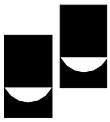
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-7762/2008
{T 1/2}

Urteil vom 10. Dezember 2009

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Jana Mäder.

Parteien

Günter **Heuberger**, Tele Säntis AG (in Gründung),
Postfach 2299, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführer,

gegen

TVO AG, Bionstrasse 4, 9001 St. Gallen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jascha Schneider-Marfels, Bratschi Wiederkehr & Buob, Steinenberg 19, 4001 Basel,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK),
Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fernsehkonzession.

Sachverhalt:

A.
Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 4. September 2007 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen in der Schweiz aus. Im Dezember 2007 bewarben sich die Tele Säntis AG (in Gründung) und die TVO AG um die Fernsehkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 11 (Region Ostschweiz), welches die Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden sowie die Bezirke Arbon und Bischofszell (Kanton Thurgau) umfasst.

B.
Nach Durchführung einer öffentlichen Anhörung, in deren Rahmen sich Kantone, Interessenverbände, die Bewerber sowie weitere interessierte Kreise äussern konnten, bewertete das BAKOM die Bewerbungen. In einem ersten Schritt prüfte es, ob die Bewerber die Qualifikationskriterien (bzw. Konzessionsvoraussetzungen) erfüllten, d.h. ob ihnen überhaupt eine Konzession erteilt werden kann. Da dies bei zwei Bewerbungen zutraf, aber nur eine Konzession zu vergeben war, beurteilte es in einem zweiten Schritt, wer besser in der Lage sei, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Zu diesem Zweck bewertete es die Bewerbungen anhand von vorgängig definierten Selektionskriterien. Es beurteilte dabei die Strukturen der Bewerber (Qualitätssicherung, Arbeitsbedingungen, Ausbildung und Anzahl der Programmschaffenden, sog. Inputkriterien), die journalistischen Leistungen (Art, Umfang und Vielfalt der Informationsangebote, sog. Outputkriterien) sowie das technische, zeitliche und finanzielle Konzept zur Verbreitung des Programms.

Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) der TVO AG mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 11. Die Bewerbung der Tele Säntis AG (in Gründung) wurde abgewiesen.

B.a Das UVEK führte in der Verfügung aus, beide Bewerberinnen würden die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) erfüllen und es komme damit zu einer Selektion, wobei die Ausführungen der Bewerberinnen zu den einzelnen

Elementen des Leistungsauftrags miteinander verglichen und bewertet würden.

B.b Hinsichtlich der Inputfaktoren würden die Bewerberinnen ein gleichwertiges Qualitätssicherungssystem präsentieren. Beim Kriterium "Programmschaffende" übertreffe die Bewerbung der Tele Säntis AG (in Gründung) diejenige der TVO AG in quantitativer Sicht. Der Tele Säntis AG (in Gründung) fehle es im Bereich Weiterbildung aber an einem eigentlichen Ausbildungsangebot für Berufseinsteiger. Betreffend Arbeitsbedingungen schneide die TVO AG bei den Kriterien Arbeitszeit, Lohn und Lohnentwicklung deutlich besser ab als die Tele Säntis AG (in Gründung). Letztere würde allerdings als einzige Bewerberin mit den Gewerkschaften einen Firmenvertrag abschliessen. Insgesamt erfülle die TVO AG die Inputkriterien deutlich besser als die Tele Säntis AG (in Gründung).

B.c In Bezug auf die Outputfaktoren erfülle die TVO AG den Informationsauftrag insgesamt besser. Ausschlaggebend sei hier die Aktualität und die Anzahl Informationsminuten, die dem Publikum angeboten würden. Auch hinsichtlich des Vielfaltsgebotes und der verschiedenen Sendungsarten übertreffe die Bewerbung der TVO AG diejenige der Tele Säntis AG (in Gründung). Die Produktion von Programmfenstern, wie sie von der Tele Säntis AG (in Gründung) vorgesehen sei, sei aus der Sicht des Leistungsauftrags nicht nötig und der Mitteleinsatz erscheine so gesehen nicht effizient. Aus demselben Grund sei auch der im Vergleich zu der TVO AG höhere Stellenetat der Tele Säntis AG (in Gründung) zu relativieren.

B.d Beim Kriterium der Verbreitung würden die Bewerberinnen die Vorgaben der Ausschreibung erfüllen und seien in der Lage, das ausgeschriebene Gebiet technisch zu versorgen.

B.e Die Analyse der Angaben der Bewerberinnen zu den Selektionskriterien ergebe einen deutlichen Vorteil für das Projekt Tele Ostschweiz (TVO AG). Auch mit Einbezug des gleichwertig erfüllten Kriteriums der Verbreitung bleibe ein deutlicher Vorsprung der TVO AG bestehen. Aufgrund dieses Ausgangs zugunsten der TVO AG verfüge die Konzessionsbehörde über keinen Ermessensspielraum und es müsse nicht geprüft werden, welche der beiden Bewerbungen die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichere.

C.
Mit Eingabe vom 3. Dezember 2008 erhebt Günter Heuberger (Tele Säntis AG [in Gründung], nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) vom 31. Oktober 2008. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an ihn.

C.a Zur Begründung bringt er vor, die Vorinstanz hätte bei pflichtgemässer Bewertung der beiden praktisch identischen Gesuche der Tele Top AG (Bewerberin im Versorgungsgebiet Nr. 10) und desjenigen des Beschwerdeführers (Versorgungsgebiet Nr. 11) eine weitgehend gleiche Bewertung erhalten müssen.

C.b Zudem habe die Vorinstanz die Konzessionsvoraussetzung, wonach ein Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährden dürfe (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) in Bezug auf das Konzessionsgesuch der Beschwerdegegnerin nicht geprüft.

C.c Die Beschwerdegegnerin habe mit ihrem Schreiben vom 6. Februar 2008 an den Kanton Appenzell Ausserrhoden eine Änderung im Gesuch vorgenommen. Dies sei mit dem Ausschreibungsverfahren nicht vereinbar und stelle einen groben Verstoss gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben dar.

C.d Sinngemäss bringt der Beschwerdeführer weiter vor, er verfüge über ein besseres Qualitätssicherungssystem als die Beschwerdegegnerin. Auch sei es realitätsfremd, von grösseren Fernsehen zu verlangen, zweijährige Stages anzubieten. Dies sei übrigens weder in der Ausschreibung noch in den Unterkriterien verlangt worden. Betreffend die Arbeitsbedingungen habe er im Gesuch lediglich die Mindestlöhne definiert. Es sei aber selbstverständlich, dass in allen Bereichen Marktlöhne bezahlt würden.

C.e Hinsichtlich des Informationsauftrags sei die Behauptung in der Verfügung vom 31. Oktober 2008, er verzichte auf ein aktuelles Programm am Samstag und Sonntag, schlichtweg falsch. Im Gesuch habe es keinen Hinweis auf eine Ausstrahlung von lediglich Montag bis Freitag gegeben. So sei denn im Gesuch auch kein anderer Stundenraster für das Wochenende aufgeführt worden. Zudem habe die Vorinstanz einseitig und unkritisch auf die Meinung des Regierungsrates des Kantons St. Gallen abgestellt und jene des

Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden nicht miteinbezogen.

C.f Die Vorinstanz hätte schliesslich berücksichtigen müssen, dass er sich Gedanken über die zukünftige Verbreitung gemacht habe. Die Beschwerdegegnerin gehe dagegen bloss davon aus, dass die Verbreitungswege bis zum Ende der Konzession unverändert bleiben würden.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 3. Februar 2009 hat die Instruktionsrichterin die Anträge der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bzw. Deponierung der Gebührengelder auf einem Sperrkonto während der Dauer des Verfahrens abgewiesen.

E.
Die TVO AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. März 2009 das Nichteintreten auf die Beschwerde. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Des Weiteren stellt sie diverse Beweisanträge (BVGer ex officio).

E.a Nicht Günter Heuberger als Privatperson und einziger Gründer habe die Beschwerde eingereicht, sondern die Tele Säntis AG (in Gründung) oder die Tele Top AG. Die Tele Säntis AG (in Gründung) sei als eine Aktiengesellschaft in Gründung aber nicht parteifähig. Zudem sei Günter Heuberger in Bezug auf die Tele Top AG nicht einzelunterschriftsberechtigt. Das Konzessionsgesuch sei im Dezember 2007 eingereicht worden und habe nur einen Universalaktionär genannt, was nach damaligem Recht nicht ausgereicht habe, um eine Aktiengesellschaft zu gründen bzw. sich als Aktiengesellschaft in Gründung rechtsgenüglich an einer öffentlichen Ausschreibung zu beteiligen. Ferner bestreitet die Beschwerdegegnerin den fristgerechten Eingang der Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, da die Verfügung dem Beschwerdeführer schon am 31. Oktober 2008 per E-Mail zugegangen sei.

E.b Weiter verneint die Beschwerdegegnerin, nach Ablauf der Bewerbungsfrist bei der Vorinstanz Unterlagen nachgereicht bzw. das Gesuch in irgendeiner Form abgeändert zu haben.

E.c Ausserdem habe der Beschwerdeführer die Werbeeinnahmen zu hoch budgetiert und damit nicht glaubhaft dargelegt, dass er die erforderlichen Investitionen und den Betrieb selbständig finanzieren könne (Art. 44 Abs. 1 Bst. b RTVG). Der Beschwerdeführer lege dar, dass er über maximal 30% der zu gründenden Tele Säntis AG verfügen werde. Damit habe er nicht bekannt gegeben, wer über die restlichen 70% verfügen werde, weshalb die Konzessionsvoraussetzung des Art. 44 Abs. 1 Bst. c RTVG nicht erfüllt sei. Des Weiteren setze die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g i.V.m. Art. 74 f. RTVG eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) sowie einen konkreten Missbrauchsfall voraus. Beides liege nicht vor. Auch habe es keine solchen Hinweise gegeben, weshalb die Vorinstanz die Wettbewerbskommission (WEKO) nicht habe konsultieren müssen. Es sei strikt zwischen "Gefährdung" (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) und "Bereicherung" (Art. 45 Abs. 3 RTVG) der Angebots- und Meinungsvielfalt zu unterscheiden.

E.d Betreffend die Inputfaktoren führt die Beschwerdegegnerin insbesondere aus, die Deklaration der redaktionellen Kapazitäten im Konzessionsgesuch des Beschwerdeführers sei irreführend. Auch sei es durchaus sachgerecht, die Ausbildung von Berufsanfängern zu fördern. Die Ausführung des Beschwerdeführers, er bezahle nicht die garantierten Mindestlöhne, sondern Marktlöhne, sei als Nachbesserung der Bewerbung nicht zu hören.

E.e Hinsichtlich der Outputfaktoren hält die Beschwerdegegnerin fest, dass die vom Beschwerdeführer geplanten Programmfenster dem integrativen Gedanken zuwiderlaufen würden und unter dem Aspekt der Gebührenfinanzierung nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar seien. Zudem sei die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer am Wochenende keine tagesaktuellen Sendungen anbieten würde, korrekt. Allfällige Widersprüche im Gesuchstext habe sich der Beschwerdeführer selber zuzuschreiben.

E.f Die Ausführungen der Vorinstanz zu den Bewerbungen in unterschiedlichen Gebieten seien als relativ und nicht absolut anzusehen. So bedeute es nicht, dass wenn die Bewerbung des Beschwerdeführers im Versorgungsgebiet Nr. 10 bessere Noten als TeleZüri erhalten habe, dass seine Bewerbung im Versorgungsgebiet Nr. 11 im

Verhältnis zum Gesuch der Beschwerdegegnerin ebenfalls besser abschneiden müsse.

E.g Hinsichtlich der Verbreitung sei grundsätzlich eine Beschränkung auf das Konzessionsgebiet verlangt, was mit der unverschlüsselten Verbreitung über Satellit nicht möglich wäre. Das Verbreitungskonzept des Beschwerdeführers verletzte somit das RTVG oder sei zumindest unrealistisch.

F.
Mit Vernehmlassung vom 13. März 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

F.a Zur Begründung bringt sie vor, dass die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt den Nachweis eines Missbrauchs der Marktmacht voraussetze. Für einen solchen Missbrauch habe es keine konkreten Anhaltspunkte gegeben.

F.b Gemäss Ausschreibung sei die Schaffung von Stages keine explizite Pflicht, jedoch werde an mehreren Stellen unmissverständlich auf die grosse Bedeutung der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden hingewiesen. Auch habe der Beschwerdeführer neben der Mindestlohntabelle keine weiteren Angaben betreffend Lohn gemacht.

F.c Bezüglich des Programms habe sie aufgrund des eingereichten "News-Konzeptes 2006" davon ausgehen müssen, dass am Wochenende keine tagesaktuellen News-Sendungen stattfinden würden. Endscheidend für die Bewertung sei aber nicht der reduzierte Sendebetrieb am Wochenende gewesen, sondern dass die Gesuchsunterlagen bezüglich der Sendungskonzepte nicht kongruent gewesen seien. Zuschauerbindende Massnahmen seien erwünscht, hätten jedoch – wie auch die Ausführungen zum Fensterprogramm – keinen Eingang in die Punktebewertung gefunden. Beim Kriterium "Sendungsarten" habe die Beschwerdegegnerin besser abgeschnitten, weil sie eine vielfältigere Auswahl an Sendungsarten ausstrahlen wolle und andererseits explizit einmal pro Monat "Dokumentationen zu wichtigen regionalen Themen" von mindestens 20 Minuten Dauer eingeplant habe.

F.d Zum Einwand des Beschwerdeführers, dass seine beiden Bewerbungen in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 ungefähr gleich hätten bewertet werden müssen, hält die Vorinstanz fest, dass sie die

Bewerbungen innerhalb eines Versorgungsgebietes miteinander verglichen und bewertet habe.

F.e Weiter hätten die Meinungen der einzelnen Anhörungspartner keinen verpflichtenden Charakter. Zudem sei das Zustandekommen einer Anhörungsmeinung nicht Gegenstand des Verfahrens. Das vom Beschwerdeführer erwähnte Schreiben der Beschwerdegegnerin an den Kanton Appenzell Ausserrhoden vom 6. Februar 2008 befinde sich nicht in den Verfahrensakten. Schliesslich habe es aufgrund des klaren Vorsprungs der Beschwerdegegnerin auch keinen Anlass gegeben, das subsidiäre Entscheidkriterium der grösseren Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt zu prüfen.

G.

In seiner Replik vom 4. Mai 2009 hält der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen Rechtsbegehren fest. Weiter bringt er vor, die Verfügung verletze das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Vorinstanz die Bewerber im Vorfeld der Bewerbung nicht über die Bewertungstabelle (Unterkriterien) und das Punktesystem informiert habe. Die Bewertungstabelle stütze sich nicht auf die Ausschreibung ab und sei daher rechtswidrig. Die Zusammenfassung der Kriterien und die willkürliche Zuteilung von Bonuspunkten habe die Selektion grob verfälscht. Auch enthalte sein Gesuch konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt durch die Tagblatt-Medien. Durch die Verschärfung des Art. 74 Abs. 1 RTVG im Parlament sei nicht bewusst die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG heraufgesetzt worden. Zum Schluss hält der Beschwerdeführer fest, er unterstütze die von der Beschwerdegegnerin gestellten Beweisanträge wie die Anfrage der WEKO und der Vorinstanz bezüglich des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung des Mutterhauses der Beschwerdegegnerin.

H.

