Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-1513/2012

Urteil vom 14. November 2012

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Beatrix Schibli.

Parteien

Tele 1 AG, Maihofstrasse 76, 6002 Luzern,
vertreten durch Rechtsanwalt Rudolf Mayr von Baldegg, Töpferstrasse 5, 6004 Luzern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Abteilung Radio und Fernsehen, Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel BE,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gebührenanteile 2008/2009, Verfügung des BAKOM vom 13. Februar 2012.

Sachverhalt:

A.
Im Rahmen der Umsetzung der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) im Jahr 2008 neue Konzessionen für Regionalradio und -fernsehen. Das Verfahren erfolgte in zwei Schritten: Am 7. Juli 2008 erhielten jene Radio- und Fernsehsender eine Konzession, die sich in ihrer Region als einzige darum beworben hatten, am 31. Oktober 2008 wurden diejenigen Konzessionen erteilt, um die sich mehrere Veranstalter beworben hatten. Gegen diese Verfügungen sind verschiedentlich Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

B.
Die Tele 1 AG (in Gründung) erhielt mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 eine Veranstalterkonzession für ein Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet 9 (Region Innerschweiz). Dabei wurde ihr eine Frist von neun Monaten ab Rechtskraft der Konzession gesetzt, um ihre Programmtätigkeit aufzunehmen. Gleichzeitig wies das UVEK die Bewerbung der Tele Tell AG um Erteilung einer entsprechenden Konzession ab.

C.
Die Tele Tell AG focht diese Verfügung am 2. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht an. Die Parteien schlossen am 30. März 2009 einen Vergleich, worauf die Tele Tell AG die Beschwerde zurückzog und das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren A-7763/2008 mit Entscheid vom 6. April 2009 zufolge Rückzugs als gegenstandslos geworden abschrieb.

D.
Im März 2010 informierte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Veranstalter, deren Konzessionsentscheide nicht angefochten worden waren, dass die Gebührenanteile für das Jahr 2008 nicht wie ursprünglich vorgesehen ab Eintritt der Rechtskraft ausbezahlt würden, sondern rückwirkend per Erteilungsdatum, das heisst per 7. Juli 2008 bzw. 31. Oktober 2008.

E.
Am 9. Juni 2010 gelangte die Tele 1 AG an das BAKOM und beantragte, es seien ihr ebenfalls rückwirkend auf das Datum der Eröffnung der Kon-

zession vom 31. Oktober 2008 neurechtliche Gebührenanteile auszubezahlen so wie den Veranstaltern der Versorgungsgebiete, wo die Erteilung der Konzessionen unbestritten geblieben war.

F.
Mit Schreiben vom 5. Juli 2010 lehnte das BAKOM eine rückwirkende Auszahlung von Gebührenanteilen an die Tele 1 AG ab.

G.
Nachdem am 1. Oktober 2010 der Rechtsvertreter der Tele 1 AG erneut an das BAKOM gelangt und um Wiedererwägung bzw. im Fall einer Ablehnung um eine anfechtbare Verfügung ersucht hatte, wies das BAKOM am 5. November 2010 auf ein zu diesem Zeitpunkt vor Bundesverwaltungsgericht hängiges Verfahren von Tele M1 AG (geführt unter der Verfahrensnummer A-6533/2010) hin, welches die gleich Problematik zum Gegenstand habe, weshalb es zur Zeit auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verzichte.

H.
Nachdem das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 in Sachen Tele M1 AG ergangen war und das BAKOM am 25. Oktober 2011 die Tele 1 AG daraufhin zu einer Stellungnahme aufgefordert hatte, hielt die Tele 1 AG mit Schreiben vom 9. Januar 2012 an ihrem Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung fest.

I.
Mit Verfügung vom 13. Februar 2012 wies das BAKOM das Gesuch um rückwirkende Auszahlung von neurechtlichen Gebührenanteilen unter Hinweis auf die Auswirkungen des Suspensiveffekts von Beschwerden und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 in Sachen Tele M1 AG ab.

J.
Gegen diese Verfügung erhebt die Tele 1 AG (Beschwerdeführerin) am 16. März 2012 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt deren Aufhebung. Die neurechtlichen Gebührenanteile seien ihr ab dem Datum der Eröffnung der Konzessionsverfügung am 31. Oktober 2008 bis zum 6. April 2009 in der Höhe von Fr. 998'265.36 auszuzahlen.

