AB 2005 S 190, vgl. dazu insbesondere AB 2005 S 189, Votum Büttiker).

E. 3.6.3

Damit steht fest, dass der Begriff der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG zu verstehen ist und eine Gefährdung nur vorliegt, wenn der Programmveranstalter über eine beherrschende Stellung verfügt und diese auch missbraucht. Wer dagegen lediglich eine marktbeherrschende Stellung innehat, ohne diese zu missbrauchen, gefährdet die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht (so auch Hanspeter Kellermüller, Staatliche Massnahmen gegen die Medienkonzentration, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 141 und Rolf H. Weber, Rundfunkrecht, Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [RTVG], Handkommentar, Zürich 2008, Art. 44, Rz. 17). Anzufügen bleibt noch, dass es sich bei der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG und bei der "Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG um zwei verschiedene Begriffe handelt. Dies ergibt sich erstens aus dem Wortlaut (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG spricht von der "Gefährdung", Art. 45 Abs. 3 RTVG hingegen von der "Bereicherung" der Meinungs- und Angebotsvielfalt) und zweitens aus der Systematik. Bei Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG handelt es sich bekannterweise um ein Qualifikationskriterium, Art. 45 Abs. 3 RTVG ist dagegen erst bei der Selektion von Bedeutung.

E. 4.1

Die Beschwerdeführer werfen der Südostschweiz Mediengruppe AG namentlich vor, sie gefährde die Meinungs- und Angebotsvielfalt und erfülle deshalb die allgemeine Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht. Konkret machen sie geltend, die Muttergesellschaft der Beschwerdegegnerin verkaufe die Zeitung Südostschweiz im Kanton Graubünden, wo sie ein Monopol habe, zu einem überhöhten Abonnementspreis; in Gebieten, wo es alternative Angebote gebe, sei das Abonnement um einiges günstiger. Dadurch missbrauche sie ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG. Wie es sich mit diesem Vorwurf verhält, ist nachfolgend zu prüfen. Die Vorinstanz hat zu diesen Rügen inhaltlich nicht substantiell Stellung genommen. In der Konzessionsverfügung hat sie bloss festgehalten, beide Bewerberinnen würden dokumentieren, dass sie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdeten. Diesen Standpunkt hat sie sowohl in ihrer Vernehmlassung wie auch in ihrer Duplik bestätigt und ausgeführt, weder in den Gesuchseingaben noch in der Anhörung hätten sich konkrete Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergeben.

E. 4.2

Gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultiert die Vorinstanz die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Daraus folgt, dass sich die WEKO bloss zur marktbeherrschenden Stellung äussert, nicht jedoch zu deren Missbrauch. Ob ein Missbrauch vorliegt, hat allein die Vorinstanz zu beurteilen (PETER

NOBEL/PHILIPP DO CANTO, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, [ZSR] 2006 I, S. 302). Da für die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt eine marktbeherrschende Stellung und ein Missbrauch gegeben sein muss, ist aus verfahrensökonomischen Gründen der Ansicht der Vorinstanz zu folgen, dass sie die WEKO nur dann konsultieren muss, wenn das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne weiteres verneint werden kann und zudem zumindest Indizien für einen Missbrauch vorliegen. Diese Fragen sind im Folgenden zu klären. Sollte sich herausstellen, dass weder das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung noch dasjenige eines Missbrauchs ohne vertiefte Abklärungen verneint werden können, wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese eingehend und gegebenenfalls unter Beizug der WEKO prüft, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet.

E. 4.3

Das RTVG spricht in Art. 74 Abs. 1 Bst. a von "Missbrauch der beherrschenden Stellung im relevanten Markt". Gemäss Abs. 2 konsultiert die Vorinstanz die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Damit steht fest, dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG demjenigen des KG entspricht. Fraglich ist hingegen, ob dies auch für den Begriff des Missbrauchs im obigen Sinne gilt, d.h. ob dieser sich nach Art. 7 KG beurteilt (vgl. E. 4.5). So oder anders ist zu beachten, dass eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt bereits dann vorliegt, wenn ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten missbraucht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b RTVG). Das Gesetz wendet also bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gefährdung der Meinungsvielfalt vorliegt, eine weite Optik an, d.h. untersucht wird das gesamte Mediensystem und nicht nur die Stellung eines Programmveranstalters. Konkret könnte also eine Gefährdung auch dann vorliegen, wenn die Beschwerdegegnerin zwar nicht im Radio-, wohl aber im Zeitungsmarkt eine beherrschende Stellung inne hätte und diese missbrauchen würde (vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG], BBl 2003 1569, S. 1730 f., nachfolgend: Botschaft zum RTVG).

E. 4.4

Wie bereits erwähnt, ist der Begriff der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 74 RTVG mit jenem von Art. 4 Abs. 2 KG identisch. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten demnach einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (vgl. dazu etwa JÜRIG BÖRER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4, Rz. 15 ff., ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, [nachfolgend: Wettbewerbsrecht], Rz. 2.19 ff.). Um dies zu beurteilen, ist vorweg der relevante Markt zu bestimmen, was in den Bereichen der Medien und der Telekommunikation kompliziert und vielschichtig ist (vgl. etwa Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004 Nr. 2 S. 529 ff. [betreffend Berner Zeitung/20 Minuten] sowie RPW 2007 Nr. 2 S. 190 ff. [betreffend Publigroupe]). Wie in der obenstehenden Erwägung ausgeführt, würde eine beherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin im Zeitungsmarkt genügen, um im Missbrauchsfall in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG eine Konzessionserteilung zu verunmöglichen. Wie der relevante Markt darüber hinaus sachlich

einzugrenzen wäre - etwa auf den Markt für politische Informationen im Allgemeinen oder auf regionale oder gar lokale Informationen - erscheint nicht ohne weiteres klar (vgl. zum Begriff des sachlich relevanten Marktes BGE 129 II 18 E. 7.3.1 mit Hinweisen auf die Lehre). Das gleiche gilt für dessen räumliche Begrenzung (vgl. dazu die Definitionen in Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]; zum Ganzen KELLERMÜLLER, a.a.O., S. 58 ff.).

E. 4.5

Ebenso schwierig ist die Definition des missbräuchlichen Verhaltens, und zwar aus zweierlei Gründen: Zunächst lässt sich diese Handlungsweise wettbewerbsökonomisch nur schwer eingrenzen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt missbräuchliches Verhalten namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die Marktgegenseite benachteiligt. In Betracht fallen vorliegend namentlich die Preisdiskriminierung (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Preisdifferenzierungen stellen aber grundsätzlich ein zulässiges Wettbewerbsverhalten dar, die wohlfahrtsökonomisch positive Wirkungen entfalten können und nur bei Vorliegen besonderer Umstände wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sind (vgl. MANI REINERT, Wettbewerbsrecht, Rz. 4.159 ff. und Rz. 4.177 ff., PETER REINERT, Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 7, Rz. 18 ff. sowie Rz. 23 ff.) Sodann wird in der Lehre in Übereinstimmung mit den Ausführungen in den parlamentarischen Beratungen (vgl. etwa das Votum von Bundesrat Leuenberger in AB 2005 S 190) dafür gehalten, der Missbrauchs begriff des RTVG stimme nicht ohne weiteres mit dem wettbewerbsrechtlichen überein. Im Anwendungsbereich des RTVG seien nicht in erster Linie ökonomische Kriterien, sondern solche der Medienvielfalt ausschlaggebend, doch bleibe dieser medienpolitische Missbrauchs begriff diffus (CAROLE BÜHRER/STEFAN RENFER, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, in: Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 43 f., WEBER, a.a.O., Art. 74, Rz. 25 ff., KELLERMÜLLER, a.a.O., S. 130 ff.). Auch der Botschaft war bereits zu entnehmen, dass mit der neuen Konzentrationsregelung ein sektorspezifisches Instrument geschaffen werden sollte, welches über das rein wettbewerbsrechtliche Instrumentarium des KG hinausginge (Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1646).