Die Vorinstanz bestätigt in ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2009 die gestellten Rechtsbegehren. Darüberhinaus beantragt sie die Abweisung der Beweisanträge des Beschwerdeführers. Sie habe die für die Bewertung der Gesuche massgebenden Kriterienkategorien und deren Gewichtung inklusive Unterkriterien bereits in der Ausschreibung veröffentlicht. Die Kriterien hätten sich zudem aus der publizierten Musterkonzession ableiten lassen. Die Definition der einzelnen Kriterien und Unterkriterien sowie die Definition der Be-

wertungsmethodik liege in der Kompetenz und im Ermessen der Konzessionsbehörde. Im Inputbereich hätten deutlich mehr einzelne Aspekte berücksichtigt werden müssen als im Output, weshalb das Ergebnis des Outputs mit einem entsprechenden Faktor aufgerechnet worden sei. Hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung könne dem Beschwerdeführer nach nochmaliger Konsultation der Schriftstücke ein vierter Punkt vergeben werden. Nach wie vor weise der Beschwerdeführer bei der Input-Bewertung aber weniger Punkte als die Beschwerdegegnerin auf (25 gegenüber 27 Punkte). Lohn, Arbeitszeit und Ferien als Kriterien bei den Arbeitsbedingungen würden die wichtigsten Faktoren eines Anstellungsverhältnisses darstellen. Zudem handle es sich bei der vom Beschwerdeführer beanstandeten Formulierung um einen Verschreiber.

I.
Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Duplik vom 3. Juni 2009 an ihren Anträgen fest. Weiterhin ist sie der Ansicht, dass die Tele Top AG bzw. die Tele Säntis AG (in Gründung) nicht beschwerdelegitimiert seien. Sie kritisiert, dass sich weder die Vorinstanz noch der Beschwerdeführer zur Frage der Beschwerdelegitimation geäussert hätten. Der Beschwerdeführer weigere sich damit, rechtsgenüglich am Verfahren mitzuwirken. Bei der konkreten Umsetzung des Ausschreibungsprozesses komme der Vorinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zu, weshalb gegen die sachlich nachvollziehbare Begründung der Vorinstanz nichts einzuwenden sei. Mit Sicherheit sei die Ausschreibung und Bewertung nicht krass stossend, unhaltbar oder absolut nicht vertretbar.

J.
Am 3. Juli 2009 reicht der Beschwerdeführer seine Schlussbemerkungen ein. Er vergleicht darin seinen Bewertungsraster mit demjenigen der Tele Top AG (Versorgungsgebiet Nr. 10) und kommt zum Schluss, er hätte bei einer korrekten Bewertung 59 statt 53 Punkte erhalten sollen. Sein Gesuch und dasjenige der Beschwerdegegnerin (60 Punkte) müssten folglich als "weitgehend gleichwertig" betrachtet werden. Unerklärlich sei weiter der unterschiedliche Gewichtungsfaktor beim Output in den Bewertungstabellen der Versorgungsgebiete Nr. 10 (1.3) und Nr. 11 (2.2).

K.
Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz nehmen am 14. bzw.

15. September 2009 Stellung zu den Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers.

L.
Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid des UVEK vom 31. Oktober 2008 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 3. Dezember 2008 erhobenen Beschwerde zuständig.

2.
2.1 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).

Nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt ist die Partei- und Prozessfähigkeit. Diese wird von Art. 48 VwVG vorausgesetzt und richtet sich nach dem Zivilrecht (ISABELLE HÄNER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48, N. 5). Eine Aktiengesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit erst mit Eintragung in das Handelsregister (Art. 643 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). 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. OR). Diese ist nicht prozessfähig, weshalb die Beschwerde im Namen der Mitglieder der Gründungsgesellschaft einzureichen ist (Urteil des

Bundesgerichts 4A.4/2000 vom 6. Februar 2001 E. 1 und HÄNER, a.a.O., Art. 48, N. 5). Zu beachten ist aber, dass eine falsche oder unvollständige Bezeichnung des materiellen Verfügungsadressaten in Einzelverfügungen nicht schadet, sofern erkennbar ist, wer gemeint ist (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 52, N. 17; BGE 102 III 63 E. 2 und Entscheid der Rekurskommission UVEK vom 10. Juli 2003, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.25 E. 2.3).

2.2 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, dass nicht Günter Heuberger als Privatperson und einziger Gründer die Beschwerde eingereicht habe, sondern die Tele Säntis AG (in Gründung) oder die Tele Top AG. Die Tele Säntis AG (in Gründung) sei als Aktiengesellschaft in Gründung aber nicht parteifähig. Zudem sei Günter Heuberger in Bezug auf die Tele Top AG nicht einzelunterschriftsberechtigt. Des Weiteren sei das Konzessionsgesuch im Dezember 2007 eingereicht worden und habe nur einen Universalaktionär genannt, was nach damaligem Recht nicht ausgereicht habe, um eine Aktiengesellschaft zu gründen bzw. sich als Aktiengesellschaft in Gründung rechtsgenüglich an einer öffentlichen Ausschreibung zu beteiligen.

2.3 Der Beschwerdeführer führt in seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2009 aus, die Gründung von Aktiengesellschaften auf Vorrat mache keinen Sinn. Auch in früheren Verfahren habe er jeweils für zu gründende Aktiengesellschaften einzeln unterschrieben und bis anhin sei noch nie ein Gesuch oder eine Stellungnahme aus formellen Gründen zurückgewiesen worden. Zudem wisse die Beschwerdegegnerin seit dem 5. Dezember 2007, dass sich die Tele Säntis AG (in Gründung) um die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 11 bewerbe. Sie habe sich seither dreimal (öffentliche Anhörung, rechtliches Gehör, Schlussbemerkungen) ausführlich zum Gesuch der Tele Säntis AG (in Gründung) geäussert und dabei immer nur materielle Argumente ins Feld geführt. Von einer Nichterlangung des Parteistatus sei gegenüber der Vorinstanz, dem BAKOM oder ihm nie die Rede gewesen.

2.4 Dem Konzessionsgesuch vom 5. Dezember 2007 ist zu entnehmen, dass die Tele Säntis AG (in Gründung) Gesuchstellerin ist und Günter Heuberger als Vertreter gegenüber dem BAKOM auftritt ("Dr. Günter Heuberger, Tele Säntis"). Zum besseren Verständnis wird

im Gesuch darauf hingewiesen, dass sich die Tele Säntis AG (in Gründung) mit den bisherig dokumentierten Leistungen der Tele Top AG für die Konzession bewerbe. Allen Beteiligten musste somit von Anfang an klar sein, dass sich die Tele Säntis (in Gründung) bzw. Günter Heuberger und nicht die Tele Top AG für die Konzession im Versorgungsgebiet Nr. 11 beworben hat.

2.4.1 Während des ganzen Konzessionsverfahrens wendete die Beschwerdegegnerin sodann nie ein, der Beschwerdeführer sei nicht prozessfähig. Dies lässt darauf schliessen, dass auch die Beschwerdegegnerin davon ausging, nicht die prozessunfähige Tele Säntis AG (in Gründung) sei Verfügungsadressatin, sondern Günter Heuberger als zukünftiger (einziger) Gründer. Für die Vorinstanz war die Prozessfähigkeit des Beschwerdeführers bis heute nie ein Thema – sie äusserte sich denn auch im Beschwerdeverfahren nicht zum Einwand der Beschwerdegegnerin.

Im Falle einer Einpersonenaktiengesellschaft in Gründung ist entsprechend der Rechtsprechung zur Mehrpersonenaktiengesellschaft (vgl. E. 2.1) der dahinterstehende Aktionär als Einzelperson – und nicht etwa die AG in Gründung – als prozessfähig und damit beschwerdelegitimiert anzusehen. Dass zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs im Dezember 2007 die Einpersonenaktiengesellschaft noch nicht gesetzlich verankert war, schadet nicht, da am 1. Januar 2008 der neue Art. 625 OR in Kraft trat. Dieser hält fest, dass eine Aktiengesellschaft auch durch eine natürliche bzw. juristische Person gegründet werden kann. Somit war allen Beteiligten klar, dass die Einpersonenaktiengesellschaft schon kurz nach Einreichung des Gesuchs im Dezember 2007 und mit Sicherheit zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung gesetzlich vorgesehen sein würde. Die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 ist somit in Hinblick auf Art. 625 OR unbedenklich.

Dass die Verfügung vom 31. Oktober 2008 im Rubrum nur die Tele Säntis AG (in Gründung) erwähnte, kann somit als mangelhafte, aber nicht schädliche Bezeichnung im Sinne der oben genannten Ausführungen angesehen werden. Trotz der mangelhaften Bezeichnung blieb der wirkliche Verfügungsadressat (Günter Heuberger) für alle Involvierten deutlich erkennbar und weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin wurden in irgendeiner Weise irregeführt.

2.4.2 Aufgrund derselben Überlegungen ist davon auszugehen, dass die falsche Bezeichnung des Beschwerdeführers in der Beschwerde vom 3. Dezember 2008 nicht schadet. Der Beschwerdeführer hat nur das Rubrum der Verfügung der Vorinstanz übernommen und dementsprechend die Tele Säntis AG (in Gründung) als Beschwerdeführerin aufgeführt. Trotz dieser mangelhaften Bezeichnung wurde die Beschwerde dann aber vom einzigen Gründer, der unbestrittenermassen auch prozessführungsbefugt ist, unterzeichnet ("Tele Säntis AG i.G., Dr. iur. Günter Heuberger").

Zu Recht bringt die Beschwerdegegnerin zwar vor, dass die in der Beschwerde unter "Formelles" angeführte Begründung der Beschwerdelegitimation falsch sei. Der Beschwerdeführer führt dort nämlich aus, er sei Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Tele Top AG, welche das Konzessionsgesuch für die Tele Säntis AG (in Gründung) am 5. Dezember 2007 beim BAKOM eingereicht habe. Wie bereits erwähnt, reichte Günter Heuberger aber als Gründer der Tele Säntis AG (in Gründung) und nicht die Tele Top AG das Konzessionsgesuch ein. Daran vermag auch die gegenteilige irreführende Begründung des Beschwerdeführers in seiner Beschwerde vom 3. Dezember 2008 nichts zu ändern.

Somit ist festzuhalten, dass Günter Heuberger als einziger Gründer der Tele Säntis AG (in Gründung) zur Beschwerde legitimiert ist.

3.

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

3.2 Die Beschwerdegegnerin ist der Meinung, dass die Verfügung dem Beschwerdeführer schon am 31. Oktober 2008 per E-Mail zugegangen sei. Die Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführer äussern sich zu diesem Vorbringen der Beschwerdegegnerin nicht.

3.3 Das BAKOM informierte die Bewerberinnen und Bewerber schon am 27. Oktober 2008 darüber, dass Bundesrat Leuenberger am 31. Oktober 2008 anlässlich einer Medienkonferenz die Konzessionsentscheide bekannt geben werde. In diesem Schreiben wurden die Bewerberinnen und Bewerber gebeten, dem BAKOM ihre E-Mail-Adresse mitzuteilen, damit ihnen die Entscheide am Morgen vor der Medienkonferenz in elektronischer Form zugestellt werden könnten. Überdies hält Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung fest, dass die Verfügung den Parteien eingeschrieben mit Rückschein eröffnet werde.

Daraus ergibt sich, dass die Verfügung vom 31. Oktober 2008 den Parteien rechtsgültig per Post eröffnet wurde (vgl. Ziff. 4 des Dispositivs). Die zusätzliche Zustellung per E-Mail erfolgte ohne elektronische Signatur und vermag deshalb die Anforderungen an eine elektronische Zustellung im Sinne des Art. 34 Abs. 1bis VwVG i.V.m. der Übermittlungsverordnung nicht zu erfüllen. Massgebend für die Eröffnung ist somit alleine der postalische Eingang der Verfügung bei der Beschwerdeführerin am 5. November 2008. Mit Beschwerdeeingang vom 4. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht wurde die Frist gewahrt (Art. 50 VwVG).

4.
Auf die formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

5.
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).

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen, so namentlich die Angemessenheit des angewandten Bewertungsrasters und die Subsumtion der Konzessionsgesuche unter die Bewertungskriterien grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat

es, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

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

6.

6.1 Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 RTVG die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlangen (Qualifikationskriterien). Demnach muss der Bewerber u.a. darlegen, dass er in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Bst. a), über ausreichende finanzielle Mittel verfügt (Bst. b), die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhält (Bst. d) sowie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Bst. g). Hat sich die Konzessionsbehörde wie im vorliegenden Fall zwischen mehreren Bewerbern zu entscheiden, so erhält derjenige Bewerber die Konzession, der im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG den entsprechenden Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag (Selektionskriterien, vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] BBl 2003 1569, S. 1710, nachfolgend: Botschaft zum RTVG). Dieser wird wie vorliegend in der Ausschreibung vorgegeben und konkretisiert. Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags mehrere Bewerber als gleichwertig erscheinen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

6.2 Die Vorinstanz umschreibt die anzuwendenden Kriterien wie folgt: Sie hält fest, die Operationalisierung des Leistungsauftrages und seine Konkretisierung stiessen auf Schwierigkeiten. Zunächst würden sich publizistische Leistungen einer starren Umschreibung entziehen und darüber hinaus setze die verfassungsrechtlich garantierte Programmautonomie allzu detaillierten Leistungsvorgaben Grenzen. Aus diesem

Grund beschränke sich der Leistungsauftrag auf eine abstrakte Umschreibung inhaltlicher Anforderungen und ergänze diese Standards durch Vorgaben für den Prozess der Programmproduktion, welche die Wahrscheinlichkeit erhöhten, dass die entsprechenden Programme die verfassungsrechtlich geforderten Leistungen erbrächten.

Die Erfüllung des Leistungsauftrags setze organisatorische Strukturen der Qualitätssicherung, adäquate Arbeitsbedingungen sowie nach professionellen Standards handelnde Medienschaffende voraus. Entsprechende Vorkehrungen erhöhten die Wahrscheinlichkeit, dass die journalistischen Leistungen qualitativ hoch stehend im Sinne des Leistungsauftrags seien.

6.2.1 Redaktionelle Qualitätssicherung ist gemäss den Ausführungen in der Ausschreibung ein auf Dauer angelegter Prozess mit präventiven, den Produktionsprozess begleitenden und korrektiven Elementen. Dieser Prozess der Qualitätssicherung wird in erster Linie durch den Veranstalter selbst etabliert und geführt und ermöglicht im Sinne einer Selbstkontrolle die kontinuierliche Überprüfung, ob die erbrachte Leistung (z.B. Programm) den gesetzten Zielen (Programmauftrag bzw. selbst gesetzten Standards) entspricht. Qualitätssicherung schafft darüber hinaus auch Transparenz bezüglich der Frage, ob bzw. welche korrektiven Massnahmen zu ergreifen sind, um sich dem gewünschten Output zu nähern bzw. um ein Manko zu beheben.

Die Vorgaben zur Qualitätssicherung beziehen sich somit nicht unmittelbar auf die journalistische Qualität einer einzelnen Sendung oder eines einzelnen Beitrags, sondern auf die organisatorischen Strukturen und Abläufe, welche jene erst ermöglichen. Vor diesem Hintergrund werden die Bewerberinnen und Bewerber in der Konzession verpflichtet, ein Qualitätssicherungssystem zu etablieren, welches mit Bezug auf die publizistische Programmproduktion folgende Elemente umfasst:

- Inhaltliche und formale Qualitätsziele und -standards, welche sich auf den Programmauftrag beziehen und senderspezifische Leistungsanforderungen konkretisieren. Sie werden in Dokumenten wie Leitbildern, publizistischen Leitlinien oder redaktionellen Handbüchern formuliert. Die entsprechenden Ziele sind allen Mitarbeitenden bekannt zu machen.
- Festgeschriebene Prozesse, mittels welcher sich regelmässig überprüfen lässt, ob die festgelegten Qualitätsziele erfüllt werden.

Angesprochen sind damit beispielsweise Briefings, Sendungs- oder Beitragsabnahmen, Feedbacks und institutionalisierte Sendungskritiken.
- Es ist sicherzustellen, dass sich die Kritiken auf die oben genannten Ziele und Standards beziehen. Überdies ist das Ergebnis dieser Kritiken allen Mitarbeitenden zugänglich zu machen.

Die Bewerberinnen und Bewerber legen in ihren Gesuchen dar, wie sie ein umfassendes Qualitätssicherungssystem im oben beschriebenen Sinne einzuführen gedenken und legen ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente (Geschäftsordnung, Leitbild etc.) bei. Die Konzessionärinnen und Konzessionäre lassen Funktion und Leistungsfähigkeit ihres Qualitätssicherungssystems regelmässig durch eine externe und unabhängige Institution evaluieren.