Zur Begründung führt wie im Wesentlichen an, ihr Fall sei nicht vergleichbar mit demjenigen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

A-6533/2010 vom 18. Juli 2011, weil sie im Gegensatz zur Tele M1 AG als *neue* Konzessionsbewerberin ohne Sendeerfahrung und Sendeplatz eine Veranstalterkonzession erhalten habe.

K.
In seiner Vernehmlassung vom 3. Mai 2012 beantragt das BAKOM (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Es weist darauf hin, dass bei der Beschwerdeführerin die Frist für die Aufnahme des Betriebs um sechs Monate länger angesetzt worden sei, als bei den Veranstaltern, welche bereits vorher auf Sendung gewesen seien. Was die Wirkungen des Suspensiveffekts angehe, so seien auch in diesem Fall die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 massgeblich.

L.
Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

M.
Auf weitergehende Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgerichtsgesetzes 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). Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2.
Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG 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. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und dadurch auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

3.
Auf die gegen die Verfügung vom 13. Februar 2012 frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

4.
Vorliegend ist streitig, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Auszahlung der neurechtlichen Gebührenanteile ab dem Datum der Konzessionserteilung am 31. Oktober 2008 zu Recht mit Hinweis auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde abgewiesen hat und die Gebührenanteile der Beschwerdeführerin richtigerweise erst mit Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. April 2009 auszubezahlen waren.

4.1 Nach Art. 55 VwVG kommt der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge oder Rechtswirkung vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 55 N 8). Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Wirkungen der Verfügung so lange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.19, vgl. auch ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], NF 116/1997, II. Halbband, S. 274). Die Rechtslage befindet sich gewissermassen in einem Schwebezustand. Wird, wie vorliegend, zugunsten der Verfügungsadressatin eine positive Verfügung erlassen, hat die aufschiebende Wirkung zur Folge, dass von der erteilten Konzession noch kein Gebrauch gemacht werden kann und die daraus entspringenden Rechte und Pflichten vorläufig nicht zum Zug kommen. Wird das Beschwerdeverfahren wegen Rückzugs der Beschwerde abgeschrieben, wird wie im Falle einer materiellen Abweisung die vorinstanzliche Verfügung mit dem Beschwerdeentscheid rechtskräftig und die aufschiebende Wirkung entfällt (vgl. Urteil des Bundesverwal-

tungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 E. 4.4.6; SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55, N 67).

4.2 Die Frage, ab welchem Zeitpunkt in einem solchen Fall das Verfügte wirksam wird, ob mithin ein Rückbezug auf den Zeitpunkt der Verfügungseröffnung erfolgt oder die Wirksamkeit erst mit dem Beschwerdeentscheid eintreten soll, lässt sich gemäss Rechtsprechung nicht einheitlich beantworten. Vielmehr ist jeweils auf die Besonderheiten des Einzelfalls und die jeweilige Interessenlage abzustellen. In jedem einzelnen Fall muss geprüft werden, welche Tragweite vernünftigerweise dem Suspensiveffekt zuzumessen ist bzw. welchen Zwecken er vernünftiger- und legitimierweise dienen soll (Urteile des Bundesgerichts 8C/983_2010 vom 9. November 2011 E. 5.4, 2A.660/2004 vom 14. Juni 2005 E. 5.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 E. 4.4).

4.3 Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 wurde unter Berücksichtigung der dort gegebenen Interessenlage festgehalten, dass die neurechtlichen Gebührenanteile im Zusammenhang mit der Konzessionserteilung im Jahr 2008 nicht schon ab Datum der Konzessionserteilung, sondern erst ab dem Datum des Abschreibungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts der Tele M1 AG auszubezahlen sind. Bei der Tele M1 AG handelte es sich im Unterschied zur Beschwerdeführerin in diesem Fall nicht um eine Neubewerberin für eine Veranstalterkonzession, sondern sie hatte eine solche schon vorher besessen. Nachdem die Tele M1 AG am 31. Oktober 2008 wieder eine Veranstalterkonzession für ein Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für die Region Aargau-Solothurn erhalten hatte, focht die Arolfinger Lokalfernsehen AG diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an, zog mit schriftlicher Erklärung vom 20. März 2009 die Beschwerde aber wieder zurück, worauf das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren mit Entscheid vom 24. März 2009 als gegenstandslos abschrieb.