E. 4.6

Die Beschwerdegegnerin ist Teil der Südostschweiz Mediengruppe AG. Wie sich der Homepage südostschweiz.ch entnehmen lässt, beherrscht diese Holding verschiedene Aktiengesellschaften, darunter die Südostschweiz Presse und Print AG, welche die Zeitungen Südostschweiz mit ihren Sonntags- und Regionalausgaben, das Bündner Tagblatt und La Quotidiana, die Wochenzeitungen Arena Alva, Aroser/Schanfigger Zeitung, Bündner Woche, Chili, Engadiner Wochenzeitung, Fegl official Surselva, GlarnerWoche, Novitats, Pöschli und Rhiiblatt herausgibt. Andere Tochtergesellschaften betreiben das Lokalfernsehen Tele Südostschweiz oder sind im Verlagsbereich tätig. Sodann ist die Südostschweiz Publicitas AG eine gemeinsame Tochterfirma der Südostschweiz Medien und der Werbegesellschaft Publicitas. Sie besorgt das Anzeigen- und Onlinegeschäft für die Medien der Gruppe und verkauft in Regie Werbung für andere Verlage. Aus dieser Auflistung geht ohne weiteres hervor, dass die Muttergesellschaft der Beschwerdegegnerin im Medienmarkt des Kantons Graubünden über eine starke Stellung verfügt. Diese wurde in den parlamentarischen Beratungen ausdrücklich thematisiert. Der nationalrätliche

Kommissionssprecher hielt dazu fest, eine marktbeherrschende Stellung der "Südostschweiz" müsste bei einer engen Betrachtungsweise wohl bejaht werden (AB 2004 N 143, Voten Ineichen und Vollmer). Ob die Beschwerdegegnerin in gewissen Teilmärkten (vgl. zur Schwierigkeit von deren Abgrenzung oben E. 4.4) eine marktbeherrschende Stellung inne hat, kann demnach nicht ohne vertiefte Abklärungen beurteilt werden. Die Vorinstanz hat diese Frage denn auch offen gelassen. Sie verneinte dagegen das Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch.

E. 4.7

Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu untersuchen. - Wie sich der Homepage der Zeitung Südostschweiz entnehmen lässt, wird das Jahresabonnement (6 Ausgaben pro Woche) in Graubünden tatsächlich für Fr. 325.- verkauft, im Gebiet "Gaster/See" dagegen für Fr. 270.-. Ob die beiden Angebote völlig identisch sind, lässt sich weder der zitierten Homepage, noch den vorliegenden Akten entnehmen. Immerhin bestreiten weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin den erheblichen Preisunterschied; sie machen auch nicht geltend, dieser rechtfertige sich durch einen unterschiedlichen Leistungsumfang. Bei dieser Aktenlage liegt eine Preisdiskriminierung nahe. Wie in der obenstehenden E. 4.5 ausgeführt, kann dies je nach den besonderen Umständen ökonomisch unbedenklich sein, oder aber eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG darstellen. Unter rein wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten lässt sich ein Missbrauch jedenfalls nicht ohne weitere Abklärungen verneinen. Der Einbezug medienpolitischer Überlegungen, wie er in der parlamentarischen Beratung gefordert und von der Lehre als erforderlich erachtet wird (vgl. oben E. 4.5) führt zu keinem anderen Ergebnis; dies schon deshalb, weil die diesbezüglichen Kriterien unklar sind und von der Vorinstanz als Fachbehörde erst zu entwickeln sein werden. In diesem Zusammenhang ist immerhin daran zu erinnern, dass die Südostschweiz Mediengruppe AG im Pressemarkt über eine ausgesprochen starke Stellung verfügt und Art. 74 Abs. 1 Bst. b RTVG den Missbrauch einer beherrschenden Stellung bereits in einem Teilmarkt als relevanten Sachverhalt festlegt.

E. 4.8

Da das Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne vertiefte Abklärungen verneint werden kann, ist der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufzuheben. Die Sache ist zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, da die versäumten Sachverhaltsabklärungen nicht ohne grösseren Aufwand erfolgen können und es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts ist, diese als erste - und mangels Anfechtungsmöglichkeit einzige - Instanz vorzunehmen (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.194). Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz in keinem Zeitpunkt - weder im Konzessionsentscheid, noch in einer ihrer Stellungnahmen auf Beschwerdeebene - zu den konkreten Vorhaltungen der Beschwerdeführer Stellung genommen hat. Sie bzw. das BAKOM als Fachbehörde wird - allenfalls mittels Konsultation der WEKO - zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) gefährdet. Neben der oben einlässlich dargelegten Problematik der Preisdiskriminierung wird sie sich insbesondere mit den Einwänden der Beschwerdeführer auseinandersetzen haben, in Graubünden könne ein Abonnement der "Südostschweiz" nicht ohne deren Sonntagsausgabe erworben werden, was unter dem Blickwinkel des verpönten Koppelungsgeschäfts zu prüfen sein wird (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), sowie mit dem Vorwurf, Redaktoren erhielten Weisungen seitens der Geschäftsleitung und

dürften keine Rezensionen von Büchern veröffentlichen, die nicht bei der Beschwerdegegnerin herauskämen. Die letztgenannten Aspekte könnten allenfalls unter einem weitergehenden, medienpolitischen Missbrauchs begriff relevant sein; zu dessen Gehalt und den daraus folgenden Auswirkungen auf den vorliegenden Fall wird sich die Vorinstanz zu äussern haben. Sie wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheides zu prüfen haben.

E. 5

Da der angefochtene Entscheid somit ohnehin aufzuheben ist, brauchen die Rügen der Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), namentlich der mangelhaften Begründung nicht mehr geprüft werden.

E. 6

An sich könnte es mit der Rückweisung sein Bewenden haben. Da die von der Konzessionsvergabe betroffenen Regionen aber ein Interesse haben, ohne weitere, grössere zeitliche Verzögerungen in den Genuss der Leistungen des (neuen) Konzessionsinhabers zu kommen, rechtfertigt es sich dennoch, die Einwände der Beschwerdeführer gegen die inhaltliche Beurteilung der Gesuche durch die Vorinstanz bereits an dieser Stelle zu prüfen.