6.2.2 In Bezug auf die Arbeitsbedingungen enthält die Konzession gemäss der Ausschreibung folgende Verpflichtungen:

- Die Konzessionärin bzw. der Konzessionär dotiert die Redaktion bzw. die Redaktionen, welche für die Erfüllung des publizistischen Leistungsauftrags relevant sind, personell in ausreichendem Masse. Sie nennt dem BAKOM im Rahmen der jährlichen Berichterstattung den Anteil der Betriebsmittel, der ins Personal investiert wird.
- Die Konzessionärin bzw. der Konzessionär hält die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche ein (siehe Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG). Sie regelt mit ihren Mitarbeitenden mindestens folgende Bereiche verbindlich: Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung.

Die Bewerberinnen und Bewerber legen dar, wie die Vorgaben in der Konzession umgesetzt werden. Insbesondere ist aufzuzeigen, welcher Anteil der gesamten Betriebskosten auf das Personal entfällt, wie die Arbeitsbedingungen konkret geregelt sind (Lohnsystem, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung, Mutter- oder Vaterschaftsurlaub) und wie die Stagiaires diesbezüglich behandelt werden.

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

ausschliesslich der Förderung der externen Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden dient. Dem BAKOM sei jährlich das entsprechende Aus- und Weiterbildungsbudget sowie die hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden ergriffenen Massnahmen im Rahmen der Jahresrechnung offen zu legen.

Die Bewerberinnen und Bewerber haben nach der Ausschreibung darzulegen, wie die Pflichten betreffend die Aus- und Weiterbildung umgesetzt werden (z.B. Aus- und Weiterbildungskonzept), mit welchen Weiterbildungsinstitutionen zusammen gearbeitet wird und welcher Betrag voraussichtlich jährlich für die Weiterbildung ausgegeben werden wird.

6.2.4 Weiter hält die Ausschreibung die Verpflichtungen der Konzessionärinnen im Outputbereich (journalistische Leistung) fest. Die Informationsangebote (z.B. Nachrichtenformate), welche die Konzessionärinnen und Konzessionäre im Rahmen ihres Leistungsauftrages ausstrahlen, genügen gemäss den Ausschreibungsbedingungen den folgenden Anforderungen:

- Sie umfassen in erster Linie relevante Informationen des lokalregionalen Raums aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport;
- sie sind thematisch vielfältig;
- in ihnen kommt eine Vielfalt an Meinungen und Interessen zum Ausdruck;
- sie bieten einer Vielfalt an Personen bzw. Personengruppen Gelegenheit, zu Wort zu kommen;
- in ihnen spiegelt sich die Vielfalt des Geschehens des ganzen Versorgungsgebiets wieder;
- sie werden zumindest während der oben angegebenen Hauptsendezeiten ausgestrahlt.

Die Bewerberinnen und Bewerber haben darzulegen, wie diese Vorgaben umgesetzt werden. Insbesondere ist aufzuzeigen, wo die Produktionsstandorte liegen, wie sie personell dotiert sind und wie der Programmauftrag im Informationsbereich konkret umgesetzt wird (Sendungskonzepte mit inhaltlichen und zeitlichen Angaben sowie journalistischen Selektionskriterien etc.).

6.3 Schliesslich äussert sich die Ausschreibung zur Verbreitung. Zu den Pflichten der Veranstalter gehört es demnach, die Verbreitung

ihrer Programme grundsätzlich im ganzen Versorgungsgebiet zu gewährleisten. Die Bewerberinnen oder Bewerber, deren Radio- oder Fernsehprogramme gemäss Konzession drahtlos-terrestrisch verbreitet werden sollen, reichen ein Versorgungskonzept ein, welches die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes und die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzeigt.

7.

7.1 Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Verfügung verletze das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Vorinstanz die Bewerberinnen und Bewerber im Vorfeld der Bewerbung nicht über die Bewertungstabelle (Unterkriterien) und das Punktesystem informiert habe.

7.1.1 Die Beschwerdegegnerin entgegnet, den Ausschreibungsunterlagen sei zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Subkriterien klar strukturiert und detailliert darauf hingewiesen habe, welche Dokumente und Angaben sie vorzugsweise verlange. Die Unterlagen seien transparent gestaltet und logisch aufgebaut.

7.1.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe die für die Bewertung der Gesuche massgebenden Kriterienkategorien und deren Gewichtung inklusive Unterkriterien bereits in der Ausschreibung veröffentlicht. Die Kriterien hätten sich zudem aus der publizierten Musterkonzession ableiten lassen. Die Definition der einzelnen Kriterien und Unterkriterien sowie die Definition der Bewertungsmethodik liege in der Kompetenz und im Ermessen der Konzessionsbehörde.

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

8.

8.1 Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Beschwerdegegnerin habe mit ihrem Schreiben vom 6. Februar 2008 an den Kanton Appenzell

Ausserrhoden eine Änderung im Gesuch vorgenommen. Dies sei mit dem Ausschreibungsverfahren nicht vereinbar und stelle einen groben Verstoss gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben dar.

8.1.1 Die Beschwerdegegnerin bestreitet, nach Ablauf der Bewerbungsfrist bei der Vorinstanz Unterlagen nachgereicht bzw. das Gesuch in irgendeiner Form abgeändert zu haben. Sie habe lediglich der Kantonsregierung Appenzell auf deren Wunsch einige Fragen beantwortet.

8.1.2 Die Vorinstanz hält fest, dass Meinungen der einzelnen Anhörungspartner keinen verpflichtenden Charakter hätten. Auch sei das Zustandekommen einer Anhörungsmeinung nicht Gegenstand des Verfahrens. Zudem befinde sich das vom Beschwerdeführer erwähnte Schreiben der Beschwerdegegnerin an den Kanton Appenzell Ausserrhoden vom 6. Februar 2008 nicht in den Verfahrensakten.

8.2 Wie mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 7.3.2 festgestellt, ist das Ändern der Bewerbung in Punkten, welche im Konzessionierungsverfahren bemängelt wurden, ausgeschlossen. Lediglich ein Nachreichen von Beweismitteln zum Verdeutlichen oder Beweisen von in der Bewerbung vorgebrachten Ausführungen wäre zulässig.

8.3 Im vorliegenden Fall reichte der Kanton Appenzell Ausserrhoden der Vorinstanz mit Schreiben vom 20. Februar 2008 seine Stellungnahme zu den Bewerbungen des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin ein. Er führte darin aus, das Departement Inneres und Kultur des Kantons Appenzell Ausserrhoden habe die St. Galler Tagblatt AG aufgrund der mangelnden Ausführungen im Konzessionsgesuch eingeladen, sich zum Konzessionsgesuch der Beschwerdegegnerin ergänzend zu äussern. Die entsprechende Ergänzung sei mit Schreiben vom 6. Februar 2008 beim Kanton Appenzell Ausserrhoden eingegangen. Die Beschwerdegegnerin habe darin insbesondere zugesichert, die aktuelle Berichterstattung durch einen festen Korrespondenten für Appenzell Ausserrhoden zu verbessern und bei der Berichterstattung für beide Appenzell einen Sendeanteil von 25% zu erreichen. Aufgrund dieser Zusagen, der bestehenden Infrastruktur sowie der Erfahrung und der Gewährleistung der Qualität und Unabhängigkeit in der Redaktionsarbeit gebe er der Bewerbung der Beschwerdegegnerin den Vorzug.

8.3.1 Damit steht fest, dass die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 6. Februar 2008 nicht Präzisierungen oder Änderungen ihres Gesuchs zu Handen der Vorinstanz vornahm (vgl. E. 8.2), sondern lediglich ihre Bewerbung gegenüber dem Kanton Appenzell Ausserrhoden näher erläuterte. Aus diesem Grund ist das Schreiben vom 6. Februar 2008 richtigerweise auch nicht in den Verfahrensakten. Anders verhält es sich mit der Stellungnahme des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 20. Februar 2008, welche sich unstreitig in den Akten befindet.

8.3.2 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Überprüfung der Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 und damit das Zustandekommen ihrer Meinungsbildung, nicht aber derjenigen der anzuhörenden Kantone. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit andern Worten bloss zu untersuchen, ob die Vorinstanz die Verfahrensvorschriften eingehalten, also zum Beispiel nicht etwa fälschlicherweise von den Parteien im Nachhinein vorgenommene Gesuchsänderungen berücksichtigt hat (vgl. E. 8.2). Dem Kanton Appenzell Ausserrhoden ist es dagegen freigestellt, ob er sich zur Bildung seiner Meinung zusätzliche Informationen beschafft und die Bewerber kontaktiert, damit sie ihm weitergehende Ausführungen zukommen lassen. Im Gegensatz zur Vorinstanz darf sich der Kanton bei der Meinungsbildung auch von Motiven leiten lassen, die mit dem Konzessionsverfahren gemäss RTVG nicht vereinbar sind. So ist es ihm unbenommen, auch ausschreibungsfremde Motive wie die Erfahrung eines Bewerbers hervorzuheben.

Dementsprechend haben die Ergebnisse der Anhörungen auch nicht verpflichtenden Charakter, sondern dienen lediglich dazu, Argumente in den Entscheidprozess der Vorinstanz einfliessen zu lassen. Zur Einhaltung der Verfahrensvorschriften bzw. zur Nichtberücksichtigung gesetzesfremder Argumente bleibt in jedem Fall alleine die Vorinstanz verpflichtet.

8.4 Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich somit als unbegründet.

9.

9.1 Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Vorinstanz hätte bei pflichtgemässer Bewertung der beiden praktisch identischen Gesuche der Tele Top AG (Bewerberin im Versorgungsgebiet Nr. 10) und des-

jenigen des Beschwerdeführers (Versorgungsgebiet Nr. 11) eine weitgehend gleiche Bewertung erhalten müssen.

9.1.1 Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass eine unterschiedliche Beurteilung gleicher oder vergleichbarer Eingaben in verschiedenen Gebieten nötig erscheine, weil die jeweiligen Voraussetzungen hinsichtlich Wirtschaftskraft, Grösse, Lohnniveau, Kaufkraft, Bevölkerungsstruktur etc. komplett unterschiedlich seien. Zudem sei im Rahmen des Selektionsprozesses in erster Linie der Vergleich mit den unmittelbaren Mitbewerbern ausschlaggebend.

9.1.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Bewerbungen innerhalb eines Versorgungsgebietes miteinander verglichen und bewertet. Für den Konzessionsentscheid sei es nicht ausschlaggebend gewesen, was ein Gesuchsteller mit einem Gesuch in einem andern Konzessionsgebiet – mit anderer wirtschaftlicher, geographischer oder sozialer Struktur, d.h. anderen Rahmenbedingungen – zu veranstalten beabsichtige, sondern einzig, was er im Vergleich zum Mitbewerber im umstrittenen Versorgungsgebiet leisten könne oder wolle.

9.2 Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der ungleichen Bewertung der angeblich praktisch identischen Gesuche in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verletzt hat. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (vgl. statt vieler BGE 134 I 23 E. 9.1).

9.3 Dem Argument des Beschwerdeführers die praktisch identischen Gesuche der Tele Top AG (Bewerberin im Versorgungsgebiet Nr. 10) und des Beschwerdeführers (Versorgungsgebiet Nr. 11) hätten gleich bewertet werden müssen, kann nicht gefolgt werden. Schon aufgrund der Tatsache, dass verschiedene Versorgungsgebiete betroffen sind, muss von unterschiedlichen Sachlagen ausgegangen werden.

Gemäss Art. 93 Abs. 2 BV haben Radio und Fernsehen – mit andern Worten die Bewerber – den unterschiedlichen Bedürfnissen der Kantone Rechnung zu tragen. Damit ist auch verfassungsrechtlich festgelegt, dass die Bedürfnisse in den Kantonen und folglich in den Versorgungsgebieten nicht gleich sein müssen. Wie auch die Vor-

instanz und die Beschwerdegegnerin richtig ausführen, sind die Rahmenbedingungen in den Versorgungsgebieten unterschiedlich (geographische Lage, Wirtschaft, soziale Struktur). Die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) stellt dementsprechend unterschiedliche Anforderungen an die Veranstalter der einzelnen Versorgungsgebiete. So verpflichtet sie den Veranstalter des Versorgungsgebiets Nr. 10 für die Kantone Schaffhausen und Thurgau je ein Informationsfenster zu verbreiten. Im Versorgungsgebiet Nr. 11 verzichtet die RTVV dagegen auf eine entsprechende Auflage. Die Ausgangslage in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 ist somit nicht gleich, weshalb der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung der in diesen Versorgungsgebieten eingereichten Gesuche ableiten kann.

Auch innerhalb desselben Versorgungsgebietes könnte ein Gesuch zudem je nach Mitbewerber unterschiedlich bewertet werden. Bei einem Kriterienwettbewerb werden die eingereichten Gesuche je Versorgungsgebiet miteinander verglichen und am Gesuch der Gegenpartei gemessen. Es liegt also in der Natur der Sache, dass ein Gesuch je nach Mitbewerber unterschiedlich abschneiden kann. Das Gesuch des Beschwerdeführers im Versorgungsgebiet Nr. 11 könnte so zum Beispiel gegenüber einem andern Bewerber als der Beschwerdegegnerin durchaus eine andere Punktezahl erzielen. Hinzu kommt, dass, wie die Vorinstanz anführt, der Wert einer Bewerbung nicht mathematisch präzis ermittelt werden kann. Entscheidend ist, dass mit dem verwendeten Punkte- und Analysesystem eine möglichst objektive und rechtsgleiche Bewertung aller Bewerbungen sichergestellt werden konnte.

9.4 Nicht weiter beachtlich ist überdies die Feststellung des Beschwerdeführers, die Formulierung der beiden Verfügungen vom 31. Oktober 2009 (Versorgungsgebiet Nr. 10 und 11) stimme hinsichtlich eines Satzes und einer Fussnote nicht überein.

9.5 Damit erweist sich die Rüge des Beschwerdeführers betreffend Gleichbehandlung der Gesuche in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 als unbegründet.

10.

10.1 Der Beschwerdeführer kritisiert, die Vorinstanz habe die Konzessionsvoraussetzung, wonach ein Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährden dürfe (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) in

Bezug auf das Konzessionsgesuch der Beschwerdegegnerin nicht geprüft, obwohl sein Gesuch konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt durch die Tagblatt-Medien enthalte.

10.1.1 Die Vorinstanz entgegnet, sie habe alle Konzessionsvoraussetzungen geprüft und dabei festgestellt, dass keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliege.

10.2 Indem der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz habe die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht geprüft (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG), rügt er sinngemäss die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV).

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet sich die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen zu begründen (Art. 29 Abs. 2 BV, ebenso Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b). Umfang und Dichte der Begründung richten sich nach den Umständen. Bei klarer Sachlage und bestimmten Normen können Hinweise auf die Rechtsgrundlagen genügen. Die Behörde darf sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken und braucht sich nicht mit jedem sachverhaltlichen oder rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen (Gerold Steinmann, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 29, N. 27).

10.3 Die Vorinstanz führte in ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2008 zu Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG aus: "Die Prüfung der Bewerbungsunterlagen ergab, dass die Bewerberin die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG erfüllen. (...) Sie dokumentieren überdies, dass sie (...) die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährden."

Demnach hat die Vorinstanz geprüft, ob die Beschwerdegegnerin die Konzessionsvoraussetzung gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG erfüllt und ist dabei zum Schluss gekommen, dass dies der Fall sei. Aus dem

Umstand, dass die Vorinstanz in einem Satz von der Bewerberin statt von den Bewerberinnen gesprochen hat, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Da sich die Äusserungen im gesamten Abschnitt immer auf beide Bewerberinnen beziehen (Verben in Mehrzahl), steht fest, dass sich die Vorinstanz lediglich verschrieben hat, als sie einmalig von "der Bewerberin" sprach.