Es ist im Folgenden unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 zu prüfen, welche Tragweite dem Suspensiveffekt vorliegend zuzumessen ist bzw. ob der Beschwerdeführerin als neuer Konzessionsbewerberin ohne Sendeplatz und Sendeerfahrung in diesem Fall anders als der bereits vorher über eine Veranstalterkonzession verfügenden Tele M1 AG ein Nachteil entsteht, wenn sie die Gebührengelder erst ab Datum des Abschreibungsent-

scheids und nicht schon ab Datum der Konzessionserteilung vom 31. Oktober 2008 erhält.

5.

5.1

5.1.1 Betreffend die *Verpflichtung zur Erbringung eines Leistungsauftrags* führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin sei genauso wenig wie die Tele M1 AG während des Beschwerdeverfahrens, also im Zeitraum zwischen der Erteilung der Konzession am 31. Oktober 2008 bis zum Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, zur Erbringung des Leistungsauftrags verpflichtet gewesen. Der einzige Unterschied zum Sachverhalt im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 bestehe vorliegend darin, dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zu Tele M1 AG nicht in Anspruch nehme, in der Phase, für welche sie eine rückwirkende Auszahlung von Gebührengeldern verlangt, einen Service public erbracht zu haben. Wie sie aus dieser Tatsache etwas zu ihren Gunsten ableiten wolle, sei nicht ersichtlich.

5.1.2 Die Beschwerdeführerin hält demgegenüber fest, es treffe in der erwähnten Form nicht zu, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, die Pflichtleistungen gemäss Leistungsauftrag zu erfüllen. Sie habe sich von Anfang an um ein Projekt mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil beworben und ihre Bewerbung einzig auf diesen Qualitätsstandard fokussiert. Sie habe sofort nach der Konzessionserteilung am 31. Oktober 2008 mit allen nötigen Vorarbeiten begonnen, damit nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens unverzüglich gesendet werden könne.

5.1.3 Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 wurde festgehalten, dass der Tele M1 AG kein Nachteil entstehe dadurch, dass sie die Gebührengelder erst ab Rechtskraft des Konzessionsentscheids und nicht schon seit dem Tag der Konzessionserteilung erhalte, da sie während der Dauer des Beschwerdeverfahrens auch nicht verpflichtet gewesen sei, einen Leistungsauftrag zu erfüllen. Der Bewerberin sei von Anfang an bekannt gewesen, dass die Gebührengelder erst mit rechtskräftigem Entscheid über die Konzessionsverfügungen ausgerichtet würde. Selbst aus dem Entscheid, einen Service Public freiwillig zu erbringen, lasse sich kein rückwirkender Gebührenbe-

zug ableiten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 E. 4.4.4 und 4.5).

Vorliegend war die Beschwerdeführerin während des Beschwerdeverfahrens gegen die Konzessionserteilung vom 31. Oktober 2008 wie die Tele M1 AG ebenfalls nicht zu einem Leistungsauftrag verpflichtet. Genauso wenig wie der Tele M1 AG konnte also auch ihr als neuer Bewerberin ein Nachteil entstehen derart, dass sie während des Beschwerdeverfahrens zu einem Leistungsauftrag verpflichtet gewesen wäre und trotzdem für diese Zeit keine Gebührenanteile erhalten hätte. Im Gegensatz zur Tele M1 AG hat sie in dieser Zeit nicht einmal freiwillig einen Service Public erbracht, sondern sie macht lediglich Vorarbeiten dazu geltend. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Erbringung des Leistungsauftrags hat sie somit sicherlich im Vergleich zur Tele M1 AG keinen Nachteil erfahren. Ob ihr hingegen wegen der *Vorarbeiten* zur Erbringung des Leistungsauftrags als neue Bewerberin ein Nachteil entsteht, wenn sie die Gebührenanteile nicht schon ab Datum der Konzessionserteilung erhält, ist im Folgenden zu prüfen.

5.2

5.2.1 Zu den *Vorarbeiten* hält die Vorinstanz fest, das Begehren der Beschwerdeführerin um eine rückwirkende Auszahlung von Gebührengeldern erstaune umso mehr, weil bei ihr die Frist für die Aufnahme des Betriebs um sechs Monate länger angesetzt worden sei, als bei den Veranstaltern, welche bereits auf Sendung gewesen seien. In der Aufbauphase nach dem Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. April 2009 bis zur Aufnahme des Sendebetriebs am 1. Februar 2010 habe die Beschwerdeführerin denn auch bereits den vollen Gebührenanteil gemäss Konzession ausbezahlt erhalten, ohne dass sie ein Programm gemäss ihrem Konzessionsgesuch ausgestrahlt hätte.