E. 7.1

Hat sich die Konzessionsbehörde wie im vorliegenden Fall zwischen mehreren Bewerbern zu entscheiden, und gefährdet keiner der Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt, so erhält jener die Konzession, der im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG den entsprechenden Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag (Selektionskriterien, vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1710). Dieser wird wie vorliegend in der Ausschreibung vorgegeben und konkretisiert. Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags mehrere Bewerber als gleichwertig erscheinen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

E. 7.2

Die Vorinstanz umschreibt die anzuwendenden Kriterien wie folgt: Sie hält fest, die Operationalisierung des Leistungsauftrags und seine Konkretisierung stiessen auf Schwierigkeiten. Zunächst würden sich publizistische Leistungen einer starren Umschreibung entziehen und darüber hinaus setze die verfassungsrechtlich garantierte Programmautonomie allzu detaillierten Leistungsvorgaben Grenzen. Aus diesem Grund beschränke sich der Leistungsauftrag auf eine abstrakte Umschreibung inhaltlicher Anforderungen und ergänze diese Standards durch Vorgaben für den Prozess der Programmproduktion, welche die Wahrscheinlichkeit erhöhten, dass die entsprechenden Programme die verfassungsrechtlich geforderten Leistungen erbrächten. Die Erfüllung des Leistungsauftrags setze organisatorische Strukturen der Qualitätssicherung, adäquate Arbeitsbedingungen sowie nach professionellen Standards handelnde Medienschaffende voraus (sog. Inputfaktoren). Entsprechende Vorkehrungen erhöhten die Wahrscheinlichkeit, dass die journalistischen Leistungen qualitativ hoch stehend im Sinne des Leistungsauftrags seien.

E. 7.2.1

Redaktionelle Qualitätssicherung ist gemäss den Ausführungen in der Ausschreibung ein auf Dauer angelegter Prozess mit präventiven, den Produktionsprozess begleitenden und

korrektiven Elementen. Dieser Prozess der Qualitätssicherung wird in erster Linie durch den Veranstalter selbst etabliert und geführt und ermöglicht im Sinne einer Selbstkontrolle die kontinuierliche Überprüfung, ob die erbrachte Leistung (z.B. Programm) den gesetzten Zielen (Programmauftrag bzw. selbst gesetzten Standards) entspricht. Qualitätssicherung schafft darüber hinaus auch Transparenz bezüglich der Frage, ob bzw. welche korrektiven Massnahmen zu ergreifen sind, um sich dem gewünschten Output zu nähern bzw. um ein Manko zu beheben. Die Vorgaben zur Qualitätssicherung beziehen sich somit nicht unmittelbar auf die journalistische Qualität einer einzelnen Sendung oder eines einzelnen Beitrags, sondern auf die organisatorischen Strukturen und Abläufe, welche jene erst ermöglichen. Vor diesem Hintergrund werden die Bewerberinnen und Bewerber in der Konzession verpflichtet, ein Qualitätssicherungssystem zu etablieren, welches mit Bezug auf die publizistische Programmproduktion folgende Elemente umfasst: Inhaltliche und formale Qualitätsziele und -standards, welche sich auf den Programmauftrag beziehen und senderspezifische Leistungsanforderungen konkretisieren. Sie werden in Dokumenten wie Leitbildern, publizistischen Leitlinien oder redaktionellen Handbüchern formuliert. Die entsprechenden Ziele sind allen Mitarbeitenden bekannt zu machen. Festgeschriebene Prozesse, mittels welcher sich regelmässig überprüfen lässt, ob die festgelegten Qualitätsziele erfüllt werden. Angesprochen sind damit beispielsweise Briefings, Sendungs- oder Beitragsabnahmen, Feedbacks und institutionalisierte Sendungskritiken. Es ist sicherzustellen, dass sich die Kritiken auf die oben genannten Ziele und Standards beziehen. Überdies ist das Ergebnis dieser Kritiken allen Mitarbeitenden zugänglich zu machen. Die Bewerberinnen und Bewerber legen in ihren Gesuchen dar, wie sie ein umfassendes Qualitätssicherungssystem im oben beschriebenen Sinne einzuführen gedenken und legen ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente (Geschäftsordnung, Leitbild etc.) bei. Die Konzessionärinnen und Konzessionäre lassen Funktion und Leistungsfähigkeit ihres Qualitätssicherungssystems regelmässig durch eine externe und unabhängige Institution evaluieren.

E. 7.2.2

In Bezug auf die Arbeitsbedingungen enthält die Konzession gemäss der Ausschreibung folgende Verpflichtungen: Die Konzessionärin bzw. der Konzessionär dotiert die Redaktion bzw. die Redaktionen, welche für die Erfüllung des publizistischen Leistungsauftrags relevant sind, personell in ausreichendem Masse. Sie nennt dem BAKOM im Rahmen der jährlichen Berichterstattung den Anteil der Betriebsmittel, der ins Personal investiert wird. Die Konzessionärin bzw. der Konzessionär hält die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche ein (siehe Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG). Sie regelt mit ihren Mitarbeitenden mindestens folgende Bereiche verbindlich: Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung. Die Bewerberinnen und Bewerber legen dar, wie die Vorgaben in der Konzession umgesetzt werden. Insbesondere ist aufzuzeigen, welcher Anteil der gesamten Betriebskosten auf das Personal entfällt, wie die Arbeitsbedingungen konkret geregelt sind (Lohnsystem, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung, Mutter- oder Vaterschaftsurlaub) und wie die Stagiaires diesbezüglich behandelt werden.

E. 7.2.3

Die Konzession verlangt weiter, der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden sei hohe Priorität beizumessen. Die Teilnahme der Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungskursen sei zu fördern, namentlich soweit sie jene Kompetenzen steigern, die zur Erfüllung des Leistungsauftrags bedeutsam sind.

Zudem sei jährlich ein Betrag zu bestimmen, welcher ausschliesslich der Förderung der externen Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden dient. Dem BAKOM sei jährlich das entsprechende Aus- und Weiterbildungsbudget sowie die hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden ergriffenen Massnahmen im Rahmen der Jahresrechnung offen zu legen. Die Bewerberinnen und Bewerber haben nach der Ausschreibung darzulegen, wie die Pflichten betreffend die Aus- und Weiterbildung umgesetzt werden (z.B. Aus- und Weiterbildungskonzept), mit welchen Weiterbildungsinstitutionen zusammen gearbeitet wird und welcher Betrag voraussichtlich jährlich für die Weiterbildung ausgegeben werden wird.

E. 7.2.4

Weiter hält die Ausschreibung die Verpflichtungen der Konzessionärinnen im Outputbereich (journalistische Leistung) fest. Die Informationsangebote (z.B. Nachrichtenformate), welche die Konzessionärinnen und Konzessionäre im Rahmen ihres Leistungsauftrags ausstrahlen, genügen gemäss den Ausschreibungsbedingungen den folgenden Anforderungen: Sie umfassen in erster Linie relevante Informationen des lokal-regionalen Raums aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport; sie sind thematisch vielfältig; in ihnen kommt eine Vielfalt an Meinungen und Interessen zum Ausdruck; sie bieten einer Vielfalt an Personen bzw. Personengruppen Gelegenheit, zu Wort zu kommen; in ihnen spiegelt sich die Vielfalt des Geschehens des ganzen Versorgungsgebiets wieder; sie werden zumindest während der oben angegebenen Hauptsendezeiten ausgestrahlt. Die Bewerberinnen und Bewerber haben darzulegen, wie diese Vorgaben umgesetzt werden. Insbesondere ist aufzuzeigen, wo die Produktionsstandorte liegen, wie sie personell dotiert sind und wie der Programmauftrag im Informationsbereich konkret umgesetzt wird (Sendungskonzepte mit inhaltlichen und zeitlichen Angaben sowie journalistischen Selektionskriterien etc.).

E. 7.3

Schliesslich äussert sich die Ausschreibung zur Verbreitung. Zu den Pflichten der Veranstalter gehört es demnach, die Verbreitung ihrer Programme grundsätzlich im ganzen Versorgungsgebiet zu gewährleisten. Die Bewerberinnen oder Bewerber, deren Radio- oder Fernsehprogramme gemäss Konzession drahtlos-terrestrisch verbreitet werden sollen, reichen ein Versorgungskonzept ein, welches die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes und die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzeigt.

