

BVGer A-959/2024 vom 11. Januar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-959_2024_d20240111

FR: TAF A-959/2024 du 11 janvier 2024

IT: TAF A-959/2024 del 11 gennaio 2024

Regeste

Konzessionen | Radio und Fernsehen; Konzession Regionalfernsehprogramm "Bern"; Verfügung vom 11. Januar 2024

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 Sinne 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).

A-959/2024 Seite 6 Die Beschwerdeführerinnen nahmen am vorinstanzlichen Verfahren teil und sind als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert.

E. 1.3

Nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt ist die Partei- und Prozessfähigkeit. Diese wird von Art. 48 VwVG vorausgesetzt und richtet sich nach dem Zivilrecht. Danach ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Eine Aktiengesellschaft im Gründungsstadium, d. h. vor erfolgter Eintragung, existiert als solche nicht. Für sie gelten die Regeln über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911; OR, SR 220; vgl. Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 2.1). Die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft stehen kraft Art. 535 Abs. 3 OR in einer Rechtsgemeinschaft, aufgrund derer sie grundsätzlich nur gemeinsam zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, befugt sind. Dies gilt grundsätzlich auch für die Erhebung von Beschwerden (sog. notwendige

Streitgenossenschaft; vgl. zum Ganzen BGE 131 I 153 E. 5.3 ff.; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Rz. 11 zu Art. 6 VwVG; DANIELA LUTZ, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, in: Aktuelles Vergaberecht 2018, S. 237 ff., Rz. 82 m.H.). Vorliegend haben sämtliche Gesellschafter der bärnTV AG (in Gründung) gemeinsam Beschwerde erhoben, womit die Voraussetzungen erfüllt sind, um als notwendige Streitgenossen am Beschwerdeverfahren teilzunehmen.

E. 1.4

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 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).

A-959/2024 Seite 7

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 kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (allenfalls auch nur teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von derjenigen der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; vgl. BGE 140 II 353 E. 3.1 m.H.). 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.

E. 3.1

Im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 26. März 2006 (RTVG, SR 784.40) finden sich spezialgesetzliche Ausnahmegestaltungen für die Erteilung von Veranstalterkonzessionen gemäss Art. 25 RTVG (an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft; SRG) sowie

A-959/2024 Seite 8 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 Gebührenanteil 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

Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 RTVG die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlangen (sog. 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). Hat sich die Konzessionsbehörde zwischen mehreren Bewerbern zu entscheiden, so erhält derjenige Bewerber die Konzession, der im Sinne von Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG den entsprechenden Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag (sog. Selektionskriterien, vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] BBl 2003 1569, 1710). Dieser wird in der Ausschreibung vorgegeben und konkretisiert. Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags mehrere Bewerber als weitgehend gleichwertig erscheinen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert (Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG; vgl. Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 11.4; sog. Präferenzkriterium: ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Handkommentar, Bern 2008, Rz. 11 zu Art. 45).

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 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

A-959/2024 Seite 9 m.H.; Urteile des BVGer 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 zur Vergabe der Transportleistungen von Buslinien; 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 – mit Blick auf die einschlägige Lehre, die bisherige Rechtsprechung zu Transportkonzessionen und die Botschaft – 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 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

A-959/2024 Seite 10 besteht (BVGE 2009/64 E. 14.2.2; Urteile des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 9.2 und A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 7.2.5).

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

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik ausdrücklich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Form der Begründungspflicht.

E. 4.1

Als erstes bringen sie zum Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten" vor, die Vorinstanz habe die bereits im Rahmen der Anhörung von bärnTV vorgebrachte Kritik an den sprachregionalen Sendungen nicht aufgegriffen und diese – ohne sachliche Begründung – zum lokalen Service public gezählt. Sie verletze nicht nur ihre Begründungspflicht, sondern habe den Sachverhalt offenkundig falsch abgeklärt. Zweitens machen sie geltend, dass sich in ihrer Bewerbung sehr wohl klare und mit der Bewerbung der Beschwerdegegnerin vergleichbare Schilderungen finden würden, wonach bärnTV die Eigenheiten des Konzessionsgebiets, die Vielfalt an Themen und Meinungen und die Förderung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung anstrebe. Sämtliche dieser Erfordernisse würden sich in der Bewerbung von bärnTV im selben Mass wie bei der Beschwerdegegnerin wiederfinden. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht nur falsch abgeklärt, sondern liefere auch im Rahmen der Vernehmlassung keine Erklärung, weshalb sie die Ausführungen von bärnTV als nicht vergleichbar erachte. Sie verletze somit auch ihre Begründungspflicht.

A-959/2024 Seite 11 Drittens rügen sie, dass die Frage offenbleibe, ob bei dieser geringen Punktedifferenz nicht doch von einer weitgehenden Gleichwertigkeit (der Bewerbungen) auszugehen sei, selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht die Punktevergabe der Vorinstanz nicht beanstanden sollte. Die Vorinstanz habe sich zu dieser Frage nicht einmal geäußert, womit sie ihre Begründungspflicht verletze.

E. 4.2

Die Vorinstanz nimmt zum Vorbringen der Beschwerdeführerinnen Stellung, wonach die Kritik an den Sendungen mit sprachregionalen Inhalten von ihr als Konzessionsbehörde nicht gewürdigt worden sei. Dieser Aspekt sei im Kontext der Vielfalt an Sendeformen jedoch unerheblich. Vielmehr gehe es hier um die Vielfalt an journalistischen Formen wie Interviews oder Reportagen. Aus der Musterkonzession gehe hervor, dass Veranstalter ihre Inhalte mittels einer Vielfalt solcher Formen vermitteln sollten. Sondersendungen seien als Bestandteil dieser journalistischen Formen betrachtet und entsprechend in die Beurteilung des Kriteriums einbezogen worden. Daher seien Ausführungen zu Sondersendungen (vorwiegend zu politischen Ereignissen wie Wahlen oder Abstimmungen, aber auch anderen Themen) positiv bewertet worden. Aus der Musterkonzession gehe hervor, dass Veranstalter ihre Inhalte mittels einer Vielfalt solcher Formen vermitteln sollten. Die Bewerbung der Beschwerdegegnerin habe dargelegt, dass sie im Bereich der lokalregionalen Informationen eine Vielfalt von Sendeformaten, und insbesondere auch Sondersendungen, einplane. Nur dies sei konzessionsrechtlich relevant. Den Parteien stehe es frei, neben den Sendungen, die der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen würden, auch Sendungen mit sprachregionalen, nationalen oder internationalen Inhalten einzuplanen bzw. im Rahmen von Kooperationen zu übernehmen. Diese würden aber nicht unter den konzessionsrechtlichen Leistungsauftrag fallen und seien im zu

beurteilenden Verfahren nicht berücksichtigt worden. Eine Ausnahme liege dann vor, wenn ein Veranstalter in solchen Sendungen auf die lokal-regionalen Aspekte des entsprechenden Versorgungsgebiets fokussiere. Auch hierzu würden sich in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin entsprechende Hinweise finden. Bezüglich des Informationskonzepts verweist die Vorinstanz im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. Aus den eingereichten Bewerbungen sei hervorgegangen, dass sich die Beschwerdegegnerin differenzierter zu den Eigenheiten und Besonderheiten des Versorgungsgebiets äussere. Ausschlaggebend für die Bewertung seien einzig die Ausführungen der Bewerberinnen in Bezug auf die Eigenheiten des Versorgungsgebiets gewesen. Aus der Musterkonzession gehe hervor, dass die unterstützten

A-959/2024 Seite 12 Veranstalter in ihren Programmen die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Informationen zu berücksichtigen hätten. Vergleichbare Schilderungen seien auch nach nochmaliger Sichtung der Bewerbungsunterlagen nicht gefunden worden. Entsprechend sei es korrekt, dass die Beschwerdeführerinnen bei diesem Kriterium eine tiefere Punktzahl erzielen würden. Zur Rüge der weitgehenden Gleichwertigkeit der Bewerbungen führt sie aus, dass die Beschwerdegegnerin einen Vorsprung von 83.333 Punkten (von insgesamt 1500 Punkten) auf die Beschwerdeführerinnen habe. Bei einer Abweichung in dieser Grössenordnung gehe sie als Konzessionsbehörde in konstanter Praxis von einem deutlichen Vorsprung und nicht von weitgehender Gleichwertigkeit aus. Das Präferenzkriterium sei daher nicht geprüft worden.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass die überregionalen bzw. sprachregionalen Sendungen nicht zum Leistungsauftrag gezählt würden, sondern zu Vielfalt und Attraktivität im Programm führen würden. Entsprechend sei es nachvollziehbar und richtig, dass die Vorinstanz auf die entsprechenden Einwände der Beschwerdeführerinnen gar nicht eingegangen sei. Sie seien schlicht irrelevant. Betreffend das Informationskonzept erwidert die Beschwerdegegnerin, dass sich im publizistischen Leitbild der Beschwerdeführerinnen tatsächlich die Schlagwörter regional und "lokal" wiederfinden würden. Aber auch sie habe im publizistischen Leitbild von TeleBärn die Regionalität betont. Das publizistische Leitbild gebe zudem lediglich "Leitlinien" vor, welche der weiteren Konkretisierungen der Umsetzung bedürften. Und gerade diesbezüglich genüge die Bewerbung der Beschwerdeführerinnen nicht. In der Beilage 24 ihrer Bewerbung hätten die Beschwerdeführerinnen offenbar erklärt, wie sich "der lokale Informationsauftrag" zusammensetze. In der Beschreibung komme das Wort "regional" aber nur ein einziges Mal vor. Das Wort "lokal" fehle ganz. Analoges gelte in Bezug auf ihr "Informationskonzept". Zur weiteren Rüge nimmt die Beschwerdegegnerin wie folgt Stellung. Aufgrund des Umstands, dass die Bewerbungen von bärnTV und TeleBärn nicht "weitgehend gleichwertig" seien, sondern jene von TeleBärn klar besser ausgefallen sei, sei gar nicht zu prüfen, welcher Bewerber die Angebots- und Meinungsvielfalt mehr bereichere. In diesem Sinne habe auch die Vorinstanz zu Recht auf diesen Prüfschritt verzichtet.

A-959/2024 Seite 13

E. 4.4.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der als selbständiges Grundrecht in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 29 Abs. 2 BV) und sich für das

Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst unter anderem das Recht der Parteien auf vorgängige Anhörung und Äusserung (Art. 30 Abs. 1 VwVG) sowie das Recht, dass die verfügende Behörde von diesen Äusserungen auch Kenntnis nimmt, sich damit auseinandersetzt (Art. 32 VwVG) und ihre Verfügung begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG; Urteile des BVGer A-4721/2021 vom 3. Januar 2024 E. 4.3, A-5018/2021 vom 18. September 2023 E. 5.3.1 und A-1813/2009 vom 21. September 2011 E. 7). Mit Blick auf die Begründung ist es jedoch nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss derart abgefasst sein, dass die betroffene Person ihn in voller Kenntnis der Tragweite der Angelegenheit an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen (vgl. BGE 142 I 135 E. 2.1; BVGE 2017 I/4 E. 4.2 m.H.).

E. 4.5.1

Bezüglich des Subkriteriums "Vielfalt an Sendeformaten" begründete die Vorinstanz die Bewertung in der angefochtenen Verfügung mit den Sondersendungen. Diese würden aus der Bewerbung der bärnTV AG in Gründung zu wenig nachvollziehbar und plausibel hervorgehen. Im Beschwerdeverfahren stellen sich die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die sprachregionalen Sendungen gemäss der Musterkonzession nicht relevant seien. Beim Subkriterium "Informationskonzept" begründete die Vorinstanz die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerinnen damit, dass auf die lokalen bzw. regionalen Eigenheiten nicht weiter bzw. sehr knapp Bezug genommen werde. Auch in ihrer Duplik hält die Vorinstanz daran fest, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Bewerbung ausführlicher auf die lokalen und regionalen Eigenheiten des Versorgungsgebiets "Bern" eingehe.

A-959/2024 Seite 14 Zwar ist die Begründung der Vorinstanz bezüglich der Subkriterien "Vielfalt an Sendeformaten" und "Informationskonzept" knapp gehalten, sie enthält jedoch, wenn auch in eher knapper Form, die wesentlichen Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess. Nach dem bereits Gesagten hatte die Vorinstanz sodann nicht jedes einzelne Argument der Beschwerdeführerinnen zu widerlegen, insbesondere da sie den Aspekt der sprachregionalen Sendungen für die Bewertung der Bewerbung der Beschwerdegegnerin unter dem Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten" als nicht massgeblich befand, es sei denn sie bezögen sich auf regional-lokale Aspekte. Betreffend das Informationskonzept geht aus der Verfügung eindeutig hervor, dass gemäss der Auffassung der Vorinstanz auf die lokalen bzw. regionalen Eigenheiten nicht weiter bzw. sehr knapp Bezug genommen werde. Letztlich waren die Beschwerdeführerinnen – wie sich auch an den Vorbringen in ihrer Beschwerde zeigt – über die Tragweite des angefochtenen Entscheids im Klaren und ohne Weiteres imstande, diesen sachgerecht anzufechten.

E. 4.5.2

Zur vorgebrachten Gleichwertigkeit der Bewerbungen gilt Folgendes. Die Vorinstanz hat sich im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt gestellt, dass der Leistungsauftrag besser von der Beschwerdegegnerin als von ihrer Mitbewerberin erfüllt werden könne,

womit die Konzession an diese zu vergeben sei (vgl. Angefochtene Verfügung, S. 13, Ziff. 4.6). Mit anderen Worten ging die Vorinstanz aufgrund der Punktedifferenz von 83.333 Punkten davon aus, dass sich die Frage der "weitgehenden Gleichwertigkeit" nicht stellt. Da es für die Vorinstanz angesichts dieser Punktedifferenz somit klar war, dass die Beschwerdegegnerin den Leistungsauftrag besser erfüllt, hatte sie das Präferenzkriterium gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG nicht zu prüfen (vgl. E. 3.2 hiervor).

E. 4.6

Zusammenfassend liegt keine Verletzung der Begründungspflicht vor. Ob den Einschätzungen der Vorinstanz inhaltlich beigeprüft werden kann, ist nachfolgend zu prüfen. Auf die verschiedenen Rügen der falschen oder unvollständigen Abklärung des Sachverhalts durch die Parteien ist ebenfalls noch einzugehen, soweit sie zu prüfen sind und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens nicht offen gelassen werden können (vgl. E. 6.3, E. 7, E. 8 und E. 9 hiernach).

E. 5.1

Der Leistungsauftrag der Lokalradios und Regionalfernsehen gliedert sich gemäss Ausschreibung (Ziff. 3.3.1) in die Bereiche Input, Output sowie

A-959/2024 Seite 15 Gesamtwürdigung (Stringenz und Kohärenz des Konzepts / Lesbarkeit der Bewerbung).