10.4 Zu untersuchen bleibt jedoch, ob die knappe Begründung der Vorinstanz im vorliegenden Fall den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV genügt.

10.4.1 Im Konzessionsgesuch führte der Beschwerdeführer aus, dass Tele Säntis zusammen mit Tele Top das einzige verlagsunabhängige Medienunternehmen im Raum Zürich sei. Die beiden grossen Verlagshäuser Tamedia und NZZ-Gruppe (mit den Tagblatt-Medien, wozu auch die TVO AG gehört) würden keinen gesunden Medienwettbewerb führen. Das St. Galler Tagblatt verschweige so zum Beispiel den Rückgang der Zuschauerzahlen von Tele Ostschweiz. Aus medienpolitischer Gesamtsicht wäre die Erteilung der Konzession an den Beschwerdeführer deshalb sinnvoll. Weiter verwies der Beschwerdeführer auf das Gutachten "Wettbewerbsvoraussetzungen in Räumen mit marktbeherrschenden Multimedia-Anbietern. Das Beispiel Radio- und TV-Markt St. Gallen" vom 21. Dezember 2001 von René Grossenbacher (Publicom AG; nachfolgend: Gutachten Publicom) und legte dem Gesuch eine Zusammenfassung dieses Gutachtens bei.

10.4.2 Der Beschwerdeführer äusserte sich also im vorinstanzlichen Verfahren zur Medienkonzentration, d.h. zur marktbeherrschenden Stellung der NZZ-Gruppe und brachte insoweit sinngemäss vor, dass er die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichern würde (Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG). Er wendete jedoch nie ausdrücklich ein, die Beschwerdegegnerin erfülle die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht. Vielmehr deuten seine Aussagen darauf hin, dass er davon ausging, die Beschwerdegegnerin erfülle die Qualifikationskriterien, ihm die Konzession aber aufgrund der besseren Erfüllung des Leistungsauftrags zu erteilen sei. Richtig ist zwar, dass der Vorinstanz die Problematik der Medienkonzentration im fraglichen Versorgungsgebiet bekannt war. Die Vorinstanz sah jedoch nicht einfach über diese Tatsache hinweg, sondern ging aufgrund der neuen Gesetzgebung davon aus, dass die marktbeherrschende

Stellung alleine noch keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt bedeute und keine Hinweise auf einen Missbrauch vorliegen würden.

Da der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren somit nie rügte, die Beschwerdegegnerin erfülle die Konzessionsvoraussetzung des Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht, und es für die Vorinstanz klar war, dass die Beschwerdegegnerin diese Konzessionsvoraussetzung erfüllt, war es der Vorinstanz erlaubt, knapp und mit Hinweis auf die entsprechende Norm festzuhalten, beide Bewerber würden diese Konzessionsvoraussetzungen erfüllen. Ob dieser Einschätzung inhaltlich beigepflichtet werden kann, ist indes nachfolgend zu prüfen.

10.5 Die Vorinstanz hat ihre Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) demnach nicht verletzt.

11.

11.1 Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht. Insbesondere habe das Parlament durch die Verschärfung des Art. 74 Abs. 1 RTVG nicht die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG heraufgesetzt.

11.1.1 Die Beschwerdegegnerin führt aus, es müsse kumulativ eine marktbeherrschende Stellung und ein Missbrauch vorliegen, damit Art. 44 Abs. 1 Bst. g i.V.m. Art. 74 Abs. 1 RTVG erfüllt sei. Der Beschwerdeführer vermische konstant die Begriffe der "Gefährdung" und der "Bereicherung" der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Hinweise auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch sie gebe es nicht. Da sie ein Redaktionsstatut erlassen und ihre Strukturen den Erfordernissen von Art. 75 Abs. 2 RTVG angepasst habe, sei Konzernjournalismus ausgeschlossen. Zudem habe in den letzten Jahren weder die Vorinstanz noch die WEKO einen Missbrauch festgestellt. Auch seien zurzeit keine Verfahren vor der WEKO hängig. Wenn Hinweise auf einen Missbrauch und eine marktbeherrschende Stellung vorliegen würden, wäre das Bundesverwaltungsgericht gezwungen, die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, da relevante Sachverhaltselemente fehlen würden. Eine Rückweisung sei jedoch im vorliegenden Fall nicht notwendig.

11.1.2 Die Vorinstanz erläutert, die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt setze den Nachweis eines Missbrauchs der Marktmacht voraus. Für einen solchen Missbrauch habe es keine konkreten Anhaltspunkte gegeben.

11.2 Mittels Gesetzesauslegung ist somit zu klären, was unter dem Begriff der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG zu verstehen ist, insbesondere ob dieser Begriff mit demjenigen in Art. 74 Abs. 1 Bst. a RTVG übereinstimmt.

Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. für diesen auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, Art. 1, N. 6). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische, teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1).

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie dem vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen RTVG kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln.

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

RTVG schon erfüllt sein kann, wenn eine Beeinträchtigung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erst droht.

11.4 Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (Konzessionsvoraussetzungen) befindet sich unter dem 2. Titel (Veranstalter schweizerischer Programme), 3. Kapitel (Andere Veranstalter mit Leistungsauftrag), 3. Abschnitt (Konzessionsvorschriften). Es handelt sich um eine allgemeine Voraussetzung zur Erlangung einer Konzession. Erfüllen mehrere Bewerber die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien), kommt es in einem zweiten Schritt zu einer Selektion, wobei festgestellt werden soll, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Erst wenn mehrere Bewerbungen weitgehend gleichwertig sind, wird in einem dritten Schritt jener Bewerber bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert (Art. 45 Abs. 3 RTVG).

Aufgrund dieses dreistufigen Vorgehens ist davon auszugehen, dass es sich bei den Konzessionsvoraussetzungen, welche alle Bewerber in einer ersten Phase erfüllen müssen, um Mindestanforderungen handelt. Sinn und Zweck des RTVG ist es, idealerweise mittels der Selektionskriterien (2. Schritt) zu ermitteln, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Ist dies nicht möglich, kommt das subsidiäre Kriterium der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt zum tragen. Diesem dreistufigen Vorgehen würde es widersprechen, wenn die Anforderungen in der ersten Stufe allzu hoch wären, so dass die meisten Bewerber die Selektionsstufe gar nicht erreichen würden. Die systematische Auslegung ergibt somit, dass die Anforderungen an eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG hoch sein müssen und die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht mit dem subsidiären Selektionskriterium der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gleichzusetzen ist.

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

11.5.1 Der Entwurf des Bundesrates zum RTVG (BBl 2003 1779) verzichtete auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Eine Art. 44 Abs. 1 Bst. g des geltenden Gesetzes entsprechende Bestimmung war somit in Art. 54 Abs. 1 des Entwurfs nicht vorgesehen. In der parlamentarischen Beratung schlug eine Kommissionsmehrheit aber die Ergänzung von Art. 44 Abs. 1 (Art. 54 des Entwurfs) mit der Konzessionsvoraussetzung des heute geltenden Bst. g ("die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet") vor. Die Minderheit I beantragte dabei die Aufnahme eines Bst. g mit folgendem Wortlaut: "im Versorgungsgebiet nicht über andere Medien mit marktbeherrschender Stellung verfügt" (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 123). Die Minderheit II beantragte hingegen die Streichung des Bst. g, zog ihren Antrag jedoch im Laufe der Debatte zugunsten der Mehrheit zurück (AB 2004 N 125, Votum Föhn).

Der Bundesrat war der Meinung, dass die Unabhängigkeit von anderen Medien keine absolute Konzessionsvoraussetzung sein solle und ein marktbeherrschendes Unternehmen dann eine Konzession erhalten solle, wenn sonst im betreffenden Gebiet gar kein Radio- und Fernsehprogramm möglich wäre (AB 2004 N 125, Votum Bundesrat Leuenberger).

Die Minderheit I wiederum wollte mit ihrem Antrag erreichen, dass Verlage, die ohnehin marktbeherrschende Positionen innehaben, diese nicht noch verdoppeln oder sogar verdreifachen können. Die Sprecherin der Minderheit führte aus, ihr Vorschlag wolle verhindern, dass Verlage in dem Gebiet, in dem sie eine Monopolzeitung herausgeben würden, gleichzeitig Radio und Fernsehen veranstalten dürften. In einem andern Versorgungsgebiet sei ihnen dies aber unbenommen (AB 2004 N 123, Votum Fehr Jacqueline).

Die Kommissionsmehrheit schliesslich wollte mit ihrem Vorschlag die Meinungs- und Angebotsvielfalt sichern und betonte dabei, eine Verhinderung der Gefährdung habe nicht unbedingt durch strukturelle Elemente zu erfolgen und es gehe nicht darum zu sagen, eine Gefährdung liege bereits vor, wenn irgendwelche Leute mehrere Medien gleichzeitig besitzen würden (AB 2004 N 125, Voten Weigelt und Vollmer).

Der Nationalrat folgte nach längerer Debatte dem Antrag der Mehrheit, und der Ständerat schloss sich diesen Beschlüssen an (AB 2005 S

91). Damit stand fest, dass eine Konzession erteilt werden kann, wenn keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliegt. Da die Diskussion im Parlament teilweise widersprüchlich und eher unklar verlief, ist dem Protokoll zu Art. 44 (Art. 54 des Entwurfs) allerdings nicht abschliessend zu entnehmen, was unter dem Begriff der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" zu verstehen ist. Aus der Diskussion geht jedoch zumindest hervor, dass der "mehrfache Besitz" noch keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt darstellt.

Bei der Verabschiedung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG wurde zudem mehrmals darauf hingewiesen, dass erst in Art. 74 (Art. 82 des Entwurfs) festgelegt werde, wie die Meinungsfreiheit und -vielfalt umgesetzt werden solle (AB 2004 N 125, Voten Weigelt, Bundesrat Leuenberger und Vollmer). Auch aus der Diskussion zu Art. 74 RTVG geht klar hervor, dass Art. 74 RTVG definiert, wann eine "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG gegeben ist (vgl. AB 2004 N 141 und 143, Voten Weigelt und Vollmer).

11.5.2 Der Entwurf zu Art. 74 Abs. 1 des geltenden Gesetzes sah folgende Formulierung vor: "Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt kann vorliegen, wenn ein Programmveranstalter im relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehat (Art. 82 Abs. 1 Bst. a des Entwurfs). Die Kommissionsmehrheit schlug eine strengere Regelung vor und wollte bei Vorliegen einer beherrschenden Stellung stets eine Gefährdung annehmen ("Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt vor, wenn..."). Eine Minderheit beantragte die heute geltende Fassung, wonach eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt immer dann vorliegt, wenn ein Programmveranstalter im relevanten Markt seine beherrschende Stellung missbraucht (Art. 74 Abs. 1 Bst. a RTVG). Die Minderheit war also der Meinung, nicht bereits der Tatbestand der Marktbeherrschung solle als Ausschlussgrund gelten, sondern nur deren Missbrauch. Nur derjenige, der seine Stellung missbrauche, sollte ausgeschlossen werden, und nicht jener, der einfach aufgrund seiner Position marktbeherrschend sei (AB 2004 N 141, Votum Weigelt). Der Rat verabschiedete in der Folge die Fassung der Kommissionsminderheit und der Ständerat schloss sich dem Entscheid des Nationalrats an (AB 2005 S 190, vgl. dazu insbesondere AB 2005 S 189, Votum Büttiker).

11.5.3 Damit steht fest, dass der Begriff der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG zu verstehen ist und eine Gefährdung nur vorliegt, wenn der Programmveranstalter über eine beherrschende Stellung verfügt und diese auch missbraucht. Wer dagegen lediglich eine marktbeherrschende Stellung innehat, ohne diese zu missbrauchen, gefährdet die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht (so auch HANSPETER KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen die Medienkonzentration, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 141 und ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [RTVG], Handkommentar, Zürich 2008, Art. 44, Rz. 17).

Nochmals zu betonen ist, dass es sich bei der "Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG und bei der "Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt" im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG um zwei verschiedene Begriffe handelt. Dies ergibt sich erstens aus dem Wortlaut (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG spricht von der "Gefährdung", Art. 45 Abs. 3 RTVG hingegen von der "Bereicherung" der Meinungs- und Angebotsvielfalt) und zweitens aus der Systematik (vgl. vorne E. 11.4). Bei Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG handelt es sich um ein Qualifikationskriterium, Art. 45 Abs. 3 RTVG ist dagegen erst bei der Selektion von Bedeutung.

12.

12.1 Der Beschwerdeführer macht nun geltend, die grossen Zürcher Verlagshäuser Tamedia und NZZ-Gruppe hätten die Zürcher Landzeitungen, die Thurgauer Zeitung und den Winterthurer Landboten gekauft oder über Beteiligungen die effektive Kontrolle übernommen. Tele Säntis sei zusammen mit den Schwesternunternehmen Radio Top und Tele Top das einzige verlagsunabhängige Medienunternehmen im Raum Zürich/Ostschweiz. Die Vorinstanz hat inhaltlich zu diesen Rügen nicht substanziell Stellung genommen. In ihrer Konzessionsverfügung hat sie bloss festgehalten, beide Bewerber würden dokumentieren, dass sie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdeten. Diesen Standpunkt hat sie sowohl in ihrer Vernehmlassung wie auch in ihrer Duplik bestätigt und ausgeführt, weder in den Gesuchseingaben noch in der Anhörung hätten sich konkrete Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergeben.

12.2 Gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultiert die Vorinstanz die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Daraus folgt, dass sich die WEKO bloss zur marktbeherrschenden Stellung äussert, nicht jedoch zu deren Missbrauch. Ob ein Missbrauch vorliegt, hat alleine die Vorinstanz zu beurteilen (PETER NOBEL/PHILIPP DO CANTO, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, [ZSR] 2006 I, S. 302). Da für die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt eine marktbeherrschende Stellung und ein Missbrauch gegeben sein muss, ist aus verfahrensökonomischen Gründen der Ansicht der Vorinstanz zu folgen, dass sie die WEKO nur dann konsultieren muss, wenn das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne weiteres verneint werden kann und zudem zumindest Indizien für einen Missbrauch vorliegen.

Diese Fragen sind im Folgenden zu klären. Sollte sich herausstellen, dass weder das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung noch dasjenige eines Missbrauchs ohne vertiefte Abklärungen verneint werden können, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese eingehend und gegebenenfalls unter Beizug der WEKO prüft, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet.

12.3 Vorweg ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aus den von ihm zitierten Verfügungen oder Entscheiden, worin sich die Vorinstanz für eine möglichst grosse Meinungs- und Angebotsvielfalt ausgesprochen hat, nichts ableiten kann, da sich diese allesamt auf das alte RTVG (Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [RTVG], AS 1992 601) und dessen Art. 11 Abs. 1 Bst. g abstützen. Ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet, bestimmt sich, wie bereits ausgeführt, alleine aufgrund des geltenden Gesetzes (Art. 44 Abs. 1 Bst. g i.V.m. Art. 74 Abs. 1 RTVG).

Die Vorinstanz hat demnach entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch keine "Kehrtwende in ihrer Praxis" vollzogen. Bei einer Praxisänderung handelt es sich um eine neue Auslegung einer Norm bei unverändertem Normwortlaut (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 23, Rz. 14). Im vorliegenden Fall wurde das RTVG aber einer Totalrevision unterzogen, wobei auch die Konzessionsvoraussetzungen neu ge-

regelt wurden. Auch wenn der Wortlaut der Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nach altem und neuem Recht der gleiche ist, ist dieser Begriff aufgrund der Gesetzesänderung neu auszulegen. Von einer Praxisänderung kann deshalb nicht die Rede sein.

12.4 Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, es sei aus medienpolitischer Gesamtsicht zwingend gewesen, ihm die Konzession zu erteilen. Tele Top und Radio Top hätten die Medienvielfalt in der Ostschweiz sehr bereichert. Der Beschwerdeführer führt damit sinngemäss aus, er bereichere die Meinungs- und Angebotsvielfalt mehr als die Beschwerdegegnerin (Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG). Bei der Prüfung der Konzessionsvoraussetzung des Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geht es jedoch nicht darum, wer die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert, sondern ob ein Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet (vgl. E. 11.5.3).