5.2.2 Die Beschwerdeführerin führt demgegenüber aus, sie habe als neue Konzessionärin sofort nach der Konzessionserteilung am 31. Oktober 2008 mit allen nötigen Vorarbeiten begonnen und trotz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht warten können, wie das Beschwerdeverfahren ausgehe. In zeitlicher Hinsicht hätten sich Vorinvestitionen für das eingereichte Fernsehprojekt in vollem Umfang während des laufenden Beschwerdeverfahrens A-7763/2008 vor Bundesverwaltungsgericht aufgedrängt, wäre es doch unmöglich gewesen, innert 9 Monaten ein solches Projekt mit dem gemäss Konzession notwendigen

Qualitätsstandard aufzubauen. Bei den Vorbereitungen sei ihr als neue Konzessionsbewerberin ein viel grösserer Aufwand entstanden als einem bereits etablierten Programmveranstalter. Effektiv habe sie vorerst die betrieblichen Einrichtungen von Tele Tell AG übernommen und ebenfalls ab Mai 2009 aus den alten Räumlichkeiten und mit dem Personal der Tele Tell AG gesendet, während parallel ein neues Studio in neuen Räumlichkeiten mit neuer Infrastruktur aufgebaut werden musste. Damit habe sie während längerer Zeit zwei parallel laufende Projekte unterhalten und finanzieren müssen.

5.2.3 Es ist der Beschwerdeführerin darin zuzustimmen, dass ein Neubewerber wegen Aufbauarbeiten mehr Zeit für Vorarbeiten benötigt als ein Programmveranstalter, der bereits auf Sendung ist. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin in der Konzessionsverfügung vom 31. Oktober 2008 gerade aus diesem Grund eine Frist von neun Monaten und damit eine im Vergleich zu den bereits auf Sendung gewesenen Veranstaltern um sechs Monate längere Frist zur Aufnahme des Sendebetriebs eingeräumt. Die Beschwerdeführerin hatte für ihre Vorbereitung also dreimal so viel Zeit wie ein etablierter Programmveranstalter. Mit dieser Frist ist der durch die Aufbauarbeiten entstehenden längeren Vorbereitungszeit genügend Rechnung getragen. Die Beschwerdeführerin legt dann auch nicht genauer dar, inwiefern eine um sechs Monate längere Frist bzw. eine Frist von gesamthaft neun Monaten für die Aufbauarbeiten zu kurz war bzw. für welche Arbeiten sie eine längere Frist benötigt hätte.

Zum grösseren Vorbereitungsaufwand wegen parallel laufender Vorbereitungsarbeiten durch die Übernahme der betrieblichen Einrichtungen der Tele Tell AG im Besonderen ist zu bemerken, dass die Beschwerdeführerin dazu aufgrund der Konzessionsverfügung nicht verpflichtet war. Vielmehr traf sie diesen Entscheid in freier Entscheidung zur bestmöglichen Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Interessen. Es kann somit gestützt darauf kein über die bekanntlich bestehenden Schwierigkeiten beim Aufbau der Programmtätigkeit hinausgehender Nachteil geltend gemacht werden.

5.2.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern die Frist von insgesamt neun Monaten zur Aufnahme des Sendebetriebs für die Beschwerdeführerin als Neubewerberin nicht ausreichend war. Da die Beschwerdeführerin während der ganzen Frist von neun Monaten ab dem Datum des Abschreibungsentscheids vom 6. April 2009 den vollen Gebührenanteil gemäss Konzession ausbezahlt erhielt, konnte ihr auch mit Blick auf ihre Vorarbeiten als Neubewerberin

kein Nachteil dadurch entstehen, dass sie die Gebührenanteile nicht schon ab dem Datum der Konzessionsverfügung vom 31. Oktober 2008 ausbezahlt bekam.

5.3

5.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, der Ausgang des Beschwerdeverfahrens gegen die Tele Tell AG sei bezüglich Zeitdauer und Erfolgsaussicht nicht kalkulierbar gewesen, da die Tele Tell AG im Gegensatz zur Arolfinger Lokalfernsehen AG, welche gegen die Erteilung der Konzession an die Tele M1 AG Beschwerde geführt hatte, seit Jahren auf Sendung gewesen sei. Dies habe zur Folge gehabt, dass sie (die Beschwerdeführerin) mit ihrer gesamten Planung unvermindert die Konzessionserteilung habe anvisieren müssen.