E. 8.1

Die Beschwerdeführer kritisieren zunächst, die Vorinstanz habe in der Ausschreibung nur die Gewichtung der Hauptkriterien (Input, Output und Verbreitung), nicht aber das Bewertungsraster, die Unterkriterien und deren relative Gewichtung bekannt gegeben. Damit habe die Vorinstanz gegen das Transparenzgebot und den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die für die Bewertung der Gesuche massgebenden Kriterienkategorien und deren Gewichtung inklusive Unterkriterien bereits in der Ausschreibung veröffentlicht. Die Kriterien hätten sich zudem aus der publizierten Musterkonzession ableiten lassen. Ein weitergehender Anspruch auf vorgängige Offenlegung des gesamten Auswertungsprozederes bestehe nicht.

E. 8.2

Wie bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 6.2 ff. festgehalten, hat die Vorinstanz in der öffentlichen Ausschreibung die verwendeten Kriterien und Unterkriterien in einem Detaillierungsgrad bekanntgegeben, welcher weit über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung hinausgeht. Weder aus dem RTVG noch aus übergeordnetem Recht kann sodann eine Pflicht zu grösserer Transparenz und Detaillierung abgeleitet werden. Die Bekanntgabe der Kriterien in der Ausschreibung ist daher nicht zu beanstanden.

E. 9

Im Folgenden werden zunächst die diversen Einwände der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Bewertung der Inputfaktoren untersucht (E. 9 - 11), anschliessend jene gegen die Bewertung der Outputfaktoren (E. 12).

E. 9.1

Hinsichtlich des Kriteriums der Qualitätssicherung bringen die Beschwerdeführer zunächst vor, die Vorinstanz habe es unterlassen, entsprechend der Ausschreibung die Qualitätssicherungssysteme der Bewerber miteinander zu vergleichen. Die Vorinstanz hätte demjenigen System den Vorzug geben müssen, das die Wahrscheinlichkeit am meisten erhöhe, dass die Programme die verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Leistungen erfüllten. Stattdessen habe sie den Detaillierungsgrad, mit welchem die Qualitätssicherungssysteme beschrieben worden seien, sowie die Anzahl und den Detaillierungsgrad der eingereichten Qualitätssicherungsdokumente beurteilt. Somit habe die Vorinstanz nicht die Kriterien gemäss Ausschreibung geprüft, sondern neue, sachfremde Zuschlagskriterien (Sendungskonzepte, Bezug zum Leistungsauftrag) formuliert. Sogar wenn die von der Vorinstanz angewendeten Kriterien sachgerecht gewesen wären, hätte die Vorinstanz den Beschwerdeführern Gelegenheit geben müssen, ihr Gesuch zu vervollständigen, weil die Einreichung der Qualitätssicherungsdokumente in der Ausschreibung als optional bezeichnet worden sei. Im Beschwerdeverfahren reichen die Beschwerdeführer zudem ein Schreiben der Universität Zürich vom 25. November 2008 betreffend Zusammenarbeit mit ihnen hinsichtlich Entwicklung eines Qualitätssicherungsprogramms ein. Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, es sei legitim, ein möglichst detailliertes System bei der Eingabe zu erwarten. Eine Planung alleine könne nicht genügend sein. Dass vage Ansätze gegenüber konkreten als weniger verbindlich angenommen würden, sei nachvollziehbar. Überdies wäre es den Beschwerdeführern möglich gewesen, Qualitätssicherungssysteme von Radio 24 oder Radio 1 zur Verfügung zu stellen. Weiter sei eine nachträgliche Einreichung von Dokumenten nicht mehr möglich. Die Vorinstanz hält fest, aus der Ausschreibung gehe klar hervor, dass konkretisierende Qualitätssicherungsdokumente einzureichen seien. Bei Neubewerbern hätte sie jedoch nicht zwingend ausformulierte Dokumente erwartet. Sachfremde Kriterien seien keinesfalls angewendet worden. Da die Beschwerdeführer Angaben zu ihrem Qualitätssicherungssystem gemacht hätten, sei es nicht nötig gewesen, weitere Unterlagen nachzufordern. Massgebend für die Beurteilung sei die Bewerbung zum Zeitpunkt des Konzessionsentscheides, weshalb das Schreiben der Universität Zürich vom 25. November 2008 nicht berücksichtigt werden könne. Aufgrund des fehlenden expliziten Bezugs zum Leistungsauftrag habe den Beschwerdeführern bei der Qualitätssicherung der vierte Punkt nicht zugesprochen werden können.

E. 9.2

Die Beschwerdeführer erzielten beim Kriterium der Qualitätssicherung deutlich weniger Punkte als die Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz begründete dies insbesondere damit, dass es im Gesuch der Beschwerdeführer bei theoretischen Ausführungen bleibe. Mit dem im Beschwerdeverfahren eingereichten Schreiben der Universität Zürich vom 25. November 2008 beabsichtigen die Beschwerdeführer nun, ihre Bewerbung beim Kriterium der Qualitätssicherung, welches von der Vorinstanz bemängelt wurde, zu verbessern. Ein solches Vorgehen ist indessen unstatthaft: Wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, ist nach Abschluss der Bewerbungsfrist das Ändern der Bewerbung in Punkten, welche im Konzessionierungsverfahren bemängelt wurden, ausgeschlossen. Zulässig bleibt bloss ein Nachreichen von Beweismitteln zum Verdeutlichen oder Beweisen von Ausführungen, die in der Bewerbung bereits vorgebracht worden sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 7.3.2). Daher kann das Schreiben der Universität Zürich vom 25. November 2008 nicht mehr berücksichtigt werden.

E. 9.3

Soweit die Beschwerdeführer vorbringen, die Vorinstanz habe die Qualitätssicherungssysteme anders bewertet, als dies aufgrund der Ausschreibung zu erwarten gewesen sei, kann ihnen nicht gefolgt werden. In der Ausschreibung wurde ausgeführt, was unter einem Qualitätssicherungsverfahren zu verstehen sei und welche Anforderungen an ein solches gestellt würden. Weiter wurden die Bewerber aufgefordert, in ihren Gesuchen darzulegen, wie sie ein umfassendes Qualitätssicherungssystem einzuführen gedenken und ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente beizulegen. Die Ausschreibung wies also ausdrücklich darauf hin, dass entsprechende Dokumente einzureichen seien. Die Formulierung in der Ausschreibung zeigt zudem, dass lediglich beispielhaft aufgezählt wurde, welche Dokumente relevant für die Bewertung sein könnten ("Sie werden in Dokumenten formuliert wie Leitbildern..." oder "Die Bewerberinnen [...] legen ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente [Geschäftsordnung, Leitbild etc.] bei"). Der Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe in der Ausschreibung nicht auf Sendungskonzepte hingewiesen, erweist sich deshalb als unbegründet. Zudem kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie rügen, beim sog. "Bezug zum Leistungsauftrag" handle es sich um ein sachfremdes Kriterium. Das BAKOM hat (in Übereinstimmung mit Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG) die optimale Erfüllung des Leistungsauftrags in der Ausschreibung vom 4. September 2007 ausdrücklich als entscheidend für den Zuschlag bezeichnet. Ein Qualitätssicherungssystem, das konkrete Mechanismen beinhaltet, um den Leistungsauftrag zu gewährleisten, ist somit besser zu bewerten als ein solches, das keine Bezüge zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Radio und Fernsehen enthält.