E. 5.2

Die Inputkriterien erfassen gemäss der angefochtenen Verfügung Aspekte, die zur Erfüllung des publizistischen Auftrags notwendig sind. Massgebend sind namentlich gewisse Aspekte zu den Programmschaffenden, zur Qualitätssicherung sowie zur Aus- und Weiterbildung. Entsprechende Vorkehrungen auf der Inputseite erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass die journalistischen Leistungen (Output) qualitativ hochstehend im Sinne des Leistungsauftrags sind. Die Outputkriterien umfassen Aspekte, welche die durch die Bewerbung in Aussicht gestellten Programmleistungen im Lichte des Leistungsauftrages beurteilen. Massgebend sind namentlich der Programmauftrag sowie der Kulturauftrag.

E. 5.3

Nach der Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen werden die eingereichten Bewerbungen entlang der Angaben zu den Anforderungen in den Bereichen Input und Output bewertet. Die Angaben zum Input werden zu 35% gewichtet und jene zum Output zu 60%. Eine Gewichtung von 5% kommt der Gesamtwürdigung der Bewerbung zu (Stringenz und Kohärenz des Konzepts, Lesbarkeit der Bewerbung).

E. 6

Die Beschwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen im Zusammenhang mit dem Subkriterium "Aus- und Weiterbildung" (Inputfaktor).

E. 6.1.1

Als erstes rügen die Beschwerdeführerinnen, dass von derselben Vorinstanz die externen und die internen Aus- und Weiterbildungsmassnahmen im Rahmen der Konzessionsausschreibungen 2007 gleichwertig behandelt worden seien. In der vorliegenden Ausschreibung sei dies nicht der Fall bzw. die interne Ausbildung sei unbeachtlich. Dies hätte zur Folge, dass ein Veranstalter, der einen internen

Ausbildungsscoach anstelle, dafür keine Punkte erhalten würde, während ein Bewerber, der denselben Coach extern z. B. über eine GmbH engagiere, punkten würde. Diese Praxis, lediglich externe Aus- und Weiterbildungen zu bewerten und interne Fortbildungen ausser Acht zu lassen, erscheine sachfremd, zumal zur Erfüllung des Leistungsauftrags die Qualität der Aus- und Weiterbildung zähle, und nicht die Frage, ob der Auszubildende im Betrieb angestellt sei oder als externe Person auftrete.

A-959/2024 Seite 16

E. 6.1.2

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, es sei allen Bewerberinnen aus den Ausschreibungsunterlagen bestens bekannt gewesen, dass die Vorinstanz im Konzessionsgesuch u.a. verlangt habe, die durchschnittliche, jährliche Anzahl externer Aus- und Weiterbildungstage pro Programmschaffenden (pro Full Time Equivalent [FTE]) anzugeben und das durchschnittliche, jährliche Budget (in Franken), welches pro Programmschaffenden (pro FTE) für externe Aus- und Weiterbildung zur Verfügung stehe, zu nennen. Die beiden Subkriterien stünden auch in unmittelbarem, sachlichem Bezug zum einschlägigen Input-Kriterium im Bereich der Aus- und Weiterbildung, welches von der Vorinstanz als notwendige Voraussetzung zur Erfüllung des publizistischen Auftrags erachtet werde. Dabei stehe es nach der herrschenden Rechtsprechung im Ermessen der Vorinstanz, die Bewertung der in der Ausschreibung genannten Kriterien auf die wichtigsten Punkte zu beschränken, um damit einen rechts- und chancengleichen Vergleich der Bewerbungen zu ermöglichen. Insbesondere sei die Vorinstanz nicht verpflichtet, alle in der Ausschreibung genannten Kriterien mit Punkten zu versehen. Ganz im Gegenteil sei es nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sogar wünschenswert, die Bewertung auf Kernpunkte zu beschränken. Im Übrigen habe die Verpflichtung der Konzessionärinnen, dem BAKOM im Rahmen der jährlichen Berichterstattung den Betrag des Budgets zur Förderung der externen Aus- und Weiterbildung zu kommunizieren, schon Gegenstand der Konzessionsausschreibung für Regionalfernsehen im Jahr 2007/2008 gebildet.

E. 6.1.3

Die Vorinstanz führt aus, dass in der Ausschreibung – wie bereits in der letzten Neukonzessionierung 2008 – wiederholt und eindeutig darauf hingewiesen werde, dass die externe Aus- und Weiterbildung als entscheidender Bewertungsfaktor herangezogen werde. Die explizite Aufforderung, bei einer Bewerbung die Anzahl der Tage und den Betrag in Franken für externe Aus- und Weiterbildung anzugeben, betone den Fokus auf die externe Aus- und Weiterbildung. Die alleinige Berücksichtigung der externen Aus- und Weiterbildung bei diesem Selektionskriterium resultiere aus der Schwierigkeit, interne Aus- und Weiterbildungsmassnahmen inhaltlich und finanziell nachvollziehbar zu dokumentieren und durch die Aufsichtsbehörde zu überprüfen. Der Begriff "interne Aus- und Weiterbildung" umschreibe verschiedenste Praktiken, die von Learning on the Job oder die Begleitung neuer Mitarbeitenden durch Patinnen und Paten bis hin zu Fachreferaten von erfahrenen Mitarbeitenden reichen würden. Diese Vielfalt erschwere oder verunmögliche einen objektiven Vergleich der internen Aus- und Weiterbildungsmassnahmen von verschiedenen Bewerberinnen in einem Konzessionsgebiet. Im Gegensatz dazu ermögliche die externe

A-959/2024 Seite 17 Aus- und Weiterbildung eine transparente Bewertung, weil sie klare und rechtsgleich überprüfbare finanzielle Aufwände aufweise. Zudem ermögliche die externe Aus- und Weiterbildung auch den Austausch zwischen verschiedenen Akteuren und Institutionen. Es könnten Erfahrungen ausserhalb der alltäglichen Strukturen des eigenen Medienunternehmens gemacht werden. Damit trage die externe Aus- und Weiterbildung auch zur Vernetzung und Stärkung der gesamten Branche bei. Auch der Bund erkenne in seiner Subventionspraxis die Bedeutung der externen Aus- und Weiterbildung im Medienbereich. Die Entscheidung, ausschliesslich die externe Aus- und Weiterbildung zu berücksichtigen, basiere somit zum einen auf der Notwendigkeit einer objektiven und nachvollziehbaren Bewertung, zum anderen aber auch auf inhaltlichen Merkmalen.

E. 6.1.4

Die Beschwerdeführerinnen replizieren, es könne nicht angehen, dass ausgerechnet in diesem zentralen Bereich die Überprüfung qualitativer Aspekte zu komplex sein solle, während es in anderen Prüfungsbereichen kein Problem darstelle, qualitative Aspekte (z. B. eines Informationskonzepts) zu bewerten und nicht bloss auf die Sendeminuten abzustellen. Wenn die Aus- und Weiterbildung einen derart grossen Stellenwert für die Branche hätte, müssten auch die qualitativen Aspekte berücksichtigt werden und es dürfe nicht einfach eine Geldsumme als einziges Kriterium gelten. Die Unterscheidung in externe und interne Aus- und Weiterbildung sei auch aus anderen Gründen nicht sachgerecht, was die Diskussion hinsichtlich der CH Media Academy zeige, einem internen Aus- und Weiterbildungsangebot des CH Media-Konzerns. Die Vorinstanz räume ein, dass sie die Angaben der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der externen Aus- und Weiterbildung nicht weiter abgeklärt habe. Dass der Sachverhalt offenkundig falsch abgeklärt worden sei, räume (auch) die Beschwerdegegnerin selbst ein. Diese lege dar, dass lediglich ein Teil ihrer Aus- und Weiterbildung am Medienausbildungszentrum (MAZ) geplant sei – in Kooperation mit der hauseigenen CH Media Academy. Die übrigen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen würden über die hausinterne Schulung der CH Media Academy laufen, wobei die Beschwerdegegnerin sich auf den Standpunkt stelle, dass es sich dabei um externe Ausbildung handeln würde.

E. 6.1.5

Die Beschwerdegegnerin hält mit Stellungnahme vom 21. Mai 2024 zur Vernehmlassung und in ihrer Duplik an ihren Ausführungen fest und bekräftigt die Ausführungen der Vorinstanz.

A-959/2024 Seite 18

E. 6.1.6

Gemäss der Ausschreibung werden nur quantitative Angaben zu externen Aus- und Weiterbildungen verlangt. Ziff. 3.3.2.3 der Ausschreibung stipuliert: "Aus- und Weiterbildung: 1) Kasten zum Ankreuzen: Bestätigen Sie, die Verpflichtung betreffend die Konzessionsbestimmung zur Aus- und Weiterbildung in der Musterkonzession zur Kenntnis genommen zu haben und vorschriftsgemäss umzusetzen. 2) Durchschnittliche Anzahl Tage nennen, die Programmschaffenden pro Jahr für die externe Aus- und Weiterbildung zur Verfügung stehen wird. 3) Durchschnittlicher Betrag in CHF nennen, der Programmschaffenden pro Jahr für die externe Aus- und Weiterbildung zur Verfügung stehen wird."

E. 6.1.7

Aus der einschlägigen Musterkonzession (Beilage 3b, S. 5) geht folgendes hervor: "1 Die Konzessionärin fördert und finanziert massgeblich die Teilnahme ihrer ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungen. 2 Sie dokumentiert im Rahmen der jährlichen Berichterstattung die Massnahmen, die sie im Bereich der Aus- und Weiterbildung ihrer ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden sowie ihrer Praktikantinnen und Praktikanten ergreift. 3 Sie kommuniziert dem BAKOM im Rahmen der jährlichen Berichterstattung den Betrag der finanziellen Unterstützung zur Förderung der externen Aus- und Weiterbildung."

E. 6.1.8

Zusammenfassend sind gemäss der Ausschreibung unbestrittenermassen nur Angaben zur externen Aus- und Weiterbildung zu tätigen. Die Vorinstanz hat sodann – ausgehend von diesen Angaben der Bewerber – nur externe Aus- und Weiterbildungen bewertet. Fraglich und zu prüfen ist, ob das Inputkriterium "Aus- und Weiterbildung" sachgerecht gewählt ist.

E. 6.1.9

Die Bewerber hatten nach dem Gesagten die durchschnittliche, jährliche Anzahl externer Aus- und Weiterbildungstage pro Programmschaffenden (pro FTE) und das durchschnittliche, jährliche Budget (in Franken) anzugeben, welches pro Programmschaffenden (pro FTE) für externe Aus- und Weiterbildung zur Verfügung steht. Die beiden Subkriterien haben einen unmittelbaren, sachlichen Zusammenhang zum Input-Kriterium der

A-959/2024 Seite 19 Aus- und Weiterbildung und als solches notwendig zur Erfüllung des publizistischen Auftrags. Nach den nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz gibt es sachliche Gründe, bei der Bewertung der entsprechenden Subkriterien einzig auf externe Weiterbildungen abzustellen. So wird nach Einschätzung der Vorinstanz der Austausch zwischen verschiedenen Akteuren und Institutionen gefördert. Es könnten etwa Erfahrungen ausserhalb der alltäglichen Strukturen des eigenen Medienunternehmens gemacht werden. Zudem wird unter interner Aus- und Weiterbildung Unterschiedliches verstanden (z. B. Learning on the Job, über die Begleitung neuer Mitarbeitenden durch Patinnen und Paten oder Fachreferaten von erfahrenen Mitarbeitenden), wie die Vorinstanz zu Recht ausführt. Schliesslich ist die Vorinstanz nicht verpflichtet, alle in der Ausschreibung genannten Kriterien mit Punkten zu versehen. Die Beschränkung der Bewertung auf Kernpunkte ist jedenfalls nicht bundesrechtswidrig und ergab sich aus den verlangten Angaben zur externen Aus- und Weiterbildung in der Ausschreibung. Vielmehr ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sogar wünschenswert, dass die Vorinstanz die Bewertung auf die wichtigsten Punkte beschränkt, um damit einen rechts- und chancengleichen Vergleich der Bewerbungen zu ermöglichen (Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 15.2.1 und E. 16.3.6). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass bei anderen Subkriterien auch qualitative Aspekte geprüft werden. Für ein sachgerechtes Subkriterium spricht aber auch, dass nicht einzig eine finanzielle Grösse verlangt wird, sondern separat als Subkriterium die durchschnittliche Anzahl Tage an Weiterbildungen bewertet wird. Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz allenfalls in einer früheren Ausschreibung andere Kriterien aufstellte, was bestritten wird, können die Beschwerdeführerinnen – aufgrund des grossen Ermessens der Vorinstanz bei der Auswahl der Selektionskriterien und der mangelnden Einschlägigkeit jener

Ausschreibung – sodann von Vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Daher braucht diese Rüge nicht vertieft zu werden.

E. 6.1.10

Weiter ist auf den beispielhaften Einwand eines externen bzw. internen Coaches einzugehen. Richtig ist diesbezüglich zwar, dass eine Weiterbildung durch einen angestellten Coach als interne Weiterbildung nicht zählen würde, während bei externer Weiterbildung dessen Leistungen anerkannt würden. Mit anderen Worten liegt der Bewertung ein gewisser Schematismus zugrunde. Aus Praktikabilitätsgründen und unter Berücksichtigung des Ermessens der Vorinstanz bei der Auswahl der Selektionskriterien (vgl. E. 2.3 hiervor) sowie der Gleichbehandlung von Bewerbern

A-959/2024 Seite 20 ist dies nicht zu beanstanden. Dazu passt, dass sich eine qualitative Bewertung von internen Aus- und Weiterbildungen, wenn überhaupt wohl, nur unter sehr grossem Aufwand bewerkstelligen liesse, zumal auch die Beschwerdegegnerin verschiedene interne Aus- und Weiterbildungen geltend macht. Dies würde eine objektive Bewertung erschweren. Die Beschwerdeführerinnen machen sodann nicht ausdrücklich geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass dieses Subkriterium sie – unter Beachtung der für das Konzessionierungsverfahren einschlägigen verfassungsmässigen Grundsätze sowie der Wirtschaftsfreiheit (vgl. E. 3.3 hiervor; vgl. ferner Urteil des BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2) – gegenüber der Konkurrentin in der Organisation ihrer Unternehmung benachteiligen und die Vorinstanz damit gegen die Wettbewerbsneutralität verstossen würde. Das Inputkriterium Aus- und Weiterbildung sowie die dazugehörigen Subkriterien sind demnach in diesen Punkten als zulässig zu qualifizieren.

E. 6.1.11

Zusammenfassend erweisen sich die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet.

E. 6.2.1

Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass ein Betrieb, der deutlich mehr Fachkräfte als Lernende beschäftigt, weniger Bedarf an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen habe, als ein Unternehmen, in welchem auf drei Fachkräfte eine Person in Ausbildung komme. Würden die unterschiedlichen Verhältnisse der Parteien in Bezug auf die ausgebildeten und lernenden Mitarbeitenden mitberücksichtigt, werde deutlich, dass beide Bewerbungen angesichts des in der Branchenvereinbarung festgelegten Benchmarks die höchstmögliche Punktzahl erreichen müssten. Es sei einleuchtend, dass ein Veranstalter, der mehr Weiterbildungstage anbiete, auch ein höheres Budget für diese Zwecke einplane. Dies führe jedoch zu einer Doppelbewertung desselben Kriteriums, was die Bewertungslogik weiter in Frage stelle.