5.3.2 Dazu ist festzuhalten, dass es zu einem Mehrparteienverfahren gehört, dass gegen den Willen der einen Partei ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Der Beschwerdeführerin musste somit schon zu Beginn des Verfahrens klar sein, dass die Wirksamkeit der Konzession im Fall einer Anfechtung aufgeschoben würde und die Gebührengelder dementsprechend höchstwahrscheinlich erst ab Rechtskraft der Konzession ausbezahlt würden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 E. 4.4.6). Zudem musste auch die Tele M1 AG während des ganzen Beschwerdeverfahrens bereit sein, im Falle eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheids zu ihren Gunsten ein den entsprechenden Ansprüchen der Konzession ausgestaltetes Programm senden zu können und es besteht diesbezüglich kein Unterschied zur Situation der Beschwerdeführerin.

5.4

5.4.1 Zudem macht die Beschwerdeführerin weitere besondere wirtschaftliche Nachteile geltend, die ihr dadurch entstanden seien, dass sie sich als neue Bewerberin ohne Sendeerfahrung und Sendeplatz genötigt gesehen habe, mit der schon seit Jahren sendenden Tele Tell AG in Verhandlungen zu treten. Im Zuge dieser Verhandlungen, deren Ziel ein Rückzug der Beschwerde durch die Tele Tell AG gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin auf diversen Ebenen wirtschaftliche Zugeständnisse machen müssen. Nicht nur habe sie während des Beschwerdeverfahrens kein Personal einsparen, sondern vielmehr im grossen Stil Personal der Tele Tell AG übernehmen müssen, Archivdienstleistungen und Marken-

rechte einkaufen sowie die veraltete Infrastruktur und Übertragungstechnik der Tele Tell AG abkaufen müssen. Es verstehe sich von selbst, dass ohne Beschwerde die Übernahmebedingungen für die Tele 1 AG erheblich günstiger ausgefallen wären.

5.4.2 Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Wirkungen der Verfügung so lange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (vgl. oben E. 4.1). Die von der Beschwerdeführerin hier ins Feld geführten Verpflichtungen wie der Einkauf von Markenrechten etc. ergeben sich jedoch nicht aus der Konzessionsverfügung vom 31. Oktober 2008 (vgl. auch Art. 41 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40]), sind vielmehr privatrechtlicher Natur und wurden vom Suspensiveffekt der Beschwerde nicht erfasst. Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern diese von der Beschwerdeführerin geltend gemachten wirtschaftlichen Nachteile bei der Frage berücksichtigt werden müssten, ab wann die Verfügung Wirksamkeit erlangen und Gebührenanteile ausbezahlt werden sollen.

5.5 Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der Beschwerdeführerin kein Nachteil entsteht dadurch, dass sie die Gebührengelder erst ab Datum des Abschreibungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts und nicht schon seit dem Tag der Konzessionserteilung erhält. Wie die Tele M1 AG war sie während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht verpflichtet, einen Leistungsauftrag zu erfüllen. Der zugegebermassen besonderen Situation einer Neubewerberin, die im Gegensatz zu einem etablierten Programmveranstalter Aufbauarbeiten muss, ist vorliegend mit einer um sechs Monate längeren Frist zur Aufnahme der Sendetätigkeit genügend Rechnung getragen.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung der Rechtsgleichheit. Die Unterscheidung zwischen Veranstaltern, gegen deren Konzessionsverfügung ein Rechtsmittel ergriffen wurde und solchen, deren Konzessionen unangefochten bleiben, sei sachlich unbegründet. Die Argumentation sei auch deswegen nicht richtig, weil die unangefochten gebliebenen Konzessionen offensichtlich gerade nicht mit ihrem Erteilungsdatum in Rechtskraft erwachsen seien, sondern frühestens nach (unbenütztem) Ablauf der Rechtsmittelfrist. Eine weitere Ungleichbehandlung ergebe sich daraus, dass für alle Bewerber das regionale Umfeld

gleichermassen schwierig sei; dies müsse umso mehr für einen neuen Anbieter gelten.

6.2 Unangefochten gebliebene Verfügungen werden grundsätzlich nicht erst ab Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist, sondern bereits ab ihrer Eröffnung rechtswirksam (zum Eintritt der Rechtswirksamkeit im Allgemeinen vgl. PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 31, Rz. 2 ff.). Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6533/2010 vom 18. Juli 2011 E. 4.6.2 festgehalten, entstand daher mit dem Erteilungsdatum der unangefochten gebliebenen Konzessionen bzw. innert der in der Konzessionsverfügung angesetzten Frist auch die Verpflichtung zur Erbringung des Leistungsauftrags, wohingegen dies in den Verfahren in denen es zu einer Anfechtung der Konzessionsverfügung kam, gerade nicht der Fall war. Aus diesem Grund hat das Bundesverwaltungsgericht die Unterscheidung in Veranstalter, gegen deren Konzessionsverfügungen ein Rechtsmittel ergriffen wurde und in solche, deren Konzessionen unangefochten blieben, als mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) vereinbar betrachtet. Vorliegend gibt es keinen Grund, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

6.3 Was die für den neuen Programmveranstalter im Vergleich zum etablierten Programmveranstalter zugegebenermassen schwierigere Situation betrifft, ist dieser Tatsache mit einer um sechs Monate längeren Frist für die Aufnahme der Programmtätigkeit genügend Rechnung getragen (vgl. dazu oben E. 5.2), weswegen auch insofern eine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit zu verneinen ist.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt zudem eine willkürliche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. So macht sie geltend, es sei widersprüchlich, auf der einen Seite eine rückwirkende Gebührennachzahlung abzulehnen, weil bis zum Abschreibungsentscheid vom 6. April 2009 der Leistungsauftrag nicht erbracht worden sei und andererseits nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens Gebührengelder für die auf neun Monate angesetzte Aufbauphase zu bezahlen. Auch sei es willkürlich und jedenfalls dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechend, wenn die Auszahlung des Gebührenanteils an eine Veranstalterin, der die Konzession erteilt worden

ist, von der Dauer eines Beschwerdeverfahrens abhängig gemacht werde, auf das sie keinen Einfluss habe.

7.2 Ein Verstoss gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), sprich willkürliche Rechtsanwendung, liegt unter anderem vor bei offensichtlicher Gesetzesverletzung, wenn ein Entscheid an einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch leidet oder im Falle eines stossenden Widerspruchs zum Gerechtigkeitsgedanken (Urteil des Bundesgerichts 1C_384/2011 vom 7. Februar 2012 E. 2.2; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 525). Wer über eine Konzession mit Gebührenanteil verfügt und seiner bestehenden Verpflichtung zum Leistungsauftrag nachkommt, hat ein Recht auf Gebührenanteile (vgl. Art. 41 Abs. 1 RTVG). Hingegen besteht kein gesetzlicher Anspruch, während einer Übergangsfrist zur Aufnahme der Sendetätigkeit bereits Gebührenanteile ausbezahlt zu erhalten (vgl. auch ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bern 2008, Art. 41 RTVG, Rz. 3 ff.).

Die Vorinstanz hat vorliegend wie gesetzlich vorgesehen die Ausbezahlung der Gebührenanteile von der Verpflichtung zur Erbringung des Leistungsauftrags abhängig gemacht. Zudem hat sie im Sinne eines Entgegenkommens, zu dem sie nicht verpflichtet war, der Tatsache Rechnung getragen, dass die Aufnahme der Sendetätigkeit gewisse Vorarbeiten benötigt und die Gebührenanteile bereits während der in der Konzessionsverfügung festgesetzten Frist zur Aufnahme der Sendetätigkeit ausbezahlt. Die Vorgehensweise der Vorinstanz war somit nicht widersprüchlich, sondern zeigt vielmehr, dass sie der Interessenlage der Beschwerdeführerin Rechnung getragen hat und bestrebt war, Nachteile für diese zu vermeiden. Von einer willkürlichen Rechtsanwendung wegen einer Nichtauszahlung der Gebührenanteile während des Beschwerdeverfahrens kann aufgrund des oben Ausgeführten (vgl. E. 5.3) erst recht keine Rede sein.

8.
Aufgrund der obigen Erwägungen ist die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen.

9.
Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7'000.-- zu tragen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsge-

richt [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.-- zu verrechnen.

10.

Der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.-- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 5512-05/1000283416; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Kathrin Dietrich	Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: