

BVGer A-929/2024 vom 23. Januar 2025

Bundesverwaltungsgericht, 2025-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-929_2024

FR: TAF A-929/2024 du 23 janvier 2025

IT: TAF A-929/2024 del 23 gennaio 2025

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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Der angefochtene Entscheid des UVEK vom 11. Januar 2024 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG und damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und eine Ausnahme bezüglich des Sachgebietes liegt nicht vor (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts Anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

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 Beschwerdeführerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Einreichung der Beschwerde legitimiert ist.

E. 1.3

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder

A-929/2024 Seite 6 Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 f. VwVG).

E. 2.3

Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen und damit jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a; Urteil des BVGer A-3493/2023 vom 27. Februar 2024 E. 1.4 m.H.). Aus der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es hat namentlich die Angemessenheit des angewandten Bewertungsrasters und die Subsumtion der Konzessionsgesuche unter die Bewertungskriterien grundsätzlich 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 (vgl. BVGE 2009/64 E. 5.4 und Urteil des BVGer A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 2.1, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/19). 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. BVGE 2009/64 E. 5.4 und Urteil des BVGer A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 2.2 m.H., auszugsweise publiziert in BVGE 2010/19).

E. 3

Zunächst sind die einschlägigen Rechtsgrundlagen darzulegen.

A-929/2024 Seite 7

E. 3.1

Im Radio- und Fernsehgesetz vom 26. März 2006 (RTVG; SR 784.40) finden sich spezialgesetzliche Ausnahmebestimmungen für die Erteilung von Veranstalterkonzessionen gemäss Art. 25 RTVG (an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft; SRG) sowie gemäss den Art. 38 ff. RTVG (an andere Veranstalter mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil) und gemäss den Art. 43 ff. RTVG (an andere Veranstalter mit Leistungsauftrag ohne Abgabenanteil). Vorliegend geht es um eine Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil gemäss Art. 38 ff. RTVG. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1) findet deshalb keine Anwendung (Art. 9 Satz 2 BöB; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, 1900).

E. 3.2

Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien)

E. 3.2.1

Vorgaben des RTVG Die Konzessionsvoraussetzungen sind in Artikel 44 RTVG und Artikel 42 RTVV festgelegt. Eine Konzession kann erteilt werden, wenn die Bewerberin: (...) d. Gewähr bietet, dass sie die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die

Arbeitsbedingungen der Branche, das

A-929/2024 Seite 22 anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einhält; (...)"

E. 3.3.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können bei der Gestaltung des Konzessionierungsverfahrens hilfsweise die zum Submissionsverfahren entwickelten Grundsätze beigezogen werden. Zu beachten ist aber, dass angesichts der Unterschiede zwischen der

A-929/2024 Seite 8 Erteilung einer Rundfunkkonzession und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags lediglich eine analoge Anwendung dieser Regeln möglich ist. So sind namentlich die unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen und die unterschiedlichen öffentlichen Interessen zu beachten (BVGE 2009/64 E. 6.5 m.H.; Urteile des BVGer A-959/2024 vom 21. August 2024 E. 3.3.1, A-641/2008 vom 19. August 2008 E. 7.1, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/43 und A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 7.2.1; vgl. auch Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.5 zu Transportkonzessionen; vgl. ferner BVGE 2022 IV/8 E. 3.3.1 zu Plakatkonzessionen). Betreffend die Vergabe der Transportleistungen von Buslinien sowie die Erteilung und Erneuerung von Konzessionsrechten hat das Bundesverwaltungsgericht u.a. die vergaberechtlichen Regeln zum Transparenzprinzip angewandt (Urteil des BVGer A-7129/2018 vom 23. April 2021 E. 1.6.1 m.H.). Daraus folgt, dass der angefochtene Entscheid nur im Lichte der allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze geprüft werden kann. Die Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [SR 101; BV]), insbesondere die Wirtschaftsfreiheit, erlauben es grundsätzlich nicht, zu verlangen, dass eine ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens möglich ist (vgl. BGE 143 I 37 E. 7.2 und 127 I 84 E. 4b). Der Staat verfügt somit bei der Ausübung seiner öffentlichen Aufgabe über einen grossen Ermessensspielraum, allerdings unter Vorbehalt der Einhaltung der in Art. 5 Abs. 2 BV enthaltenen allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Rechts, namentlich des Willkürverbots, der Gleichbehandlung, der Verhältnismässigkeit, des öffentlichen Interesses sowie der Pflicht, eine neutrale und objektive Haltung einzunehmen (vgl. BGE 143 I 37 E. 7.1 und 7.5 sowie BGE 140 I 201 E. 6.4.1). Die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder von Verwaltungsbefugnissen an Private hebt diese verfassungsrechtlichen Verpflichtungen grundsätzlich nicht auf (vgl. BGE 127 I 84 E. 4c; Urteil des BVGer B-4786/2020 vom 21. September 2021 E. 3 zu Plakatkonzessionen).

E. 3.3.2

Das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet den Behörden, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es ist verletzt, wenn hinsichtlich einer wesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein sachlicher Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. BGE 147 I 1 E. 5.2, BGE 143 V 139 E. 6.2.3 und BGE 136 I 17 E. 5.3). Bei der Konzessionsausschreibung und -vergabe untersagt

A-929/2024 Seite 9 das Gleichheitsgebot, einzelne Anbieter hinsichtlich entscheidungswesentlicher Tatsachen anders als andere Anbieter, das heisst ungleich, zu behandeln, wenn dafür kein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen besteht

(BVG 2009/64 E. 14.2.2; Urteile des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 9.2 und A-7801/2008 E. 7.2.5).

E. 3.3.2.1

Programmschaffende Die Musterkonzession der künftigen Veranstalterinnen enthält die folgende Verpflichtung:

A-929/2024 Seite 23 • Die Konzessionärin beschäftigt ausreichend Programmschaffende, um den Programm- auftrag zu erfüllen. • Sie achtet dabei auf die Diversität bei ihren Programmschaffenden. • Bei den Programmschaffenden beträgt das Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden mindestens 3 zu 1."

E. 3.3.3

Auch der in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV mitgarantierte Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten verlangt, die Verteilung von Konzessionen rechtsgleich vorzunehmen. Er verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, namentlich, wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Eine absolute Gleichbehandlung privater Marktteilnehmer verlangt aber auch Art. 27 BV nicht. Unterscheidungen sind zulässig, sofern sie objektiven Kriterien entsprechen und nicht systemwidrig sind (vgl. BGE 132 I 97 E. 2.1; Urteil des BVGer A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 6.3 m.H.; vgl. auch DANIEL KUNZ, Konzessionen, in: Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 211 Rz. 16).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin bringt u.a. vor, die Beschwerdegegnerin erfülle verschiedene Konzessionsvoraussetzungen nicht. Gemäss der öffentlichen Ausschreibung, der Musterkonzession für kommerzielle Lokalradios und der von der Beschwerdegegnerin anerkannten "Vereinbarung zwischen den Medienverbänden der Privatradios und Privatfernsehen und den Arbeitnehmenden-Organisationen im Medienbereich" (nachfolgend: Branchenvereinbarung) müsse bei den Programmschaffenden das Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden mindestens 3 zu 1 betragen. Es handle sich also um eine Konzessionsvoraussetzung gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sowie um ein Qualifikationskriterium, mitunter also um eine Minimalvorschrift, die ein Bewerber nicht unterschreiten dürfe und deren Nichterfüllung eine Konzessionsverletzung bedeuten würde.

E. 4.2

Die Vorinstanz führt aus, dass die Konzession ein Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden von mindestens 3 zu 1 verlange. Dieses Kriterium solle die Programmqualität durch qualifiziertes Personal sichern und verhindern, dass konzessionierte Veranstalter ihr Programm mit mehrheitlich unausgebildetem Personal produzieren würden. Da die Konzessionärin sämtliche

A-929/2024 Seite 10 Vorgaben der Konzession unabhängig von den Angaben im Gesuch zu erfüllen habe, werde das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Einhaltung der 3 zu 1-Regel durch die Beschwerdegegnerin im Rahmen der kontinuierlichen Aufsicht mit Nachdruck zu überprüfen haben. Weil in der Konzession lediglich ein Mindestverhältnis

definiert werde, sei bei der Be- punktung als Selektionskriterium das Ziel, Veranstalter zu belohnen, die ein besonders hohes Verhältnis von ausgebildeten zu auszubildenden Programmschaffenden angeben würden. Es sei davon auszugehen, dass ein hohes Verhältnis von ausgebildeten zu auszubildenden Programmschaffenden zur Sicherung der Programmqualität beitrage. Entsprechend schneide die Beschwerdeführerin bei diesem Kriterium deutlich besser ab und erhalte die vollen 75 Punkte während die Beschwerdegegnerin null Punkte erhalte.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass die Beschwerdeführerin die Bedeutung der Konzessionsvoraussetzungen nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG verkenne. Hierin werde gefordert, dass der Bewerber Gewähr biete, die mit der Konzession verbundenen Pflichten einzuhalten. Damit seien aber die klassischen inhaltlichen Konzessionspflichten gemeint. Nicht ge- meint mit den mit der Konzession verbundenen Pflichten seien sämtliche anderen Anforderungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung (for- meller und administrativer Natur), organisatorische Hintergründe der Be- werber oder finanzielle Belege. Sonst wären alle Punkte in der Ausschrei- bung automatisch eine allgemeine Konzessionsvoraussetzung nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG, deren Nichteinhaltung zum Ausschluss führen könnte, was eindeutig nicht der Fall sei. Konzessionsvoraussetzungen seien somit nicht gleichzusetzen mit Konzessionspflichten. Es treffe somit eindeutig nicht zu, dass sie hier vom Verfahren hätte ausgeschlossen wer- den müssen.

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, die Nichterfüllung der Konzessionsvoraussetzungen habe zur Folge, dass die betreffende Be- werberin als Konzessionärin zum Vornherein ausscheide (Disqualifikation), d.h. die ausgeschriebene Konzession an diese gar nicht erteilt werden könne, und zwar unabhängig und ohne weitere Prüfung der Punktzahl bei den einzelnen Selektionskriterien.

E. 4.5

Duplicando bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass es sich bei der 3 zu 1-Regel um eine Konzessionsvoraussetzung handelt. Art. 44 RTVG sei eine Kann-Bestimmung. Eine Konzession könne somit erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 44 RTVG vorlägen. Sie könne aber

A-929/2024 Seite 11 auch nicht erteilt werden. Die Vorinstanz verfüge nach Art. 44 RTVG somit über ein grosses Ermessen. In Art. 44 RTVG sei die 3 zu 1-Regel nicht zwingend enthalten. Es liege somit nicht nur im gesetzlichen Rahmen, son- dern absolut auch im Ermessensspielraum der Vorinstanz, wenn sie diese singuläre Regel nicht als Konzessionsvoraussetzung erachte. Schon nach verwaltungsrechtlicher Lehre und Rechtsprechung handle es sich bei der 3 zu 1-Regel nicht um eine Konzessionspflicht. Demnach ent- stünden durch eine Konzession gegenseitige Rechte und Pflichten zwi- schen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen. Bei den Pflichten gehe es stets um die Ausübung der Konzession, die Ausrichtung einer Kon- zessionsabgabe und die Erfüllung der jeweiligen gesetzlichen Grundlagen. Es handle sich bei Konzessionspflichten um die Kernpflichten im Zusam- menhang mit der Ausübung der Konzession und nicht um jegliche admi- nistrativen und organisatorischen Selektionskriterien einer Ausschreibung. Bei den mit der Konzession verbundenen Pflichten seien die klassischen Konzessionspflichten gemeint, welche in Art. 38 bis Art. 42 RTVG geregelt seien. Dies ergebe sich bereits aus

der Formulierung (und aufgrund einer teleologischen Auslegung) von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG, welcher das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten erwähne, und diese Pflichten also in den Kontext des anwendbaren RTVG stelle. In der Ausschreibung würden die Konzessionspflichten (immer mit Bezug auf die Rechtsgrundlagen im RTVG) unter dem Titel 2.3 noch einmal deutlich statuiert. Nicht gemeint mit den Konzessionspflichten könnten irgendwelche anderen formellen oder administrativen Anforderungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung, organisatorische Hintergründe der Bewerber oder finanzielle Belege sein. Sonst wären sämtliche Punkte der Ausschreibung (wie z. B. die auferlegte Einreichung des Handelsregisterauszugs bei der Bewerbung; Ausschreibung Ziff. 3.2.2) eine Konzessionspflicht bzw. eine Konzessionsvoraussetzung nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG. Bei einem solchen Vorgehen müssten wohl stets Bewerber ausgeschlossen werden, weil Selektionskriterien regelmässig mal nicht erfüllt seien. Ebenso wenig könnten Input- und Output-Kriterien, welche in der Ausschreibung explizit als Selektionskriterien benannt und somit unter einem anderen Titel als Konzessionsvoraussetzungen und Konzessionspflichten aufgelistet würden, gleichzeitig als Konzessionsvoraussetzung bzw. Konzessionspflicht gelten. Diese Kriterien hülften bei der Selektion der Anbieter,

A-929/2024 Seite 12 welche die Konzessionsvoraussetzungen nach Art. 44 RTVG überhaupt erst erfüllen würden. Die Nichteinhaltung der Selektionskriterien führe gemäss klarer Formulierung der Ausschreibung nicht zum Ausschluss, sondern die Kriterien würden bewertet (Ziff. 3.3.1 der Ausschreibung). Bei sogenanntem "Nichterfüllen" würden null Punkte vergeben (Ziff. 4.5.2 Verfügung der Vorinstanz). Dies sei ein zulässiges Vorgehen und vergleichbar mit der Unterscheidung von Eignungs- und Zuschlagskriterien in Submissionsverfahren. Eine Unterscheidung zwischen Konzessionsvoraussetzungen bzw. -pflichten und Selektionskriterien entspreche deren langjähriger Praxis. Ein Infragestellen dieser Praxis wäre mit dem grossen Ermessensspielraum der Vorinstanz nicht vereinbar. Andernfalls gälten sämtliche Selektionskriterien auf einmal als Konzessionsvoraussetzungen.

E. 4.6

Die Vorinstanz dupliziert dahingehend, die Beschwerdeführerin würde die 3 zu 1-Regel dergestalt unter die Konzessionsvoraussetzungen subsumieren, dass deren Nichterfüllung zum Ausscheiden einer Bewerberin im Konzessionsverfahren führe. Sie würde dies mit der Branchenvereinbarung begründen. Die 3 zu 1-Regel sei damit Teil der Arbeitsbedingungen der Branche, deren Einhaltung eine Bewerberin gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG zu gewährleisten habe. Auch die Beschwerdegegnerin habe sich zur Branchenvereinbarung bekannt. Hierbei handle es sich um ein umfassendes Vertragswerk. Es beinhalte insgesamt 15 Artikel, welche unter anderem die redaktionelle Unabhängigkeit, die Medienfreiheit, die Form und den Inhalt von Arbeitsverträgen, die Arbeitszeit, Lohn und Lohnfortzahlung, Kündigungsfristen, Ferien, Absenzen, Urheberrechte, Aus- und Weiterbildung, Sozialversicherungen und Sozialplan regeln würden. Auch im hier interessierenden Artikel zu Stage, Volontariat und Praktikum würden neben der 3 zu 1-Regel weitere Grundsätze in diesem Bereich aufgestellt. Die von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG aufgestellte Konzessionsvoraussetzung sei – auch im Lichte der Rechtsprechung – grundsätzlicher bzw. programmatischer Natur. Insbesondere habe die Konzessionsbehörde darauf zu achten, dass die Branche überhaupt über ein Instrumentarium verfüge, welches ihre Arbeitsbedingungen festlege. Die Einhaltung dieser Arbeitsbedingungen dürfe von

der Konzessionsbehörde bei einer Bewerberin aber nicht dergestalt vorausgesetzt werden, dass jede dieser Bedingungen in jedem Einzelfall eingehalten werden müsse, da ansonsten keine Konzession erteilt werden könne bzw. bei einem nachträglichen Einzelverstoss die Konzession wegen Wegfalls einer Voraussetzung entzogen werden müsste. Das gelte auch für die übrigen in Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG genannten Anforderungen (Einhaltung des Arbeitsrechts sowie des anwendbaren Rechts und der konzessionsrechtlichen Pflichten und Auflagen). Es

A-929/2024 Seite 13 sei in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass sie und das BAKOM für einige der in Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG genannten Voraussetzungen über kein spezialgesetzliches aufsichtsrechtliches Instrumentarium verfügen würden, um in Einzelfällen verbindlich Rechtsverstösse festzustellen. Hierüber müssten andere Behörden oder Gerichte entscheiden.

E. 4.7

In ihren Schlussbemerkungen äussert sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen dahingehend, dass Art. 44 RTVG keine Kann-Bestimmung sei und verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

E. 4.8

Die Beschwerdegegnerin hält in ihren Schlussbemerkungen ebenfalls im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest und bringt vor, dass die Branchenvereinbarung ein komplexes Vertragswerk mit vielen Normen sei, welche unter anderem die redaktionelle Unabhängigkeit bzw. Medienfreiheit, die Form und den Inhalt von Arbeitsverträgen, die Arbeitszeit, Lohn und Lohnfortzahlung, Kündigungsfristen, Ferien, Absenzen, Urheberrechte, Aus- und Weiterbildung, Sozialversicherungen und Sozialplan regeln würde. Darüber hinaus gebe es zahlreiche weitere Arbeitsbedingungen der Branche und der Begriff der Arbeitsbedingung sei auslegungsbedürftig bzw. nicht abschliessend bestimmt.

E. 4.9

Die Vorinstanz stellt sich in ihren Schlussbemerkungen auf den Standpunkt, dass die Branche zwar die sog. 3 zu 1-Regel in ihren Arbeitsbedingungen aufgenommen habe. Es sei aber davon auszugehen, dass dies in erster Linie den Vorgaben des BAKOM zur besagten Regel geschuldet sei.

E. 5

Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihren Ausführungen auf ein Rechtsgutachten eines emeritierten Professors (nachfolgend: Privatgutachter bzw. Privatgutachten).

E. 5.1

Der Privatgutachter führt im Wesentlichen aus, dass Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG durch Auslegung zu konkretisieren sei. Vorliegend sei umstritten, ob der Aspekt des Verhältnisses der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden unter diese Konzessionsvoraussetzung falle. Die Vorinstanz halte fest, die Beschwerdegegnerin erfülle das Kriterium des ausreichenden Verhältnisses nicht, weshalb dieser unter den Inputfaktoren keine Punkte zugerechnet werden könnten. Die Frage hingegen, ob die Nichterfüllung des notwendigen Verhältnisses unter Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG relevant sei, werde von der Vorinstanz

A-929/2024 Seite 14 nicht gestellt. Diese Beurteilung überzeuge systematisch nicht. Vielmehr sei von folgendem Konzept auszugehen: Das RTVG unterscheide zwischen den allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen und dem Verfahren der Qualitätsbeurteilung (Art. 45 Abs. 3 RTVG), das im Falle des Vorliegens mehrerer Bewerber stattfindet. Aus diesem Grunde sei zuerst, was sich schon in der Abfolge der Gesetzesbestimmungen ergebe, die Erfüllung der allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen zu prüfen. Deren Erfüllung sei eine zwingende Bedingung, damit überhaupt eine Konzession erteilt werden könne. Wer nicht über eine ausreichende Finanzierung für die Ausstrahlung der Programmleistungen verfüge (Art. 44 Abs. 1 Bst. b RTVG), könne nicht argumentieren, die Kriterien des Leistungsauftrages seien erfüllt (Art. 44 Abs. 1 Bst. a RTVG), und zwar besser als beim konkurrierenden Bewerber, weshalb ihm die Konzession zu erteilen sei. Für die Auslegung der Gewährleistung der arbeitsrechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG lasse sich auf die Konzessionsunterlagen zurückgreifen (öffentliche Ausschreibung, Musterkonzession und Branchenvereinbarung). Alle diese Dokumente belegten, dass die Einhaltung des Verhältnisses von 3 zu 1 eine Voraussetzung der Gewährleistung der arbeitsrechtlichen Bedingungen gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sei. Die Vorinstanz gehe somit widersprüchlich vor. Obwohl sie sich klar für die Beurteilung unter dem Aspekt der Konzessionsvoraussetzungen ausspreche, werde der Verhältnisfaktor von 3 zu 1 in der Verfügung den Inputfaktoren zugewiesen. Diese Vorgehensweise überzeuge nicht und widerspreche den gesetzlichen Vorgaben. Vielmehr müsse ein Bewerber die Konzessionsvoraussetzungen einem ersten Schritt uneingeschränkt erfüllen, bevor dieser Bewerber überhaupt in einem zweiten Schritt zum vergleichenden Indikatorenverfahren mit einem anderen Bewerber zugelassen werden könne.

E. 5.2

Zum Privatgutachten entgegnet die Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik, dass es sich beim eingereichten Gutachten um eine kurze briefliche Stellungnahme eines emeritierten Professors von zweieinhalb Seiten handle, worin dieser kurz und ohne Fussnoten und kaum mit Belegen seine Meinung darlege, dass die 3 zu 1-Regel unter Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG zu subsumieren sei. Ob hier die Massstäbe an ein rechtliches Gutachten erfüllt seien, könne aber offengelassen werden. Beim eingereichten Gutachten handle es sich ohnehin um ein Parteigutachten, dem nicht die Bedeutung von Beweismitteln, sondern lediglich von Parteivorbringen zukomme. Diese Stellungnahme sei somit nicht entscheidrelevant. Sie sei aber auch inhaltlich nicht überzeugend. Der Privatgutachter bestätige nur

A-929/2024 Seite 15 den Unterschied zwischen Konzessionsvoraussetzungen und Selektionskriterien. Genau dies habe die Vorinstanz hier mit der 3 zu 1-Regel getan, indem sie sie diese nicht unter die Konzessionsvoraussetzungen gezählt habe, sondern unter die Selektionskriterien. Das dann vom Privatgutachter genannte Beispiel mit Bezug auf die Finanzierung sei offensichtlich nicht vergleichbar. Die Finanzierbarkeit werde explizit als Konzessionsvoraussetzung in Art. 44 Abs. 1 Bst. b RTVG genannt, die 3 zu 1-Regel aber eben gerade nicht. Die durch den Privatgutachter genannte Branchenvereinbarung und die darin erwähnte 3 zu 1-Regel sei nur eine von drei möglichen Optionen, um die Arbeitsbedingungen der Branche einzuhalten. Somit spreche sich das BAKOM entgegen den Ausführungen im Gutachten gerade nicht für die 3 zu 1-Regel als zwingende Konzessionsvoraussetzung aus. Es gebe auch darüber hinaus keine gesetzliche Vorschrift, welche zur Zustimmung zur Branchenvereinbarung verpflichten würde. Die vom Gutachter

ebenfalls noch ins Feld geführte Musterkonzession gelte laut Ausschreibung für Bewerberinnen für komplementäre, nicht gewinnorientierte Lokalradios, weshalb sie offensichtlich nicht einschlägig sei. Wer also die Musterkonzession bzw. die Branchenvereinbarung nicht wähle, sondern einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder Firmenverträge, müsse die 3 zu 1-Regel nicht zwingend beachten. Somit könne diese Regel gar nicht zwingend eine Arbeitsbedingung der Branche im Rahmen der Konzessionsvoraussetzung nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sein, welche durch alle Bewerber einzuhalten sei. Sie habe lediglich in ihrem Konzessionsgesuch unter Ziff. 3.3 "Leistungsauftrag" dargetan, dass ihr Redaktionsstatut und die darin genannten Arbeitsbedingungen auf der Branchenvereinbarung beruhen würden. Ihr sei zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass diese Passage in ihrem Konzessionsgesuch sich auch auf die 3 zu 1-Regel beziehen könnte bzw. dass diese Regel mit der Branchenvereinbarung mitintegriert worden wäre. Sie wäre auf jeden Fall bereits zum damaligen Zeitpunkt bereit gewesen, diese Regel umzusetzen und habe dies nicht absichtlich unterlassen. Da ihr Radio sich zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung erst in Gründung befunden habe und das vorgesehene Mitarbeiterverhältnis somit nicht auf realen Anstellungsverhältnissen, sondern lediglich auf einer provisorischen Planung beruht habe, wäre die Anpassung auf die 3 zu 1-Regel von Anfang an ein Leichtes gewesen.

E. 5.3

Festzuhalten ist, dass dem Privatgutachten zwar eine gewisse Bedeutung zuzuerkennen ist, doch kommt diesem – der Beschwerdegegnerin folgend – lediglich die Stellung eines Parteigutachtens zu. Solchen Gutachten

A-929/2024 Seite 16 ist nach der Rechtsprechung nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen (vgl. statt vieler Urteil des BGer 2C_750/2020 vom 25. März 2021 E. 9.3.2 m.w.H.).

E. 6

Eingangs ist in sachverhaltlicher Hinsicht zu prüfen, wie das Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden bei der Beschwerdegegnerin ausfällt.

E. 6.1

Nicht strittig ist, dass die Beschwerdegegnerin das Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden von mindestens 3 zu 1 nicht erfüllt. Gemäss angefochtener Verfügung beträgt das entsprechende Verhältnis bei der Beschwerdegegnerin 1.75 (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 4.5.2.1). Dieses – unbestritten gebliebene – Verhältnis ergibt sich jedenfalls dann, wenn davon ausgegangen wird, dass die (vier) Praktikantinnen und Praktikanten in der Anzahl an Programmschaffenden (elf) gemäss Eingabemaske auf eGovernment enthalten sind (vgl. Vorakte 07/00).

E. 6.2

Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, wäre das Mindestverhältnis jedoch (mit einem Verhältnis von 2.75) nicht erfüllt. Wie sich nachfolgend zeigen wird, würde sich im Ergebnis nichts ändern (vgl. E. 10.12 hiernach), womit es sich erübrigt, vertieft darauf einzugehen.

E. 6.3

Als Zwischenfazit ergibt sich somit, dass die Beschwerdegegnerin das Mindestverhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden nicht erfüllt. Nachfolgend ist zu beurteilen, ob es sich dabei um eine Konzessionsvoraussetzung im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG handelt.

E. 7

In einem ersten Schritt ist Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG mit Blick auf die mit der Konzession verbundenen Pflichten auszulegen. Strittig ist, ob es sich nur um programmliche bzw. inhaltliche Pflichten im Sinne von Art. 38 ff. RTVG handelt.

E. 7.1.1

Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar eindeutiger Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf

A-929/2024 Seite 17 die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematische Auslegung). Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (vgl. BGE 145 III 63 E. 2.1, BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 143 II 268 E. 4.3.1, jeweils m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer A-1972/2021 vom 18. Januar 2023 E. 7.2.7).

E. 7.1.2

Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt (vgl. zum Ganzen BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 135 I 161 E. 2.3; Urteil des BVGer A-322/2018 vom 28. Januar 2019 E. 3.5; ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 117 f.; je m.H.).

E. 7.2.1

Aus Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG geht hervor, dass der Bewerber Gewähr zu bieten hat, die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einzuhalten. Erstens lässt sich daraus schliessen, dass neben den arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche sowie dem anwendbaren Recht auch weitere Pflichten und Auflagen eingehalten werden müssen. Eine Beschränkung auf die Einhaltung auf programmliche bzw. inhaltliche Konzessionspflichten, welche ohnehin im RTVG statuiert sind, ergibt sich somit aus dem Wortlaut gerade nicht. Kommt hinzu, dass die Pflichten und Rechte durch das namentlich in Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sogar noch unbestimmt erweitert werden. Ebenso werden das anwendbare Recht und die Pflichten kumulativ erwähnt, woraus sich ebenfalls schliessen lässt, dass mit Pflichten nicht einzig das ohnehin anwendbare Recht zu verstehen ist.

E. 7.2.2

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Wortlaut keine Beschränkung auf inhaltliche bzw. programmliche Konzessionspflichten.

A-929/2024 Seite 18

E. 7.3.1

Unter systematischen Überlegungen kann gesagt werden, dass gemäss Art. 38 Abs. 4 Bst. b und c RTVG in der Konzession mindestens die geforderten programmlichen Leistungen und die dafür notwendigen betrieblichen und organisatorischen Anforderungen sowie weitere Anforderungen und Auflagen, welche der Konzessionär zu erfüllen hat, festgelegt werden.

E. 7.3.2

Nach Art. 41 RTVG i.V.m. Art. 41 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (SR 784.401; RTVV) kann die Vorinstanz in der Konzession weitere Pflichten und Auflagen festlegen, die der Wahrung der Meinungs- und Angebotsvielfalt, dem Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit oder der Sicherstellung der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen (vgl. URS SAXER/FLORIAN BRUNNER, Rundfunkrecht – Das Recht von Radio und Fernsehen, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 7.38; ROLF H. WEBER, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 41). Gemäss den Erläuterungen der Vorinstanz zur RTVV zu Art. 41 RTVV (< www.bakom.admin.ch > Das BAKOM > Organisation > Rechtliche Grundlagen > Verordnungen > Radio und Fernsehen, zuletzt abgerufen am 8. Januar 2025) soll der Erlass von weiteren Konzessionsauflagen auch dazu dienen, dass Veranstalter ihren Leistungsauftrag erfüllen. Heute werde – als Voraussetzung für die Ausrichtung eines Gebührenanteils – die Erfüllung des Programmauftrags jährlich neu durch das Bundesamt beurteilt. Unter dem neuen RTVG werde der jährliche Gebührenteil dagegen im Voraus bekannt gegeben und auf mehrere Jahre hinaus garantiert sein. Um die Leistungserfüllung in gebührenunterstützten Programmen dennoch zu gewährleisten, könnten entsprechende Konzessionsauflagen nötig sein. Solche Auflagen bezögen sich zum einen auf so genannte "Input-Faktoren", d.h. auf die organisatorischen und personellen Voraussetzungen, unter denen das Programm entstehe, wie zum Beispiel Mindestanforderungen an die Anzahl und die Ausbildung des Personals (vgl. ROLF H. WEBER, a.a.O., Rz. 6 f. zu Art. 41).

E. 7.3.3

Zusammenfassend lässt auch die systematische Auslegung den Schluss nicht zu, dass Rechte und Pflichten auf die programmlichen bzw. inhaltlichen Pflichten beschränkt wären. Vielmehr sind gemäss dem RTVG und der RTVV sowie den dazugehörigen Erläuterungen auch organisatorische Voraussetzungen, wie zum Beispiel Mindestanforderungen an die Anzahl und die Ausbildung des Personals, statthaft.

A-929/2024 Seite 19

E. 7.4.1

Beim am 1. April 2007 in Kraft getretenen RTVG handelt es sich um ein relativ junges Gesetz, weshalb eine Abgrenzung von historischer und teleologischer Auslegung schwierig und daher nachfolgend auf eine Unterscheidung zu verzichten ist (vgl. Urteile des BVGer A-1972/2021 vom 18. Januar 2023 E. 7.4.1 und A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 3.6; Zwischenentscheid des BVGer A-6908/2017 vom 14. Mai 2018 E. 4.3.1 m.H.).

E. 7.4.2

Die Vorschrift von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG bestand bereits in ähnlicher Form unter altem Recht. Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. f des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (aRTVG; AS 1992 601) kann eine Konzession erteilt werden, wenn der Bewerber Gewähr bietet, dass er das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz und seine Ausführungs Vorschriften sowie die Konzession einhält. Die Botschaft zum aRTVG erhellt, dass Bewerber, die durch ihr bisheriges Verhalten oder durch Absichtserklärungen ernste Zweifel an ihrer Bereitschaft oder Fähigkeit hervorgerufen haben, das anwendbare Recht zu beachten (Bst. f), als Konzessionäre nicht in Frage kommen sollen (Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987 III 689, 732; nachfolgend: Botschaft zum aRTVG).

E. 7.4.3

Die Botschaft zum RTVG zu Art. 44 RTVG (bzw. Art. 54 E-RTVG) betont, dass die allgemeinen Voraussetzungen für die Erlangung einer Bühnensplitting- oder Zugangskonzession im Wesentlichen den allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen im bisherigen Recht entsprechen (Art. 11 Abs. 1 aRTVG). Hinzukommen würden Voraussetzungen, welche der Erfüllung des Leistungsauftrages dienen würden bzw. ein Korrelat zu den besonderen Rechten der Konzessionäre darstellen würden. Zu erwähnen sei insbesondere die Verpflichtung, redaktionelle und wirtschaftliche Tätigkeiten zu trennen (Abs. 1 Bst. e) und die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten (Abs. 1 Bst. d; Botschaft zum RTVG, S. 1710).

E. 7.4.4

Art. 38 Abs. 4 RTVG regelt nach dem Gesagten den Mindestinhalt für Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil. Nach der Botschaft zum RTVG können nebst den eigentlichen Leistungsaufträgen die Konzessionen noch weitere Auflagen, namentlich betriebliche und organisatorische Anforderungen, enthalten, die für die Erfüllung der Leistungsaufträge notwendig sind. Zu denken ist etwa an Auflagen betreffend Ausbildung der Programmschaffenden oder Bestimmungen zur Sicherung der

A-929/2024 Seite 20 Unabhängigkeit des Programmschaffens, wie die Verpflichtung zum Erlass eines Redaktionsstatuts oder von journalistischen Leitbildern. Die Botschaft verweist ausdrücklich auf Art. 51 E-RTVG zu den Pflichten der Programmveranstalter (entspricht Art. 41 Abs. 1 RTVG; Botschaft zum RTVG, S. 1705). Art. 41 RTVG (bzw. Art. 51 E-RTVG) definiert die Pflichten der Konzessionäre mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil nicht abschliessend. Weitere Pflichten ergeben sich etwa aus allfälligen Konzessionsauflagen (Botschaft zum RTVG, S. 1708 m.H. auf Art. 48 Abs. 4 Bst. c E-RTVG [bzw. Art. 38 Abs. 4 Bst. c RTVG]).

E. 7.4.5

Zusammenfassend legen die Materialien zum aRTVG und zum RTVG demnach beide nahe, dass nebst dem anwendbaren Recht die Konzession einzuhalten ist. Zudem wird erwähnt, dass es sich um Voraussetzungen handelt, die (als Korrelat zu den Rechten der Konzessionäre) der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen. Dazu gehören gemäss der Botschaft zum RTVG ausdrücklich auch die branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

E. 7.4.6

Als Zwischenergebnis zeigt sich, dass sich eine Beschränkung auf inhaltliche bzw. programmliche Konzessionspflichten nicht aus der historischen bzw. teleologischen Auslegung ableiten lässt. Vielmehr sind als Konzessionsvoraussetzungen solche zulässig, die einen Bezug zum Leistungsauftrag haben, selbst wenn sie die Arbeitsbedingungen beschlagen. Das neue Recht führt das alte RTVG ansonsten weiter. Daraus folgt, dass Anbieter die beabsichtigen, das anwendbare Recht, die Pflichten der Konzession oder die Arbeitsbedingungen der Branche nicht einzuhalten, vom Konzessionierungsverfahren auszuschliessen sind.

E. 7.5

Als Auslegungsergebnis steht fest, dass die Vorinstanz nicht nur programmliche bzw. inhaltliche Leistungspflichten, sondern auch weitere Pflichten als Konzessionsvoraussetzungen (sog. Qualifikationskriterien) – etwa zur Erfüllung der notwendigen betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen – vorsehen kann, die der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen.

E. 8

Nachdem sich als richtig erwiesen hat, dass es sich bei den Konzessionsvoraussetzungen (sog. Qualifikationskriterien) nicht nur um inhaltliche bzw. programmliche Leistungspflichten handelt, ist als nächstes zu prüfen, welche mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen im Zusammenhang mit dem Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu

A-929/2024 Seite 21 den auszubildenden Programmschaffenden vorgeschrieben sind und ob die Beschwerdegegnerin diese erfüllt (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG; vgl. E. 3.2 hiervor).

E. 8.1.1

Ziff. 2.3 der Ausschreibung lautet wie folgt: "2.3 Pflichten Die Veranstalterkonzessionen sind mit der Verpflichtung verbunden, einen spezifischen programmlichen Leistungsauftrag zu erbringen (Art. 38 Abs. 1 bzw. Art. 43 Abs. 2 RTVG), der in der Konzession präzisiert ist, und das Programm im Versorgungsgebiet zu verbreiten (Art. 38 Abs. 2 Bst. b RTVG sowie Anhang 1 zur RTVV), Vgl. hierzu die Musterkonzessionen in Beilage 3a, 3b und 3c. Zudem haben die Veranstalter eine Konzessionsabgabe zu entrichten (Art. 22 RTVG). Im Übrigen gelten die allgemeinen Pflichten für Veranstalter gemäss RTVG und RTVV (inhaltliche Mindestanforderungen an den Programminhalt, Werbevorschriften, Meldung von Änderungen, Statistik, Berichterstattung etc.). Die mit der Bewerbung um eine Veranstalterkonzession abgegebenen Zusicherungen betreffend den Leistungsauftrag sind verbindlich. Im Falle eines Zuschlags bilden sie einen integrierenden Bestandteil der Konzession."

E. 8.1.2

Ziff. 3 der Ausschreibung beschreibt das Konzessionierungsverfahren folgendermassen: "3 Erteilung der Veranstalterkonzessionen (...) Das Prüfverfahren ist zweistufig: 1. Erfüllung der Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien), vgl. Ziffer 3.2 In einem ersten Schritt prüft das BAKOM, ob die Bewerberin die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Artikel 44 RTVG erfüllt. Ist dies der Fall, wird die Prüfung fortgesetzt. (...)

E. 8.1.3

Unter Pflichten gemäss der Musterkonzession (Beilage 3a zur Ausschreibung) für kommerzielle Lokalradios wird wie folgt zum Mindestverhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden Bezug genommen: "2 Abschnitt Pflichten (...)"

Programmschaffende Erläuterung 1 Die Konzessionärin beschäftigt ausreichend Programmschaffende, um den Programmauftrag zu erfüllen. 2 Bei den Programmschaffenden beträgt das Verhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden mindestens 3 zu 1. 3 (...) Absatz 1: Von konzessionierten Programmen wird verlangt, dass sie den hohen Anforderungen des Qualitätsjournalismus genügen. Die Bereitstellung einer qualitativ hochwertigen Berichterstattung setzt genügend Personal voraus. Absatz 2: Um den Anforderungen des Qualitätsjournalismus zu genügen, muss das Programm grösstenteils von qualifiziertem, ausgebildetem Personal gestaltet werden. Ausbildung von journalistischem Nachwuchs gehört jedoch ebenfalls zu den Aufgaben von Medienunternehmen. Allerdings darf auf 3 ausgebildete höchstens eine auszubildende Programmschaffende angestellt werden. (...)"

E. 8.1.4

Bei den Selektionskriterien wird in der Ausschreibung unter Ziff. 3.3.2 Folgendes aufgeführt: "3.3.2 Anforderungen im Bereich Input

E. 8.2.1

Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG hat der Bewerber u.a. Gewähr dafür zu bieten, die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einzuhalten. Auf die Pflichten nimmt auch die Ausschreibung unter Ziff. 2.3 und Ziff. 3.2.1 Bezug (vgl. E. 8.1.1 hiervor). Richtig ist zwar, dass Ziff. 2.3 im Wesentlichen auf die programmlichen Leistungspflichten Bezug nimmt. Allerdings gehören zu den programmlichen Leistungen auch die dafür notwendigen betrieblichen und organisatorischen Anforderungen (vgl. Art. 38 Abs. 4 Bst. b RTVG; vgl. E. 7.4.4 hiervor). So verweist denn Ziff. 2.3 der Ausschreibung auf Art. 38 Abs. 2 Bst. b RTVG (recte Art. 38 Abs. 4 Bst. b RTVG). Zudem wird in Ziff. 3 der Ausschreibung wortwörtlich auf Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG Bezug genommen, der sich nicht auf programmliche Pflichten beschränkt. Eine Einschränkung auf programmliche Pflichten ergibt sich somit nicht. Aus der Musterkonzession (Beilage 3a) geht hervor, dass das Mindestverhältnis der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden 3 zu 1 beträgt (S. 4) und als Pflicht der Konzession zu verstehen ist (vgl. den Titel "Pflichten"), die es aufgrund der klaren Formulierung mit dem Wort ("mindestens") zwingend einzuhalten gilt. Auch die Erläuterung hierzu betont, dass höchstens eine auszubildende Programmschaffende auf drei Ausgebildete angestellt werden darf. Von der zwingenden Einhaltung dieser Konzessionsbestimmung geht im Übrigen auch die Vorinstanz aus, wobei sie aufsichtsrechtlich die Einhaltung durchsetzen würde.

E. 8.2.2

Zusammenfassend genügt die Ausschreibung demnach den verfassungsgesetzlichen Anforderungen an die Detailliertheit der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen (vgl. zu den Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Kriterien beim Konzessionierungsverfahren BVGE 2009/64 E. 6.3 ff.; Urteil des BVGer A-959/2024 vom 21. August 2024 E. 6.4.4), wenn auch eine bessere Umschreibung der Pflichten in der Ausschreibung womöglich zweckmässig gewesen wäre. Damit erübrigt es sich, auf die Auslegungsgrundsätze bezüglich der Konzessionsbestimmungen näher

einzugehen (vgl. zum Ganzen BGE 149 II 320 E. 5.4 m.H.). Im Übrigen handelt es sich nicht um ein sachfremdes Kriterium,

A-929/2024 Seite 24 sondern es besteht ein berechtigtes Interesse am Qualitätsjournalismus. Das streitige Mindestverhältnis stellt somit eine Konzessionsvoraussetzung im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG dar.

E. 8.2.3

Nicht stichhaltig ist der Einwand der Beschwerdegegnerin, dass alle anderen Pflichten der Musterkonzession auch als Konzessionsvoraussetzungen zu verstehen wären, wenn das Mindestverhältnis der Programm-schaffenden zu den Praktikantinnen und Praktikanten als Konzessionsvoraussetzung gälte, zumal vorliegend mit dem Mindestverhältnis ein klar bestimmbares mathematisches Verhältnis mit Bezug zur Organisation und Qualität des Journalismus aufgestellt wird. Somit handelt es sich einerseits nicht um eine rein programmatische Bestimmung, wie etwa die Diversität bei den Programmschaffenden, die sehr unterschiedlich verstanden werden kann (vgl. Urteil des BVGer A-956/2024 vom 4. Dezember 2024 E. 6.1). Andererseits ist es gemäss Musterkonzession auch nicht nur das Ziel, das Programm von grösstenteils qualifiziertem ausgebildetem Personal zu gestalten, sondern das Mindestverhältnis soll gemäss dem Wortlaut ("mindestens") eine Schwelle darstellen, die auf keinen Fall unterschritten werden darf. Somit unterscheidet sich das Mindestverhältnis deutlich von anderen Pflichten der Musterkonzession.

E. 8.2.4

An diesem Ergebnis vermag sodann der Umstand nichts zu ändern, dass das Mindestverhältnis in der Ausschreibung auch als Selektionskriterium unter Ziff. 3.3.2.1 erwähnt wird (vgl. E. 8.1.4 hiervor). Aus dem Zusammenspiel des Selektionskriteriums mit der Ausschreibung sowie der Musterkonzession ist die Beschreibung mit einem Verhältnis von "mindestens 3 zu 1" vielmehr derart zu verstehen, dass beim Selektionskriterium das Mehr an Eignung bewertet werden soll (vgl. zur sog. Mehreignung im Vergaberecht mutatis mutandis BGE 139 II 489 E. 2.1 und 2.2; vgl. ferner zur sog. Übererfüllung von technischen Spezifikationen bei den Zuschlagskriterien das Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 6.3 m.H.). D.h. es sollen möglichst gute (Betreuungs-)Verhältnisse belohnt werden, die über das Mindestverhältnis hinausgehen. Soweit die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin diesbezüglich ausführen, dass die Beschwerdegegnerin null Punkte erhalte, entspricht dies zwar der Logik eines Selektionskriteriums. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich vorliegend sowohl um ein Qualifikations- als auch ein Selektionskriterium handelt, hätte die Bewerbung der Beschwerdegegnerin jedoch gar nicht (vergleichend) bewertet werden dürfen (vgl. E. 3.2 hiervor; vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4, wonach es sich bei der Mehreignung nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten handelt).

A-929/2024 Seite 25 Ein nicht erfülltes Qualifikationskriterium kann auch nicht kompensiert werden, weder durch bessere Erfüllung von Selektionskriterien, noch durch Übererfüllung anderer Qualifikationskriterien (Art. 44 Abs. 1 RTVG; vgl. E. 3.2 hiervor; vgl. Ausschreibung, Ziff. 3.1; vgl. mutatis mutandis BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-7062/2017 vom 22. August 2019 E. 2.5 zum Vergaberecht).

E. 8.2.5

Schliesslich ändert daran auch die Rechtsnatur der Konzession als gemischter Akt mit Verfügungsmässig und vertraglich begründetem Teil nichts (vgl. BGE 130 II 18 E. 3.1; vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, § 41, Rz. 2720 ff., m.w.H.), da angesichts der dreistufigen Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens in Art. 41 RTVG i.V.m. Art. 41 Abs. 2 RTVV Qualifikationskriterien (analog der Eignungskriterien im Beschaffungsrecht) als Ausschlusskriterien zu verstehen sind. Andernfalls würde das dreistufige Verfahren nach Art. 44 RTVG seines Sinnes entleert, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Bei gegenteiliger Auffassung käme für die Konzessionserteilung ein Bewerber auch dann in Frage, selbst wenn er (fast) ausschliesslich Stagiaires anstellen würde. Würde der Auffassung der Vorinstanz zur programmatischen (aber gleichzeitig zwingenden) Natur der Arbeitsbedingungen gefolgt, so könnte ein Bewerber während der Konzessionsdauer (bzw. allenfalls auf aufsichtsrechtliche Prüfung hin) somit jederzeit seine Anzahl an Stagiaires und Programmschaffenden und demnach seine Organisation ändern. Dies könnte jedoch Auswirkungen auf die Erfüllung des Leistungsauftrags (Qualitätsjournalismus), die Finanzierung, die Löhne und Sozialleistungen, auf die Aus- und Weiterbildungen u.v.m. haben. Damit wären die Angaben der Bewerbung obsolet und die Vergleichbarkeit der Bewerbungen wäre nicht mehr gewährleistet. Dies würde offensichtlich gegen den Sinn und Zweck der Ausschreibung verstossen. Dies verdeutlicht, dass die Argumentation der Vorinstanz zur programmatischen Natur von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG (die nach ihren Angaben aber aufsichtsrechtlich dennoch eingefordert würde und damit zwingend ist) widersprüchlich ist.

E. 8.2.6

Ebensowenig verfährt das Argument der Vorinstanz, dass bei einem Einzelverstoss ansonsten die Konzession entzogen werden müsste. Der Entzug der Konzession richtet sich nicht nach Art. 44 RTVG, sondern insbesondere nach Art. 50 Abs. 1 Bst. b und c RTVG. Die Konzession kann nach diesen Bestimmungen von der Vorinstanz eingeschränkt, suspendiert oder entzogen werden, wenn der Konzessionär in schwerwiegender Weise gegen dieses Gesetz und die Ausführungsbestimmungen verstösst bzw. trotz Massnahmen nach Art. 47 Abs. 2 RTVG dauernd gegen seine in der

A-929/2024 Seite 26 Konzession festgelegten Pflichten verstösst. Inwiefern unter diesen Gegebenheiten ein allfälliger Entzug der Konzession gegen die Subsumption der Arbeitsbedingungen als eine Pflicht nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sprechen sollte, ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich.

E. 8.3

Als Zwischenfazit ergibt sich, dass das Mindestverhältnis eine Pflicht und damit Konzessionsvoraussetzung im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG darstellt. Dieses Mindestverhältnis wird nach dem bereits Gesagten durch die Beschwerdegegnerin nicht erfüllt (vgl. E. 6 hiervor), womit sie nicht Gewähr dafür bietet, die Pflichten der Konzession einzuhalten.

E. 9

Als nächstes ist darauf einzugehen, ob die Arbeitsbedingungen der Branche nach Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG bei der Beschwerdegegnerin eingehalten sind.

E. 9.1

Die Musterkonzession schreibt unter Pflichten u.a. Folgendes vor: Arbeitsbedingungen der Branche Erläuterung 1 Die Konzessionärin verpflichtet sich, die Arbeitsbedingungen der ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden, die im GAV/in der Vereinbarung/im Firmenvertrags geregelt sind, nicht zu unterschreiten. 2 Führt das BAKOM bei den Konzessionärinnen eine Erhebung zur Ermittlung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen durch, liefert die Konzessionärin dem BAKOM auf Verlangen unentgeltlich sämtliche zweckdienlichen Angaben. Absatz 1: Arbeitsbedingungen der Branche gelten als erfüllt, wenn die Konzessionärin in einen Gesamtarbeitsvertrag eingebunden ist, einen Firmenvertrag mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat oder wenn sie sich der Vereinbarung zwischen den Radio- und Fernsehverbänden und den Mediengewerkschaften unterstellt. Absatz 2: Die Aufsichtsbehörde kann bei Bedarf die Arbeitsbedingungen im Radio- und Fernsehbereich im Rahmen von branchenweiten Abklärungen untersuchen, die Öffentlichkeit über die Erkenntnisse der Untersuchungen orientieren und die so definierten Arbeitsbedingungen der Branche gegebenenfalls aufsichtsrechtlich durchzusetzen (Art. 87 RTVG) Die Konzessionärin ist zur unentgeltlichen Bereitstellung sämtlicher zweckdienlicher Unterlagen und zur Erteilung aller diesbezüglicher Auskünfte

A-929/2024 Seite 27 an das BAKOM verpflichtet (Art. 17 Abs. 1 RTVG).

E. 9.2

Die Ausschreibung definiert die Arbeitsbedingungen wie folgt (Ziff. 3.2.2): "(...) Zur Frage, ob die Bewerberin oder der Bewerber die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet (vgl. oben Kapitel 3.2.1, Ziffer d), gibt das BAKOM drei mögliche Optionen vor: 1. Die Bewerberin/der Bewerber regelt die Arbeitsbedingungen in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV); 2. die Bewerberin/der Bewerber regelt die Arbeitsbedingungen in einem Firmenvertrag; 3. die Bewerberin/der Bewerber regelt die Arbeitsbedingungen gemäss der Vereinbarung zwischen den Medienverbänden der Privatradios und Privatfernsehen Verband Schweizer Privatradios (VSP) und Telesuisse (TS) und den Mitarbeitendenvertretungen Syndicom, SSM und Impressum."

E. 9.3

Aus der Ausschreibung, Ziff. 3.2.2 geht somit hervor, dass die Arbeitsbedingungen der Branche einzuhalten sind. Andernfalls ist gemäss der Ausschreibung eine Konzessionsvoraussetzung nicht erfüllt. Als eine von drei Optionen wird gemäss Ziff. 3.2.2 der Ausschreibung die Branchenvereinbarung vorgegeben (nebst den Optionen GAV oder Firmenvertrag). Die Vereinbarung ist mittels Hyperlinks in der Ausschreibung unter Ziff. 3.2.2 abrufbar (vgl. auch < www.bakom.admin.ch > Das BAKOM > Elektronische Medien > Infos für Programmveranstalter > Ausschreibung Lokalradio- und Regionalfernsehkonzessionen, zuletzt abgerufen am 8. Januar 2025).

E. 9.4

Die Beschwerdegegnerin wählte die Branchenvereinbarung (Vorakte 07/00 und Vorakte 07/25, Ziff. 3.3). Art. 12 der Branchenvereinbarung lautet: "(...) Das Verhältnis Auszubildende (in Praktika, Volontariaten oder Stages) zu fest angestellten Programmschaffenden übersteigt 1:3 nicht."

E. 9.5

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in zwei kürzlich ergangenen Urteilen Rügen zu Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG zu prüfen. Es entschied im ersteren Urteil, dass Art. 11 der Branchenvereinbarung ("[...] Jeder Veranstalter setzt dafür einen angemessenen Betrag ein (Telesuisse: 1% der Lohnsumme)" gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG als Konzessionsvoraussetzung einzuhalten ist, dennoch sei es der Vorinstanz nicht verwehrt, Beiträge an externer Aus- und Weiterbildung (mit Hinweis auf die Mehreignung

A-929/2024 Seite 28 im Beschaffungsrecht mutatis mutandis) als Selektionskriterium festzulegen (Urteil des BVGer A-959/2024 vom 21. August 2024 E. 6.2.6). In einem anderen Urteil bestätigte es die vorinstanzliche Auffassung, dass die Löhne der Beschwerdegegnerin im Einklang mit der Branchenvereinbarung stünden (Urteil des BVGer A-956/2024 vom 4. Dezember 2024 E. 4.4). Beide Urteile bestätigen somit, dass die Bestimmungen der Branchenvereinbarung zwingend einzuhalten sind, sofern diese gewählt wurde. Gleichermassen verhält es sich vorliegend bei Art. 12 der Branchenvereinbarung. Kommt hinzu, dass die Arbeitsbedingungen sogar in der Ausschreibung nebst der Wiedergabe von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG ausdrücklich erwähnt werden.

E. 9.6

Ob die Vorinstanz mit ihren Vorgaben in der Ausschreibung die Arbeitsbedingungen der Branche oder die Pflichten im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG konkretisiert hat, ist nicht entscheiderelevant. Selbst wenn sich die Arbeitsbedingungen bereits abschliessend aus dem Gesetz ergeben würden, so würde sich im Ergebnis nichts ändern. Das entsprechende Mindestverhältnis wird nicht nur in Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sowie in der Ausschreibung auf Seite 7 i.V.m. Art. 12 der Branchenvereinbarung klar vorgegeben, sondern ergibt sich auch aus den Pflichten der Musterkonzession zu den Arbeitsbedingungen (vgl. E. 9.1 hiervor) i.V.m. Art. 12 der Branchenvereinbarung. Nach dem bereits Gesagten ist auch diese Pflicht der Konzession nicht programmatischer Natur, sondern zwingend einzuhalten (vgl. E. 8.2 hiervor). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Branchenvereinbarung aus 15 Artikeln besteht. Vielmehr ist sie (auch verglichen mit Ausschreibungsunterlagen nach dem BöB) übersichtlich gehalten und die Anforderungen an das Mindestverhältnis gehen aus Art. 12 klar hervor. Hinzu kommt, dass die Zusicherungen der Beschwerdegegnerin ebenfalls Bestandteil der Konzession bilden (vgl. Ziff. 2.3 der Ausschreibung), worauf die Beschwerdegegnerin zu behaften ist. Damit steht fest, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht und die Beschwerdegegnerin das entsprechende Mindestverhältnis – zu dessen Einhaltung sie sich ausdrücklich verpflichtet hat – auch unter Berücksichtigung der Arbeitsbedingungen der Branche einzuhalten hat.

E. 9.7

Als Zwischenfazit steht fest, dass die Beschwerdegegnerin die Konzessionsvoraussetzungen im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG auch deshalb nicht erfüllt, da sie nicht Gewähr dafür bietet, die Arbeitsbedingungen der Branche einzuhalten.

A-929/2024 Seite 29

E. 10

Zusammenfassend ist die Beschwerdegegnerin – vorbehaltlich von Verhältnismässigkeitsüberlegungen – zu Unrecht nicht vom Konzessionsverfahren ausgeschlossen worden. Weiter ist darauf einzugehen, ob sich ein Ausschluss aus dem Konzessionsverfahren als verhältnismässig erweist.

E. 10.1

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass ein Ausschluss aus dem Konzessionierungsverfahren einzig aufgrund des Nichteinhaltens der 3 zu 1-Regel unverhältnismässig wäre. Das BAKOM werde die Einhaltung der 3 zu 1-Regel durch die Beschwerdegegnerin im Rahmen der kontinuierlichen Aufsicht mit Nachdruck zu überprüfen haben.

E. 10.2

Die Beschwerdeführerin repliziert, dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung gleich auch die ratio legis für die Zuordnung der 3 zu 1-Regel zu den Konzessionsvoraussetzungen liefere. Zu Recht weise diese darauf hin, dass damit verhindert werden solle, dass konzessionierte Veranstalter ihr Programm mit mehrheitlich unausgebildeten Programmschaffenden produzieren würden und damit die Sicherung der geforderten Programmqualität beeinträchtigt werde. Es gehe bei dieser Regel also nicht um eine Norm, bei der der Vorinstanz ein Ermessen zustehe, und auch nicht um eine Kann-Bestimmung oder eine dispositive Norm, sondern um eine zwingende Bestimmung, deren Nichteinhaltung den Kern der Konzession verletzete, nämlich die Qualität des Programms – oder in den Worten der Beschwerdegegnerin um das Programm "und auf dieses kommt es letztlich an". Diesem Kriterium werde vom Gesetzgeber eine so grosse Bedeutung beigemessen, dass er sie im Rahmen der allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen geregelt habe. Die zentrale (grundsätzliche) Bedeutung von Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG und der Einhaltung der 3 zu 1-Regel bzw. der Branchenvereinbarung zu den Arbeitsbedingungen sei auch von der Vorinstanz in einer E-Mail bestätigt worden. Auch in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Eisenbahngesetz sei das bestätigt worden. Das von der Beschwerdegegnerin angebotene Praktikumsgehalt von Fr. 750.– sei deutlich zu tief und könne nicht im Interesse des Konzessionsgebers sein, der über Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG sicherstellen wolle, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen eingehalten würden. Auch aus diesen Gründen würde die Beschwerdegegnerin als Konzessionärin zum Vornherein ausser Betracht fallen.

A-929/2024 Seite 30

E. 10.3

Die Vorinstanz dupliziert dahingehend, dass die 3 zu 1-Regel nur ein kleiner Teil einer umfassenden Regelung von Arbeitsbedingungen sei, zu deren Einhaltung sich die Beschwerdegegnerin bekannt habe. Ein Ausschluss einer Bewerberin von einem Verfahren betreffend die Erteilung einer Radioveranstalterkonzession wegen Nichteinhaltung der 3 zu 1-Regel würde dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widersprechen und stünde in klarem Widerspruch zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Bedeutung und Tragweite der Konzessionsvoraussetzungen im dreistufigen Konzessionsverfahren. Dies gelte umso mehr, als die in diesem Punkt mangelhafte Bewerbung der Beschwerdegegnerin im Selektionsprozess entsprechend schlecht (mit null Punkten) bewertet worden sei. Was die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu minimalen Löhnen in den Bereichen Stage, Volontariat und Praktikum anbetreffe, sei festzuhalten, dass die Branchenvereinbarung für die Radioveranstalter hier keine Vorgaben mache.

E. 10.4

In ihrer Duplik stimmt die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz zu und entgegnet, dass ihr Gesuch sämtliche andere Bedingungen der Branchenvereinbarung einhalte. Wenn nur ein singulärer, untergeordneter Punkt von sehr vielen Punkten aus Versehen und ohne böse Absicht nicht ganz erfüllt gewesen sei, heisse das nicht, dass die Arbeitsbedingungen der Branche komplett nicht eingehalten seien. Dies wäre überspitzter Formalismus, da so Vorschriften in übertriebener Schärfe und exzessiv angewendet würden. Ebenso wäre dies unverhältnismässig, da eine solche Schärfe nicht erforderlich sei, um sicherzustellen, dass die Arbeitsbedingungen der Branche eingehalten würden. Gemäss ständiger und expliziter Rechtsprechung und Lehre seien Bewilligungen bzw. Konzessionen zu erteilen, wenn der rechtmässige Zustand durch zusätzliche Auflagen bzw. Bestimmungen unproblematisch herbeigeführt werden könne. Diese Vorgehensweise habe die Vorinstanz hier gewählt, indem sie im Rahmen der Aufsicht sicherstellen werde, dass die Beschwerdegegnerin die 3 zu 1-Regel einhalte. Diese Vorgehensweise sei vergleichbar mit anderen verwaltungsrechtlichen Verfahren, z. B. mit Baubewilligungsverfahren, wo eine Baubewilligung bei einem Bauprojekt, das noch nicht ganz alle Vorgaben einhalte nicht verweigert, sondern unter Auflagen erteilt werde, sofern diese Mängel ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden könnten oder wenn zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustands zusätzliche Anordnungen nötig seien. Schliesslich wäre ein Ausschluss auch unter der Zumutbarkeit nicht gerechtfertigt, da ein überwiegendes öffentliches Interesse hierfür schlicht

A-929/2024 Seite 31 nicht ersichtlich sei. Das öffentliche Interesse spreche dafür, dass ihre qualitativ bessere Bewerbung die Konzession erhalte. Es sei zwar klar, dass die Vorinstanz aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Versorgungssicherheit die Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen garantieren müsse. Da sie aber alle Arbeitsbedingungen einhalte, inskünftig auch die 3 zu 1-Regel, könne diese Versorgungssicherheit und die öffentliche Ordnung ohne Probleme gewahrt werden, indem die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsicht sicherstelle, dass auch diese eine singuläre Regel noch zusätzlich eingehalten werde. Somit sei die Entscheidung insgesamt offensichtlich verhältnismässig.

E. 10.5

In ihren Schlussbemerkungen stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass Art. 44 RTVG keine Kann-Bestimmung sei und weist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Weiter ergebe sich (im Unterschied zum Vergaberecht) aus der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, dass kein Spielraum für Ermessen zustehe, wenn es um die Beurteilung gehe, ob ein Bewerber für eine Radio- oder TV-Konzession die Arbeitsbedingungen der Branche erfülle oder nicht.

E. 10.6

Die Beschwerdegegnerin hält in ihren Schlussbemerkungen im Wesentlichen daran fest, dass es sich um eine Kann-Bestimmung handle. Die Vorinstanz verfüge somit über ein grosses Ermessen. Würde man aufgrund des eher zufälligen Nichteinhaltens einer einzelnen Norm unter solchen Umständen eine Bewerberin vom Verfahren ausschliessen (vor allem auch, wenn sie auf Aufforderung der Vorinstanz sofort bekannt gebe, dass sie die 3 zu 1-Regel umsetzen werde), wäre dies unzulässig. So regle Art. 323 Abs. 3 OR (als arbeitsrechtliche Norm) zum Beispiel, dass der Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten

sei, sobald dieses festgestellt sei, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres. Eine Bewerberin könnte etwa alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen einhalten, aber den Anteil am Geschäftsergebnis sechs Monate und eine Woche nach Ablauf des Geschäftsjahrs ausrichten. Würde sie dies korrigieren, sobald sie auf Art. 323 Abs. 3 OR hingewiesen würde, so wäre es vollkommen übertrieben, diese Bewerberin aus einem Konzessionsverfahren auszuschliessen. Ein Ausschluss einer Bewerberin, welche sämtliche Konzessionsvoraussetzungen, sämtliche Arbeitsbedingungen, und sämtliche arbeitsrechtlichen Vorschriften – ausser versehentlich einer einzigen Norm – einhalte, und dies auflagenweise gemäss Anweisung der Vorinstanz sofort korrigieren würde, wäre unverhältnismässig und überspitzt

A-929/2024 Seite 32 formalistisch. Dies gelte auch gemäss wortwörtlicher Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts selbst.

E. 10.7

Vorliegend ist als Orientierungshilfe das Vergaberecht heranzuziehen (vgl. E. 3.3.1 hiavor). Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums nach Art. 27 BöB führt zum Ausschluss vom Verfahren (BGE 141 II 353 E. 7.1 und E. 7.2, BGE 140 I 285 E. 5.1 und BGE 139 II 489 E. 2.2.4), ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig bzw. überspitzt formalistisch wäre (BGE 141 II 353 E. 8.2.1). Dasselbe gilt auch für technische Spezifikationen bzw. für sog. Muss-Kriterien (vgl. Urteil des BVGer B-415/2023 vom 16. Mai 2023 E. 5.2 f.) sowie für die Teilnahmebedingungen nach Art. 26 BöB (vgl. BVGE 2019 IV/1 E. 4), wozu auch die Arbeitsbedingungen nach Art. 12 BöB gehören. So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt oder wenn ein Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteile des BVGer B-6261/2020 vom 18. Mai 2021 E. 6.4 und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5). Die Rücksprache bei Formmängeln darf jedoch nicht zur nachträglichen Änderung der Offerte führen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 440). Das Bundesgericht entschied in einem neueren Leitentscheid, dass die Nichteinhaltung einer gesetzlichen Bedingung für die Zulassung zum Markt (fehlende Transportlizenz) keineswegs einen geringfügigen Mangel darstellt, der einen Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen liesse. Daran vermochte auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Zuschlagsempfängerin die Transportlizenz bereits vor der Offerteingabe beantragt hatte und die notwendigen Prüfungen für die Transportbewilligung sobald als möglich nachholte (BGE 143 I 177 E. 2.2 f.). Das Bundesverwaltungsgericht urteilte sodann zu den Teilnahmebedingungen, dass die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen von mehr als Fr. 21'000.– nicht als geringfügig angesehen werden kann, wobei der Zuschlagsempfängerin auch unlauteres Verhalten ("manière déloyale") attestiert wurde, indem sie bescheinigte, ihre Sozialabgaben bezahlt zu haben und dies auch beweisen zu können (BVGE 2019 IV/1 E. 4.4).

A-929/2024 Seite 33

E. 10.8

Aus der Konzeption des Verfahrens als öffentliche Ausschreibung und aus der Verpflichtung der Bewerberinnen, sämtliche für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben zu machen, geht hervor, dass sich die Behörde auf die Angaben im Gesuch abstützen hat. Konkret bedeutet dies, dass ein Nachreichen von Beweismitteln zum Verdeutlichen oder Be- weisen von in der Bewerbung vorgebrachten Ausführungen zulässig er- scheint, ein Ändern der Bewerbung dagegen ausgeschlossen ist (vgl. BVGE 2009/64 E. 7.3.2; vgl. die Unterscheidung zu allfälligen Noven im Beschwerdeverfahren BGE 143 I 177 E. 2.5.3 zum Vergaberecht, wonach es nicht darum geht, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu ermitteln ist und deshalb dem Gericht auch neue Tatsachen und Beweis- mittel unterbreitet werden können, sondern um die davon klar zu unter- scheidende Frage, welcher Sachverhalt massgeblich ist.).

E. 10.9

Vorliegend beabsichtigt die Beschwerdegegnerin gemäss den Anga- ben in ihrer Bewerbung die Konzessionsvoraussetzung "Mindestverhältnis von 3 zu 1 der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubilden- den Programmschaffenden" nicht zu erfüllen (vgl. E. 6 hiervor). Festzuhl- ten ist, dass eine nachträgliche Änderung der Bewerbung rechtspre- chungsgemäss ausgeschlossen ist. Daran vermag auch das Vorbringen der Beschwerdegegnerin nichts zu ändern, dass dies keine Absicht gewe- sen sei. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass sie eine neue Bewerberin sei, kann sie ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten, da es ihr anheimgestellt war, die personellen Kalkulationen weitgehend frei und sogar ohne Rücksicht auf bestehende Verhältnisse zu treffen.

E. 10.10

Ebensowenig vermag der Verweis der Vorinstanz und der Beschwer- degegnerin auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu überzeugen. Das Bundesverwaltungsgericht hielt im zitierten Entscheid einzig fest, dass es dem dreistufigen Vorgehen widersprechen würde, wenn die Anforderungen in der ersten Stufe allzu hoch wären, sodass die meisten Bewerber die Selektionsstufe gar nicht erreichen würden. Zudem ging es um die Auslegung des inzwischen aufgehobenen Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (Urteil des BVGer A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 3.5; vgl. zum dreistufigen Vorgehen E. 3.2 hiervor). Vorliegend ist jedoch weder ersichtlich noch dargetan, dass ein entsprechendes Mindestverhält- nis unzulässig bzw. unrealistisch hoch angesetzt wäre und damit die meis- ten Bewerber ausschliessen würde. Vielmehr bestehen nach den Erläute- rungen zum Mindestverhältnis in der Musterkonzession hohe Anforderun- gen an den Qualitätsjournalismus. Die Bereitstellung einer qualitativ hoch- wertigen Berichterstattung setzt nach derselben Stelle in der

A-929/2024 Seite 34 Musterkonzession genügend qualifiziertes Personal voraus. Sodann ge- steht die Beschwerdegegnerin ein, dass sie das entsprechende Mindest- verhältnis hätte erfüllen können, wenn sie anders offeriert hätte. Damit er- weist sich dieser Einwand als nicht stichhaltig.

E. 10.11

Fraglich ist dagegen, ob es sich um einen schweren Mangel handelt, der zwingend den Ausschluss aus dem Konzessionierungsverfahren nach sich zieht. Soweit sich die Beschwerdegegnerin diesbezüglich auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei Art. 44

RTVG um eine Kann-Bestimmung handelt, weshalb der Vorinstanz ein grosses Ermessen zukomme, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Definition von Qualifikationskriterien eine gewisse Zurückhaltung bei deren Überprüfung (vgl. E. 2.3 hiervor). Vorliegend geht es jedoch um die Frage, inwiefern der Vorinstanz beim Ausschluss der Bewerbung der Beschwerdegegnerin ein Ermessen zukommt. Das Bundesgericht hat zum Ausschluss einer Anbieterin im Vergaberecht – welches als Orientierungshilfe heranzuziehen ist – Folgendes entschieden: Der Wortlaut von Art. 11 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB; AS 1996 508), wonach die Vergabestelle eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen "kann", deutet darauf hin, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht zwingend erfolgen müsse, auch wenn ein Tatbestand im Sinne der genannten Bestimmung erfüllt sei. Soweit ein Ausschlussgrund jedoch der Erreichung zentraler vergaberechtlicher Zielsetzungen diene, bestehe für die Beschaffungsbehörde nur wenig Spielraum, vom Verfahrensausschluss abzusehen (BGE 143 II 425 E. 6.5). Dazu passt auch die bereits erwähnte Rechtsprechung zur Verhältnismässigkeit des Ausschlusses im Vergaberecht (vgl. E. 10.7 hiervor). Folglich ist auf die Zielsetzung des streitigen Qualifikationskriteriums näher einzugehen.

E. 10.12

Nach den Erläuterungen zur Musterkonzession muss das Programm grösstenteils von qualifiziertem, ausgebildetem Personal gestaltet werden, um den Anforderungen des Qualitätsjournalismus zu genügen. Damit wirkt sich der Mangel mittelbar auf die Qualität des Radioprogramms aus. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die Praxis zum Ausschluss von Angeboten im Beschaffungsrecht (vgl. E. 10.7 hiervor) erweist sich der Ausschluss ohne weiteres als geeignet, aber auch erforderlich um den gewichtigen Anliegen des Qualitätsjournalismus zu genügen. Eine mildere Massnahme, wie die aufsichtsrechtlichen Prüfungen durch die Vorinstanz bzw. das BAKOM oder eine Auflage (die im Übrigen von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung weder erwogen noch verfügt wurden) genügen

A-929/2024 Seite 35 nicht, da das entsprechende Verhältnis sich auf die Erfüllung des Leistungsauftrags (Qualitätsjournalismus) und auch auf andere Kriterien auswirken könnte (z. B. die Finanzierung, Anzahl an Programmschaffenden oder die Aus- und Weiterbildung u.v.m.). Der Mangel wirkt sich somit auf die Vergleichbarkeit der Bewerbungen aus und weist demnach eine gewisse Schwere auf. Zudem wäre eine Auflage auch aufgrund des Mehrparteienverfahrens mit mehreren Bewerberinnen aus Gleichbehandlungsgründen nicht zweckmässig, da das Konzessionierungsverfahren den Wettbewerb nicht verzerren sollte, sondern die Konzessionerteilung rechtsgleich vorzunehmen ist (vgl. E. 3.3.3 hiervor). Dies wäre bei nachträglicher Anpassung der Bewerbung durch die Beschwerdegegnerin nicht gewährleistet, weshalb im Übrigen auch eine Nachfrage nicht angezeigt wäre, zumal es sich nicht um eine Unvollständigkeit der Bewerbung handelt (vgl. hierzu Art. 43 Abs. 3 RTVV; vgl. ferner die differenzierte Praxis bei Unvollständigkeit von Offerten das Urteil des BVGer B-1483/2022 vom

E. 11

Abschliessend ist darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, womit ihr als einzig verbleibende Gesuchstellerin die Konzession zu erteilen wäre.

E. 11.1

In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien) erfüllen.

E. 11.2

Die Beschwerdegegnerin bringt duplicando vor, dass die Beschwerdeführerin selbst ein Selektionskriterium nicht erfülle. Bei der Aus- und Weiterbildung würden deren Angaben mehr als 25% unter dem arithmetischen Mittelwert liegen, weshalb dies als "nicht erfüllt" und mit 0 Punkten bewertet worden sei (Ziff. 4.5.2.3 der angefochtenen Verfügung). Würden Selektionskriterien auf einmal als Pflichten und somit unter Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG subsumiert, hätte Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müssen.

E. 11.3

Soweit die Beschwerdegegnerin geltend macht, dass die Beschwerdeführerin wegen "Nichterfüllung" des Selektionskriteriums Aus- und Weiterbildung auszuschliessen sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Beim Qualifikationskriterium der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszubildenden Programmschaffenden handelt es sich nach dem Gesagten sowohl um ein Qualitäts- als auch ein Selektionskriterium. Das trifft bei der Aus- und Weiterbildung, d.h. genauer beim Subkriterium Budget, nicht zu (vgl. S. 5 der Musterkonzession, wonach die Konzessionärin massgeblich die Teilnahme ihrer ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungen fördert und finanziert). Weder aus der Ausschreibung noch aus den Ausschreibungsunterlagen ist ersichtlich noch dargetan, dass dieses Inputkriterium oder seine beiden Subkriterien als Konzessionsvoraussetzung zu verstehen wären. Daran vermag nichts zu ändern, dass die die Vorinstanz eine der Noten der (nicht mit der Ausschreibung publizierten) Notenskala mit "nicht erfüllt" umschreibt (vgl. Vorakte 44/01 "Übersicht Prüfung Qualifikationskriterien Radio Südostschweiz"). Es handelt sich dennoch um ein Selektionskriterium und nicht um ein Qualifikationskriterium.

E. 11.4

Zusammenfassend erfüllt die Beschwerdeführerin die Konzessionsvoraussetzungen.

E. 12

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als begründet, da die Beschwerdegegnerin vom Konzessionierungsverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdeführerin erfüllt die Konzessionsvoraussetzungen. Somit ist ihr die vorliegende Konzession zu erteilen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht auf die übrigen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, namentlich auf die beantragte Entschädigung der Beschwerdegegnerin wegen der Dauer der Übergangskonzession, nicht mehr eingegangen zu werden. Weiter ist festzuhalten, dass Dispositiv-Ziff. 4 bis 6 der angefochtenen Verfügung zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten, zur Rechnungsstellung und den Versandmodalitäten zwar von den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin erfasst sind, aber nicht bemängelt wurden. Damit ist kein Grund ersichtlich, diese aufzuheben.

E. 13

Juli 2022 E. 3.4 zum Vergaberecht). Aus diesem Grund verfängt der von der Beschwerdegegnerin angeführte Vergleich mit einer baurechtlichen Auflage nicht, selbst wenn es sich dabei ebenfalls um ein Mehrpartei- enverfahren handelt. Dasselbe würde im Übrigen auch gelten, sofern das Mindestverhältnis nur knapp nicht erfüllt wäre (vgl. E. 6

hiervor). Denn eine Änderung der Bewerbung ist ausgeschlossen (vgl. E. 10.8). Hinzu kommt, dass auch bei knapper Unterschreitung des Mindestverhältnisses die Vergleichbarkeit der Bewerbungen betroffen ist. Bei gegenteiliger Auffassung bestünde zudem für Bewerberinnen bei zukünftigen Vergaben ein (Fehl-)Anreiz, die Konzessionsvoraussetzungen – im Vertrauen auf die Un- verhältnismässigkeit eines Ausschlusses – knapp nicht einzuhalten. Schliesslich ist die Massnahme, d.h. der Ausschluss aus dem Konzessionierungsverfahren, auch zumutbar, da die gewichtigen öffentli- chen Interessen an der Versorgung mit Qualitätsjournalismus die privaten Interessen der Beschwerdegegnerin überwiegen. Danach vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beschwerdegegnerin gemäss den Akten – trotz laufendem Beschwerdeverfahren – bereits Investitionen ge- tätigt hat. Demnach erweist sich der Ausschluss der Bewerbung der Be- schwerdegegnerin als verhältnismässig. 11. Abschliessend ist darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin die Kon- zessionsvoraussetzungen erfüllt, womit ihr als einzig verbleibende Ge- suchstellerin die Konzession zu erteilen wäre.

A-929/2024 Seite 36 11.1 In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien) erfüllen. 11.2 Die Beschwerdegegnerin bringt duplicando vor, dass die Beschwer- deführerin selbst ein Selektionskriterium nicht erfülle. Bei der Aus- und Wei- terbildung würden deren Angaben mehr als 25% unter dem arithmetischen Mittelwert liegen, weshalb dies als "nicht erfüllt" und mit 0 Punkten bewertet worden sei (Ziff. 4.5.2.3 der angefochtenen Verfügung). Würden Selekti- onskriterien auf einmal als Pflichten und somit unter Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG subsumiert, hätte Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müssen. 11.3 Soweit die Beschwerdegegnerin geltend macht, dass die Beschwer- deführerin wegen "Nichterfüllung" des Selektionskriteriums Aus- und Wei- terbildung auszuschliessen sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Beim Quali- fikationskriterium der ausgebildeten Programmschaffenden zu den auszu- bildenden Programmschaffenden handelt es sich nach dem Gesagten so- wohl um ein Qualitäts- als auch ein Selektionskriterium. Das trifft bei der Aus- und Weiterbildung, d.h. genauer beim Subkriterium Budget, nicht zu (vgl. S. 5 der Musterkonzession, wonach die Konzessionärin massgeblich die Teilnahme ihrer ausgebildeten und auszubildenden Programmschaf- fenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungen fördert und finan- ziert). Weder aus der Ausschreibung noch aus den Ausschreibungsunter- lagen ist ersichtlich noch dargetan, dass dieses Inputkriterium oder seine beiden Subkriterien als Konzessionsvoraussetzung zu verstehen wären. Daran vermag nichts zu ändern, dass die die Vorinstanz eine der Noten der (nicht mit der Ausschreibung publizierten) Notenskala mit "nicht erfüllt" umschreibt (vgl. Vorakte 44/01 "Übersicht Prüfung Qualifikationskriterien Radio Südostschweiz"). Es handelt sich dennoch um ein Selektionskrite- rium und nicht um ein Qualifikationskriterium. 11.4 Zusammenfassend erfüllt die Beschwerdeführerin die Konzessions- voraussetzungen. 12. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als begründet, da die Beschwer- degegnerin vom Konzessionierungsverfahren hätte ausgeschlossen wer- den müssen. Die Beschwerdeführerin erfüllt die Konzessionsvorausset- zungen. Somit ist ihr die vorliegende Konzession zu erteilen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht auf die übrigen Vorbringen der

A-929/2024 Seite 37 Verfahrensbeteiligten, namentlich auf die beantragte Entschädigung der Beschwerdegegnerin wegen der Dauer der Übergangskonzession, nicht mehr

eingegangen zu werden. Weiter ist festzuhalten, dass Dispositiv-Ziff. 4 bis 6 der angefochtenen Verfügung zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten, zur Rechnungsstellung und den Versandmodalitäten zwar von den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin erfasst sind, aber nicht bemängelt wurden. Damit ist kein Grund ersichtlich, diese aufzuheben.

E. 13.1

Die Rechte und Pflichten der Konzessionärin ergeben sich aus der noch auszustellenden Konzessionsurkunde. Soweit diese nicht etwas anderes festhält, sind die in der Bewerbung gemachten Angaben insbesondere betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung massgebend und verpflichtend. Die Vorinstanz ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin eine entsprechende Konzessionsurkunde auszustellen. Die Veranstalterkonzession beginnt gemäss der Konzessionsurkunde und endet am 31. Dezember 2034.

E. 13.2

Vorliegend ist die Übergangsfrist bis zur Ausstellung der definitiven Konzessionsurkunde nicht geregelt. Mit Zwischenverfügung vom 19. Juli 2024 wurde der Beschwerdeführerin als vorsorgliche Massnahme ab dem 1. Januar 2025 (während des laufenden Beschwerdeverfahrens) eine Übergangskonzession für die Veranstaltung eines kommerziellen Lokalradioprogramms mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil für das Versorgungsgebiet "Südostschweiz – Glarus" erteilt. Weiter wurde den Parteien das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Übergangskonzession nach dem Endentscheid gewährt, namentlich bei einem Anbieterwechsel, d.h. bei Abweisung der Beschwerde. Da es vorliegend zu keinem Anbieterwechsel kommt, erübrigt es sich auf den diesbezüglichen Schriftenwechsel einzugehen. Allerdings ist der Beschwerdeführerin ab Eröffnung des A-929/2024 Seite 38 vorliegenden Urteils eine Übergangskonzession bis zum Beginn der definitiven Konzession gemäss Konzessionsurkunde zu erteilen, spätestens aber bis am 31. Dezember 2034. Grund dafür ist, dass sich zur Verwirklichung des materiellen Rechts aus dem RTVG implizit auch die Möglichkeit einer Übergangskonzession nach Rechtskraft des Endentscheids ergibt. Dazu passt, dass in bestimmten Fällen Konzessionen ohne öffentliche Ausschreibungen vergeben werden können (vgl. Art. 45 Abs. 1 RTVG; vgl. Urteil des BVGer A-956/2024 vom 4. Dezember 2024 E. 16.1). Dies entspricht – soweit ersichtlich – auch der bisherigen Praxis der Vorinstanz (Zwischenverfügung des UVEK vom 29. Januar 2010 in Sachen Radio Südost AG [in Gründung] gegen Südostschweiz Radio AG E. 2.4.2).

E. 13.3

Anzumerken bleibt, dass die Dauer der ausgeschriebenen definitiven Konzession dennoch unverändert bleibt, da dies der Ausschreibung entspricht und vergleichbare Konzessionen in der Regel auf denselben Termin befristet werden (vgl. Art. 46 Abs. 1 RTVG).

E. 14

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

E. 14.1

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist dabei grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen. Die Beschwerdegegnerin ist (unter Berücksichtigung der ergangenen Zwischenverfügungen) insgesamt als vollständig unterliegend zu betrachten. Der Umstand, dass Dispositiv-Ziff. 4 bis 6 zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten, zur Rechnungsstellung und den Versandmodalitäten nicht aufgehoben werden, rechtfertigt keine andere Aufteilung der Verfahrenskosten. Die Beschwerdegegnerin hat die auf Fr. 5'000.– festgesetzten Verfahrenskosten zu tragen. Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird ihr zurückerstattet.

E. 14.2

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die

A-929/2024 Seite 39 Parteientschädigung aufgrund einer detailliert einzureichenden Kostennote oder, wenn keine (hinreichend detaillierte) Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE; vgl. statt vieler Urteil des BVer A-5818/2019 vom 9. Dezember 2020 E. 8.2).

E. 14.3

Wird eine detaillierte Kostennote eingereicht, sind die ausgewiesenen Kosten nicht unbesehen zu ersetzen. Vielmehr ist zu prüfen, ob diese als notwendig anerkannt werden können; die Parteientschädigung hat nicht jeden erdenklichen, sondern nur den notwendigen Aufwand zu ersetzen. Als notwendig zu erachten sind Kosten, wenn sie im Zeitpunkt der Kostenaufwendung zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertretung unerlässlich scheinen (vgl. Urteil des BVer 2C_172/2016, 2C_173/2016 vom 16. August 2016 E. 4.2 unter Verweis u.a. auf BGE 131 II 200 E. 7.2).

E. 14.4

Bei der Beurteilung, ob es sich bei geltend gemachtem Aufwand um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In Betracht zu ziehen ist nebst der Komplexität der Streitsache etwa, ob der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war (vgl. Urteile des BVer 2C_730/2017 vom 4. April 2018 E. 3.5.2, 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 6, 2C_343/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4 und 2C_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5). Kommt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es diese in pauschaler Weise und ohne einlässliche Berechnung (Urteil des BVer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5 m.H. auf die Rechtsprechung).

E. 14.5

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reicht eine Kostennote vom 18. Dezember 2024 über insgesamt Fr. 51'767.05 (inkl. Mehrwertsteuer [bzw. Fr. 45'934.– exkl. Mehrwertsteuer], Kleinspesenpauschale von 3% [Fr. 1'378.10] und Fahrspesen von Fr. 576.– mit dem Auto von Zürich nach Chur) ein. Der Stundenansatz liegt in der zulässigen

Bandbreite (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Der zeitliche Aufwand wird dabei mit 131.24 Stunden à Fr. 350.– beziffert. Zwar ist der Streitsache eine gewisse Komplexität nicht abzuspüren, allerdings erweist sich der geltend gemachte Aufwand aus nachfolgenden Gründen als geringfügig zu hoch.

E. 14.6

Die Regelungen der VGKE zur Parteientschädigung sehen nicht vor, dass von einer Partei in Auftrag gegebene Parteigutachten zu entschädigen sind, was auch nicht geltend gemacht wird. Aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes sowie der

A-929/2024 Seite 40 juristischen Fachkompetenz des Gerichts sind jedenfalls Honorare für Rechtsgutachten grundsätzlich nicht als notwendige Parteikosten zu qualifizieren (Urteil des BVerfG B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 807). Dasselbe hat für Aufwände zur Besprechung mit dem Privatgutachter zu gelten (Urteil des BVerfG A-4350/2022 vom 3. Januar 2024 E. 9.3.5), die die Beschwerdeführerin unter anderem aufführt. Diese sind nicht zu entschädigen. Zudem wird weder belegt noch ist ersichtlich, dass der Aufwand am 10. Januar 2024 notwendig war (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG), zumal die angefochtene Verfügung erst am 11. Januar 2024 vorab der Beschwerdeführerin elektronisch zugestellt wurde (vgl. Vorakte 46). Angesichts dieser Umstände sowie des Umfangs und der rechtlichen Ausführungen in den Rechtschriften erscheint ein zeitlicher Aufwand von insgesamt 127 Stunden als der Sache angemessen.

E. 14.7

Zu den geltend gemachten Spesen gilt Folgendes. Spesen werden – entgegen der Kostennote – aufgrund der tatsächlichen Kosten ausbezahlt (Art. 11 Abs. 1 VGKE); es sei denn es liegen besondere Verhältnisse vor (vgl. Art. 11 Abs. 3 VGKE). Besondere Verhältnisse werden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich, weshalb kein Anspruch auf die geltend gemachte Kleinspesenpauschale besteht. Weiter umfasst die Parteientschädigung keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, da die Beschwerdeführerin im UID-Register als mehrwertsteuerpflichtige Person eingetragen und damit als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BVerfG 4A_465/2016 vom

E. 14.8

Im Ergebnis hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 44'450.– (127 Stunden à Fr. 350.–) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

E. 15

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. p BGG).

A-929/2024 Seite 41

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