E. 6.2.2

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass beim Input-Kriterium "Massnahmen zur Aus- und Weiterbildung" das Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden keine relevante Rolle spiele. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst einräumen würden, seien sowohl das Aus- und Weiterbildungsbudget wie auch die Anzahl an Aus- und Weiterbildungstagen pro Programmschaffenden massgeblich, jedoch nicht direkt korrelierende Indizien für die Qualität der Aus- und

A-959/2024 Seite 21 Weiterbildung. Die Wahl dieser beiden Subkriterien durch die Vorinstanz zur Beurteilung der Voraussetzungen, die zur Erfüllung des publizistischen Auftrags notwendig seien, sei folglich nicht zu beanstanden.

E. 6.2.3

Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, dass die von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Branchenvereinbarung für die Bewertung des Selektionskriteriums nicht massgebend sei. Sie sei einzig hinsichtlich des Qualifikationskriteriums der Einhaltung der allgemeinen Arbeitsbedingungen relevant. Das Kriterium "Verhältnis von ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden" werde unter dem Unterkapitel "Programmschaffende" erfasst und sei unabhängig von der "Aus- und Weiterbildung". Die beiden Kriterien würden denn auch auf zwei verschiedenen, aber gleichermassen wichtigen Anforderungen an die Rundfunkveranstalter basieren. So verlange die Musterkonzession, dass ein Programm grösstenteils von qualifiziertem, ausgebildetem Personal zu gestalten sei, um den Anforderungen des Qualitätsjournalismus zu genügen. Gleichzeitig sei der Musterkonzession auch zu entnehmen, dass die kontinuierliche Aus- und Weiterbildung für Service public-Anbietende zentral sei, um Qualitätsjournalismus zu gewährleisten. Dennoch liege es auf der Hand, dass die zwei Kriterien "Aus- und Weiterbildung" sowie "Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden" in einem gewissen Masse miteinander verknüpft seien. Ein höherer Anteil an bereits ausgebildetem Personal könne zu einem geringeren Bedarf an Budget für Aus- und Weiterbildungsmassnahmen führen. In diesem Kontext sei zu betonen, dass die Weiterbildung von bereits ausgebildeten Medienschaffenden ebenso wichtig sei wie die Ausbildung von Nachwuchskräften, da sich die Medienlandschaft ständig weiterentwickle und immer wieder neue Anforderungen an Medienschaffende stelle.

E. 6.2.4

Replicando führen die Beschwerdeführerinnen aus, die Vorinstanz anerkenne in ihrer Vernehmlassung, dass ein höherer Anteil an bereits ausgebildetem Personal zu einem geringeren Bedarf an Budget für Aus- und Weiterbildung führen könne. Damit räume die Vorinstanz selbst ein, dass der von ihr gewählte Bewertungsmassstab nicht sachgerecht sei und zu sachfremden Ergebnissen führe, wenn ein Bewerber deutlich mehr ausgebildetes Personal beschäftige und daher weniger Bedarf an Aus- und Weiterbildungsmassnahmen habe.

E. 6.2.5

Die Beschwerdegegnerin dupliziert, dass nicht nur bei den Beschwerdeführerinnen, sondern auch bei ihr zu einem grossen Teil erfahrene, bereits qualifizierte Programmschaffende tätig seien. Die Vorinstanz

A-959/2024 Seite 22 wolle aber die jeweiligen Konzessionäre gemäss öffentlicher Ausschreibung der Veranstalterkonzessionen auch dazu verpflichten, die Teilnahme ihrer schon ausgebildeten Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungen massgeblich zu fördern und zu finanzieren, nicht nur die der Auszubildenden.

E. 6.2.6

Soweit die Beschwerdeführerinnen sich auf die Branchenvereinbarung berufen und damit die Rechtmässigkeit des Subkriteriums beanstanden, gehen sie fehl. Richtig ist zwar, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften, die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen als Konzessionsvoraussetzung (sog. Qualifikationskriterium) einzuhalten sind (Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG). Entsprechend wird als eine von drei Optionen die gemäss Ziff. 3.2.2 der Ausschreibung die "Vereinbarung zwischen den Medienverbänden der Privatradios und Privatfernsehen Verband Schweizer Privatrado (VSP) und Telesuisse (TS) und den Arbeitnehmenden-Organisationen im Medienbereich SSM, Syndicom und Impressum" vorgegeben (nebst den Optionen GAV oder Firmenvertrag). Art. 11 dieser Vereinbarung lautet: "Jeder Veranstalter setzt dafür einen angemessenen Betrag ein (Telesuisse: 1% der Lohnsumme)". Dennoch ist es der Vorinstanz nicht verwehrt, Beiträge an externer Aus- und Weiterbildung als Selektionskriterium festzulegen (vgl. mutatis mutandis die sog. Mehreignung im Vergaberecht BGE 139 II 493 E. 2, wonach es nicht grundsätzlich unzulässig ist, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüberhinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten). Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass Selektionskriterien anhand eines Bewertungsschemas (relativ) bewertet werden. Andernfalls könnte nicht derjenige Bewerber bevorzugt werden, der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (vgl. Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG).

E. 6.2.7

Ebensowenig vermag das Vorbringen zu überzeugen, dass ein höheres Aus- und Weiterbildungsbudget automatisch zu mehr Weiterbildungstagen führt. Zwar kann es vorkommen, dass ein höheres Budget auch mehr Tage an Weiterbildung umfasst, was aber nicht notwendig ist. Es ist allgemein bekannt, dass heutzutage eine Vielzahl von externen Weiterbildungsangebote bestehen, die unterschiedlich teuer sind und unterschiedlich lange dauern (z. B. Coaching oder Ausbildungsprogramme etc.). Die Vorinstanz stimmt den Beschwerdeführerinnen sodann im Grundsatz dahingehend zu, dass ein höherer Anteil an bereits ausgebildetem Personal zu einem geringeren Bedarf an Budget für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen führen kann. Diesbezüglich ist jedoch der Vorinstanz

A-959/2024 Seite 23 relativierend beizupflichten, dass sich die Medienlandschaft ständig weiterentwickelt und immer wieder neue Anforderungen an Medienschaffende stellt. Damit liegt ein nachvollziehbar sachlicher Grund vor, dass nicht etwa zwischen verschiedenen Kategorien von erfahrenen und weniger erfahrenen Mitarbeitenden unterschieden wird. Unter Berücksichtigung des Ermessens der Vorinstanz bei der Auswahl der Selektionskriterien (vgl. E. 2.3 hiervor) ist dies jedenfalls nicht zu beanstanden.

E. 6.2.8

Zusammenfassend erweisen sich die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Doppelbewertung ebenfalls als unbegründet. Die Subkriterien sind somit als rechtmässig zu qualifizieren.

E. 6.3.1

Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, ob die von der Beschwerdegegnerin genannten Ausbildungsmaßnahmen tatsächlich extern seien oder sich auf die konzern-eigene Ausbildungsstätte beziehen würden und daher als intern anzusehen seien. Die Kosten dieser internen Schulungen in der Konzernrechnung

seien leicht steuerbar, d. h. es könnten hohe Kurskosten intern verrechnet werden, was für das vorliegende Bewerbungsverfahren von Vorteil sei, während an anderer Stelle günstigere Inter-Company-Leistungen (z. B. Werbung) als Kompensation angeboten würden. Auf diese Weise sei eine transparente und objektive Vergleichbarkeit der Bewerbungen sicherlich nicht gewährleistet. Würden die Kosten der CH Media Academy nicht zur externen Aus- und Weiterbildung gezählt, schneide die Beschwerdegegnerin in diesem Punkt deutlich schlechter ab.

E. 6.3.2

Die Beschwerdegegnerin widerspricht den Beschwerdeführerinnen dahingehend, dass im Rahmen der Konzessionsausschreibung von den Bewerberinnen lediglich die Angabe des durchschnittlichen, jährlichen Budgets für externe Aus- und Weiterbildung pro Programmschaffenden sowie die durchschnittliche, jährliche Anzahl an externen Aus- und Weiterbildungstagen pro Programmschaffenden verlangt worden sei. Sie habe die geforderten Angaben gemacht. Auf diese Angaben sei abzustellen. Das Aus- und Weiterbildungsangebot der CH Media Academy stelle vollumfänglich ein externes Angebot dar, welches ausschliesslich durch Dozierende von ausserhalb ihrer Organisation erbracht und über ihr externes Aus- und Weiterbildungsbudget finanziert werde. Selbst wenn vorliegend ungerechtfertigterweise Zweifel an der Qualifikation des Aus- und Weiterbildungsangebots der CH Media Academy als externes Angebot bestehen

A-959/2024 Seite 24 sollten, würde sich an der Bewertung in Bezug auf die beiden Subkriterien nichts ändern.

E. 6.3.3

Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, dass die Bewerberinnen einzig quantitative Angaben zu ihrer externen Aus- und Weiterbildung geliefert hätten. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihre entsprechenden Aufwände für die konzernübergreifende Ausbildungsstätte CH Media Academy dort ausgewiesen habe. Dies sei nicht im Detail geprüft worden. Eine solche Prüfung würde den Rahmen eines Konzessionierungsverfahrens sprengen. Dies umso mehr, als auch in der Anhörung nicht auf diese Thematik hingewiesen worden sei.

E. 6.3.4

Nachdem sich als richtig erwiesen hat, dass nur externe Aus- und Weiterbildungsangebote für die Bewertung einschlägig sind (vgl. E. 6.1.11 hiervor), wäre zu prüfen, ob es sich bei der CH Media Academy um ein externes Angebot handelt. An dieser Stelle ist die Vorinstanz daran zu erinnern, dass das Konzessionierungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, auch wenn sich die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren womöglich nicht zu allen Punkten (detailliert) geäussert haben (vgl. E. 8.7 hiernach). Dies braucht jedoch aus nachfolgenden Gründen nicht vertieft zu werden. Selbst wenn die Aus- und Weiterbildung an der CH Media Academy nicht dazuzuzählen wäre, so hätte deren Umfang von Fr. (...) keine Auswirkungen auf die Punktevergabe, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt. Das restliche Weiterbildungsbudget, welches gemäss den Akten durch externe Dozierende erbracht wird, würde weiterhin Fr. (...) betragen. Auf 24 FTE (ohne Freelancer) gerechnet würde der jährlich aufgewendete Betrag für externe Aus- und Weiterbildung weiterhin Fr. (...) (circa 8.2 Tage pro FTE bzw. nach den Ausführungen der Beschwerdegegnerin 8.16, was für den Ausgang ebenso wenig relevant ist) ausmachen. Bei Korrektur der FTE, wie von der Vorinstanz unter dem

Subkriterium "Anzahl Programmschaffende" vorgenommen (vgl. E. 8 hier- nach), würde der Betrag und die Anzahl an Weiterbildungstagen sogar al- lenfalls noch höher ausfallen. Dies kann jedoch ebenfalls offengelassen werden. Gegenüber den Angaben der Beschwerdeführerinnen pro FTE von Fr. (...)- für die Aus- und Weiterbildung respektive der Anzahl jährli- cher Weiterbildungstage (6.4 Tage pro FTE) würde die Beschwerdegegne- rin das Subkriterium weiterhin in höchstem Mass erfüllen. An der Bewer- tung der Bewerbung der Beschwerdeführerinnen würde sich ebenfalls nichts ändern. Die Beschwerdeführerin würde das arithmetische Mittel beim Betrag weiterhin um mehr als 25% unterschreiten und damit 0 Punkte erhalten. Bei der Anzahl Weiterbildungstage würde sie das arithmetische

A-959/2024 Seite 25 Mittel um mehr als 10% unterschreiten und damit ebenfalls die bisherige Bewertung von 25 Punkten erreichen.

E. 6.3.5

Zusammenfassend können die Beschwerdeführerinnen aus ihrer Rüge bezüglich der CH Media Academy nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 6.4.1

Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die Abstufung (für die Bewertung) des Aus- und Weiterbildungsbudgets ohne gesetzliche Grundlage sei. Ebenfalls werde nicht nachvollziehbar begründet, weshalb bei der Bewertung der Ausbildungstage die Abweichungen ab 25% rele- vant für eine bessere bzw. schlechtere Bewertung seien. Dieser nicht be- gründete und nicht nachvollziehbare Faktor, der auf einem arithmetischen Mittel basiere, welches für die Branche nicht repräsentativ sei, führe zu ei- nem willkürlichen, objektiv nicht haltbaren Ergebnis. Es schaffe eine über- proportionale Punktedifferenz. Insgesamt erscheine es völlig sachfremd, den Teilaspekt der externen Aus- und Weiterbildung unter dem Gesichts- punkt Budget und Ausbildungstage mit 150 Punkten derart überzubewer- ten. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei nicht ersichtlich, dass diese externe Aus- und Weiterbildung derart ins Gewicht falle, zumal dem Aus- schreibungstext zu entnehmen sei, dass die Vorinstanz die Aus- und Wei- terbildung generell, d. h. extern und intern, als wichtig erachte.

E. 6.4.2

Die Beschwerdegegnerin nimmt dahingehend Stellung, dass die ge- wichtete Beurteilung vordefinierter Input- und Output-Kriterien der Identifi- kation der besten Bewerbung in einem Versorgungsgebiet diene. Letztlich habe die Vorinstanz zu beurteilen, welche der Bewerberinnen am besten in der Lage sei, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Es sei deshalb sinnvoller, umso mehr bei quantitativen Kriterien, auf einen relativen Bewertungs- massstab abzustellen und die Kriterienerfüllung zweier respektive mehre- rer Bewerbungen im direkten Vergleich zueinander anstatt anhand einer abstrakten, externen Grösse zu beurteilen. Indem sie bei den beiden wei- teren quantitativen Subkriterien betreffend die Aus- und Weiterbildung auf dieselbe Bewertungsmethodik zurückgegriffen habe, habe sie methodisch konsistent gehandelt. Solange dies den Beschwerdeführerinnen (vermeint- lich) zum Vorteil gereicht habe, hätten sie sich am Mittelwertvergleich und der zugehörigen Bewertungsskala der Vorinstanz nicht gestört. Es mute deshalb widersprüchlich an, wenn sie ebendiesen Mittelwertvergleich nun im Zusammenhang mit den Subkriterien zur Aus- und Weiterbildung als nicht haltbar und willkürlich beanstanden würden. Schliesslich sei in den

A-959/2024 Seite 26 Ausschreibungsunterlagen für alle Bewerberinnen transparent und präzise ausgewiesen, dass die Vorinstanz die Input-Kriterien mit 35% gewichtet und hinsichtlich des Bereichs der Aus- und Weiterbildung auf die Subkriterien von Aus- und Weiterbildungsbudget sowie Anzahl an Aus- und Weiterbildungstagen pro Programmschaffenden abgestellt habe. Die Vorinstanz habe die in der öffentlichen Ausschreibung verwendeten Kriterien und Unterkriterien in einem Detaillierungsgrad bekanntgegeben, welcher weit über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung hinausgehe. Die Bekanntgabe der Kriterien in der Ausschreibung sei daher nicht zu beanstanden.

E. 6.4.3

In ihrer Vernehmlassung erläutert die Vorinstanz, dass im Zuge der Neukonzessionierung die Bewertung der quantitativen Kriterien anhand des arithmetischen Mittels aus den Angaben der im jeweiligen Versorgungsgebiet eingegangenen Bewerbungen berechnet worden sei. Diese Methodik erleichtere den direkten Vergleich innerhalb eines Versorgungsgebiets und erlaube eine bessere Berücksichtigung individueller Gegebenheiten und Anforderungen der Versorgungsgebiete. Bei den Kriterien zur Aus- und Weiterbildung würden keine festgelegten Benchmarks aus der Musterkonzession hervorgehen.

E. 6.4.4

Die Vorinstanz hat die in der Ausschreibung verwendeten Kriterien und Subkriterien in einem Detaillierungsgrad bekanntgegeben, welcher weit über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung und insbesondere Art. 43 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (SR 784.401; RTVV) hinausgeht (vgl. ausführlich BVGE 2009/64 E. 6.3 ff.; vgl. E. 3.3 hiervor). Zudem hat der Verordnungsgeber keine Gewichtung der Kriterien in der Ausschreibung vorgeschrieben und für den Fall der Veränderung der Umstände eine Anpassung des Verfahrens vorbehalten (Art. 43 Abs. 2 und Abs. 5 RTVV; BVGE 2009/64 E. 6.7). Somit besteht keine Pflicht zu einem grösseren Detaillierungsgrad oder Transparenz der Bewertung in der Ausschreibung. Dass die Vorinstanz ihre Bewertung durch eine Bewertungsmethodik präzisiert und objektiviert hat, entspricht sodann dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. BVGE 2009/64 E. 6.8). Die Rüge der fehlenden gesetzlichen Grundlage erweist sich demnach als unbegründet.

E. 6.4.5

Soweit die Beschwerdeführerinnen die konkrete Bewertungsmethode bezüglich des Subkriteriums "Aus- und Weiterbildung" an sich als unhaltbar rügen, die für die Branche nicht repräsentativ sei, fällt was folgt in Betracht. Fällt der Wert (Anzahl Weiterbildungstage pro Jahr pro Programmschaffenden bzw. Betrag für Aus- und Weiterbildung pro

A-959/2024 Seite 27 Programmschaffenden in Franken) mehr als 10 Prozent höher als das arithmetische Mittel aus, so wird die volle Punktzahl erreicht (75 Punkte). Kommt der Wert (in einem Bereich) plus (bzw.) minus 10 Prozent vom arithmetischen Mittel zu liegen, so gilt das Kriterium als "erfüllt" und wird mit zwei Dritteln der maximalen Punktzahl bewertet (50 Punkte). Unterschreitet die Anzahl Tage bzw. das Budget das arithmetische Mittel um mehr als

E. 6.4.6

Schliesslich ist auf das Punktemaximum von 150 Punkten im Subkriterium Aus- und Weiterbildung einzugehen. In der Ausschreibung wird die relative Gewichtung der Inputkriterien mit 35% angegeben (vgl. Ausschreibung, Ziff. 3.3.1). In der Ausschreibung sowie in der Musterkonzession wird sodann eindeutig auf den grossen Stellenwert der Aus- und Weiterbildung Bezug genommen. Nach den Erläuterungen zur Musterkonzession ist die kontinuierliche Aus- und Weiterbildung zentral, um Qualitätsjournalismus zu gewährleisten (vgl. Ausschreibung, Ziff. 3.3.2.3 sowie Musterkonzession, S. 5). Zudem hat es sich nach dem bereits Gesagten als richtig erwiesen, dass die interne Aus- und Weiterbildung nicht bewertet wurde (vgl. E. 6.1.9 hiervor). Unter Berücksichtigung des Ermessens der Vorinstanz bei der Auswahl und Gewichtung sowie aufgrund dessen, dass Ausschreibungsverfahren nach dem RTVG wenig standardisiert sind (vgl. BVGE 2009/64 E. 6.8), erscheint es jedenfalls nicht unsachgerecht, 150 von 525

A-959/2024 Seite 28 Punkten beim Inputkriterium bzw. von insgesamt 1500 Punkten der gesamten Ausschreibung für die Aus- und Weiterbildung vorzusehen.

E. 6.5

Auch diese Rügen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich als unbegründet. 7. Nachfolgend ist auf das zum Selektionskriterium "Erfüllung des Informationsauftrags" gehörende Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten" einzugehen (sog. Outputkriterium). 7.1 Schliesslich bemängeln die Beschwerdeführerinnen die Überlegungen der Vorinstanz betreffend das Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten". Im Wesentlichen begründe die Vorinstanz die höhere Punktezahl der Beschwerdegegnerin damit, dass diese (angeblich) Sondersendungen zu Wahlen, Skirennen etc. plane. Dabei verkenne die Vorinstanz zunächst, dass Sondersendungen nicht unbedingt zur Vielfalt beitragen müssten, zumal sie sich in der Regel an einen beschränkten Teilnehmerkreis (z. B. Ski-Fans) richten würden. Darüber hinaus sei die Produktion von Sondersendungen aufwändig und teuer. Ob die Beschwerdegegnerin in ihren Planrechnungen für derartige Sendungen ein Budget geschaffen habe, entziehe sich ihrer Kenntnis. Es sei indes von Amtes wegen abzuklären, ob sich diese Sondersendungen auch in den Planrechnungen widerspiegeln würden. Die Vorinstanz verkenne zudem, dass sie im Vergleich zur Beschwerdegegnerin ausschliesslich Sendungen mit lokalem Bezug zum Sendegebiet planen würden. Die Beschwerdegegnerin produziere hingegen zahlreiche Sendungen in Zürich, welche keinen regionalen, sondern sprachregionalen Charakter aufweisen würden. Die festen Programmierungen solcher Sendungen führe zwar vordergründig zu einer höheren "Vielfalt" an Sendungen, verhindere aber gleichzeitig regelmässig die Abbildung regionaler Ereignisse an den betreffenden Wochentagen. Die Vorinstanz gewichte daher die vermeintliche Vielfalt höher als den Kernaspekt der Regionalität. Das klare und stringente Programmraaster von bärnTV mit täglich fünfzehn Minuten Nachrichten und zehn Minuten Vertiefung bzw. Hintergrund, biete eine grössere Informationsgarantie und die bessere Möglichkeit als aufwändige und teure Sondersendungen, um auf aktuelle bzw. lokale Ereignisse flexibel zu reagieren. Sie sei mit ihrem Sendekonzept in der Lage, jederzeit auf aktuelle regionale Ereignisse zu reagieren, ohne eine sogenannte "Sondersendung" umzusetzen. Die Vorinstanz scheine diese Aspekte nicht abgeklärt zu haben, was eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts darstelle.

A-959/2024 Seite 29 7.2 In ihrer Vernehmlassung äussert sich die Vorinstanz dahingehend, dass das Kriterium "Vielfalt an Sendeformaten" nicht auf verschiedene Sendungen, deren lokalen oder regionalen Bezug oder die Vielfalt der darin abgebildeten Standpunkte abziele.

Vielmehr gehe es hier um die Vielfalt an journalistischen Formen wie Interviews oder Reportagen. Aus der Mus-terkonzession gehe hervor, dass Veranstalter ihre Inhalte mittels einer Viel- falt solcher Formen vermitteln sollten. Sondersendungen würden als Be- standteil dieser journalistischen Formen betrachtet und entsprechend in die Beurteilung des Kriteriums einbezogen. Daher seien Ausführungen zu Sondersendungen (vorwiegend zu politischen Ereignissen wie Wahlen oder Abstimmungen, aber auch anderen Themen) positiv bewertet worden. 7.3 Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass Sonder- sendungen durchaus zur Vielfalt beitragen. Nur, weil sie sich unter Umstän- den an einen beschränkten Teilnehmerkreis, wie z. B. Ski-Fans oder Fans des Schwingsports, richten würden, heisse dies noch nicht, dass sie nicht die Vielfalt fördern würden. Wenn die Beschwerdeführerinnen das Vielfalts- gebot so verstünden, dass sie nur Sendungen produzieren würden, welche einen möglichst breiten Kreis erreichen würden, würden sie einen Mainstream-Sender veranstalten, der gerade nicht vielfältig sei. Sie habe in ihrem Gesuch denn auch aufgezeigt, dass sie Sendungen zu den unter- schiedlichsten Themen anbieten werde. Selbstverständlich bestehe ihrer- seits ein Budget für Sondersendungen, welches genüge, um die ab 2025 geplanten vielfältigen Sondersendungen zu lokal-regionalen Themen zu produzieren. Die Sendungen, welche dem Leistungsauftrag zuzurechnen sein, würden allesamt in Bern produziert. Überregionale (bzw. "sprachregi- onale") Sendungen seien bei TeleBärn eine Ergänzung zur vielfältigen und umfangreichen lokal-regionalen Berichterstattung im Bereich des Leis- tungsauftrages. Die unzutreffende Kritik der Beschwerdeführerinnen an den überregionalen Formaten von TeleBärn mute auch deshalb sonderbar an, weil die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Bewerbung genau das vor- hätten, was sie in ihrer Beschwerde zu kritisieren versuchen würden. Bärn TV sei nämlich als Ableger von Tele Basel geplant und das Konzept von bärn TV ziele darauf ab, mit einer Kettenbildung Synergien zu erzielen. In ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz bekräftigt die Beschwerdegegnerin sodann, diese stelle klar, dass es beim Outputkrite- rium "Vielfalt an Sendeformaten" um die Vielfalt an journalistischen Formen gehe. Und diesbezüglich überzeuge ihre Bewerbung zweifelsfrei deutlich mehr, als jene der Beschwerdeführerinnen.

A-959/2024 Seite 30 7.4 Die Beschwerdeführerinnen replizieren, die Beschwerdegegnerin räume selber ein, sprachregionale Sendungen zu veranstalten. Sie versu- che, diese Produktionen als lokalen Mehrwert darzustellen, indem die Re- zipientinnen und Rezipienten damit auch über überregionale Ereignisse in- formiert würden. Mit demselben Argument müssten auch internationale Nachrichten als Bestandteil des lokalen Service public betrachtet werden, was offenkundig nicht der Fall sein könne. Die Vorinstanz habe den Aspekt der sprachregionalen Sendungen in ihrer Begründung nicht erwähnt und diesen zentralen Punkt offensichtlich nicht abgeklärt. Anders lasse es sich nicht erklären, dass diese, von bärnTV bereits im Rahmen der Vernehm- lassung vorgebrachte Argumentation, nicht in die Bewertung einflüsse. Auch wenn die Beschwerdegegnerin zahlreiche Sendungen vorweise, die ausschliesslich einen lokalen Bezug aufweisen würden, so sei nicht einzu- sehen, weshalb ein in Zürich für die gesamte deutsche Sprachregion pro- duzierter Talk einen Beitrag zum lokalen Service public in Bern leisten solle. Das mache bereits die SRG. Es werde bestritten, das bärn TV einfach ein Ableger von Telebasel sei. Aus dem Informationskonzept gehe deutlich hervor, dass im Bereich des Service public keine gemeinsamen Sendun- gen geplant seien. 7.5 In ihrer Duplik weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die über- regionalen bzw. sprachregionalen Sendungen, welche auf TeleBärn eben- falls gezeigt würden, lediglich eine Ergänzung bzw.

einen Mehrwert zur lokal-regionalen Berichterstattung darstellen würden. Die Inhalte dieser überregionalen Sendungen könnten nicht mit internationalen Nachrichten oder nationalen Talks verglichen werden, wie sie etwa die SRG ausstrahle. 7.6 Duplicando hält die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest und stellt sich auf den Standpunkt, dass es den Parteien freistehe, neben den Sendungen, die der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen würden, auch Sendungen mit sprachregionalen, nationalen oder internationalen Inhalten einzuplanen bzw. im Rahmen von Kooperationen zu übernehmen. Diese würden aber nicht unter den konzessionsrechtlichen Leistungsauftrag fallen und seien im zu beurteilenden Verfahren nicht berücksichtigt worden. Eine Ausnahme liege dann vor, wenn ein Veranstalter in solchen Sendungen auf die lokal-regionalen Aspekte des entsprechenden Versorgungsgebiets fokussiere. Auch hierzu würden sich in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin entsprechende Hinweise finden. 7.7 Die Beurteilung der Erfüllung des Informationsauftrags gliedert sich in verschiedene Subkriterien. Konkret wird das Informationskonzept als

A-959/2024 Seite 31 Ganzes (50 Punkte), die Abdeckung des Versorgungsgebiets (100 Punkte), die Vielfalt an Themen, Meinungen und Interessen, Akteurinnen (100 Punkte) sowie die Vielfalt an Sendeformaten (100 Punkte) beurteilt. Zudem wird die Informationsbeschaffung (125 Punkte) sowie das Aufzeigen von Hintergründen und Zusammenhängen (125 Punkte) beurteilt (an- gefochtene Verfügung, Ziff. 4.5.4.1, S. 10). Zum Erreichen der maximalen Punktzahl von 100 Punkten beim Kriterium der Abdeckung des Versorgungsgebiets, muss aus dem Informationskonzept einer Bewerbung nachvollziehbar und plausibel hervorgehen, inwiefern im Rahmen der Erfüllung des Informationsauftrags gemäss Konzession auf verschiedene Formate zurückgegriffen wird und dass im Fall von besonderen Ereignissen im Versorgungsgebiet (beispielsweise Abstimmungen oder Wahlen) Sondersendungen vorgesehen sind (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 4.5.4.1, S. 11). 7.8 Aus der Ausschreibung unter Ziff. 3.3.3.1 auf Seite 10 geht hervor: "Die Musterkonzession der künftigen Veranstalterinnen enthält die folgende Verpflichtung: (...) • In ihren Informationsangeboten deckt sie eine Vielfalt an Themen ab und gibt eine Vielfalt an Meinungen und Interessen wieder. Sie vermittelt diese Inhalte mittels einer Vielfalt an journalistischen Formen. (...)" "(...) Die folgenden Angaben werden Sie unterbreiten bzw. Dokumente hochladen müssen: Programmauftrag (...) 2) Dokument hochladen: Ihr Informationskonzept, das a) konkret Auskunft gibt über die entsprechenden Sendungen oder Sendestrecken, b) über den Inhalt, den Umfang und die verwendeten journalistischen Formen sowie c) über den geschätzten Anteil Eigenleistungen vs. den Anteil Agenturmeldungen. Wo möglich, sind diese Angaben zu quantifizieren." 7.9 Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, wonach Sondersendungen nicht zur Vielfalt an Sendeformaten beitragen, verfängt nicht. Aus der Ausschreibung geht klar hervor, dass es beim Informationskonzept auch um die Vielfalt an journalistischen Formen geht (vgl. S. 10 mit Verweis auf die Musterkonzession). Aus diesem Grund hat die Vorinstanz die Bewerbung der Beschwerdegegnerin aufgrund von Sondersendungen besser bewertet. Dies ist nicht zu beanstanden. Daran vermag auch der Einwand nichts zu ändern, dass sich Sondersendungen nur an einen beschränkten Teilnehmerkreis wenden würden. Es liegt in der Natur der Sache, dass

A-959/2024 Seite 32 bestimmte Formen und Inhalte von Sendungen (z. B. Sondersendungen von Wahlen, Sportveranstaltungen oder Musikfestivals) nicht gleichermaßen alle Zuschauer interessieren werden. Nichtsdestotrotz ist es nachvoll-

ziehbar und nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz grossen Wert auf eine Vielzahl von journalistischen Formen legt und damit die Bewerbung der Beschwerdegegnerin aufgrund von Sondersendungen besser bewertet, da so ein vielfältiges Programm zustande kommt. 7.10 Ebenfalls verfängt das Argument nicht, dass die Beschwerdegegnerin sog. sprachregionale Sendungen veranstalte, welche nicht zum Service public zählen würden. Unter dem Subkriterium "Vielfalt an Sendformaten" ist dies nicht entscheidend, da Sondersendungen zu lokal-regionalen Themen stattfinden. Einzig auf diese hat die Vorinstanz abgestellt, es sei denn sprachregionale Sendungen würden sich auf lokal-regionale Themen beziehen. Im Übrigen steht es der Beschwerdegegnerin frei, auch Sendungen auszustrahlen, die nicht vom Leistungsauftrag erfasst sind, solange sie ihren Leistungsauftrag erfüllt (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer A-7935/2008 vom 25. März 2010 E. 6.6). Diese hat die Vorinstanz jedoch nicht bewertet. Die Beschwerdeführerinnen machen denn auch nicht geltend, dass sie vergleichbare Sondersendungen anbieten würden. 7.11 Weiter kann den Beschwerdeführerinnen auch nicht gefolgt werden, soweit sie ein fehlendes Budget für Sondersendungen geltend machen. Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin in den allgemein zugänglichen Gesuchsbeilagen werden pro Sondersendung für Wahlen Fr. 50'000.– budgetiert (vgl. Informationsauftrag, S. 7). Aus den detaillierten Beilagen geht schliesslich hervor, dass u.a. Personal für saisonale regionale Sendungen sowie für regionale Spezialereignisse eingeplant ist (vgl. Erweiterte Personalkostenliste TeleBärn [AZ Regionalfernsehen AG], Vorakte 07/37; Konzessionsgesuch TeleBärn 07/41, Ziff. 4.1). Somit besteht keinerlei Anzeichen dafür, dass die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich fehlerhaft festgestellt oder ungenügend abgeklärt hätte. Soweit die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich anmerken, dass sie keine Einsicht in die entsprechenden Akten gehabt hätten, bleibt anzumerken, dass sie kein Akteneinsichtsgesuch gestellt haben, sondern ausdrücklich dem Gericht mitteilten, sich aussergerichtlich mit der Beschwerdegegnerin über den Umfang der Akteneinsicht geeinigt zu haben (vgl. Bst. I hier vor). Es erübrigt sich daher, vertieft darauf einzugehen (vgl. zur Akteneinsicht im Allgemeinen das Urteil des BVGer A-2913/2021 vom 24. Oktober 2022 E. 3.3.2).

A-959/2024 Seite 33 7.12 Zusammenfassend erweisen sich die Rügen betreffend das Subkriterium "Vielfalt an Sendformaten" als unbegründet. 8. Als nächstes ist auf eine Bewertungsrüge der Beschwerdegegnerin einzugehen, die sie in ihrer Beschwerdeantwort erhebt. 8.1 Die Beschwerdegegnerin macht in Bezug auf die Programmschaffenden geltend, dass die Vorinstanz bei den beiden Bewerberinnen offensichtlich unterschiedliche Massstäbe angelegt habe. Schon in den Konzessionsgesuchen der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin zeige sich, dass die Anzahl Stellenprozente (FTE) im relevanten Bereich Redaktion/Moderation zur Erfüllung des Leistungsauftrags auf unterschiedliche Weise berechnet und angegeben worden seien. Die Vorinstanz habe aber im Rahmen ihrer Beurteilung der Konzessionsgesuche pflichtwidrig die erforderliche Vergleichbarkeit nicht hergestellt. Überdies erliesse sich aus der angefochtenen Verfügung, den Bewertungsrastern und der zugehörigen Aktennotiz der Vorinstanz vom 8. Januar 2024 zur Bewertung der Konzessionsgesuche Regionalfernseh-Versorgungsgebiet Bern nicht, wie die Vorinstanz die der angefochtenen Verfügung zugrunde gelegte Anzahl der Programmschaffenden (in FTE) genau hergeleitet habe. Gemäss der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz bei den Beschwerdeführerinnen 21 FTE zugrunde gelegt, bei ihr lediglich 16.6 FTE. Es sei zu vermuten, dass die Vorinstanz dabei einzig auf einzelne Angaben zum Personal in der von ihr im eGovernment-Portal erstellten, von den

Be- werberinnen auszufüllenden, elektronischen Eingabemaske abgestellt habe. Dabei habe sie bei ihr – mutmasslich und fehlerhafterweise – ledig- lich die Anzahl FTE der Kategorie "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Mo- deration)" berücksichtigt, bei den Beschwerdeführerinnen hingegen zu- sätzlich die FTE der Kategorie "Beschäftigte Stagiaires Programm". Dies, obwohl sich aus ihrem Konzessionsgesuch vom 27. April 2023 wie auch aus all ihren nachfolgenden Eingaben klar ergebe, dass sie im relevanten Bereich Redaktion/Moderation zur Erfüllung des Leistungsauftrags festan- gestellte Programmschaffende, inkl. zwei Volontärinnen und zwei Prakti- kantinnen, mit total 2'400 Stellenprozenten (=24 FTE) sowie Freelancer mit total 100 Stellenprozenten (= 1 FTE), d. h. total 2'500 Stellenprozenten (=25 FTE) beschäftige. Wenn gemäss den Inputkriterien der Vor- instanz auf das arithmetische Mittel der Anzahl der Programmschaffenden abge- stellt werde, hätten beide Bewerberinnen 66.67 Punkte erhalten müssen.

A-959/2024 Seite 34 Selbst wenn, wider Erwarten, einzig auf die Kategorien "Beschäftigtes Per- sonal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" gemäss der Eingabemaske im eGovernment-Portal abzustellen wäre, wie dies die Vorinstanz mutmasslich, aber fehlerhafterweise getan habe, müss- ten ihr 20.6 FTE und den Beschwerdeführerinnen 21 FTE zugerechnet werden. Auch in diesem Fall müssten beide Bewerberinnen wegen der äusserst geringfügigen Abweichung vom arithmetischen Mittel 66.67 Punkte erhalten. 8.2 In ihrer Vernehmlassung nimmt die Vorinstanz dahingehend Stellung, dass die Beschwerdeführerinnen bei der Bewerbungseinreichung für das beschäftigte Personal 1'900 Stellenprozent und für die Auszubildenden 200 Stellenprozent angegeben hätten. Die Beschwerdegegnerin habe für das beschäftigte Personal 1'660 Stellenprozent und für die Auszubilden- den 400 Stellenprozent angegeben. Während der Prüfung der Angaben sei festgestellt worden, dass die Angaben zur Aus- und Weiterbildung der Veranstalter nicht einheitlich und daher auch nicht vergleichbar gewesen seien. Um eine faire Bewertung zu gewährleisten, habe das BAKOM am 28. Juli 2023 bei den entsprechenden Veranstaltern nachgefragt, um prä- zisere Angaben bezüglich der Aus- und Weiterbildung zu erhalten. Die Be- schwerdeführerinnen hätten im Zuge dieses Mailwechsels angegeben, ins- gesamt 29 Personen oder 2'100 Stellenprozent für Programmschaffende zu beschäftigen. Da sich diese Zahl aus den Eingaben zu den Punkten "Beschäftigtes Personal (Redaktion/ Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" zusammensetze, seien die ursprünglichen Angaben entsprechend von 1'900 auf 2'100 korrigiert worden. Die Beschwerdegeg- nerin habe ihrerseits in ihrer Antwort auf dieselbe Rückfrage 37 Programm- schaffende und 2'400 Stellenprozent angegeben. Aus den Eingaben bei der Bewerbung sowie den Ausführungen aus der Stellungnahme gehe nicht nachvollziehbar hervor, aus welchen Positionen sich diese Stellen- prozent zusammensetzen würden. Eine derart grosse Abweichung von den ursprünglichen 1'660 Stellenprozent und eine entsprechende Ände- rung des Gesuchs sei unplausibel erschienen. Daher sei an den Zahlen der ursprünglichen Eingabe festgehalten worden. Aufgrund der neuen Erklärungen in der Eingabe der Beschwerdegegnerin wären allenfalls 2'060 Stellenprozent beim beschäftigten Personal nach- vollziehbar, da sich diese Zahl ebenfalls aus den Eingaben zu "Beschäftig- tes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Pro- gramm" zusammensetze. Solche Erklärungen seien aber während des Konzessionierungsverfahrens nicht eingebracht worden. In diesem Fall

A-959/2024 Seite 35 wären die zwei Bewerbungen beim Kriterium "Anzahl Programmschaffende" gleichwertig und mit je zwei Dritteln der Punkte zu bewerten, was sich bei der Bepunktung zugunsten der Beschwerdegegnerin auswirken und zu einer grösseren Differenz bei der Bewertung der beiden Bewerbungen führen würde. Auf andere Kriterien, wie das Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden, hätte diese Änderung jedoch – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – keine Auswirkungen. 8.3 Die Beschwerdeführerinnen replizieren, dass die Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht überzeugen würden. Die Feststellungen der Vorinstanz würden nachvollziehbar und stichhaltig erscheinen. 8.4 In ihrer Duplik führt die Beschwerdegegnerin aus, dass die Bewertung des Inputkriteriums "Verhältnis ausgebildete und auszubildende Programmschaffende" sich auf die soeben erwähnte Korrektur nicht auswirke, weil die Beschwerdeführerinnen auf 20.5 FTE ausgebildete Programmschaffende lediglich zwei Auszubildende (2.0 FTE) beschäftigen würden, die Beschwerdegegnerin hingegen vier (4.0 FTE). Entsprechendes habe sie aber auch nie behauptet, entgegen der unzutreffenden Darstellung der Vorinstanz. Sie habe von Anfang an aufgeführt, dass sich die 25 FTE auf insgesamt 37 Personen aufteilen würden. Von einer (unplausiblen) Geschlechtsänderung, wie dies die Vorinstanz darzustellen versuche, könne folglich keine Rede sein. 8.5 Das in der Verfassung verankerte Gebot der Rechtsgleichheit gebietet, dass hinsichtlich der relevanten Angebotsaspekte gesamthaft gesehen jedem Verhandlungsteilnehmer gleichermassen die Möglichkeit zur Angebotsoptimierung eingeräumt wird. Ebenfalls verlangt das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot, dass die Bewertung der Angebote anhand derselben Massstäbe erfolgt beziehungsweise sie mit gleichen Ellen bewertet werden (vgl. E. 3.3.1 hiervor; vgl. ferner Zwischenentscheid des BVerfG B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 9.3.3 m.H. zum Vergaberecht). 8.6 Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Indes steht nicht jede prozessuale Formstrenge mit Art. 29 Abs. 1 BV in Widerspruch, sondern nur

A-959/2024 Seite 36 eine solche, die exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. BGE 145 I 201 E. 4.2.1 und BGE 142 I 10 E. 2.4.2; Urteil des BVerfG 1C_148/2023 vom 25. April 2023 E. 3.2). 8.7 In einem Verwaltungsverfahren ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG von Amtes wegen abzuklären (sog. Untersuchungsgrundsatz). Relativiert wird die Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung in dreifacher Hinsicht, nämlich wenn die Parteien zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung verpflichtet sind, durch den Umstand, dass sie ihre Vorbringen rechtzeitig bei der Behörde einzureichen haben sowie durch die Rüge- und Substanziierungspflicht im Beschwerdeverfahren. Ferner beschränkt sich die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatsächlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm erfüllen (vgl. BVGE 2009/64 E. 7.3; PATRICK L. KRAUSKOPF/WYSSLING MARKUS, in: Praxiskommentar VwVG, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 3. Aufl. 2023, Art. 12 Rz. 3 und 27 f.). 8.8 8.8.1 Vorliegend hat die Vorinstanz gemäss ihrer Vernehmlassung für die Anzahl an Programmschaffenden (soweit ersichtlich) einzig auf die

Angaben gemäss der elektronischen Eingabemaske abgestellt (vgl. Vorakte 07/00). Die Beschwerdegegnerin führt jedoch zu Recht aus, dass sie in ihren Konzessionsunterlagen als auch in ihren übrigen Eingaben im Konzessionierungsverfahren (Stellungnahme vom 7. Juli 2023, S. 2, Vorakte 17; Stellungnahme zu den Anhörungsergebnissen vom 14. August 2023, S. 4, Vorakte 27/01 und Stellungnahme vom 20. Oktober 2023, S. 3, Vorakte 39/01) sowie in ihren Eingaben zur Bereinigung der Bewerbungen betreffend die Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden (vgl. Vorakte 24) bezüglich der Anzahl Programmschaffender stets ihre Angaben bekräftigte. Sie gab an, Programmschaffende mit 2'400 Stellenprozenten (= 24 FTE; inkl. zwei Volontärinnen und zwei Praktikantinnen) sowie Freelancer mit total 100 Stellenprozenten (= 1FTE) zu beschäftigen (total 2'500 Stellenprozent bzw. 25 FTE). Bei der Aus- und Weiterbildung gab sie die Anzahl an Programmschaffenden mit 24 FTE an (Konzessionsgesuch TeleBärn 07/41, Ziff. 4.1; vgl. E. 6.3.4 hiervor). Insoweit als die Beschwerdegegnerin geltend macht, dass entsprechend die Anzahl

A-959/2024 Seite 37 Stellenprozent 2'500 betrage, kann diese Frage aus nachfolgenden Gründen offengelassen werden. Klar ist, dass die Vorinstanz bei der Bereinigung der Angebote die Stagiaires der Beschwerdeführerinnen dazuzählte. Damit veränderten sich deren Stellenprozent von 1'900 auf 2'100. Dagegen belies sie die Stellenprozent in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin bei 1'660, selbst wenn sie zugesteht, dass allenfalls 2'060 Stellenprozent beim beschäftigten Personal nachvollziehbar wären, da sich diese Zahl (in der Eingabemaske) ebenfalls aus den Eingaben zu "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" zusammensetzt. Als Grund dafür, dass das Angebot nicht gleichermassen bereinigt wurde, gibt sie einzig an, dass die Beschwerdegegnerin keine entsprechende Erklärung während des Konzessionierungsverfahren abgegeben habe. Dieser Einschätzung der Vorinstanz kann aus nachfolgenden Gründen nicht gefolgt werden. 8.8.2 Erstens ist das Konzessionierungsverfahren – vorbehaltlich von Mitwirkungspflichten – vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. (vgl. Art. 12 f. VwVG, vgl. E. 8.7 hiervor; vgl. zum Ganzen BVGE 2009/64 E. 7.3). Bereits deshalb wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, nicht einzig auf die Angaben im Gesuchsformular gemäss der Eingabemaske abzustellen, sondern alle Konzessionsunterlagen und Schreiben der Beschwerdegegnerin beizuziehen. Aus diesen geht hervor, dass die Stagiaires (bzw. Volontäre und Praktikanten) nicht in den 1'660 Stellenprozent enthalten sind. Ebenso wenig vermag das Argument zu überzeugen, wonach die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren keine entsprechenden Erklärungen abgegeben habe, dass die Stagiaires (400 Stellenprozent) dazuzählen seien. Die Beschwerdegegnerin hat im Konzessionierungsverfahren ihre Angaben zur Anzahl der Programmschaffenden stets bekräftigt. Zu Recht macht die Vorinstanz denn auch keine Verletzung von Mitwirkungspflichten geltend. Dass die Vorinstanz eine ausdrückliche Erklärung dahingehend verlangt, dass die Stagiaires gemäss der entsprechenden Eingabemaske (eGovernment) dazuzählen seien, erweist sich vor diesem Hintergrund als überspitzt formalistisch und ist bereits aus diesem Grund bundesrechtswidrig. Zweitens hat eine Bereinigung von Angeboten unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zu erfolgen. Soweit die Vorinstanz bei der Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen die Stagiaires zu den Programmschaffenden zählt, hat sie bei vergleichbarer Ausgangslage gleichermassen auch beim Angebot der Beschwerdegegnerin zu verfahren.