E. 9.4

Wie das Kriterium der Qualitätssicherung konkret bewertet würde, war der Ausschreibung aber nicht zu entnehmen. In der Bewertung dieses Kriteriums sprach die Vorinstanz nach einer abgestuften Skala maximal vier Punkte für die Beschreibung des Qualitätssicherungssystems zu, weitere vier Punkte wurden für das Vorhandensein der entsprechenden Dokumente sowie für den darin ausgewiesenen Bezug zum Leistungsauftrag zugesprochen. Schliesslich verteilte die Vorinstanz für einen hohen Detaillierungsgrad zwei Bonuspunkte. Wie bereits gezeigt, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die genaue Punktskala in der Ausschreibung nicht definierte (vgl. E. 8.2).

Bei der Festsetzung des Bewertungsmaßstabs ist die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums geblieben. Es ist zudem auch kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen zu ersehen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verteilung von Bonuspunkten für einen hohen Detaillierungsgrad der Ausschreibung widersprechen soll. Die Honorierung eines ausführlichen und detaillierten Qualitätssicherungssystems ist sachgerecht (vgl. auch BSGE 2008/43 E. 7.5.9).

E. 9.5

Somit bleibt noch zu prüfen, ob das BAKOM verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdeführern die Möglichkeit der Ergänzung ihrer Unterlagen einzuräumen. Sind die Eingaben unvollständig oder mit mangelhaften Angaben versehen, so setzt das BAKOM den Bewerbern eine Nachfrist zur Ergänzung dieser Unterlagen an (Ziff. 7.1 der Ausschreibung und Art. 43 Abs. 3 RTVV). Zunächst ist davon auszugehen, dass eine Bewerbung immer dann vollständig ist, wenn sie sich zumindest zu allen Selektionskriterien kurz äussert und die von der Vorinstanz in der Ausschreibung konkret geforderten inhaltlichen Angaben enthält (z.B. Anteil der Betriebskosten, der auf das Personal entfällt und jährlicher Betrag, der für die Weiterbildung ausgegeben wird). Insoweit die Vorinstanz in der Ausschreibung lediglich beispielhaft aufführt, welche Dokumente eingereicht werden könnten, erscheint es nicht zwingend, solche einzureichen, damit eine Bewerbung als vollständig erachtet werden kann. Entscheidend ist hier, dass die Bewerber mit einer besseren Bewertung detaillierter oder zusätzlich eingereichter Dokumente rechnen mussten (vgl. auch E. 9.4). Da die Beschwerdeführer in ihrer Bewerbung Angaben zur Qualitätssicherung machten (vgl. insbesondere auch Beilage Nr. 6: Qualitätssicherungs-Modell Radio Südost), überschritt die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum nicht, indem sie die Bewerbung in dieser Hinsicht als vollständig erachtete. Sie war folglich nicht verpflichtet, den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, weitere Qualitätssicherungsdokumente einzureichen.

E. 9.6

Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet.

E. 10.1

Bezüglich Aus- und Weiterbildung bringen die Beschwerdeführer vor, es dürfe ihnen als Neubewerber nicht zum Nachteil gereichen, dass sie kein Aus- und Weiterbildungskonzept eingereicht hätten, zumal ein solches in der Ausschreibung auch nur als Beispiel angeführt gewesen sei. Andernfalls hätte die Vorinstanz ihnen zumindest eine Frist ansetzen müssen, um ihr Gesuch nachzubessern. Zudem hätten sie Anspruch darauf, gleich wie die Beschwerdegegnerin behandelt zu werden. Diese sei nämlich bezüglich der Lohnangaben zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert worden. Zudem existiere bei keinem andern Schweizer Lokalradio eine aufgrund der Erfahrung von Roger Schawinski vergleichbare interne Aus- und Weiterbildungsmöglichkeit. Die Vorinstanz hält dagegen, bei der Aus- und Weiterbildung sei es naheliegend, dass ein konkretes und detailliertes Ausbildungskonzept besser bewertet würde, als eine eher allgemeine Umschreibung der Aus- und Weiterbildungsabsichten. Die Beschwerdeführer hätten zudem keinen Bezug zum Leistungsauftrag hergestellt. Sodann habe auch hier kein Anlass zur Nachbesserung bestanden, da die Beschwerdeführer im Gesuch Angaben zur Aus- und Weiterbildung gemacht hätten. Einem Bewerber sei es ohne weiteres zuzumuten, die in der Ausschreibung erwähnten schriftlichen Belege bereits auf den Zeitpunkt der Bewerbung hin auszuarbeiten.

E. 10.2

Gemäss Ausschreibung haben die Bewerberinnen und Bewerber darzulegen, wie die Pflichten betreffend die Aus- und Weiterbildung umgesetzt werden (z.B. Aus- und Weiterbildungskonzept). Ein Aus- und Weiterbildungskonzept wird somit ausdrücklich in der Ausschreibung genannt, weshalb es für die Bewerberinnen und Bewerber klar sein musste, dass ein solches auch bewertet werden könnte (vgl. E. 9.5) Es ist zudem sachgerecht, ein detailliertes Aus- und Weiterbildungskonzept besser zu bewerten als allgemeine Umschreibungen (vgl. E. 9.4). Indem die Vorinstanz für ein eingereichtes Aus- und Weiterbildungskonzept Punkte vergab, ging sie somit nicht über die in der Ausschreibung genannten Kriterien hinaus und ist Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums geblieben.

E. 10.3

Bei der Beurteilung, ob es auch einem Neubewerber zumutbar gewesen wäre, ein Aus- und Weiterbildungskonzept einzureichen, verfügt die Vorinstanz über einen Ermessensspielraum. Die Vorinstanz hält hierzu fest, dass es einem Bewerber zuzumuten sei, die in der Ausschreibung erwähnten schriftlichen Belege bereits auf den Zeitpunkt der Bewerbung auszuarbeiten. Zudem sei es auch für einen bestehenden Veranstalter nicht selbstverständlich, dass er die entsprechenden Dokumente bereits im Rahmen seiner bisherigen Aktivitäten erarbeitet habe. Bei einem andern Kriterium, nämlich demjenigen der Verbreitung, wies die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 27. Februar 2009 hingegen ausdrücklich daraufhin, dass darauf geachtet werden müsse, dass Neubewerber nicht ungleich behandelt würden, da sie einem Versorgungskonzept eines bisherigen Veranstalters nichts Gleichwertiges entgegenzusetzen hätten (vgl. auch E. 14). Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz differenziert prüfte, wann es einem Neubewerber zuzumuten war gewisse Dokumente einzureichen (z.B. ein Aus- und Weiterbildungskonzept) und wann nicht (Versorgungskonzept). Es ist der Vorinstanz deshalb zu folgen, dass es allen Bewerbern - ob Neubewerber oder nicht - zumutbar war, ein entsprechendes Aus- und Weiterbildungskonzept auszuarbeiten.

E. 10.4

Aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführer zum Inputkriterium der Aus- und Weiterbildung war ihre Bewerbung vollständig und die Vorinstanz musste den Beschwerdeführern keine Frist zur Nachreichung eines diesbezüglichen Konzeptes ansetzen (vgl. E. 9.5). Ausserdem wurden die Beschwerdeführer im Vergleich zur Beschwerdegegnerin auch nicht rechtsungleich behandelt. In der Ausschreibung war das Aus- und Weiterbildungskonzept ausdrücklich erwähnt, weshalb die Parteien damit rechnen mussten, dass dieses auch bewertet würde (das gleiche gilt für das Qualitätssicherungssystem, vgl. E. 9.5). Hingegen wurde in der Ausschreibung nur verlangt, die konkrete Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen aufzuzeigen. Dabei wurde zwar das Lohnsystem, nicht aber der Mindestlohn erwähnt. Die Bewerber mussten deshalb aufgrund des Ausschreibungstextes nicht davon ausgehen, dass Angaben zum Mindestlohn bewertet werden könnten bzw. dass solche Angaben zu einem vollständigen Gesuch gehörten. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin nannte weder einen Mindestlohn noch wurde auf die Standards des Verbandes Schweizer Privatradios (VSP) verwiesen (wie die Beschwerdeführer es taten), weshalb es richtigerweise als unvollständig qualifiziert wurde. Indem die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin aufforderte, nachträglich den Mindestlohn zu nennen, versties sie somit nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

E. 10.5

Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 11.1

Beim Kriterium "Arbeitsbedingungen" rügen die Beschwerdeführer, es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb sie mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden gegenüber 40 Stunden bei der Beschwerdegegnerin in der Bewertung nur halb so viel Punkte erhalten hätten. Eine isolierte Betrachtung der Wochenarbeitszeit im Verhältnis zum Minimallohn sage nichts über die übrigen Arbeitsbedingungen aus. So sei nicht abgeklärt worden, ob beispielsweise die Reisezeit auch zur Arbeitszeit gehöre. Die angewendete Berechnungsmethode halte einer sachlichen Überprüfung nicht stand und sei willkürlich. Die Beschwerdegegnerin entgegnet, es sei offensichtlich, dass 40 Stunden für den Mitarbeiter besser gewertet werden könne als 42 Stunden. Dabei die Arbeitswege ins Feld führen zu wollen, sei unrealistisch und praxisfremd. Die Vorinstanz führt ihrerseits aus, die Auswertung bei den Arbeitsbedingungen habe sich auf die zentralen, sozialpartnerschaftlich anerkannten Kernbereiche Lohn, Arbeitszeit und Ferienregelung beschränkt. Die Auswahl dieser Kernbereiche habe bei allen Bewerbungen die gleiche Analyse und damit den direkten Vergleich ermöglicht.

E. 11.2

Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdegegnerin vorgesehene Wochenarbeitszeit von 40 Stunden besser bewertet als jene von 42 Stunden. In diesem Zusammenhang bemängeln die Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, ob beim Pensum von 40 Wochenstunden der Arbeitsweg dazugehöre. Sie behauptet aber selbst nicht, ihre Regelung betreffend Arbeitsweg sei für die Angestellten günstiger. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von den konkret vorliegenden, einfach vergleichbaren Zahlen ausgegangen ist. Im Übrigen dürfte es ohne übermässigen Aufwand ohnehin kaum möglich sein, die Arbeitsbedingungen zweier Arbeitgeber mit allen Modalitäten wie Sozial- und Nebenleistungen, fringe benefits und dergleichen exakt zu vergleichen. Es erscheint deshalb geradezu unumgänglich, die Gegenüberstellung mit gewissen Vereinfachungen anhand der wichtigsten Rahmenbedingungen vorzunehmen. Die Vorinstanz hat zu Recht den Lohn, die Arbeitszeit sowie den Ferienanspruch der Angestellten der beiden Bewerber gegenüber gestellt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 12.4). In diesem Zusammenhang sind die Beschwerdeführer am 8. September 2009 erneut ans Bundesverwaltungsgericht gelangt. Sie machen darin auf ein Schreiben der Beschwerdegegnerin an ihre Angestellten aufmerksam, in welchem diese unter Hinweis auf die angespannte Wirtschaftslage verschiedene Vertragsänderungen ankündigt, unter anderem die Erhöhung der Wochenarbeitszeit auf 42 Stunden. Die Beschwerdeführer ziehen daraus den Schluss, die Beschwerdegegnerin sei nicht gewillt, die Konzessionsbedingungen einzuhalten und die Bewertung der Vorinstanz müsse zu ihren Gunsten geändert werden. Gemäss Art. 8 der Konzession der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 zugunsten der Beschwerdegegnerin ist es der Konzessionärin verboten, die Arbeitsbedingungen gegenüber den Angaben in der Bewerbung zu unterschreiten. Der Beschwerdegegnerin dürfte es folglich verwehrt sein, die Wochenarbeitszeit der Angestellten der Südostschweiz Radio/TV AG auf 42 Stunden festzulegen. Das BAKOM ist von Gesetzes wegen verpflichtet, im Rahmen seiner aufsichtsrechtlichen Tätigkeit die Einhaltung der Konzession laufend zu überwachen und verfügt über die nötigen Instrumente, diese nötigenfalls durchzusetzen (vgl. Art. 47 und Art. 50 RTVG). Ist die

Beschwerdegegnerin - falls ihr die Konzession definitiv zu erteilen wäre - auf ihren Zusicherungen zu behaften, die sie im Rahmen der Ausschreibung getätigt hat, besteht kein Anlass, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens von anderen als den seinerzeit angekündigten Arbeitsbedingung auszugehen.

E. 11.3

Die Rügen der Beschwerdeführer erweisen sich in diesem Punkt als unbegründet.

E. 12.1

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, die Vorinstanz habe auch bei den Outputkriterien fälschlicherweise den Detaillierungsgrad der eingereichten Informationen bewertet und neue Zuschlagskriterien formuliert. Insbesondere habe die Vorinstanz das Vielfaltsgebot aufgrund der Nennung verschiedener Vielfaltskriterien bewertet. Die Vorinstanz hätte ihnen dieses neue Zuschlagskriterium mitteilen und Gelegenheit geben müssen, sich zu äussern. Die Vorinstanz führt dazu aus, auch bezüglich des Informationsauftrags sei die Ausschreibung deutlich gewesen und es sei klar gewesen, dass sie besonderes Gewicht auf die Umsetzung des Vielfaltsgebots legen würde.

E. 12.2

Bewerben sich mehrere Anbieter um eine Konzession, ist diese demjenigen zu erteilen, der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Das Gesetz gibt damit den Massstab vor, an dem das Programm zu messen ist. Massgebend ist namentlich nicht die Beliebtheit des Programms beim Publikum, sondern die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags. Dieser verlangt, dass Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung beitragen (Art. 93 Abs. 2 BV). Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck. Einen konzessionswürdigen Beitrag zum Leistungsauftrag erbringen gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a RTVG Veranstalter, deren Programme die lokalen und regionalen Eigenheiten durch umfassende Information, insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen. Die Vorinstanz hat in der Ausschreibung und im angewandten Bewertungsschema mit verschiedenen Kriterien die Beiträge zum Leistungsauftrag objektiviert. Insbesondere definierte die Vorinstanz fünf Vielfaltskriterien, bei deren Erfüllung je ein Punkt zugesprochen wurde.

E. 12.3

Dem Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe beim Output hinsichtlich des Vielfaltsgebotes neue Kriterien formuliert, kann nicht gefolgt werden. In der Ausschreibung hat das BAKOM die geforderte Vielfalt des Angebots ausdrücklich thematisiert (vgl. oben E. 7.2.4). Diese Vielfaltskriterien wurden in das Bewertungsraster übernommen, weshalb es sich dabei offensichtlich nicht um neue Kriterien handelt. Wie gezeigt, besteht bei der Definition der Kriterien ein erheblicher Ermessensspielraum der Vorinstanz. Die von ihr beigezogenen Vielfaltskriterien erscheinen nachvollziehbar und sachgerecht. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese willkürlich sein sollten. Auch die genaue Verteilung der Punkte (1 Punkt pro genanntes Vielfaltskriterium) liegt im Ermessen der Vorinstanz. Das von der Vorinstanz verwendete Bewertungsraster ist also nicht zu beanstanden, lehnt es sich doch eng an die Vorgaben des Leistungsauftrags an, entspricht der Ausschreibung und erscheint

als sachgerecht, rechtsgleich und nachvollziehbar.

E. 12.4

Die Rügen der Beschwerdeführer betreffend Output-Kriterien erweisen sich demnach als unbegründet.

E. 13.1

Die Beschwerdeführer rügen weiter, es sei die Gewichtung gemäss Ausschreibung entscheidend und nicht die im Widerspruch zur Ausschreibung vergebenen Punkte. Tatsache sei, dass die Beschwerdeführer auf jeden Fall beim Selektionskriterium der Outputfaktoren besser abgeschnitten hätten als die Beschwerdegegnerin. Entscheidend für die Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Bewertung sei dieser Faktor und nicht die Gesamtpunktezahl der In- und Outputfaktoren. Dies gelte umso mehr, als die Maximalzahl der Inputkriterien nicht mit derjenigen der Outputkriterien übereinstimme. Eine Addition der unter diesen zwei Selektionskriterien verteilten Punkte führe daher zu einem falschen Ergebnis. Ebenso wenig sei nachvollziehbar, weshalb bei der Outputbewertung die unter diesem Selektionskriterium erzielten Punkte mit dem Faktor 1.5 gewichtet worden seien.

E. 13.2

Diese Rügen sind unbegründet. Dem Bewertungsraster sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach die Vorinstanz die Selektionskriterien nicht gemäss den in der Ausschreibung angegebenen Prozentzahlen gewichtet hätte. Dem Umstand, dass bei den Inputfaktoren deutlich mehr Punkte erzielt werden konnten als bei den Outputfaktoren, wurde denn auch Rechnung getragen, indem die Output-Bewertung mit dem Faktor 1.5 multipliziert wurde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ist diese Aufrechnung der erzielten Output-Punkte deshalb nachvollziehbar und sogar notwendig, um die In- und Outputkriterien gemäss Ausschreibung zu gleichen Anteilen zu gewichten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer lässt sich auch nicht einfach sagen, entscheidend für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zweier Bewerbungen seien die Outputfaktoren und nicht die Summe von Output- und Inputfaktoren. Gewiss stellt die publizistische Leistung der Bewerber letztlich das entscheidende Kriterium dar, doch lässt sich diese anhand der Outputfaktoren nicht zuverlässig in die Zukunft fortschreiben. In dieser Situation erweisen sich - wie das BAKOM bereits in der Ausschreibung zu Recht ausgeführt hat - die Inputfaktoren als bedeutsam, weil ein vorgesehener Output ohne die entsprechenden personellen Ressourcen und Qualitätssicherungssysteme gar nicht erzielt werden kann; mit andern Worten sind die Inputfaktoren geeignet, die Chancen für ein überzeugendes publizistisches Ergebnis zu erhöhen.

E. 14.1

Die Beschwerdeführer führen an, bei ihnen könne betreffend Verbreitung nicht der gleiche Massstab angelegt werden wie bei der Beschwerdegegnerin, da sie das Verbreitungskonzept noch hätten aufbauen müssen. Die Beschwerdegegnerin habe lediglich die gegenwärtige Verbreitung von Radio Grischa und Radio Engiadina wiedergegeben. Bezüglich der Erschliessungsvorhaben und der Empfangsqualität habe die Beschwerdegegnerin nicht wesentlich detailliertere Angaben gemacht als die Beschwerdeführer. Die Vorinstanz führt aus, die Verbreitung sei in allen Versorgungsgebieten als Bewertungskriterium zu berücksichtigen, allerdings sei die Selektionswirkung dieses Kriteriums je nach Versorgungsgebiet sehr unterschiedlich. Nur wenn ein ausreichender Gestaltungsspielraum bestehe, um selbständig ein Versorgungskonzept zu entwickeln, könne sich ein Bewerber

wesentlich von seinen Konkurrenten unterscheiden. Der Gestaltungsspielraum werde von Faktoren wie den technischen und topographischen Gegebenheiten, der zwingenden gemeinsamen Errichtung von Sendernetzen und einer allfälligen angespannten Frequenzlage (im Mittelland) beeinflusst. Zu berücksichtigen sei zudem der Grundsatz der Gleichbehandlung von Neubewerbern und bisherigen Veranstaltern. Da im fraglichen Versorgungsgebiet eine hohe Planungsautonomie bestehe und dort auch mehrere Unternehmen tätig seien, welche über Sendeinfrastrukturen verfügen würden, sich aber nicht um eine Radiokonzession beworben hätten, habe auch von einem Newcomer erwartet werden können, dass er ein aussagekräftiges Verbreitungskonzept erstelle. Die Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin erfüllten zwar die Vorgaben der Ausschreibung, jedoch lege die Beschwerdegegnerin im Gesuch den geplanten Ausbau des Versorgungsgebiets detaillierter dar. So führe die Beschwerdegegnerin die vorgesehenen Investitionsbeiträge, die geplanten Sendeanlagen und den zeitlichen Rahmen konkret auf.

E. 14.2

Das Bewertungsraster der Vorinstanz enthält eine Punkteskala hinsichtlich der In- und Outputkriterien, nicht jedoch in Bezug auf das Selektionskriterium der Verbreitung. Die Begründung der Vorinstanz, warum die Beschwerdegegnerin besser abgeschnitten habe als die Beschwerdeführer, ergibt sich somit allein aus der angefochtenen Verfügung (Ziff. 2.3.3).

E. 14.3

Die Ausschreibung verlangte ausdrücklich, dass die Bewerberinnen und Bewerber, deren Radio- oder Fernsehprogramme gemäss Konzession drahtlos-terrestrisch verbreitet werden sollen, ein Versorgungskonzept einzureichen haben, welches die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes und die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzeige. Indem die Vorinstanz die eingereichten Verbreitungskonzepte beurteilte, ging sie demnach nicht über die Anforderungen gemäss Ausschreibung hinaus. Auch ist, wie bereits mehrmals festgehalten, nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz detailliertere Ausführungen - hier in Bezug auf das Verbreitungskonzept - besser bewertet als allgemeine unverbindlichere. Zudem hat die Vorinstanz gemäss ihren Ausführungen speziell bei der Bewertung des Selektionskriteriums der Verbreitung berücksichtigt, dass ein bisheriger Veranstalter oft schon ein Versorgungskonzept in Zusammenarbeit mit dem BAKOM erarbeitet hatte und deshalb gegenüber einem Newcomer im Vorteil war. Dass die Vorinstanz dem Grundsatz der Gleichbehandlung der bisherigen Veranstalter mit den Neubewerbern Rechnung getragen hat, lässt sich denn auch der Begründung der Verfügung vom 31. Oktober 2008 entnehmen: Die Beschwerdegegnerin schnitt gemäss Vorinstanz beim Kriterium der Verbreitung aufgrund der vorgesehenen Investitionsbeiträge, der geplanten Sendeanlagen und des konkret aufgeführten zeitlichen Rahmens besser ab. Die Vorinstanz bewertete somit den Detaillierungsgrad der Verbreitungskonzepte nur in Bezug auf die neu geplante Verbreitung, d.h. die sog. Erschliessungsvorhaben (vgl. Ziff. 6.2 Bst. a des Gesuchs der Beschwerdegegnerin inkl. Beilage), nicht jedoch in Bezug auf die bereits bestehende Verbreitung. Damit verhinderte die Vorinstanz, dass die Beschwerdegegnerin als bisherige Veranstalterin gegenüber den Beschwerdeführern ungerechtfertigt im Vorteil war. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ergab sich der Vorsprung der Beschwerdegegnerin bei der Verbreitung also gerade nicht aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die heutige Verbreitung von Radio Grischa und Radio Engiadina

darlegte.

E. 14.4

Inhaltlich bleibt zu prüfen, ob das Verbreitungskonzept der Beschwerdegegnerin tatsächlich detaillierter ist als dasjenige der Beschwerdeführer und die Vorinstanz damit zu Recht den Schluss zog, bei der Verbreitung würden sich Vorteile für die Beschwerdegegnerin ergeben. Die Beschwerdegegnerin gab im Gesuch im Gegensatz zu den Beschwerdeführern nicht nur die jährlich zu erwartenden Verbreitungskosten, sondern auch die voraussichtlichen Erschliessungskosten für die Gebiete Glarus und Misox an. Das Schreiben der Swisscom Broadcast AG, welches die Beschwerdeführer einreichten, äusserte sich dagegen lediglich zu den allgemeinen Telehousing-Kosten, ohne näher auf die Gegebenheiten (Anzahl Standorte) im Versorgungsgebiet einzugehen. Weiter äusserten sich die Beschwerdeführer im Gesuch im Gegensatz zu der Beschwerdegegnerin nicht zur Anzahl der geplanten Sendeanlagen und machten auch keine zeitlichen Angaben zum geplanten Ausbau der Verbreitung.

E. 14.5

Aufgrund dieser Erwägungen steht fest, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf das Selektionskriterium der Verbreitung zu Recht als detaillierter und damit besser eingeschätzt hat.

E. 15

Die Beschwerdeführer machen schliesslich geltend, dass die Vorinstanz bei richtiger Ermessensausübung von zumindest gleichwertigen Bewertungen hätte ausgehen müssen. Bei der anschliessenden Anwendung des Kriteriums der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt hätte den Beschwerdeführern der Vorzug gegeben werden müssen. Wie bereits gezeigt, hat die Vorinstanz die Bewerbung der Beschwerdegegnerin zu Recht besser bewertet als diejenige der Beschwerdeführer. Die Beschwerdegegnerin erreichte bei den In- und Outputkriterien, welche zu 80% gewichtet werden, 41 Punkte, die Beschwerdeführer nur 33 Punkte. Die Beschwerdegegnerin übertrifft die Beschwerdeführer hier deutlich um ganze 8 Punkte. Auch bei der Verbreitung, die zu 20% gewichtet wird, ergeben sich Vorteile für die Beschwerdegegnerin. Der Vorinstanz ist demnach zu folgen, wenn sie von einem eindeutigen Vorsprung der Beschwerdegegnerin ausgeht. Damit lagen nicht zwei weitgehend gleichwertige Bewerbungen vor und die Vorinstanz war deshalb nicht verpflichtet, gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG weiter zu prüfen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 16

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin besser bewerten durfte als dasjenige der Beschwerdeführer. Aufgrund der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (vgl. E. 4.8) ist die Beschwerde aber gutzuheissen, der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Falls eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin oder ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach erneuter Prüfung durch die Vorinstanz zu verneinen ist, kann die Vorinstanz die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben.

E. 17.1

Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverlegung massgebende Ausmass des Unterliegens hängt vorab von den im konkreten Fall in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren ab. Abzustellen ist auf das materiell wirklich Gewollte. Wird beispielsweise primär eine Rückweisung und eventualiter die Erteilung einer Bewilligung verlangt, so führt eine Rückweisung trotz formell vollständigen Obsiegens unter Kostengesichtspunkten lediglich zu einem hälftigen Obsiegen und zur entsprechenden Kostenaufgabe. Anders verhält es sich dann, wenn die Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz erfolgt, weil diese etwa dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert hat (Moser/Beusch/ Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.43).

E. 17.2

Die Beschwerdeführer beantragten die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an sie bzw. eventualiter die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz. Im vorliegenden Fall wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, jedoch nicht aufgrund einer Verfahrensverletzung der Vorinstanz (welche eine vollständige Kostenaufgabe an die Beschwerdegegnerin allenfalls rechtfertigen würde), sondern weil der Sachverhalt in Bezug auf das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht genügend abgeklärt ist. Weiter zu berücksichtigen ist, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Selektionskriterien zu Recht entschieden hat, die Beschwerdegegnerin sei am besten in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Die Beschwerdeführer obsiegen demnach unter Kostengesichtspunkten lediglich zur Hälfte. Ausserdem ist die Beschwerdegegnerin mit ihren Anträgen um Entzug der aufschiebenden Wirkung (Zwischenverfügungen vom 16. Februar und 6. August 2009) unterlegen und hat damit die Kosten der genannten Zwischenverfügungen zu tragen. Es rechtfertigt sich deshalb, den Beschwerdeführern drei Siebtel und der Beschwerdegegnerin vier Siebtel der Verfahrenskosten aufzuerlegen, welche auf Fr. 7'000.- festzusetzen sind (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten die den Beschwerdeführern auferlegt werden sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- ist den Beschwerdeführern nach Eröffnung des Urteils zurückzuerstatten.

E. 18.1

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

E. 18.2

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht Aufwendungen über Fr. 42'278.20 bzw. Fr. 33'938.45 namhaft, wobei unklar bleibt, welcher Betrag effektiv geltend gemacht werden soll. Die Kostennote wäre ausserdem zu kürzen. Gemäss Art. 10 VGKE beträgt der Stundenansatz für nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung mindestens Fr. 100.- und höchstens Fr. 300.-, und es rechtfertigt sich angesichts der gesamten Umstände nicht, diesen

Kostenrahmen fast gänzlich auszuschöpfen. Sodann erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand als überhöht. Der Rechtsvertreter führt unter dem Titel "Vorbereitung inkl. Beschwerdeantwort verfassen" 85,5 Stunden an, was sich umso weniger rechtfertigen lässt, als er in seiner Funktion als Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin mit der Sache bereits während des Verwaltungsverfahrens vor der Vorinstanz vertraut war. Zudem wird in der Beschwerdeantwort über mehrere Seiten wörtlich aus dem Ausschreibungstext bzw. aus der angefochtenen Verfügung zitiert. Auf der andern Seite ist zu berücksichtigen, dass die erwähnte Kostennote nicht sämtliche Aufwendungen erfasst. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer reichte seinerseits eine Kostennote in der Höhe von Fr. 13'453.45 ein. Sie gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. An sich wäre die Beschwerdegegnerin entsprechend dem Verfahrensausgang zu verpflichten, den Beschwerdeführern vier Siebtel ihrer Parteikosten zu ersetzen; sie hätte ihrerseits Anspruch auf Ersatz von drei Siebteln ihrer eigenen Parteikosten, die - trotz der erforderlichen Kürzungen - höher ausfallen würden als jene der Beschwerdeführer. Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich, die Parteikosten wettzuschlagen.

E. 19

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG], SR 173.110). Es tritt somit mit Eröffnung in Rechtskraft.

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