12.5 Das RTVG spricht in Art. 74 Abs. 1 Bst. a von "Missbrauch der beherrschenden Stellung im relevanten Markt". Gemäss Abs. 2 konsultiert die Vorinstanz die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Da in Art. 74 Abs. 2 RTVG ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 2 KG Bezug genommen wird, steht fest, dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG demjenigen des KG entspricht. Fraglich ist hingegen, ob dies auch für den Begriff des Missbrauchs im obigen Sinne gilt, d.h. ob dieser sich nach Art. 7 KG beurteilt (vgl. E. 12.7). So oder anders ist zu beachten, dass eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt bereits dann vorliegt, wenn ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung ihre beherrschende Stellung in einem medienrelevanten Markt missbraucht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b RTVG). Das Gesetz wendet also bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gefährdung der Meinungsvielfalt vorliegt, eine weite Optik an, d.h. untersucht wird das gesamte Mediensystem und nicht nur die Stellung eines Programmveranstalters. Konkret könnte also eine Gefährdung also auch dann vorliegen, wenn die Beschwerdegegnerin zwar nicht im Fernseh-, wohl aber im Zeitungsmarkt eine beherrschende Stellung inne hätte und diese missbrauchen würde (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1730 f.).

12.6 Wie bereits erwähnt, ist der Begriff der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 74 RTVG mit jenem von Art. 4 Abs. 2 KG

identisch. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten demnach einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (vgl. dazu etwa JÜRG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4, Rz. 15 ff., ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/ München 2005, [nachfolgend:Wettbewerbsrecht], Rz. 2.19 ff.). Um dies zu beurteilen, ist vorweg der relevante Markt zu bestimmen, was in den Bereichen der Medien und der Telekommunikation kompliziert und vielschichtig ist (vgl. etwa Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004 Nr. 2 S. 529 ff. [betreffend Berner Zeitung/20 Minuten] sowie RPW 2007 Nr. 2 S. 190 ff. [betreffend Publigroupe]).

Wie in der obenstehenden Erwägung ausgeführt, würde eine beherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin im Zeitungsmarkt genügen, um im Missbrauchsfall in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG eine Konzessionserteilung zu verunmöglichen. Wie der relevante Markt darüber hinaus sachlich einzugrenzen wäre – etwa auf den Markt für politische Informationen im Allgemeinen oder auf regionale oder gar lokale Informationen – erscheint nicht ohne weiteres klar (vgl. zum Begriff des sachlich relevanten Marktes BGE 129 II 18 E. 7.3.1 mit Hinweisen auf die Lehre). Das gleiche gilt für dessen räumliche Begrenzung (vgl. dazu die Definitionen in Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]; zum Ganzen KELLER-MÜLLER, a.a.O., S. 58 ff.).

12.7 Ebenso schwierig ist die Definition des missbräuchlichen Verhaltens. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt missbräuchliches Verhalten dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Diese Handlungsweisen sind wettbewerbsökonomisch nur schwer eingrenzen. Die meisten Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind nicht auf den ersten Blick als missbräuchlich erkennbar (PETER REINERT, Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 7, Rz. 7).

Sodann wird in der Lehre in Übereinstimmung mit den Ausführungen in den parlamentarischen Beratungen (vgl. etwa das Votum von Bundesrat Leuenberger in AB 2005 S 190) dafür gehalten, der Miss-

brauchsbegriff des RTVG stimme nicht ohne weiteres mit dem wettbewerbsrechtlichen überein. Im Anwendungsbereich des RTVG seien nicht in erster Linie ökonomische Kriterien, sondern solche der Medienvielfalt ausschlaggebend, doch bleibe dieser medienpolitische Missbrauchsbegriff diffus (CAROLE BÜHRER/STEFAN RENFER, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, in: Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 43 f., WEBER, a.a.O., Art. 74, Rz. 25 ff., KELLERMÜLLER, a.a.O., S. 130 ff.). Auch der Botschaft war bereits zu entnehmen, dass mit der neuen Konzentrationsregelung ein sektorspezifisches Instrument geschaffen werden sollte, welches über das rein wettbewerbsrechtliche Instrumentarium des KG hinausginge (Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1646).

12.8 Die Beschwerdegegnerin ist Teil der Tagblatt Medien. Wie sich der Homepage www.tagblattmedien.ch entnehmen lässt, umfasst dieses Medienunternehmen neben der Beschwerdegegnerin (TVO AG) insbesondere auch das Regionalradio FM1, die Tageszeitung St. Galler Tagblatt (mit sieben Regionalausgaben) und das Gratiswochenmagazin "Anzeiger". Schon die Botschaft zum RTVG hielt fest, dass die fortschreitende Medienkonzentration in St. Gallen (Radio Aktuell, Tele Ostschweiz und St. Galler Tagblatt in einer Hand) die publizistische Vielfalt zumindest potentiell gefährde (BBl 2003 1646). Die Botschaft zum RTVG stellte dabei auf die marktbeherrschende Stellung an sich ab, da gemäss Entwurf zu Art. 74 RTVG schon eine marktbeherrschende Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährden konnte. Ob die Beschwerdegegnerin in gewissen Teilmärkten (vgl. zur Schwierigkeit von deren Abgrenzung oben E. 12.6) eine marktbeherrschende Stellung inne hat, kann demnach nicht ohne vertiefte Abklärungen beurteilt werden. Die Vorinstanz hat diese Frage denn auch offen gelassen. Sie verneinte dagegen das Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu untersuchen.

12.9 Der Beschwerdeführer bezieht sich bezüglich der Frage eines allfälligen Missbrauchs insbesondere auf das Gutachten Publicom, welches von Radio Top in Auftrag gegeben wurde. Im Gutachten wurden die redaktionellen Beiträge, die Programmhinweise sowie die Anzeigen des St. Galler Tagblatts analysiert und Befragungen durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass das St. Galler Tagblatt den eigenen elektronischen Medien (Tele Ostschweiz) mehr als dreimal

soviel redaktionelle Beachtung schenkt wie der Konkurrenz von Radio Top oder Tele Top. Bei den Programmhinweisen werde die Konkurrenz nahezu totgeschwiegen. Auf Tele Top werde zum Beispiel überhaupt nie hingewiesen. Durch diese Ausgrenzung eines wichtigen Wettbewerbers würden offensichtlich unerwünschte Werbeeffekte ausgeschlossen. Der Werbewert dieser Massnahmen für Tele Ostschweiz und Radio aktuell erreiche den Betrag von rund Fr. 750'000.- in zwölf Monaten. Schliesslich setze das St. Galler Tagblatt auch das Instrument "Anzeige" für die Promotion der eigenen elektronischen Angebote ein. Der Gesamtwert dieser Anzeigen liege bei über Fr. 900'000.-. Wenn auch noch der Werbewert der Programmhinweise hinzugerechnet werde, so würden sich die elektronischen Medien der Tagblatt-Gruppe mit 1.68 Mio. Franken direkt hinter den Grossverteilern Migros und Coop und noch vor Swisscom platzieren. Gestützt hierauf wird im Gutachten (u.a.) der Schluss gezogen, dass mögliche Wettbewerbsverzerrungen nicht ausgeschlossen werden können.

12.10 Beim genannten Gutachten handelt es sich zwar um ein Parteigutachten, welchem nicht die Bedeutung eines Beweismittels, sondern lediglich eines Parteivorbringens zukommt (BGE 132 III 83 E. 3.4); zudem datiert das Gutachten vom 21. Dezember 2001 und ist somit nicht mehr aktuell. Trotzdem bleiben aufgrund des Gutachtens Zweifel, ob nicht doch Hinweise auf einen Missbrauch – vor allem auf einen Missbrauch im medienpolitischen Sinne, wie er in der parlamentarischen Beratung gefordert und von der Lehre als erforderlich erachtet wird (vgl. oben E. 12.7) – vorliegen könnten. Die Vorinstanz hat sich auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weder vertieft zum Missbrauchsbegriff geäussert noch dargelegt, wieso die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente keinen Hinweis auf einen solchen Missbrauch darstellen würden. Sie hat sich ohne weitere Begründung darauf beschränkt, Hinweise auf einen Missbrauch zu verneinen. Unklar ist auch, wieweit der Erlass eines Redaktionsstatuts durch die Beschwerdegegnerin allfälligen Missbräuchen entgegenzuwirken bzw. diese auszuschliessen vermag.

12.11 Insgesamt ist festzustellen, dass keine hinreichend klaren Kriterien bestehen, welche erlauben, einen Missbrauch oder Hinweise auf einen Missbrauch zu bejahen oder zu verneinen. Entsprechend kann auch vorliegend ein Missbrauch nicht ohne weiteres verneint werden. Da der Vorinstanz als Fachbehörde hinsichtlich der (näheren) Bestimmung des medienpolitischen Missbrauchsbegriffs ein be-

sonderes Fachwissen zukommt, ist sie es, die in erster Linie solche Kriterien zu definieren und zu begründen hat. Weiter bedarf es allenfalls weiterer Sachverhaltsabklärungen zur Beantwortung der Frage nach dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. So ist es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, die Definition der Missbrauchskriterien sowie allfällige zusätzliche (aufwändige) Sachverhaltsabklärungen als erste – und mangels Anfechtungsmöglichkeit einzige – Instanz vorzunehmen (ANDRÉ MOSER/ MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.194). Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz in keinem Zeitpunkt – weder im Konzessionsentscheid, noch in einer ihrer Stellungnahmen auf Beschwerdeebene – zu den konkreten Vorhaltungen der Beschwerdeführer Stellung genommen hat. Bei diesem Resultat werden die von der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge abgewiesen.

Die Vorinstanz bzw. das BAKOM als Fachbehörde haben demnach – allenfalls mittels Konsultation der WEKO – zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) gefährdet. Dabei hat sie den medienpolitischen Missbrauchsbegriff u.a. in Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Beschwerdeführers klarer zu fassen, mithin allgemeine Kriterien zur Feststellung eines medienpolitischen Missbrauchs zu definieren. Die Vorinstanz wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheides zu prüfen haben.

13.
Aufgrund der Rückweisung der Beschwerdesache an die Vorinstanz bräuchte sich das Bundesverwaltungsgericht zu den übrigen Vorbringen des Beschwerdeführers an sich nicht mehr zu äussern. Da die von der Konzessionsvergabe betroffenen Regionen aber ein Interesse haben, ohne weitere, grössere zeitliche Verzögerungen in den Genuss der Leistungen des (neuen) Konzessionsinhabers zu kommen, rechtfertigt es sich dennoch, die Einwände des Beschwerdeführers gegen die *inhaltliche* Beurteilung der Gesuche durch die Vorinstanz bereits an dieser Stelle zu prüfen.

14.
Die Vorinstanz hat bei der Bewertung der Konzessionsgesuche

Selektionskriterien aufgestellt und diese in Input- und Outputfaktoren unterteilt. Zu den Inputfaktoren gehören die Qualitätssicherung, die Anzahl der Programmschaffenden, die Arbeitsbedingungen der Mitarbeitenden sowie die Aus- und Weiterbildung. Zu den Outputfaktoren gehören der Informationsauftrag und die Programmfenster. Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die Vorinstanz diese Kriterien richtig bewertet hat und zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Beschwerdegegnerin am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG).

15.

15.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die in der Ausschreibung verlangten Kriterien im Bereich Qualitätssicherung nur rudimentär übernommen. Die Auswahl und Gewichtung seien nicht nachvollziehbar, fehlerhaft und daher rechtswidrig. Damit die Bewertungstabelle frei von willkürlicher Zuteilung von Punkten wäre, hätte die Vorinstanz alle Kriterien gemäss Ausschreibung mit Punkten versehen müssen.

15.1.1 Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass sie auf die wichtigsten Punkte fokussiert habe. Die Auswahl von Kernbereichen habe es ermöglicht, bei allen Bewerbungen eine chancengleiche Analyse und den direkten Vergleich durchzuführen. Zudem liege die Definition der einzelnen Kriterien und Unterkriterien und die Definition der Bewertungsmethodik in der Kompetenz und im Ermessen der Konzessionsbehörde.

15.2 In der Ausschreibung wurde ausgeführt, was unter einem Qualitätssicherungsverfahren im Sinne der Ausschreibung zu verstehen sei und welche Anforderungen an ein Qualitätssicherungssystem gestellt würden. Wie das Kriterium der Qualitätssicherung konkret bewertet würde, war der Ausschreibung aber nicht zu entnehmen.

In der Bewertung dieses Kriteriums sprach die Vorinstanz nach einer abgestuften Skala maximal vier Punkte für die Beschreibung des Qualitätssicherungssystems zu, weitere vier Punkte wurden für das Vorhandensein der entsprechenden Dokumente sowie für den darin ausgewiesenen Bezug zum Leistungsauftrag zugesprochen. Schliesslich verteilte die Vorinstanz für einen hohen Detaillierungsgrad zwei Bonuspunkte.

15.2.1 Dass die Vorinstanz die genaue Punktskala in der Ausschreibung nicht definierte, ist – wie bereits gezeigt – nicht zu beanstanden (vgl. E. 7.2). Bei der Festsetzung des Bewertungsmassstabs verfügt die Vorinstanz über einen grossen Ermessensspielraum. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sie diesen überschritten haben sollte. Insbesondere sind keine Widersprüche zu den Ausschreibungsbedingungen zu ersehen. Die Vorinstanz ist zudem entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht verpflichtet, alle in der Ausschreibung genannten Kriterien mit Punkten zu versehen. Die Beschränkung der Bewertung auf Kernpunkte ist weder rechtswidrig noch fehlerhaft. Es ist sogar wünschenswert, dass die Vorinstanz die Bewertung auf die wichtigsten Punkte beschränkt, um damit einen rechts- und chancengleichen Vergleich der Bewerbungen zu ermöglichen.

15.3 Weiter bringt der Beschwerdeführer sinngemäss vor, sein Qualitätssicherungssystem hätte besser bewertet werden müssen als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Die Publizistischen Leitlinien der Beschwerdegegnerin seien eher technisch abgefasst und vermöchten höheren Ansprüchen nicht zu genügen. Zudem stelle die Beschwerdegegnerin in den einzelnen Dokumenten nicht die Einbindung in den Gesamtzusammenhang her. Die Vorinstanz habe ihren Ermessensspielraum überschritten, indem sie nicht auf das ambivalente Verhältnis der Beschwerdegegnerin zur Frage der Leistungsaufträge und zur Qualitätssicherung eingegangen sei. So führe die Beschwerdegegnerin im Gesuch aus, dass die Zuschauerzahlen die wichtigsten Indikatoren für den Programmerfolg beim Zuschauer seien. Die Zuschauerzahlen seien jedoch weder ein Qualifikations- noch ein Selektionskriterium. Schliesslich habe es die Vorinstanz unterlassen, sich differenziert zu der Studie von Vinzenz Wyss zu äussern.

15.3.1 Die Beschwerdegegnerin entgegnet, ihr Qualitätssicherungssystem besteche durch ein durchdachtes, schlankes und in sich geschlossenes Regelwerk. Dasjenige des Beschwerdeführers sei noch nicht auf "Tele Säntis" umgeschrieben und zudem überladen bzw. für den Praxisalltag wenig tauglich. Weiter könnten Zuschauerzahlen sehr wohl ein Instrument der Qualitätssicherung darstellen. Ein gebührenfinanzierter Veranstalter müsse den Leistungsauftrag in einer Art und Weise erfüllen, der auch publikumsattraktiv sei. Die erwähnte Studie sei unbeachtlich, da ausschliesslich die Bewerbungsunterlagen zählten. Die Vorinstanz habe deshalb die Qualitätssicherungssysteme zu Recht als gleichwertig qualifiziert.