A-959/2024 Seite 38 Indem sie dies nicht getan hat, verletzte sie ausserdem einerseits das Gleichbehandlungsgebot und klärte andererseits den Sachverhalt fehlerhaft ab. 8.9 Zusammenfassend verstösst die Bereinigung bzw. die Bewertung der Vorinstanz bezüglich des Subkriteriums "Anzahl Programmschaffende" gegen das Gleichbehandlungsgebot und gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Ebenso hat die Vorinstanz den Sachverhalt in diesem Punkt fehlerhaft abgeklärt. Demnach vergrössert sich die Punktedifferenz zugunsten der Beschwerdegegnerin um 66.667 Punkte (33.333 Punkte mehr für die Beschwerdegegnerin und 33.333 Punkte weniger für die Beschwerdeführerinnen; vgl. zur Zulässigkeit der Motivsubstitution E. 2.3 hiervor). 8.10 Letztlich offenbleiben kann, ob der Beschwerdegegnerin sogar 2'500 Stellenprocente anzurechnen wären, da dies punktemässig aufgrund des massgeblichen arithmetischen Mittels keinen Unterschied machen würde. Unbestritten ist sodann, dass dies keinen (punktemässigen) Einfluss auf das Subkriterium "Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden" hat. Dieser Auffassung ist ebenfalls zu folgen, da das Verhältnis zwar besser wäre, aber punktemässig kein Unterschied resultieren würde, da das entsprechende Verhältnis das arithmetische Mittel nicht mindestens um 10% übersteigen würde. 8.11 Zusammenfassend ist die angefochtene Verfügung in Bezug auf das Subkriterium "Anzahl Programmschaffende" zugunsten der Beschwerdegegnerin zu beanstanden. 9. Abschliessend ist auf die übrigen Bewertungsrügen der Beschwerdeführerinnen sowie der Beschwerdegegner einzugehen. 9.1 Die Beschwerdeführerinnen kritisieren eine fehlerhafte Sachverhaltsabklärung beim Selektionskriterium "Informationskonzept". Sie verlangen einzig eine Besserbewertung ihrer Offerte. Ihnen stünde somit ebenfalls die volle Punktezahl von 50 (statt 36.666 Punkten) zu, falls sie mit ihrer Rüge durchdringen würden. Insgesamt erreichen die Bewerberinnen – unter Beachtung der durch das Bundesverwaltungsgericht getätigten Motivsubstitution im Subkriterium "Anzahl Programmschaffende" – folgende Punktzahlen:

A-959/2024 Seite 39 Kategorie Maximal mögliche Punkte Anzahl vergebene Punkte
 Punkte- differenz zwischen TeleBärn und bärn TV TeleBärn bärnTV Input 525 433.333
 400 +33.333 Korrektur BVGer

466.667 366.667 +100 Output 900 900 850 +50 Gesamtwürdigung 75 50 50 0 Punktetotal
 Vorinstanz 1500 1383.333 1300 +83.333 Punktetotal BVGer

1416.667 1'266.667 150 Punktetotal, sofern der Rüge "Informationskonzept" gefolgt würde.

1416.667 1283.333 133.333

9.2 Vorliegend besteht eine Punktedifferenz von 150 Punkten. Würde der erwähnten Bewertungsrüge der Beschwerdeführerinnen gefolgt, so bestünde eine Punktedifferenz von 133.333 Punkten. Auch die Beschwerdegegnerin erhebt weitere Bewertungsrügen. Dazu gehören die Rügen der Beschwerdegegnerin an der Bewertung des Selektionskriteriums "Striktheit und Kohärenz des Konzepts / Lesbarkeit der Bewerbung" (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 59) sowie an der geforderten Schlechterbewertung der Bewerbung der Beschwerdeführerinnen im Subkriterium "Vielfalt der Sendeformate" (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 58). Unter der Prämisse, dass die Angebote bereits bei einer Punktedifferenz von 133.333 Punkten nicht als "weitgehend gleichwertig" im Sinne von Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG zu betrachten wären, müsste auf die übrigen Bewertungsrügen nicht eingegangen werden. Denn die Beschwerdeführerinnen könnten weder die

Konzessionserteilung an sich selbst noch die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung der Konzession erreichen, was ihnen allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde.

A-959/2024 Seite 40

E. 7

Nachfolgend ist auf das zum Selektionskriterium "Erfüllung des Informationsauftrags" gehörende Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten" einzugehen (sog. Outputkriterium).

E. 7.1

Schliesslich bemängeln die Beschwerdeführerinnen die Überlegungen der Vorinstanz betreffend das Subkriterium "Vielfalt an Sendeformaten". Im Wesentlichen begründe die Vorinstanz die höhere Punktezah der Beschwerdegegnerin damit, dass diese (angeblich) Sondersendungen zu Wahlen, Skirennen etc. plane. Dabei verkenne die Vorinstanz zunächst, dass Sondersendungen nicht unbedingt zur Vielfalt beitragen müssten, zumal sie sich in der Regel an einen beschränkten Teilnehmerkreis (z. B. Ski-Fans) richten würden. Darüber hinaus sei die Produktion von Sondersendungen aufwändig und teuer. Ob die Beschwerdegegnerin in ihren Planrechnungen für derartige Sendungen ein Budget geschaffen habe, entziehe sich ihrer Kenntnis. Es sei indes von Amtes wegen abzuklären, ob sich diese Sondersendungen auch in den Planrechnungen widerspiegeln würden. Die Vorinstanz verkenne zudem, dass sie im Vergleich zur Beschwerdegegnerin ausschliesslich Sendungen mit lokalem Bezug zum Sendegebiet planen würden. Die Beschwerdegegnerin produziere hingegen zahlreiche Sendungen in Zürich, welche keinen regionalen, sondern sprachregionalen Charakter aufweisen würden. Die festen Programmierungen solcher Sendungen führe zwar vordergründig zu einer höheren "Vielfalt" an Sendungen, verhindere aber gleichzeitig regelmässig die Abbildung regionaler Ereignisse an den betreffenden Wochentagen. Die Vorinstanz gewichte daher die vermeintliche Vielfalt höher als den Kernaspekt der Regionalität. Das klare und stringente Programmrastrer von bärnTV mit täglich fünfzehn Minuten Nachrichten und zehn Minuten Vertiefung bzw. Hintergrund, biete eine grössere Informationsgarantie und die bessere Möglichkeit als aufwändige und teure Sondersendungen, um auf aktuelle bzw. lokale Ereignisse flexibel zu reagieren. Sie sei mit ihrem Sendekonzept in der Lage, jederzeit auf aktuelle regionale Ereignisse zu reagieren, ohne eine sogenannte "Sondersendung" umzusetzen. Die Vorinstanz scheine diese Aspekte nicht abgeklärt zu haben, was eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts darstelle.

E. 7.2

In ihrer Vernehmlassung äussert sich die Vorinstanz dahingehend, dass das Kriterium "Vielfalt an Sendeformaten" nicht auf verschiedene Sendungen, deren lokalen oder regionalen Bezug oder die Vielfalt der darin abgebildeten Standpunkte abziele. Vielmehr gehe es hier um die Vielfalt an journalistischen Formen wie Interviews oder Reportagen. Aus der Musterkonzession gehe hervor, dass Veranstalter ihre Inhalte mittels einer Vielfalt solcher Formen vermitteln sollten. Sondersendungen würden als Bestandteil dieser journalistischen Formen betrachtet und entsprechend in die Beurteilung des Kriteriums einbezogen. Daher seien Ausführungen zu Sondersendungen (vorwiegend zu politischen Ereignissen wie Wahlen oder Abstimmungen, aber auch anderen Themen) positiv bewertet worden.

E. 7.3

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass Sondersendungen durchaus zur Vielfalt beitragen. Nur, weil sie sich unter Umständen an einen beschränkten Teilnehmerkreis, wie z. B. Ski-Fans oder Fans des Schwingsports, richten würden, heisse dies noch nicht, dass sie nicht die Vielfalt fördern würden. Wenn die Beschwerdeführerinnen das Vielfaltsgebot so verstünden, dass sie nur Sendungen produzieren würden, welche einen möglichst breiten Kreis erreichen würden, würden sie einen Mainstream-Sender veranstalten, der gerade nicht vielfältig sei. Sie habe in ihrem Gesuch denn auch aufgezeigt, dass sie Sendungen zu den unterschiedlichsten Themen anbieten werde. Selbstverständlich bestehe ihrerseits ein Budget für Sondersendungen, welches genüge, um die ab 2025 geplanten vielfältigen Sondersendungen zu lokal-regionalen Themen zu produzieren. Die Sendungen, welche dem Leistungsauftrag zuzurechnen sein, würden allesamt in Bern produziert. Überregionale (bzw. "sprachregionale") Sendungen seien bei TeleBärn eine Ergänzung zur vielfältigen und umfangreichen lokal-regionalen Berichterstattung im Bereich des Leistungsauftrages. Die unzutreffende Kritik der Beschwerdeführerinnen an den überregionalen Formaten von TeleBärn mute auch deshalb sonderbar an, weil die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Bewerbung genau das vorhätten, was sie in ihrer Beschwerde zu kritisieren versuchen würden. Bärn TV sei nämlich als Ableger von Tele Basel geplant und das Konzept von bärn TV ziele darauf ab, mit einer Kettenbildung Synergien zu erzielen. In ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz bekräftigt die Beschwerdegegnerin sodann, diese stelle klar, dass es beim Outputkriterium "Vielfalt an Sendeformaten" um die Vielfalt an journalistischen Formen gehe. Und diesbezüglich überzeuge ihre Bewerbung zweifelsfrei deutlich mehr, als jene der Beschwerdeführerinnen.

E. 7.4

Die Beschwerdeführerinnen replizieren, die Beschwerdegegnerin räume selber ein, sprachregionale Sendungen zu veranstalten. Sie versuche, diese Produktionen als lokalen Mehrwert darzustellen, indem die Rezipientinnen und Rezipienten damit auch über überregionale Ereignisse informiert würden. Mit demselben Argument müssten auch internationale Nachrichten als Bestandteil des lokalen Service public betrachtet werden, was offenkundig nicht der Fall sein könne. Die Vorinstanz habe den Aspekt der sprachregionalen Sendungen in ihrer Begründung nicht erwähnt und diesen zentralen Punkt offensichtlich nicht abgeklärt. Anders lasse es sich nicht erklären, dass diese, von bärnTV bereits im Rahmen der Vernehmlassung vorgebrachte Argumentation, nicht in die Bewertung einflüsse. Auch wenn die Beschwerdegegnerin zahlreiche Sendungen vorweise, die ausschliesslich einen lokalen Bezug aufweisen würden, so sei nicht einzusehen, weshalb ein in Zürich für die gesamte deutsche Sprachregion produzierter Talk einen Beitrag zum lokalen Service public in Bern leisten solle. Das mache bereits die SRG. Es werde bestritten, das bärn TV einfach ein Ableger von Telebasel sei. Aus dem Informationskonzept gehe deutlich hervor, dass im Bereich des Service public keine gemeinsamen Sendungen geplant seien.

E. 7.5

In ihrer Duplik weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die überregionalen bzw. sprachregionalen Sendungen, welche auf TeleBärn ebenfalls gezeigt würden, lediglich eine Ergänzung bzw. einen Mehrwert zur lokal-regionalen Berichterstattung darstellen würden. Die Inhalte dieser überregionalen Sendungen könnten nicht mit internationalen Nachrichten

oder nationalen Talks verglichen werden, wie sie etwa die SRG ausstrahle.

E. 7.6

Duplicando hält die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest und stellt sich auf den Standpunkt, dass es den Parteien freistehe, neben den Sendungen, die der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen würden, auch Sendungen mit sprachregionalen, nationalen oder internationalen Inhalten einzuplanen bzw. im Rahmen von Kooperationen zu übernehmen. Diese würden aber nicht unter den konzessionsrechtlichen Leistungsauftrag fallen und seien im zu beurteilenden Verfahren nicht berücksichtigt worden. Eine Ausnahme liege dann vor, wenn ein Veranstalter in solchen Sendungen auf die lokal-regionalen Aspekte des entsprechenden Versorgungsgebiets fokussiere. Auch hierzu würden sich in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin entsprechende Hinweise finden.

E. 7.7

Die Beurteilung der Erfüllung des Informationsauftrags gliedert sich in verschiedene Subkriterien. Konkret wird das Informationskonzept als Ganzes (50 Punkte), die Abdeckung des Versorgungsgebiets (100 Punkte), die Vielfalt an Themen, Meinungen und Interessen, Akteurinnen (100 Punkte) sowie die Vielfalt an Sendeformaten (100 Punkte) beurteilt. Zudem wird die Informationsbeschaffung (125 Punkte) sowie das Aufzeigen von Hintergründen und Zusammenhängen (125 Punkte) beurteilt (angefochtene Verfügung, Ziff. 4.5.4.1, S. 10). Zum Erreichen der maximalen Punktzahl von 100 Punkten beim Kriterium der Abdeckung des Versorgungsgebiets, muss aus dem Informationskonzept einer Bewerbung nachvollziehbar und plausibel hervorgehen, inwiefern im Rahmen der Erfüllung des Informationsauftrags gemäss Konzession auf verschiedene Formate zurückgegriffen wird und dass im Fall von besonderen Ereignissen im Versorgungsgebiet (beispielsweise Abstimmungen oder Wahlen) Sondersendungen vorgesehen sind (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 4.5.4.1, S. 11).

E. 7.8

Aus der Ausschreibung unter Ziff. 3.3.3.1 auf Seite 10 geht hervor: "Die Musterkonzession der künftigen Veranstalterinnen enthält die folgende Verpflichtung: (...) In ihren Informationsangeboten deckt sie eine Vielfalt an Themen ab und gibt eine Vielfalt an Meinungen und Interessen wieder. Sie vermittelt diese Inhalte mittels einer Vielfalt an journalistischen Formen. (...)" "(...) Die folgenden Angaben werden Sie unterbreiten bzw. Dokumente hochladen müssen: Programmauftrag (...) 2) Dokument hochladen: Ihr Informationskonzept, das a) konkret Auskunft gibt über die entsprechenden Sendungen oder Sendestrecken, b) über den Inhalt, den Umfang und die verwendeten journalistischen Formen sowie c) über den geschätzten Anteil Eigenleistungen vs. den Anteil Agenturmeldungen. Wo möglich, sind diese Angaben zu quantifizieren."

E. 7.9

Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, wonach Sondersendungen nicht zur Vielfalt an Sendeformaten beitragen, verfängt nicht. Aus der Ausschreibung geht klar hervor, dass es beim Informationskonzept auch um die Vielfalt an journalistischen Formen geht (vgl. S. 10 mit Verweis auf die Musterkonzession). Aus diesem Grund hat die Vorinstanz die Bewerbung der Beschwerdegegnerin aufgrund von Sondersendungen besser bewertet. Dies ist nicht zu beanstanden. Daran vermag auch der Einwand nichts zu ändern, dass sich Sondersendungen nur an einen beschränkten Teilnehmerkreis wenden würden. Es liegt in der Natur der Sache, dass bestimmte Formen und Inhalte von Sendungen (z. B.

Sondersendungen von Wahlen, Sportveranstaltungen oder Musikfestivals) nicht gleichermaßen alle Zuschauer interessieren werden. Nichtsdestotrotz ist es nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz grossen Wert auf eine Vielzahl von journalistischen Formen legt und damit die Bewerbung der Beschwerdegegnerin aufgrund von Sondersendungen besser bewertete, da so ein vielfältiges Programm zustande kommt.

E. 7.10

Ebenfalls verfährt das Argument nicht, dass die Beschwerdegegnerin sog. sprachregionale Sendungen veranstalte, welche nicht zum Service public zählen würden. Unter dem Subkriterium "Vielfalt an Sendformaten" ist dies nicht entscheidend, da Sondersendungen zu lokal-regionalen Themen stattfinden. Einzig auf diese hat die Vorinstanz abgestellt, es sei denn sprachregionale Sendungen würden sich auf lokal-regionale Themen beziehen. Im Übrigen steht es der Beschwerdegegnerin frei, auch Sendungen auszustrahlen, die nicht vom Leistungsauftrag erfasst sind, solange sie ihren Leistungsauftrag erfüllt (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer A-7935/2008 vom 25. März 2010 E. 6.6). Diese hat die Vorinstanz jedoch nicht bewertet. Die Beschwerdeführerinnen machen denn auch nicht geltend, dass sie vergleichbare Sondersendungen anbieten würden.

E. 7.11

Weiter kann den Beschwerdeführerinnen auch nicht gefolgt werden, soweit sie ein fehlendes Budget für Sondersendungen geltend machen. Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin in den allgemein zugänglichen Gesuchsbeilagen werden pro Sondersendung für Wahlen Fr. 50'000.- budgetiert (vgl. Informationsauftrag, S. 7). Aus den detaillierten Beilagen geht schliesslich hervor, dass u.a. Personal für saisonale regionale Sendungen sowie für regionale Spezialereignisse eingeplant ist (vgl. Erweiterte Personalkostenliste TeleBärn [AZ Regionalfernsehen AG], Vorakte 07/37; Konzessionsgesuch TeleBärn 07/41, Ziff. 4.1). Somit besteht keinerlei Anzeichen dafür, dass die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich fehlerhaft festgestellt oder ungenügend abgeklärt hätte. Soweit die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich anmerken, dass sie keine Einsicht in die entsprechenden Akten gehabt hätten, bleibt anzumerken, dass sie kein Akteneinsichtsgesuch gestellt haben, sondern ausdrücklich dem Gericht mitteilten, sich aussergerichtlich mit der Beschwerdegegnerin über den Umfang der Akteneinsicht geeinigt zu haben (vgl. Bst. I hiervor). Es erübrigt sich daher, vertieft darauf einzugehen (vgl. zur Akteneinsicht im Allgemeinen das Urteil des BVGer A-2913/2021 vom 24. Oktober 2022 E. 3.3.2).

E. 7.12

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen betreffend das Subkriterium "Vielfalt an Sendformaten" als unbegründet.

E. 8

Als nächstes ist auf eine Bewertungsrüge der Beschwerdegegnerin einzugehen, die sie in ihrer Beschwerdeantwort erhebt.

E. 8.1

Die Beschwerdegegnerin macht in Bezug auf die Programmschaffenden geltend, dass die Vorinstanz bei den beiden Bewerberinnen offensichtlich unterschiedliche Massstäbe angelegt habe. Schon in den Konzessionsgesuchen der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin zeige sich, dass die Anzahl Stellenprozentanteile (FTE) im relevanten

Bereich Redaktion/Moderation zur Erfüllung des Leistungsauftrags auf unterschiedliche Weise berechnet und angegeben worden seien. Die Vorinstanz habe aber im Rahmen ihrer Beurteilung der Konzessionsgesuche pflichtwidrig die erforderliche Vergleichbarkeit nicht hergestellt. Überdies erschliesse sich aus der angefochtenen Verfügung, den Bewertungsrastern und der zugehörigen Aktennotiz der Vorinstanz vom 8. Januar 2024 zur Bewertung der Konzessionsgesuche Regionalfernseh-Versorgungsgebiet Bern nicht, wie die Vorinstanz die der angefochtenen Verfügung zugrunde gelegte Anzahl der Programmschaffenden (in FTE) genau hergeleitet habe. Gemäss der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz bei den Beschwerdeführerinnen 21 FTE zugrunde gelegt, bei ihr lediglich 16.6 FTE. Es sei zu vermuten, dass die Vorinstanz dabei einzig auf einzelne Angaben zum Personal in der von ihr im eGovernment-Portal erstellten, von den Bewerberinnen auszufüllenden, elektronischen Eingabemaske abgestellt habe. Dabei habe sie bei ihr - mutmasslich und fehlerhafterweise - lediglich die Anzahl FTE der Kategorie "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" berücksichtigt, bei den Beschwerdeführerinnen hingegen zusätzlich die FTE der Kategorie "Beschäftigte Stagiaires Programm". Dies, obwohl sich aus ihrem Konzessionsgesuch vom 27. April 2023 wie auch aus all ihren nachfolgenden Eingaben klar ergebe, dass sie im relevanten Bereich Redaktion/Moderation zur Erfüllung des Leistungsauftrags festangestellte Programmschaffende, inkl. zwei Volontärinnen und zwei Praktikantinnen, mit total 2'400 Stellenprozenten (=24 FTE) sowie Freelancer mit total 100 Stellenprozenten (= 1 FTE), d. h. total 2'500 Stellenprozenten (=25 FTE) beschäftige. Wenn gemäss den Inputkriterien der Vorinstanz auf das arithmetische Mittel der Anzahl der Programmschaffenden abgestellt werde, hätten beide Bewerberinnen 66.67 Punkte erhalten müssen. Selbst wenn, wider Erwarten, einzig auf die Kategorien "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" gemäss der Eingabemaske im eGovernment-Portal abzustellen wäre, wie dies die Vorinstanz mutmasslich, aber fehlerhafterweise getan habe, müssten ihr 20.6 FTE und den Beschwerdeführerinnen 21 FTE zugerechnet werden. Auch in diesem Fall müssten beide Bewerberinnen wegen der äusserst geringfügigen Abweichung vom arithmetischen Mittel 66.67 Punkte erhalten.

E. 8.2

In ihrer Vernehmlassung nimmt die Vorinstanz dahingehend Stellung, dass die Beschwerdeführerinnen bei der Bewerbungseinreichung für das beschäftigte Personal 1'900 Stellenprozent und für die Auszubildenden 200 Stellenprozent angegeben hätten. Die Beschwerdegegnerin habe für das beschäftigte Personal 1'660 Stellenprozent und für die Auszubildenden 400 Stellenprozent angegeben. Während der Prüfung der Angaben sei festgestellt worden, dass die Angaben zur Aus- und Weiterbildung der Veranstalter nicht einheitlich und daher auch nicht vergleichbar gewesen seien. Um eine faire Bewertung zu gewährleisten, habe das BAKOM am 28. Juli 2023 bei den entsprechenden Veranstaltern nachgefragt, um präzisere Angaben bezüglich der Aus- und Weiterbildung zu erhalten. Die Beschwerdeführerinnen hätten im Zuge dieses Mailwechsels angegeben, insgesamt 29 Personen oder 2'100 Stellenprozent für Programmschaffende zu beschäftigen. Da sich diese Zahl aus den Eingaben zu den Punkten "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" zusammensetze, seien die ursprünglichen Angaben entsprechend von 1'900 auf 2'100 korrigiert worden. Die Beschwerdegegnerin habe ihrerseits in ihrer Antwort auf dieselbe Rückfrage 37 Programmschaffende und 2'400 Stellenprozent angegeben. Aus den Eingaben bei der Bewerbung sowie den Ausführungen aus der Stellungnahme gehe nicht nachvollziehbar

hervor, aus welchen Positionen sich diese Stellenprozente zusammensetzen würden. Eine derart grosse Abweichung von den ursprünglichen 1'660 Stellenprozenten und eine entsprechende Änderung des Gesuchs sei unplausibel erschienen. Daher sei an den Zahlen der ursprünglichen Eingabe festgehalten worden. Aufgrund der neuen Erklärungen in der Eingabe der Beschwerdegegnerin wären allenfalls 2'060 Stellenprozente beim beschäftigten Personal nachvollziehbar, da sich diese Zahl ebenfalls aus den Eingaben zu "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" zusammensetze. Solche Erklärungen seien aber während des Konzessionierungsverfahrens nicht eingebracht worden. In diesem Fall wären die zwei Bewerbungen beim Kriterium "Anzahl Programmschaffende" gleichwertig und mit je zwei Dritteln der Punkte zu bewerten, was sich bei der Bepunktung zugunsten der Beschwerdegegnerin auswirken und zu einer grösseren Differenz bei der Bewertung der beiden Bewerbungen führen würde. Auf andere Kriterien, wie das Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden, hätte diese Änderung jedoch - entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin - keine Auswirkungen.

E. 8.3

Die Beschwerdeführerinnen replizieren, dass die Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht überzeugen würden. Die Feststellungen der Vorinstanz würden nachvollziehbar und stichhaltig erscheinen.

E. 8.4

In ihrer Duplik führt die Beschwerdegegnerin aus, dass die Bewertung des Inputkriteriums "Verhältnis ausgebildete und auszubildende Programmschaffende" sich auf die soeben erwähnte Korrektur nicht auswirke, weil die Beschwerdeführerinnen auf 20.5 FTE ausgebildete Programmschaffende lediglich zwei Auszubildende (2.0 FTE) beschäftigen würden, die Beschwerdegegnerin hingegen vier (4.0 FTE). Entsprechendes habe sie aber auch nie behauptet, entgegen der unzutreffenden Darstellung der Vorinstanz. Sie habe von Anfang an aufgeführt, dass sich die 25 FTE auf insgesamt 37 Personen aufteilen würden. Von einer (unplausiblen) Gesuchsänderung, wie dies die Vorinstanz darzustellen versuche, könne folglich keine Rede sein.

E. 8.5

Das in der Verfassung verankerte Gebot der Rechtsgleichheit gebietet, dass hinsichtlich der relevanten Angebotsaspekte gesamthaft gesehen jedem Verhandlungsteilnehmer gleichermassen die Möglichkeit zur Angebotsoptimierung eingeräumt wird. Ebenfalls verlangt das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot, dass die Bewertung der Angebote anhand derselben Massstäbe erfolgt beziehungsweise sie mit gleichen Ellen bewertet werden (vgl. E. 3.3.1 hiervor; vgl. ferner Zwischenentscheid des BVGer B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 9.3.3 m.H. zum Vergaberecht).

E. 8.6

Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Indes steht nicht jede prozessuale Formstrenge mit Art. 29 Abs. 1 BV in Widerspruch, sondern nur eine solche, die exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise

erschwert oder gar verhindert (vgl. BGE 145 I 201 E. 4.2.1 und BGE 142 I 10 E. 2.4.2; Urteil des BGer 1C_148/2023 vom 25. April 2023 E. 3.2).

E. 8.7

In einem Verwaltungsverfahren ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG von Amtes wegen abzuklären (sog. Untersuchungsgrundsatz). Relativiert wird die Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung in dreifacher Hinsicht, nämlich wenn die Parteien zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung verpflichtet sind, durch den Umstand, dass sie ihre Vorbringen rechtzeitig bei der Behörde einzureichen haben sowie durch die Rüge- und Substanziierungspflicht im Beschwerdeverfahren. Ferner beschränkt sich die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm erfüllen (vgl. BVGE 2009/64 E. 7.3; Patrick L. Krauskopf/Wyssling Markus, in: Praxiskommentar VwVG, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 3. Aufl. 2023, Art. 12 Rz. 3 und 27 f.).

E. 8.8.1

Vorliegend hat die Vorinstanz gemäss ihrer Vernehmlassung für die Anzahl an Programmschaffenden (soweit ersichtlich) einzig auf die Angaben gemäss der elektronischen Eingabemaske abgestellt (vgl. Vorakte 07/00). Die Beschwerdegegnerin führt jedoch zu Recht aus, dass sie in ihren Konzessionsunterlagen als auch in ihren übrigen Eingaben im Konzessionierungsverfahren (Stellungnahme vom 7. Juli 2023, S. 2, Vorakte 17; Stellungnahme zu den Anhörungsergebnissen vom 14. August 2023, S. 4, Vorakte 27/01 und Stellungnahme vom 20. Oktober 2023, S. 3, Vorakte 39/01) sowie in ihren Eingaben zur Bereinigung der Bewerbungen betreffend die Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden (vgl. Vorakte 24) bezüglich der Anzahl Programmschaffender stets ihre Angaben bekräftigte. Sie gab an, Programmschaffende mit 2'400 Stellenprozenten (= 24 FTE; inkl. zwei Volontärinnen und zwei Praktikantinnen) sowie Freelancer mit total 100 Stellenprozenten (= 1FTE) zu beschäftigen (total 2'500 Stellenprozent bzw. 25 FTE). Bei der Aus- und Weiterbildung gab sie die Anzahl an Programmschaffenden mit 24 FTE an (Konzessionsgesuch TeleBärn 07/41, Ziff. 4.1; vgl. E. 6.3.4 hiervor). Insoweit als die Beschwerdegegnerin geltend macht, dass entsprechend die Anzahl Stellenprozent 2'500 betrage, kann diese Frage aus nachfolgenden Gründen offengelassen werden. Klar ist, dass die Vorinstanz bei der Bereinigung der Angebote die Stagiaires der Beschwerdeführerinnen dazuzählte. Damit veränderten sich deren Stellenprozent von 1'900 auf 2'100. Dagegen belies sie die Stellenprozent in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin bei 1'660, selbst wenn sie zugesteht, dass allenfalls 2'060 Stellenprozent beim beschäftigten Personal nachvollziehbar wären, da sich diese Zahl (in der Eingabemaske) ebenfalls aus den Eingaben zu "Beschäftigtes Personal (Redaktion/Moderation)" sowie "Beschäftigte Stagiaires Programm" zusammensetze. Als Grund dafür, dass das Angebot nicht gleichermassen bereinigt wurde, gibt sie einzig an, dass die Beschwerdegegnerin keine entsprechende Erklärung während des Konzessionierungsverfahren abgegeben habe. Dieser Einschätzung der Vorinstanz kann aus nachfolgenden Gründen nicht gefolgt werden.

E. 8.8.2

Erstens ist das Konzessionierungsverfahren - vorbehaltlich von Mitwirkungspflichten - vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. (vgl. Art. 12 f. VwVG, vgl. E. 8.7 hiervor; vgl. zum

Ganzen BVGE 2009/64 E. 7.3). Bereits deshalb wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, nicht einzig auf die Angaben im Gesuchsformular gemäss der Eingabemaske abzustellen, sondern alle Konzessionsunterlagen und Schreiben der Beschwerdegegnerin beizuziehen. Aus diesen geht hervor, dass die Stagiaires (bzw. Volontäre und Praktikanten) nicht in den 1'660 Stellenprozenten enthalten sind. Ebenso wenig vermag das Argument zu überzeugen, wonach die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren keine entsprechenden Erklärungen abgegeben habe, dass die Stagiaires (400 Stellenprozent) dazuzuzählen seien. Die Beschwerdegegnerin hat im Konzessionierungsverfahren ihre Angaben zur Anzahl der Programmschaffenden stets bekräftigt. Zu Recht macht die Vorinstanz denn auch keine Verletzung von Mitwirkungspflichten geltend. Dass die Vorinstanz eine ausdrückliche Erklärung dahingehend verlangt, dass die Stagiaires gemäss der entsprechenden Eingabemaske (eGovernment) dazuzuzählen seien, erweist sich vor diesem Hintergrund als überspitzt formalistisch und ist bereits aus diesem Grund bundesrechtswidrig. Zweitens hat eine Bereinigung von Angeboten unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zu erfolgen. Soweit die Vorinstanz bei der Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen die Stagiaires zu den Programmschaffenden zählt, hat sie bei vergleichbarer Ausgangslage gleichermassen auch beim Angebot der Beschwerdegegnerin zu verfahren. Indem sie dies nicht getan hat, verletzte sie ausserdem einerseits das Gleichbehandlungsgebot und klärte andererseits den Sachverhalt fehlerhaft ab.

E. 8.9

Zusammenfassend verstösst die Bereinigung bzw. die Bewertung der Vorinstanz bezüglich des Subkriteriums "Anzahl Programmschaffende" gegen das Gleichbehandlungsgebot und gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Ebenso hat die Vorinstanz den Sachverhalt in diesem Punkt fehlerhaft abgeklärt. Demnach vergrössert sich die Punktedifferenz zugunsten der Beschwerdegegnerin um 66.667 Punkte (33.333 Punkte mehr für die Beschwerdegegnerin und 33.333 Punkte weniger für die Beschwerdeführerinnen; vgl. zur Zulässigkeit der Motivsubstitution E. 2.3 hiervor).

E. 8.10

Letztlich offenbleiben kann, ob der Beschwerdegegnerin sogar 2'500 Stellenprozent anzurechnen wären, da dies punktemässig aufgrund des massgeblichen arithmetischen Mittels keinen Unterschied machen würde. Unbestritten ist sodann, dass dies keinen (punktemässigen) Einfluss auf das Subkriterium "Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Programmschaffenden" hat. Dieser Auffassung ist ebenfalls zu folgen, da das Verhältnis zwar besser wäre, aber punktemässig kein Unterschied resultieren würde, da das entsprechende Verhältnis das arithmetische Mittel nicht mindestens um 10% übersteigen würde.

E. 8.11

Zusammenfassend ist die angefochtene Verfügung in Bezug auf das Subkriterium "Anzahl Programmschaffende" zugunsten der Beschwerdegegnerin zu beanstanden.

E. 9

Abschliessend ist auf die übrigen Bewertungsrügen der Beschwerdeführerinnen sowie der Beschwerdegegner einzugehen.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren eine fehlerhafte Sachverhaltsabklärung beim Selektionskriterium "Informationskonzept". Sie verlangen einzig eine Besserbewertung ihrer Offerte. Ihnen stünde somit ebenfalls die volle Punktezahl von 50 (statt 36.666 Punkten) zu, falls sie mit ihrer Rüge durchdringen würden. Insgesamt erreichen die Bewerberinnen - unter Beachtung der durch das Bundesverwaltungsgericht getätigten Motivsubstitution im Subkriterium "Anzahl Programmschaffende" - folgende Punktzahlen: Kategorie Maximal mögliche Punkte Anzahl vergebene Punkte Punkte-differenz zwischen TeleBärn und bärn TV TeleBärn bärnTV Input 525 433.333 400 +33.333 Korrektur BVGer 466.667 366.667 +100 Output 900 900 850 +50 Gesamtwürdigung 75 50 50 0 Punktetotal Vorinstanz 1500 1383.333 1300 +83.333 Punktetotal BVGer 1416.667 1'266.667 150 Punktetotal, sofern der Rüge "Informationskonzept" gefolgt würde. 1416.667 1283.333 133.333

E. 9.2

Vorliegend besteht eine Punktedifferenz von 150 Punkten. Würde der erwähnten Bewertungsrüge der Beschwerdeführerinnen gefolgt, so bestünde eine Punktedifferenz von 133.333 Punkten. Auch die Beschwerdegegnerin erhebt weitere Bewertungsrügen. Dazu gehören die Rügen der Beschwerdegegnerin an der Bewertung des Selektionskriteriums "Stringenz und Kohärenz des Konzepts / Lesbarkeit der Bewerbung" (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 59) sowie an der geforderten Schlechterbewertung der Bewerbung der Beschwerdeführerinnen im Subkriterium "Vielfalt der Sendeformate" (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 58). Unter der Prämisse, dass die Angebote bereits bei einer Punktedifferenz von 133.333 Punkten nicht als "weitgehend gleichwertig" im Sinne von Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG zu betrachten wären, müsste auf die übrigen Bewertungsrügen nicht eingegangen werden. Denn die Beschwerdeführerinnen könnten weder die Konzessionserteilung an sich selbst noch die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung der Konzession erreichen, was ihnen allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde.

E. 10

Zu prüfen bleibt, ob die Angebote – ausgehend von einer Punktedifferenz von 133.333 Punkten (vgl. E. 9.1 hiervor) – gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG als weitgehend gleichwertig zu betrachten wären.

E. 10.1

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass sich angesichts der Rechtsprechung bereits die Differenz von 83.33 Punkte innerhalb eines Bereichs bewegen würde, in dem die Bewerbungen als "weitgehend gleichwertig" zu betrachten seien.

E. 10.2

Die Vorinstanz nimmt dahingehend Stellung, dass die Beschwerde- gegnerin einen Vorsprung von 83.333 Punkten (von insgesamt 1500 Punk- ten) auf die Beschwerdeführerinnen habe. Bei einer Abweichung in dieser Grössenordnung gehe sie als Konzessionsbehörde in konstanter Praxis von einem deutlichen Vorsprung und nicht von weitgehender Gleichwertig- keit aus. Das Präferenzkriterium sei daher nicht geprüft worden.

E. 10.3

In ihrer Beschwerdeantwort äussert sich die Beschwerdegegnerin da- hingehend, dass der Unterschied der Bewerbungen, welcher bei 83.33 Punkten liege, gemessen an der Maximalpunktzahl 5.55% entspreche, ge- messen an der durch sie erreichten Punktzahl 6%. Die Vorinstanz sei mit Blick auf diesen Unterschied zu Recht davon ausgegangen, dass sie den Leistungsauftrag besser erfüllen könne als die Beschwerdeführerinnen. Es gebe weder in den massgeblichen Rechtsnormen eine fixe und klare quan- titative Grenze, bei Unterschreitung derer weitgehende Gleichwertigkeit anzunehmen sei, noch sei eine solche durch die Rechtsprechung entwi- ckelt worden. Deshalb habe die Vorinstanz bei der Beurteilung der Bewer- bungen sowie beim Entscheid, ob weitgehende Gleichwertigkeit vorliege, einen weiten Ermessensspielraum. Zumal die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfüge, welches bei der entsprechenden Beurteilung mass- gebend sei, müsse das angerufene Gericht deren Ermessensspielraum respektieren und dürfe nicht leichthin bzw. ohne Not in deren Ermessens- entscheide eingreifen. Dies sei bereits in früheren Entscheiden bestätigt worden.

E. 10.4

Die Beschwerdegegnerin repliziert, dass der Vorinstanz bei der Inter- pretation derartiger Rechtsbegriffe kein gesonderter Ermessensspielraum zukomme. Richtig sei, dass das Bundesverwaltungsgericht nur zur Not ins Ermessen der Vorinstanz eingreife, wenn es um die Frage der Bemes- sungskriterien oder Punktevergabe wie z. B. bei der Stringenz der Bewer- bung gehe. Nur in Fällen, in denen das Vorgehen der Vorinstanz

A-959/2024 Seite 41 unsachgemäss erscheine oder zu sachfremden Ergebnisse führe, setze das Bundesverwaltungsgericht sein Ermessen anstelle der Vorinstanz oder weise die Angelegenheit zur Neuurteilung zurück. Dieser grosse Ermes- sensspielraum gelte indes nicht bei der Interpretation von Rechtsbegriffen wie der "weitgehenden Gleichwertigkeit". Welche Punktedifferenz als gleichwertig anzusehen sei, stelle eine Rechtsfrage dar, welche das Bun- desverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der gängigen Auslegungs- methoden zu ermitteln habe.

E. 10.5

In ihrer Duplik entgegnet die Beschwerdegegnerin, es müsse durch Auslegung ermittelt werden, was unter dem Terminus "weitgehend gleich- wertig" zu verstehen sei. Diese Auslegung führe aber lediglich zum Ergeb- nis, dass eben dies im Einzelfall beurteilt werden müsse. Hätte der Gesetz- geber eine fixe und klare quantitative Grenze gewollt, bei Unterschreitung derer weitgehende Gleichwertigkeit anzunehmen sei, hätte er eine solche ins Gesetz geschrieben (oder den Entscheid zumindest an den Verord- nungsgeber delegiert). Er habe sich aber bewusst für eine offene Formu- lierung entschieden, damit im Einzelfall die richtige Rechtsfolge angeord- net werden könne. Dies entspreche auch Sinn und Zweck der Bestimmung. Diese Einzelfallbeurteilung könne wiederum nur vornehmen, wer die Be- werbungen umfassend eingesehen habe und über die notwendigen Fach- kenntnisse verfüge. Dies treffe in erster Linie auf die Vorinstanz zu. In de- ren Beurteilung, ob weitgehende Gleichwertigkeit im Sinne des RTVG vor- liege, dürfe nicht ohne Not eingegriffen werden.

E. 10.6

Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags meh- rere Bewerber als weitgehend gleichwertig erscheinen, wird jener bevor- zugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert (sog. Präferenzkriterium (vgl. E. 3.2 hiavor). Nach

einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gilt eine Differenz von 10% bei den entscheidenden Input- und Outputfaktoren als klarer Vorsprung (Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 25). In einem anderen Urteil schützte das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass bei einem Unterschied von 3% von weitgehender Gleichwertigkeit auszugehen sei. Das Bundesverwaltungsgericht betonte diesbezüglich das grosse Ermessen der Vorinstanz. Es stellte zudem auf die deutsche Fassung von Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG ab ("weitgehend gleichwertig" statt "équivalentes"; Urteil des BVGer A-7761/2008 vom 9. Dezember 2009 E. 6.2).

E. 10.7

Die Beschwerdegegnerin übertrifft die Beschwerdeführerinnen – vorbehaltlich der offengelassenen Rüge – um 150 Punkte. Würden die

A-959/2024 Seite 42 Beschwerdeführerinnen mit ihrer offengelassenen Rüge durchringen, so ergäbe sich eine Punktedifferenz von 133.333 Punkten. Ausgehend von letzterer Punktedifferenz betrüge der Abstand gemessen an der Maximalpunktzahl 8.89% bzw. gemessen an der durch die Beschwerdegegnerin erreichten Punktzahl 9.42%. Damit ist der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend zuzustimmen, dass bei diesem Ausgang keine weitgehend gleichwertigen Bewerbungen vorliegen. Somit war die Vorinstanz im Übrigen auch nicht verpflichtet, das Präferenzkriterium gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG zu prüfen.

E. 11

Zusammenfassend sind die Bewerbungen nicht als weitgehend gleichwertig zu erachten. Es erübrigt sich, auf die übrigen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten einzugehen, da sie im Ergebnis nichts zu ändern vermögen.

E. 12

Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtskonform und die Beschwerde ist somit abzuweisen.

E. 13

Vorliegend erscheint ein direkter Entscheid in der Hauptsache möglich, zumal der Schriftenwechsel in der Hauptsache abgeschlossen ist. Deshalb ist es nicht erforderlich, zuerst gesondert über den Antrag auf Anhörung bezüglich der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zu entscheiden (vgl. prozessualer Antrag Nr. 1 der Vorinstanz). Diese würden mit einer Zwischenverfügung angeordnet, die mit dem Entscheid in der Hauptsache ohnehin dahinfiele (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.1.2). Ebenso erübrigt sich die Koordination mit den Verfahren A-624/2024 und A-931/2024 (vgl. prozessualer Antrag Nr. 2 der Vorinstanz). Da das vorliegende Urteil bereits vor jenen Verfahren endgültig und damit rechtskräftig entschieden wird (vgl. Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), verliert die Beschwerdegegnerin bzw. ihr Unternehmen im Sinne des RTVG die vorliegende Konzession nicht. Damit klärt das vorliegende Urteil die Anzahl an Konzessionen der Beschwerdegegnerin bzw. ihres Unternehmens mit Blick auf die sog. 2+2 Regel, welche die Anzahl an Fernseh-Konzessionen und Radio-Konzessionen auf je zwei pro Veranstalter bzw. Unternehmen begrenzt (vgl. Art. 44 Abs. 3 RTVG; vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 4.3.3 f.).

E. 14

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

E. 14.1

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerinnen sind insgesamt als vollständig unterliegend zu betrachten. Sie haben die auf Fr. 5'000.– festgesetzten Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von den Beschwerdeführerinnen einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

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 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). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdegegnerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Beschwerdegegnerin hat vorliegend keine Kostennote eingereicht, in der Beschwerdeantwort jedoch die Einreichung einer solchen nach Abschluss des Schriftenwechsels auf Aufforderung hin in Aussicht gestellt. Eine Verpflichtung des Bundesverwaltungsgerichts, die Parteien ausdrücklich zur Einreichung einer Kostennote aufzufordern, besteht nicht. Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn Rechtsvertreter die Einreichung einer Kostennote auf Aufforderung hin in Aussicht stellen, falls sich der notwendige Vertretungsaufwand – wie vorliegend – aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen lässt (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE; Urteile des BVer 2C_730/2017 vom 4. April 2018, E. 3.4 und 2C_422/2011 vom 9. Januar 2012 E. 2; MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., 2019, Rz. 17 zu Art. 64 m.w.H.). In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwandes, namentlich für das Verfassen der Rechtsschriften, hält das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– für angemessen, welche zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung durch die

A-959/2024 Seite 44 Beschwerdeführerinnen zu entrichten ist (vgl. Art. 7 Abs. 5 VGKE). Schliesslich hat die Vorinstanz keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 15

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. p BGG). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).

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