15.3.2 Die Vorinstanz hält fest, dass beide Bewerber die geforderten Kriterien gleichwertig erfüllt hätten und ihnen deshalb das Maximum der Punkte zugesprochen worden sei. Die Studie von Prof. Vinzenz Wyss sei für die Gesuchsbeurteilung nicht relevant gewesen, da sie nicht die Leistungen bestehender Veranstalter zu vergleichen gehabt hatte, sondern die im Gesuch beschriebenen, auf dem ausgeschriebenen Leistungsauftrag basierenden Projekte.

15.4 Die Vorinstanz hat den beiden Bewerbern beim Kriterium der Qualitätssicherung die Maximalpunktzahl zugesprochen (je 10 Punkte). Bei der Vergabe dieser Punkte verfügt die Vorinstanz über einen erheblichen Ermessensspielraum. Es bestehen keine Anzeichen, dass sie diesen fehlerhaft ausgefüllt hat.

15.4.1 Insbesondere hat die Vorinstanz nicht sachfremde Bewertungskriterien wie den Publikumserfolg berücksichtigt. Richtig und unbestritten ist, dass der bisherige Publikumserfolg und damit die von den bestehenden Veranstaltern erzielten Zuschauerzahlen im Konzessionsverfahren nicht bewertet werden dürfen (vgl. auch E. 22.3). Jedoch ist es zulässig und sinnvoll, wenn nicht sogar notwendig, dass ein Bewerber zur Sicherung der redaktionellen Qualität die Zuschauerzahlen auswertet. Die Vorinstanz durfte die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin somit durchaus positiv bewerten.

15.4.2 Weiter vermag der Beschwerdeführer mit seiner Behauptung, sein Qualitätssicherungssystem sei besser als dasjenige der Beschwerdegegnerin nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Aufgrund der Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Gesuch sowie den eingereichten Beilagen (Leitbild, Publizistische Richtlinien, Programmhandbuch) ist nicht ersichtlich, welchen Punkt die Beschwerdegegnerin beim Kriterium der Qualitätssicherung nicht erreicht haben sollte bzw. wo die Beschwerdegegnerin schlechter als der Beschwerdeführer abgeschnitten haben sollte. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen somit nicht fehlerhaft ausgeübt, indem sie davon ausging, beide Gesuche würden die Kriterien gleichwertig erfüllen.

15.4.3 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers war die Vorinstanz zudem nicht verpflichtet, sich mit der Studie von Vinzenz Wyss (VINZENZ WYSS, BAKOM-Studie: Qualitative Analyse der Strukturen zur redaktionellen Qualitätssicherung im privaten Rundfunk in der Schweiz 2006, Forschungsbericht, Winterthur 19. Februar 2007) auseinander-

zusetzen. Die fragliche Studie untersuchte, inwiefern in 11 exemplarisch ausgewählten privaten Radio- und Fernsehstationen Strukturen der redaktionellen Qualitätssicherung eingerichtet seien und im redaktionellen Alltag tatsächlich zur Anwendung kommen würden. Auch wenn in dieser Studie ausgeführt worden wäre, dass das Leitbild von Tele Top alle andern weit hinter sich lasse (unklar ist, ob mit "FC" tatsächlich Tele Top gemeint ist), könnte der Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Studie basiert nämlich auf Untersuchungen, die gut zweieinhalb Jahre zurückliegen und äussert sich nur zur damaligen Qualitätssicherung von Tele Top und nicht auch zu derjenigen der Beschwerdegegnerin. Die Studie ist somit weder aktuell noch vergleicht sie die Qualitätssicherung der beiden Parteien im vorliegenden Verfahren. Überdies hatte die Vorinstanz im Konzessionierungsverfahren nicht die Qualitätssicherungssysteme bestehender Veranstalter zu beurteilen, sondern die für das Versorgungsgebiet Nr. 11 geplanten Qualitätssicherungssysteme.

15.5 Damit erweisen sich die Rügen betreffend das Kriterium der Qualitätssicherung als unbegründet.

16.

16.1 Der Beschwerdeführer kritisiert, es gebe in der Ausschreibung betreffend dem Kriterium der Aus- und Weiterbildung keinen Hinweis auf ein Angebot für Berufseinsteiger. Zudem sei es nicht nachvollziehbar, wieso ein Konzept für die Aus- und Weiterbildung von Stagiaires Bonuspunkte erhalten sollte. Er verzichte ganz bewusst auf die Ausbildung von Berufseinsteigern, da es realitätsfremd sei, auch von grösseren Fernsehen zu verlangen, zweijährige Stages anzubieten. Weiter sei es nicht nachvollziehbar, wieso er keinen vierten Punkt für sein Aus- und Weiterbildungskonzept erhalten habe. Dieses weise einen konkreten Bezug zum Leistungsauftrag auf. Die Vorinstanz habe übrigens das gleiche Aus- und Weiterbildungskonzept in Sachen Tele Top AG gelobt. Schliesslich hätte die Vorinstanz alle in der Ausschreibung genannten Kriterien mit Punkten versehen müssen. Durch die Zusammenfassung der Kriterien sei die Selektion grob verfälscht worden.

16.1.1 Die Beschwerdegegnerin hält dagegen, es sei durchaus sachgerecht auch die Ausbildung von Berufsanfängern zu fördern. Es dürfe auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass es für Ostschweizer

Berufsanfänger äusserst schwierig sei, einen Ausbildungsplatz bei einem Fernsehsender zu finden, wenn der Lokalsender keine entsprechenden Praktika anbiete. Angesichts der immanenten Bedeutung des jeweils örtlichen Dialekts wäre es für einen St. Galler Berufsanfänger nahezu unmöglich, bei einem andern Lokalfernsehen in der Schweiz Fuss zu fassen.

16.1.2 Die Vorinstanz führt aus, dass gemäss Ausschreibung die Schaffung von Stages zwar keine explizite Pflicht gewesen sei, jedoch an mehreren Stellen unmissverständlich auf die grosse Bedeutung der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden hingewiesen worden sei. Nach nochmaliger Konsultation der Dokumente rechtfertige es sich aber tatsächlich, dem Beschwerdeführer beim Aus- und Weiterbildungskonzept einen vierten Punktes zu vergeben.

16.2 Vorab ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren einen konkreten Bezug des Aus- und Weiterbildungskonzeptes des Beschwerdeführers zum Leistungsauftrag bejaht. Sie folgt damit dem Einwand des Beschwerdeführers, ihm sei diesbezüglich ein vierter Punkt zuzugestehen. Insoweit braucht infolge Gegenstandslosigkeit auf die Rüge des Beschwerdeführers nicht näher eingegangen zu werden.

16.3 Umstritten ist jedoch nach wie vor die (Nicht-)Vergabe von Bonuspunkten beim Aus- und Weiterbildungskonzept für Stagiaires.

Gemäss Bewertungsraster können die Bewerber beim Kriterium der Aus- und Weiterbildung zwei Bonuspunkte erzielen, wenn sie ein konkretes Konzept mit inhaltlichen Angaben zur Aus- und Weiterbildung von Stagiaires einreichen. Die Vorinstanz wies der Beschwerdegegnerin in der Bewertung zwei und dem Beschwerdeführer null Punkte zu.

16.3.1 Zunächst ist zu klären, was unter einem sog. Stage bzw. einem Stagiaire zu verstehen ist. Der Duden definiert den Stage als einen Aufenthalt bei einer Firma zur weiterführenden Ausbildung oder als Praktikum. Dieser Definition ist nicht unmittelbar zu entnehmen, ob es einen Unterschied zwischen einem Stage und einem Praktikum gibt. Der Beschwerdeführer, die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz unterscheiden jedoch den Stage vom Praktikum. So führt der Beschwerdeführer aus, er verzichte auf die Einstellung von Stagiaires, wolle aber in unregelmässigen Abständen Praktikanten einstellen. Aus

den Ausführungen der Parteien und dem allgemeinen Sprachgebrauch folgt, dass bei einem Stage die weiterführende Ausbildung im Vordergrund steht, bei einem Praktikum dagegen das erste Kennenlernen des Berufs. Stages dauern dementsprechend im Gegensatz zu den Praktika nicht nur einige Monate, sondern meist länger als ein Jahr. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass Stagiaires im Gegensatz zu Praktikanten oft bereits über Erfahrung im fraglichen Gebiet verfügen (müssen). Dem Stage ähnlich ist das sog. Traineeprogramm. Der Trainee erhält innerhalb eines Unternehmens eine praktische Ausbildung in allen Abteilungen und wird dadurch für seine spätere Tätigkeit (oft als Kadermitglied) vorbereitet.

16.3.2 Richtig ist, dass ein Aus- und Weiterbildungskonzept für Stagiaires in der Ausschreibung nicht ausdrücklich genannt wurde. Der Ausschreibung ist jedoch zu entnehmen, dass der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden hohe Priorität beizumessen sei. Im Rahmen der Personalpolitik seien mit Blick auf den verlangten Leistungsauftrag, Massnahmen der Aus- und Weiterbildung umzusetzen. Bei den Arbeitsbedingungen wird sodann verlangt, dass die Bewerber aufzuzeigen hätten, wie die Stagiaires behandelt würden. Zudem findet sich in Art. 7 Abs. 1 der Musterkonzession eine Formulierung, welche auf Stagiaires hinweist: "Sie regelt mindestens die Bereiche Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung für ihre fest angestellten Mitarbeitenden sowie ihre Stagiaires verbindlich".

Daraus ergibt sich, dass es den Bewerbern grundsätzlich freisteht, ob sie Stages anbieten wollen oder nicht. Aufgrund des hohen Stellenwerts der Aus- und Weiterbildung und dem ausdrücklichen Hinweis auf die Stagiaires in der Ausschreibung bzw. in der Musterkonzession mussten die Bewerber jedoch davon ausgehen, dass ein Anbieten von Stages positiv bewertet werden würde. Dies war offenbar auch dem Beschwerdeführer bewusst, hat er sich doch in seinem Gesuch explizit zur Behandlung der Stagiaires geäussert. Stages bieten etliche unbestrittene Vorteile, so zum Beispiel die Möglichkeit, sich "on the job" weiter auszubilden und Berufserfahrung zu sammeln. Der Einstieg in die Berufswelt gelingt denn oftmals auch nur über die Absolvierung eines Stages; vielfach folgt dem Stage die Anstellung in der Unternehmung. Unternehmen verschiedenster Branchen bieten denn auch Stages an (z.B. Banken). Im Medienbereich gibt es die Möglichkeit, beim Schweizer Fernsehen oder Schweizer Radio DRS 18-monatige Stages zu absolvieren.

Demnach ist es durchaus sachgerecht, die Möglichkeit von Stages auch beim Regionalfernsehen zu honorieren. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Anbieten von Stages realitätsfremd sein sollte. Die Vergabe der Vorinstanz von Punkten für ein Aus- und Weiterbildungskonzept für Stagiaires ist deshalb sachgerecht und weder willkürlich noch rechtswidrig. Überdies mussten die Bewerber aufgrund der Ausschreibung damit rechnen, dass solches bewertet werden könnte.

16.3.3 Der Ausschreibung ist weiter zu entnehmen, dass die Bewerberinnen und Bewerber darzulegen hatten, wie sie die Elemente des Leistungsauftrages zu erfüllen gedachten oder wo sie die Anforderung gar übertreffen würden. Damit hält schon die Ausschreibung fest, dass ein Bewerber die Anforderungen nicht nur erfüllen, sondern auch übertreffen kann und dass dies von der Vorinstanz honoriert werden kann. Damit ist auch die grundsätzliche Vergabe von Bonuspunkten nicht zu beanstanden.

16.3.4 Inhaltlich ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer kein Konzept für die Aus- und Weiterbildung von Stagiaires einreichte. Er hielt im Gesuch ausdrücklich fest, er verzichte bewusst auf die Ausbildung von Berufseinsteigern. Hingegen wolle er in unregelmässigen Abständen Praktikanten für maximal 6 Monate anstellen. Demgegenüber bietet die Beschwerdegegnerin neben 1-3 monatigen Praktika für Berufsinteressenten auch zweijährige Stages für Berufseinsteiger an. Sie macht zudem konkrete Ausführungen betreffend Vorbildung, Inhalt und Entlöhnung der Stagiaires. Die Vorinstanz durfte deshalb der Beschwerdegegnerin zwei Bonuspunkte für das Aus- und Weiterbildungskonzept von Stagiaires erteilen. Mangels entsprechendem Angebot bestand hierfür beim Beschwerdeführer kein Anlass.

16.3.5 Dass der Beschwerdeführer aus der Tatsache, dass sein Gesuch im Versorgungsgebiet Nr. 10 im fraglichen Punkt allenfalls anders bewertet wurde, nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, wurde bereits ausgeführt (vgl. E. 9.3).

16.3.6 Auch die Beschränkung der Bewertung auf Kernpunkte ist wie bereits ausgeführt weder rechtswidrig noch fehlerhaft (vgl. E. 15.2.1).

16.4 Damit erweisen sich die Rügen des Beschwerdeführers auch in diesem Punkt als unbegründet.

17.

17.1 Beim Kriterium der Programmschaffenden wendet der Beschwerdeführer ein, bei ihm hätten richtigerweise 21.1 100%-Stellen in das Bewertungsraster eingetragen werden müssen. Er verzichte aber auf die Forderung eines weiteren Punktes, da er davon ausgehe, dass es im Ermessensspielraum der Vorinstanz liege, ob die Grenze bei den 100%-Stellen für drei Punkte bei 20, 21 oder 22 Punkten gezogen würde.

17.2 Da der Beschwerdeführer ausdrücklich darauf verzichtet beim Kriterium der Programmschaffenden einen weiteren Punkt zu fordern, mit andern Worten das Ergebnis der Bewertung in diesem Punkt akzeptiert, braucht nicht näher auf den Einwand des Beschwerdeführers eingegangen zu werden.

18.

18.1 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, sein Gesuch hätte beim Kriterium der Arbeitsbedingungen besser bewertet werden müssen. Die grobe Zusammenfassung der Kriterien und die willkürliche Zuteilung von Bonus-Punkten für den 13. Monatslohn habe die Selektion grob verfälscht. Die Vorinstanz habe ihren Ermessensspielraum überschritten, indem sie den Schluss gezogen habe, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von 41 gegenüber 42.5 Stunden sowie ein 13. Monatslohn ab dem 1. Jahr statt nach einem Stufenmodell deutlich bessere Arbeitsbedingungen ergäben. Zahlreiche Punkte seien in seinem Firmenvertrag besser gelöst als bei der Beschwerdegegnerin. Im Lohnbereich würden Mindestlöhne definiert, selbstverständlich bezahle er aber in allen Bereichen Marktlöhne.

18.2 Die Beschwerdegegnerin entgegnet, das Argument des Beschwerdeführers, er bezahle nicht die garantierten Mindestlöhne, sondern Marktlöhne, könne nicht gehört werden, da es sich um eine Nachbesserung der Bewerbung handle.

18.3 Die Vorinstanz hält fest, dass es sich beim Marktlohn um kein griffiges Kriterium handle, da die Verpflichtung eines Konzessionärs auf einen bestimmten Marktlohn kaum praktikabel wäre. Zudem habe sie nicht die bestehende Situation oder künftige Pläne der Bewerber zu bewerten gehabt, sondern die im Gesuch umschriebenen Projekte. Das Gesuch des Beschwerdeführers habe lediglich eine Mindestlohntabelle enthalten, jedoch keinen Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer beabsichtige, Marktlöhne zu bezahlen. Die bewerteten

Kriterien seien keinesfalls willkürlich ausgewählt worden; Lohn, Arbeitszeit und Ferien würden die wichtigsten Faktoren eines Arbeitsverhältnisses darstellen.

18.4 Ein Vergleich der Arbeitsbedingungen verschiedener Arbeitgeber lässt sich nicht mit mathematischer Genauigkeit vornehmen. Es sind gezwungenermassen Gewichtungen und Wertungen vorzunehmen. Entsprechend kam der Vorinstanz bei der Festlegung der Kriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Beschränkung auf den Lohn und die Ferienregelung erscheint vor diesem Hintergrund als vertretbar, ebenso ist die Punktvergabe für das Verhältnis Mindestlohn/-Wochenarbeitszeit und die Höhe des Ferienanspruchs nachvollziehbar. Insbesondere beim Lohn könnten die unterschiedlichsten Modelle es sonst praktisch unmöglich machen, einen direkten Vergleich vorzunehmen. Eine Vergabe von Bonuspunkten für die Ausrichtung eines 13. Monatslohnes ist ebenfalls sachgerecht.

18.5 Zum Einwand des Beschwerdeführers, die bewerteten Arbeitsbedingungen der Beschwerdegegnerin seien nicht deutlich besser als diejenigen des Beschwerdeführers ist Folgendes festzuhalten: Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass eine tiefere Wochenarbeitszeit oder ein vom ersten Jahr an voll ausgerichteter 13. Monatslohn besser bewertet wird als eine höhere Wochenarbeitszeit bzw. ein in den ersten zwei Jahren nur teilweise (1/3 bzw. 2/3) ausgerichteter 13. Monatslohn.

Der Beschwerdeführer weist im Gesuch gegenüber der Beschwerdegegnerin einen tieferen Mindestlohn (Fr. 3'750.- gegenüber Fr. 4'420.-), eine höhere Wochenarbeitszeit (42.5 gegenüber 41 Stunden) und einen vollen 13. Monatslohn erst ab dem 3. Anstellungsjahr (Beschwerdegegnerin: ab dem 1. Anstellungsjahr, bei unterjährigem Arbeitsverhältnis anteilsmässig) aus. Zum Mindestlohn der Beschwerdegegnerin ist noch festzuhalten, dass dieser aufgrund eines variablen Lohnanteils (Erfahrungs- und Leistungsspanne) im ersten Berufsjahr zwischen Fr. 4'000.- und Fr. 5'200.- für die tiefste Stufe (Redaktor/VJ) beträgt. Aufgrund der Ausführungen im Gesuch ist jedoch nachvollziehbar, dass der variable Lohnanteil in der Praxis nie Fr. 0.- betragen wird, weshalb die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum nicht überschritt, wenn sie von einem Mindestlohn von Fr. 4'420.- ausging. Zudem würde die Beschwerdegegnerin, auch wenn man von einem Mindestlohn von Fr. 4'000.- ausgehen würde, immer noch einen

höheren Mindestlohn als der Beschwerdeführer (Fr. 3'750.-) bezahlen. Die Vorinstanz durfte demnach das Gesuch des Beschwerdeführers in Bezug auf die Arbeitsbedingungen schlechter bewerten als dasjenige der Beschwerdegegnerin.

18.6 Insoweit der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren sinngemäss vorbringt, er bezahle höhere Löhne (Marktlöhne), kann dies nicht mehr berücksichtigt werden, da dies eine unzulässige Änderung bzw. Verbesserung des Gesuchs darstellt (vgl. E. 8.2).

18.7 Auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen rügt der Beschwerdeführer die ungleiche Behandlung seiner praktisch identischen Gesuche in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11. Wie bereits unter E. 9.3 ausgeführt, hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung der in unterschiedlichen Versorgungsgebieten eingereichten Gesuche. Auf die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2009 betreffend unterschiedliche Bewertung des 13. Monatslohns in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 ist deshalb nicht näher einzugehen.

18.8 Die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die Arbeitsbedingungen erweisen sich demnach als unbegründet.

19.

19.1 Im Outputbereich macht der Beschwerdeführer geltend, der unterschiedliche Gewichtungsfaktor in den Bewertungstabellen der Versorgungsgebiete Nr. 10 (1.3) und Nr. 11 (2.2) sei nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz habe die Unterkriterien im Output willkürlich aufgewertet.

19.2 Die Vorinstanz hält dagegen, dass die Bewertungstabelle für Versorgungsgebiete mit Programmfenster (z.B. Versorgungsgebiet Nr. 10) beim Output auch Bewertungselemente zu diesem Fenster umfasst habe und damit mehr bewertete Einzelelemente als die Bewertungstabelle für Versorgungsgebieten ohne Programmfenster (z.B. Versorgungsgebiet Nr. 11). Aus diesem Grund sei der Output in Versorgungsgebieten mit Programmfenstern mit dem Faktor 1.5 und in Versorgungsgebieten ohne Programmfenster mit dem Faktor 2.2 gewichtet worden. Auf diese Weise sei erreicht worden, dass der ganze Input- und Outputbereich für den Konzessionsentscheid genau gleich bewertet werden konnte.

19.3 Es ist verständlich und nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nur in Versorgungsgebieten in denen die RTVV verlangt, Informationsfenster zu verbreiten, die Verbreitung von solchen Informationsfenster bewertet hat. Folgerichtig ergaben sich dadurch bei den Bewertungstabellen für die Versorgungsgebiete mit Programmfenstern zusätzliche, zu bewertende Elemente. Die Bewertungstabelle des Versorgungsgebiets Nr. 10 weist dementsprechend folgende weitere Kriterien unter dem Punkt "Programmfenster: Informationsauftrag" auf: "Anzahl Programmschaffende fürs Fenster auf 100%-Stellen umgerechnet", "Bonus Umsetzung Infoauftrag" und "weitere Ausführungen zum Infoauftrag". In Versorgungsgebieten mit Programmfenstern konnten demnach beim Output mehr Punkte erzielt werden als in Versorgungsgebieten ohne Programmfenstern. Die unterschiedliche Gewichtung des Outputs bei den Bewertungstabellen mit oder ohne Programmfenster war sogar notwendig, damit die Input- und Outputfaktoren im Entscheid gleiches Gewicht (je 40 % gemäss Ausschreibung) erhielten.

Die Rüge des Beschwerdeführers betreffend unterschiedlicher Gewichtung der Outputfaktoren in den Versorgungsgebieten Nr. 10 und 11 erweist sich demnach als unbegründet.

20.
Insoweit der Beschwerdeführer bei der Outputbewertung geltend macht, das identische Gesuch von Tele Top im Versorgungsgebiet Nr. 10 sei in der Verfügung viel positiver umschrieben worden als dasselbe im hier in Frage stehenden Versorgungsgebiet Nr. 11, kann auf die Ausführungen unter E. 9.3 verwiesen werden.

21.
21.1 Der Beschwerdeführer rügt hinsichtlich des Kriteriums des Informationsauftrags, die Bewertungstabelle übernehme nur teilweise die in der Ausschreibung verlangten Kriterien. So fehle die Ausstrahlung zu den Hauptsendezeiten oder die Produktion im Versorgungsgebiet. Andererseits würden die Sondersendungen zu Wahlen oder Abstimmungen doppelt bewertet, einmal unter dem Kriterium "Informationsauftrag" und ein weiteres Mal unter "Sendungsarten im Infobereich". Die Auswahl und Gewichtung der Kriterien sei damit nicht nachvollziehbar und rechtswidrig. Zudem sei die Behauptung der Vorinstanz in der Verfügung vom 31. Oktober 2008, er verzichte auf ein aktuelles Programm am Samstag und Sonntag falsch.

Die inhaltlichen Präzisierungen und Konzepte bezüglich gesendeter Information würden exakt den Vorgaben der Ausschreibung sowie der Bewertungstabelle entsprechen. An mehreren Orten im Gesuch werde auf konkrete Angaben zu Sondersendungen wie bei Wahlen und Abstimmungen hingewiesen. Es gebe daher keinen Grund, ihm den vierten Punkt zu verweigern. Überdies sei gemäss Vorinstanz nicht mehr als die maximale Punktezahl zu erzielen.

21.2 Wie bereits ausgeführt, verfügt die Vorinstanz bei der Festsetzung des Bewertungsmassstabs über einen grossen Ermessensspielraum. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sie diesen überschritten haben sollte. Insbesondere sind keine Widersprüche zu den Ausschreibungsbedingungen zu ersehen. Es liegt im Ermessen der Vorinstanz, gewisse in der Ausschreibung aufgeführte Punkte nicht ins Bewertungsraster zu übernehmen (vgl. E. 15.2.1). So ist es durchaus zulässig und zudem nachvollziehbar, dass die Vorinstanz keine Punkte für die überwiegende Produktion des während der Hauptsendezeit ausgestrahlten Programms im Versorgungsgebiet (Art. 42 RTVV) vergeben hat. Auch ist es Sache der Vorinstanz, einem Kriterium mehr Gewicht beizumessen und es dementsprechend doppelt in der Bewertungstabelle aufzunehmen. Die Bewertungstabelle erweist sich somit auch hinsichtlich des Kriteriums des Informationsauftrags als rechtmässig.

21.3 Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht den vierten Punkt beim Kriterium "Informationsauftrag (Themen)" verweigert hat.

Gemäss Bewertungstabelle können vier Punkte erzielt werden, wenn das Gesuch Präzisierungen (auch inhaltlicher Art) bezüglich gesendeter Information (Konzepte etc.) und konkrete Angaben zu Sondersendungen wie bei Wahlen und Abstimmungen enthält.

21.3.1 Laut Vorinstanz konnte dem Beschwerdeführer der vierte Punkt nicht vergeben werden, da sich sein Gesuch stark auf Elemente des bestehenden Programms von Tele Top (News-Konzept 2006 von Tele Top) gestützt habe. Für das neue Programm des Beschwerdeführers sei jedoch kein eigentliches Konzept mit detaillierten Beschreibungen der einzelnen Programmgefässe vorgelegen. Auch habe das Gesuch keine präzisen Angaben zu Sondersendungen enthalten, sondern lediglich Ereignisse aufgezählt, über die der Beschwerdeführer berichten wolle.

21.3.2 Der Beschwerdeführer reichte das News-Konzept 2006 von Tele Top ein. Dieses enthält über acht Seiten Ausführungen zu den Sendungen Top News, Top Thema/Top Typ und Top Sport. Die Beschwerdegegnerin reichte dagegen einen 27-seitigen Beschrieb 20 verschiedener Sendungen ein. Die jeweiligen Ausführungen zu den Sendungen sind übersichtlich gegliedert, einheitlich und konzeptionell aufgebaut. So enthalten sie insbesondere Angaben zu den Verantwortlichkeiten, dem Personalaufwand (Redaktion bzw. Technik) und dem Produktionsstandort sowie zum Ausstrahlungsrhythmus und der Dauer der Sendungen. Das Gesuch des Beschwerdeführers enthält dagegen lediglich Angaben zu vier verschiedenen Sendungen und ist im Vergleich zu demjenigen der Beschwerdegegnerin weniger übersichtlich und detailliert. So äussert sich der Beschwerdeführer zum Beispiel nicht zu den Verantwortlichkeiten und dem Personalaufwand der einzelnen Sendungen. Auch verweist er im Gesuch auf zahlreiche mögliche Inhalte der Sendungen in den verschiedensten Themenbereichen, reicht aber kein eigentliches Sendungskonzept wie die Beschwerdegegnerin ein.

Die Begründung der Vorinstanz hinsichtlich des Kriteriums "Informationsauftrag (Themen)" ist somit nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Sie durfte dem Beschwerdeführer drei und der Beschwerdegegnerin vier Punkte verteilen.

21.4 Der Beschwerdeführer machte in seiner Beschwerde vom 3. Dezember 2008 geltend, es sei falsch, dass er auf ein aktuelles Programm am Samstag und Sonntag verzichte. Er ging demnach davon aus, diese Tatsache sei für die Punktevergabe wesentlich, er mithin dadurch einen Punkt weniger erhalten habe.

Die Vorinstanz hielt in ihrer Vernehmlassung vom 13. März 2009 fest, für die Bewertung des Kriteriums "Informationsauftrag" sei nicht die Tatsache entscheidend gewesen, dass der Beschwerdeführer am Wochenende einen reduzierten Sendebetrieb fahren wolle.

21.4.1 Zu klären ist nachfolgend, ob die Vorinstanz durch ihre Begründung der angefochtenen Verfügung den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt hat.

Wie bereits vorne erwähnt (vgl. E. 10.2), muss die Begründung eines Entscheides so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die

Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b).

21.4.2 In der Verfügung vom 31. Oktober 2009 erwähnte die Vorinstanz bei den Outputfaktoren mehrmals, dass die Beschwerdegegnerin aktuelle Infos während sieben, der Beschwerdeführer dagegen nur während fünf Tagen produziere:

- "TVO verschafft sich Vorteile mit aktuellen Infos während **sieben Tagen** pro Woche (Säntis während **fünf Werktagen**) [...]"
- Ein weiteres Plus für TVO ist die grössere Aktualität, da das Infomagazin an **sieben Tagen pro Woche** produziert und zudem während der Woche ein aktueller Mittagsflash ausgestrahlt werden soll. Abgesehen von den intensiv gepflegten Sondersendungen aus aktuellem Anlass beschränkt sich Säntis hingegen auf eine regelmässige Programmproduktion während **fünf Werktagen** und auf den aktuellen Sonntags-Talk. [...]
- Die vergleichende Analyse liefert jedoch Pluspunkte für TVO in folgenden Bereichen: Aktualität: Mit dem **Siebentage-Rhythmus** und dem Mittagsflash ist TVO in der Lage, rascher, regelmässiger und aktueller zu informieren."

Für die Nichtvergabe des vierten Punkts an den Beschwerdeführer war ausschlaggebend, dass sein Gesuch weder ein eigentliches Konzept mit detaillierten Beschreibungen der einzelnen Programmgefässe noch präzise Angaben zu Sondersendungen enthielt (vgl. E. 21.3.1 f.). Dem Beschwerdeführer wurde der vierte Punkt somit nicht aufgrund der Annahme der Vorinstanz, er produziere ein aktuelles Programm an nur fünf Tagen pro Woche, verweigert. Da es für die Bewertung der Gesuche folglich nicht entscheidend war, ob ein aktuelles Programm an sieben oder nur fünf Wochentagen produziert wird, kann offen gelassen werden, ob dem Gesuch des Beschwerdeführers zu entnehmen war, er produziere ein aktuelles Programm an sieben Tagen pro Woche.

Jedoch ist es tatsächlich in einem gewissen Sinne irreführend, dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2009 hinsichtlich der Outputfaktoren eine nicht entscheidrelevante Tatsache sogar mehrfach – darunter auch beim Fazit der Outputfaktoren – aufführte. Zwar enthält die Verfügung auch diejenigen Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess (z.B. Flash am Mittag der Beschwerdegegnerin), jedoch enthält sie auch mehrfach die gleiche, nicht ent-

scheidrelevanten Aussage betreffend fünf bzw. sieben-Tage-Rhythmus. Der Beschwerdeführer durfte somit davon ausgehen, dass sein Gesuch unter anderem aufgrund der Aussage der Vorinstanz, er produziere nur an fünf Tagen pro Woche aktuelle Infos, schlechter bewertet wurde als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Insofern konnte sich der Beschwerdeführer kein genügendes Urteil über die Aussichten einer Beschwerde machen. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör wurde damit verletzt.

21.4.3 Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur, mit der Folge, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (statt vieler: BGE 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs aber als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 986 f.).

Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel zudem als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in der Vernehmlassung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1737/2006 vom 22. August 2007 E. 2.4; Lorenz Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 214 mit Hinweisen).

21.4.4 Im vorliegenden Fall erscheint die Verletzung der Begründungspflicht nicht als besonders schwer. Die Ausführungen der Vorinstanz in der Verfügung vom 31. Oktober 2009, wonach der Beschwerdeführer nur an fünf Tagen pro Woche ein aktuelles Programm produziere, haben sich nicht auf die Bewertung der Gesuche ausgewirkt. Zudem hat die Vorinstanz durch das Einreichen der Bewertungstabelle im Beschwerdeverfahren und die Ausführungen in der

Vernehmlassung eine hinreichende Begründung geliefert. Angesichts der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts kann die Verletzung der Begründungspflicht deshalb als im Rechtsmittelverfahren geheilt betrachtet werden.

Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer teilweise gestützt auf eine mangelhafte Begründung Beschwerde erhoben hat, ist aber im Rahmen der Verlegung der Verfahrenskosten und der Bemessung einer allfälligen Parteientschädigung angemessen Rechnung zu tragen (BGE 126 II 111 E. 7b; ausführlich: LORENZ KNEUBÜHLER, Die Kostenverlegung im Beschwerdeverfahren des Bundes, ZBl 2005 S. 466; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 12.7.3).

21.5 Somit erweisen sich die Rügen betreffend Informationsauftrag als unbegründet.

22.

22.1 In Bezug auf das Kriterium des Vielfaltsgebots und der Sendungsarten kritisiert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe das neue Kriterium der Zuschauerbindung eingeführt, obwohl sie sonst immer die Zuschauerquote als Kriterium abgelehnt hätte. Zudem sei nicht ersichtlich wieso ihm der vierte Punkt beim Kriterium "Sendungsarten" verweigert worden sei.

22.2 Die Vorinstanz hält dagegen, es gelte die Begriffe Zuschauerbindung und Zuschauerquote zu unterscheiden. Zuschauerbindende Massnahmen würden einen Beitrag zur Attraktivität des Programms leisten und seien erwünscht. Die Zuschauerquote dagegen sei tatsächlich nicht berücksichtigt worden. Die positive Würdigung hinsichtlich der Zuschauerbindung habe allerdings keinen Eingang in die Punktebewertung gefunden. Beim Kriterium "Sendungsarten" sei der Beschwerdegegnerin ein Punkt mehr zugesprochen worden, weil sie eine vielfältigere Auswahl von Sendearten ausstrahlen wolle und explizit einmal pro Monat Dokumentationen zu wichtigen regionalen Themen von mindestens 20 Minuten Dauer einplane. Damit sei der Aspekt vertiefender Elemente bei der Beschwerdegegnerin besser erfüllt als beim Beschwerdeführer, der Hintergrundthemen ausschliesslich mittels Talksendungen verbreiten wolle.

22.3 Der Vorinstanz ist zu folgen, dass es sich bei der Zuschauerquote und der Zuschauerbindung um unterschiedliche Begriffe

handelt. Die Vorinstanz hat denn auch nicht das sachfremde Kriterium der Zuschauerquote in ihr Bewertungsraster aufgenommen. Sie hat lediglich in ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2008 festgehalten, der eher dem Infotainment zuzuordnende Publikumsbeitrag der Beschwerdegegnerin schaffe eine stärkere Zuschauerbindung. Da sich diese positive Aussage weder auf ein sachfremdes Kriterium bezieht noch Einfluss auf die Bewertung der Gesuche hatte, erweisen sich die Einwände des Beschwerdeführers als unbegründet.

Anders als beim Kriterium des Programmauftrags (vgl. E. 21.4 ff.) hat die Vorinstanz ihre Begründungspflicht nicht verletzt, indem sie sich zu einem nicht entscheidrelevanten Punkt (hier die Zuschauerbindung) geäussert hat. Die Vorinstanz ist nicht verpflichtet, einzig die unmittelbar entscheidrelevanten Beweggründe in der Verfügung zu nennen. Im Gegensatz zu dem in den E. 21.4 ff. geschilderten Fall erwähnte die Vorinstanz die Zuschauerbindung in der angefochtenen Verfügung nur einmal und überdies im Zusammenhang mit einem entscheidrelevanten Punkt (einem zusätzlichen Sendegefäss). Dem Beschwerdeführer musste deshalb klar sein, dass die einmalige Erwähnung der Zuschauerbindung nicht wesentlich für den Entscheid sein konnte.

22.4 Beim Kriterium der Sendungsarten ist nicht ersichtlich, inwieweit die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum fehlerhaft ausgeübt haben sollte, indem sie dem Beschwerdeführer nur drei statt vier Punkte vergeben hat. Die Beschwerdegegnerin bietet im Gegensatz zum Beschwerdeführer neben einer Talksendung auch einen Wirtschafts- und Börsenbeitrag, eine Sendung mit Publikumsbezug (je nach Wochentag Sendungen wie "Mis Rezept", "Freiziit-Reporter" und "Min Verein") und einen aktuellen Newsflash am Mittag an. Daneben will sie mindestens einmal im Monat eine Dokumentation von mindestens 20 Minuten Dauer produzieren. Es ist somit nachvollziehbar, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin beim Kriterium der Sendungsarten einen Punkt mehr erteilt hat.

22.5 Betreffend den Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe die gleichen Gesuchsinhalte der Tele Top AG und des Beschwerdeführers auch beim Kriterium "Vielfaltsgebot und Sendungsarten" komplett anders dargestellt, kann auf E. 9.3 verwiesen werden.

22.6 Damit erweisen sich die Rügen des Beschwerdeführers im Hinblick auf das Vielfaltsgebot und die Sendungsarten als unbegründet.

23.

23.1 Der Beschwerdeführer rügt in Bezug auf das Kriterium des Programmfensters, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung nur die kritische Stellungnahme des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 2008 und nicht auch die positive Stellungnahme des Kantons Appenzell Ausserrhoden erwähnt. Dieses einseitige und unkritische Abstellen auf die Meinung des Regierungsrates des Kantons St. Gallen sei rechtsmissbräuchlich. Der Zweck von Programmfenstern bestehe darin, Regionen mit einem hohen eigenen politischen und kulturellen Selbstwertgefühl und dem entsprechenden Organisationsgrad ein separates Programm anzubieten. Dieses gefährde keineswegs gemeinsame nationale Positionen der Ostschweiz.

23.2 Die Vorinstanz hält fest, sie sei nach wie vor überzeugt, dass das vom Beschwerdeführer geplante Fensterprogramm im relativ kompakten Versorgungsgebiet Ostschweiz zur Erfüllung des Leistungsauftrags kaum Vorteile bringen würde. Es seien zwar Vorbehalte betreffend Programmfenster in der Verfügung vorgebracht worden, diese hätten aber nicht Eingang in die Bewertungstabelle gefunden. Sie habe in der Verfügung lediglich die Meinung der St. Galler Regierung zitiert, um beispielhaft eine eher kritische Haltung bezüglich des Fensterprogramms wiederzugeben. Auf die Zitierung der Meinung des Kantons Appenzell Ausserrhoden habe sie verzichtet, da sich die Kantonsregierung im Ergebnis für das Gesuch der Beschwerdegegnerin ausgesprochen hätte. Überdies hätten die Meinungen der Anhörungspartner keinen verpflichtenden Charakter.

23.3 Die RTVV verpflichtet die Fernsehveranstalter in den Auflagen je nach Versorgungsgebiet Informationsfenster zu verbreiten oder nicht. Es ist somit nachvollziehbar und auch sachgerecht, dass die Vorinstanz in Versorgungsgebieten, in welchen die RTVV keine Informationsfenster vorschreibt (wie dies vorliegend der Fall ist), die Produktion von Programmfenstern nicht bewertet hat (vgl. auch E. 19.3).

23.4 Obwohl die vom Beschwerdeführer geplanten Programmfenster für die Bewertung der Gesuche keine Relevanz hatten, ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Vorinstanz zu den geplanten Programmfenstern nicht zu beanstanden sind. Die Vorinstanz hielt in der Verfügung vom 31. Oktober 2008 fest, die kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Appenzeller Kantonen und

St. Gallen seien so eng, dass die publizistische Zweiteilung des Versorgungsgebietes mittels Programmfenster kaum Vorteile bringe. Zur Erfüllung des Informationsauftrages seien Programmfenster auch gar nicht nötig. Im Gegenteil, es bestehe sogar die Gefahr, dass gewisse Informationen dem Publikum der einen oder andern Region vorenthalten bliebe. So könne auch die Integrationsfunktion, welche ein Veranstalter in einem Versorgungsgebiet wahrnehmen müsse, nicht erfüllt werden. Ein Mehrwert sei also nicht ersichtlich. Die Produktion von Programmfenstern, die aus der Sicht des Leistungsauftrags nicht nötig seien, erscheine in Hinblick auf den Mitteleinsatz nicht effizient. Diese Überlegungen der Vorinstanz sind keineswegs rechtsmissbräuchlich, sondern durchaus nachvollziehbar.

Zudem ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur Unterstützung ihrer Würdigung lediglich beispielhaft die Meinung des Kantons St. Gallen in der Verfügung erwähnt hat. Daraus lässt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht schliessen, die Vorinstanz habe einseitig auf diese Meinung abgestellt. Überdies sind die Anhörungsmeinungen für die Vorinstanz nicht verbindlich (vgl. E. 8.3.2 hiervor).

23.5 Somit erweisen sich auch die Rügen des Beschwerdeführer hinsichtlich der Programmfenster als unbegründet.

24.

24.1 Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen, dass er sich Gedanken über die zukünftige Verbreitung gemacht habe. Eine Nichtaufführung der möglichen künftigen Verbreitung über DVB-T und Satellit wäre ein Fehler gewesen. Die Beschwerdegegnerin gehe dagegen bloss davon aus, dass die Verbreitungswege bis zum Ende der Konzession unverändert bleiben würden.

24.1.1 Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, Art. 38 Abs. 5 RTVG verlange grundsätzlich eine Beschränkung der Verbreitung auf das Konzessionsgebiet, was mit der unverschlüsselten Verbreitung über Satellit nicht möglich sei. Das Verbreitungskonzept des Beschwerdeführers verletze somit das RTVG oder sei zumindest unrealistisch.

24.1.2 Die Vorinstanz führt aus, die Verbreitung sei in allen Versorgungsgebieten als Bewertungskriterium zu berücksichtigen, aller-

dings sei die Selektionswirkung dieses Kriteriums je nach Versorgungsgebiet sehr unterschiedlich. Nur wenn ein ausreichender Gestaltungsspielraum bestehe, um selbständig ein Versorgungskonzept zu entwickeln, könne sich ein Bewerber wesentlich von seinen Konkurrenten unterscheiden. Da Fernsehprogramme in der Schweiz mit wenigen Ausnahmen über das Kabelnetz verbreitet würden, sei die Verbreitung für die meisten Bewerber um eine Fernsehkonzession abschliessend determiniert. Das Verbreitungskriterium entfalte in diesen Fällen keine Wirkung.

24.2 Gemäss Ausschreibung hatten nur die Bewerberinnen und Bewerber, deren Radio- und Fernsehprogramme gemäss Konzession drahtlos-terrestrisch verbreitet werden sollten, ein Versorgungskonzept einzureichen. Art. 2 der "Musterkonzession für Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil" ist zu entnehmen, dass das Programm grundsätzlich über Leitungen verbreitet wird. Nur die Konzessionäre der Versorgungsgebiete Nr. 1, 2, 12 und 13 werden berechtigt, ihre Programme auch digital drahtlos-terrestrisch zu verbreiten.

24.3 Im vorliegenden Versorgungsgebiet erfolgt die Verbreitung somit ausschliesslich über das Kabelnetz. Es ist deshalb der Vorinstanz zu folgen, dass das Verbreitungskriterium bei Fernsehveranstaltern, die ihre Programme über das Kabelnetz verbreiten, keine Selektionswirkung entfaltet. Dementsprechend stellte die Vorinstanz auch lediglich fest, die Bewerber seien in der Lage, das ausgeschriebene Gebiet technisch zu versorgen, und betrachtete die Gesuche in diesem Punkt als gleichwertig.

Die Vorinstanz verzichtete also aus nachvollziehbaren Gründen darauf, die Verbreitungskonzepte der Bewerber inhaltlich miteinander zu vergleichen. Mit diesem Vorgehen ist insbesondere auch die Gleichbehandlung der Bewerber gewährleistet.

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

25.
Damit erreicht der Beschwerdeführer bei den Input- und Outputfaktoren, welche zu 80% gewichtet werden, neu insgesamt 54 Punkte (ein Punkt mehr beim Kriterium "Konzept Aus- und Weiterbildung Programmschaffender" gegenüber der vorinstanzlichen Bewertung),

die Beschwerdegegnerin nach wie vor 60 Punkte. Das Kriterium der Verbreitung, welches zu 20% gewichtet wird, erfüllten die Bewerber gemäss Vorinstanz gleichwertig. Dies wurde vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren nicht bestritten.

Die Beschwerdegegnerin übertrifft den Beschwerdeführer bei den entscheidenden Input- und Outputfaktoren also um ganze 6 Punkte (10%). Auch wenn der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren bei der Bewertung um einen Punkt besser abschneidet als im vorinstanzlichen Verfahren, ändert dies nichts daran, dass nach wie vor von einem klaren Vorsprung der Beschwerdegegnerin ausgegangen werden muss. Damit lagen weder im vorinstanzlichen Verfahren noch heute zwei weitgehend gleichwertige Bewerbungen vor. Somit war die Vorinstanz nicht verpflichtet, gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG zu prüfen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

26.
Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin besser bewerten durfte als dasjenige des Beschwerdeführers. Aufgrund der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (vgl. E. 12.11) ist die Beschwerde aber gutzuheissen, der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Falls eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin oder ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach erneuter Prüfung durch die Vorinstanz tatsächlich zu verneinen ist, kann die Vorinstanz die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben.

27.
27.1 Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverlegung massgebende Ausmass des Unterliegens hängt vorab von den im konkreten Fall in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren ab. Abzustellen ist auf das materiell wirklich Gewollte. Wird beispielsweise primär eine Rückweisung und eventualiter die Erteilung einer Bewilligung verlangt, so führt eine Rückweisung trotz formell voll-

ständigen Obsiegens unter Kostengesichtspunkten lediglich zu einem hälftigen Obsiegen und zur entsprechenden Kostenauflage. Anders verhält es sich dann, wenn die Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz erfolgt, weil diese etwa dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert hat (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.43).

27.2 Der Beschwerdeführer beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an ihn. Im vorliegenden Fall wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, jedoch nicht aufgrund einer Verfahrensverletzung der Vorinstanz (welche eine vollständige Kostenauflage an die Beschwerdegegnerin allenfalls rechtfertigen würde), sondern weil der Sachverhalt in Bezug auf das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht genügend abgeklärt ist. Weiter zu berücksichtigen ist, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Selektionskriterien zu Recht entschieden hat, die Beschwerdegegnerin sei am besten in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Der Beschwerdeführer obsiegt demnach unter Kostengesichtspunkten lediglich zur Hälfte. Er wie auch die Beschwerdegegnerin haben somit je die Hälfte der Verfahrenskosten, welche auf Fr. 7'000.- festzusetzen sind, zu tragen (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Ausserdem ist die Beschwerdegegnerin mit ihrem Antrage um Entzug der aufschiebenden Wirkung (Zwischenverfügung vom 3. Februar 2009) unterlegen und hat damit die Kosten der genannten Zwischenverfügung, welche auf Fr. 800.- festzusetzen sind, zu bezahlen. Weiter ist der festgestellten Verletzung des rechtlichen Gehörs und deren Heilung im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die Verfahrenskosten angemessen Rechnung zu tragen. Die Verfahrenskosten des Beschwerdeführers sind aus diesem Grund um Fr. 500.- zu ermässigen.

Der Beschwerdeführer hat somit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.-, die Beschwerdegegnerin solche in der Höhe von Fr. 4'300.- zu bezahlen. Die Vorinstanz hat keine Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

28.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und

verhältnismässig hohen Kosten. Diese ist gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG der Körperschaft aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht Aufwendungen von insgesamt Fr. 25'400.60 geltend. Der Beschwerdeführer war nicht anwaltlich vertreten.

Angesichts des Verfahrensausgangs (die Parteien obsiegen je zur Hälfte und die Beschwerdegegnerin unterliegt in der Zwischenverfügung vom 3. Februar 2009) und der Tatsache, dass nur die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten ist, rechtfertigt sich die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin in der Höhe von Fr. 10'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer). Diese ist dem Beschwerdeführer zur Bezahlung aufzuerlegen.

29.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG], SR 173.110). Es tritt somit mit Eröffnung in Rechtskraft.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
2.1 Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten im Umfang von 3'000.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag, ausmachend Fr. 500.-, ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

2.2 Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 4'300.- auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.- zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. TV-VG 11; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Ryter Sauvant Jana Mäder

Versand: