Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-641/2008
{T 0/2}

Urteil vom 19. August 2008

Besetzung

Richter Markus Metz (Vorsitz), Richter Daniel Riedo, Richter Beat Forster, Richter Lorenz Kneubühler, Richterin Marianne Ryter Sauvant, Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

Beril AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Robert Harmann,
Beschwerdeführerin,

gegen

Music First GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Urs Saxer,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Veranstalterkonzession für eine Radiokonzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil.

Sachverhalt:

A.
Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 27. Mai 2003 eine Lokalradiokonzession aus. Gegenstand war ein Jugendradio für die Region Stadt Zürich. Das Programm sollte sich in erster Linie an Jugendliche im Alter zwischen 15 bis 24 Jahren richten. Es gingen insgesamt sechs Bewerbungen ein, darunter auch jene der Music First GmbH (Music First) sowie der Beril AG (DJ Radio). Fünf Bewerbungen (eine war zurückgezogen worden) wurden den interessierten Kreisen, namentlich den Behörden der Stadt und des Kantons Zürich sowie den Mitbewerbern, zur Stellungnahme unterbreitet. Den Bewerbern wurde in der Folge Gelegenheit gegeben, sich zu den Anhörungsresultaten zu äussern.

B.
Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) erteilte am 15. Dezember 2004 der Beril AG die Konzession für das Zürcher Jugendradio und wies die Gesuche der Mitbewerber ab. Dagegen erhob die Music First am 27. Januar 2005 Beschwerde beim Bundesrat. Dieser hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 23. November 2005 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gut. Begründet wurde dies damit, dass der Beril AG Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Bewerbung gegeben worden sei und die anderen Bewerber hierzu nicht hätten Stellung nehmen können. Die Beril AG habe, auf Aufforderung des BAKOM hin, auch nach dem Anhörungsverfahren (der interessierten Kreise) noch ergänzende Unterlagen hinsichtlich Kapitalstruktur und Geldgeber einreichen dürfen. Darauf habe sich das UVEK im Konzessionsvergabeentscheid abgestützt. Zu diesen Ergänzungen habe sich die Music First allerdings nicht mehr äussern können. Der angefochtene Entscheid sei deshalb aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zum erneuten Entscheid zurückzuweisen.

C.
Das BAKOM forderte in der Folge die Bewerber auf, sich zum weiteren Vorgehen zu äussern. Zwei Bewerber verzichteten auf eine weitere Beteiligung am Verfahren. Ein weiterer Bewerber, A._____, bekundete indessen Interesse an einem Neuentscheid. Das BAKOM widerrief deshalb die (mangels Beschwerde in Rechtskraft erwachsene) Verfügung gegen A._____. Sodann erliess das BAKOM am 26. Juni

2006 eine Zwischenverfügung. Darin erhielten die im Verfahren verbliebenen Parteien, Music First, Beril AG und A._____ die Gelegenheit, eine überarbeitete Bewerbung einzureichen. Die Überarbeitung konnte gemäss Verfügung sowohl neue Sachverhaltselemente als auch konzeptionelle Fragen umfassen.

D.
Gegen diese Zwischenverfügung erhoben A._____ sowie zwei bisher nicht unmittelbar am Konzessionsverfahren beteiligte Personen, welche sich ursprünglich am Projekt DJ Radio beteiligt hatten, Beschwerde beim Bundesrat. Dieser trat mit Verfügung vom 10. Januar 2007 auf die Beschwerde der beiden Letzteren nicht ein. Das Beschwerdeverfahren i.S. A._____ wurde mit Bundesratsbeschluss vom 28. Februar 2007 infolge Rückzugs der Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben.

E.
Am 21. bzw. 24. März 2007 reichten die Music First und DJ Radio ihre überarbeiteten Gesuche beim BAKOM ein. Mit Blick auf das am 1. April 2007 in Kraft getretene revidierte Radio- und Fernsehgesetz (Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40]) wurde ihnen im Anschluss daran nochmals Gelegenheit gegeben, ihre Eingaben zu ergänzen.

F.
Mit Verfügung vom 21. Dezember 2007 entschied das UVEK gestützt auf die überarbeiteten Bewerbungen der Music First und der Beril AG über die Konzessionsvergabe. In seinem Entscheid kam es zum Schluss, dass beide Anwärterinnen die gesetzlich vorgeschriebenen Zulassungs- und Qualitätskriterien erfüllten. Bei der Finanzierung des DJ Radios seien allerdings einige Fragen offen geblieben. Differenzen bestünden ausserdem bei den Arbeitsbedingungen, insbesondere bei der Entschädigung der Praktikanten. Betreffend die ausländische Beteiligung an der Music First ist das UVEK der Auffassung, es liege in seinem Ermessen, inwieweit dies ein Grund für eine Konzessionsverweigerung bilde. Seiner Meinung nach bestehe vorliegend kein Anlass, mit Blick auf die Beteiligungsverhältnisse von einer Konzessionserteilung abzusehen. Auch in programmlicher Hinsicht sei die Eigenständigkeit der Musik First gegeben. Die Analyse der Selektionskriterien habe ergeben, dass die beiden Bewerbungen in mancherlei Hinsicht ebenbürtig seien. Allerdings bestünden in den Bereichen Jugendnähe,

Qualitätssicherung und Ausbildunskonzept Unterschiede. Die Bewerbung der Music First zeichne sich insbesondere durch eine breitere Abstützung bei jugendbezogenen Institutionen und Organisationen aus; dies gewährleiste die verlangte Jugendnähe. Weiter mache sie detailliertere Angaben zur Qualitätssicherung; auch das angewendete System überzeuge. Im Gegensatz dazu gebe es bei der Bewertung der Kriterien keinen Bereich, in welchem DJ Radio seine Konkurrentin übertreffen würde. Der Umstand, dass die Music First in ihrer überarbeiteten Eingabe Elemente aus der ursprünglichen Bewerbung von DJ Radio übernommen habe (namentlich die Zusammenarbeit mit dem Institut für angewandte Medienwissenschaft [IAM]), möge befremdlich wirken, insbesondere weil die Ausbildungspartnerschaft mit dem IAM seinerzeit zur Favorisierung der Eingabe von DJ Radio geführt habe. Allerdings seien die Verhältnisse im Zeitpunkt des Konzessionsentscheids massgebend. Zusammenfassend würden die Gründe, welche für eine Konzessionserteilung an die Music Frist sprächen, überwiegen, weshalb ihr diese zu erteilen sei.

G.

Gegen den Entscheid des UVEK (Vorinstanz) erhebt die Beril AG (Beschwerdeführerin) am 30. Januar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Verfügung des UVEK vom 21. Dezember 2007 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Neuvergabe der Konzession zurückzuweisen, unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung führt sie an, die Vorinstanz habe zu Unrecht die ausländische Beherrschung der Music First (Beschwerdegegnerin) verneint. Sie habe es in diesem Zusammenhang ausserdem versäumt, eine Gegenrechtserklärung einzuholen. Stattdessen habe sie selbst entschieden und damit ihren Ermessensspielraum überschritten. Ausserdem sei das Auswahlverfahren nicht gesetzeskonform vonstatten gegangen. Gemäss Gesetz müsse bei Vorliegen von zwei weitgehend gleichwertigen Bewerbungen jener der Vorzug gegeben werden, welche die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichere. Zu dieser „Schlussrunde“ sei es im vorliegenden Verfahren jedoch gar nicht gekommen, da der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin bereits im Rahmen der Überprüfung der Selektionskriterien erfolgt sei.

H.

Mit Vernehmlassung vom 28. März 2008 bestätigt die Vorinstanz ihren Entscheid und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Den Vorwurf,

sie habe die finanzielle Situation der Beschwerdegegnerin zuwenig genau abgeklärt bzw. zu Unrecht die ausländische Beherrschung verneint, lehnt sie ab. Die einschlägige Gesetzesbestimmung räume der Konzessionsbehörde bezüglich dieser Frage einen weiten Ermessensspielraum ein. Dies, um das schweizerische Mediensystem vor dem unkontrollierten Eindringen ausländischer Akteure zu schützen. Hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Bewerbungen führt sie sodann an, sie sei nie von einer solchen ausgegangen. Vielmehr sei die Eingabe der Beschwerdegegnerin deutlich höher einzustufen als jene der Beschwerdeführerin. Der Vorwurf, sie stütze sich in ihrem Entscheid auf aktenwidrige Angaben, weist sie sodann zurück.

I.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 28. März 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zum Nichteintretensantrag führt sie aus, die Beschwerdeführerin hätte zumindest die erneute Konzessionserteilung an sie selbst beantragen müssen. Es genüge nicht, die Rückweisung zu verlangen, ohne den Antrag, wie die verbindliche Weisung an die Vorinstanz lauten solle. Bezüglich der materiellen Rügen führt sie aus, die Vorinstanz verfüge bei der Erteilung einer Konzession an eine Unternehmung mit ausländischer Beteiligung über einen erheblichen Ermessensspielraum. Eine Gegenrechtserklärung sei nicht zwingend. Die Vorinstanz habe die beiden Bewerbungen nicht als weitgehend gleichwertig eingestuft. Ihr sei deshalb bei der Konzessionsvergabe kein Fehler unterlaufen, indem sie nicht (noch) zusätzlich abgeklärt habe, welche Bewerberin die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichere.

J.

Am 24. April 2008 reicht die Beschwerdeführerin Schlussbemerkungen ein. Darin hält sie an den gestellten Anträgen fest und führt aus, die Frage, ob bei der Beschwerdegegnerin eine ausländische Beherrschung vorliege, könne keinesfalls – wie von der Vorinstanz vorgebracht – offen bleiben. Die Vorinstanz lasse ausserdem offen, in welchen Fällen die Frage des Gegenrechts überhaupt abzuklären sei, d.h. wann ihrer Ansicht nach „rechtliche oder medienpolitische Probleme“ bestünden, die dies nötig machten. Es deute ausserdem vieles darauf hin, dass die Vorinstanz vehement versuche, die weitgehende Gleichwertigkeit der Bewerbungen zu verneinen, um nicht eingestehen zu

müssen, dass sie die Prüfung der Meinungs- und Angebotsvielfalt fälschlicherweise nicht vorgenommen habe.

K.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid des UVEK vom 21. Dezember 2007 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist demnach Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Der hier zu beurteilende Entscheid fällt sodann unter keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar betroffen und ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 50 Abs. 1 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. unten, E. 2).

2.
Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde beantragt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zwecks Neuvergabe der Konzession an diese zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, dieser Antrag sei ungenügend, da die Beschwerdeführerin die Konzessionserteilung an sich selbst hätte verlangen müssen. Auf die Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten. Gemäss Art. 61

Abs. 1 VwVG kann das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheiden oder diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweisen. Eine Rückweisung an die Vorinstanz ist dann zulässig, wenn das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst nicht entscheiden kann, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen (vgl. ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 2.73, 3.87 f.). Die von der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Beschwerdeführer vor dem Bundesgericht den Antrag auf Rückweisung grundsätzlich nicht darauf beschränken darf, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu verlangen, sondern einen Antrag in der Sache stellen muss, vermag daran nichts zu ändern (vgl. BGE 133 III 489 E. 3 ff.). Denn auch im Verfahren vor Bundesgericht reicht ein blosser Rückweisungsantrag ausnahmsweise aus, sofern es im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden kann, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen (BGE 133 III 489 E. 3.1). Die Beschwerdeführerin führt hierzu ausserdem aus, sowohl betreffend die Frage, ob eine ausländische Beherrschung vorliege als auch bezüglich der Überprüfung der Meinungs- und Angebotsvielfalt habe die Vorinstanz bisher noch keinen Entscheid gefällt – d.h. sie habe die jeweilige Prüfung nicht vorgenommen bzw. die Frage offen gelassen. Aus diesen Gründen könne sie gar keinen anderen als einen Rückweisungsantrag stellen. Es ist der Beschwerdeführerin diesbezüglich zuzustimmen. Da sie zudem in ihrer Begründung des Beschwerdeantrags dargelegt hat, dass sie die Vergabe der Konzession an sie selbst statt an die Beschwerdegegnerin begehrt, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

In ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich Praktikanten und deren Entlöhnung sowie die Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit einer externen Evaluationsstelle unrichtig bzw. unvollständig erhoben (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG). Auf diese Rüge wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen (vgl. E. 7.5.6, 7.5.9).

4.

Das Radio- und Fernsehrecht hat unlängst wichtige Neuerungen erfahren. Auf den 1. April 2007 ist das total revidierte Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) in Kraft

getreten und hat das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG 1991, AS 1992 601) abgelöst. Mit der Gesetzesrevision erfuhren auch die Konzessionsvorschriften Änderungen (Art. 44 ff. RTVG). Das neue RTVG enthält in Art. 107 ff. eingehende übergangsrechtliche Bestimmungen. Allerdings äussert es sich darin nicht zur Frage des anwendbaren Rechts bei hängigen Konzessionsverfahren. Deshalb kommt nach den allgemeinen Regeln das neue Recht zur Anwendung, denn die Rechtsänderung ist bereits während des hängigen Verwaltungsverfahrens eingetreten (vgl. zum Ganzen PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21).

5.

5.1 Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 RTVG die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlangen. 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 (vgl. Botschaft zum RTVG, a.a.O., 1710). Dieser wird wie vorliegend in der Ausschreibung vorgegeben und konkretisiert. Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags mehrere Bewerber als gleichwertig erscheinen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert. Falls ein Bewerber die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen erfüllt, allerdings zusätzlich eine ausländische Beteiligung oder Beherrschung aufweist, kann die Konzessionsbehörde die Vergabe verweigern, wenn der betreffende Staat nicht in ähnlichem Umfang Gegenrecht gewährt (Art. 44 Abs. 2 RTVG).

Sowohl der Entscheid, ob einem Bewerber mit ausländischer Beteiligung oder Beherrschung eine Konzession erteilt werden soll als auch die Beurteilung, welcher Bewerber – unter mehreren – am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen, eröffnet einen beträchtlichen Ermessensspielraum. Allerdings handelt es sich um jeweils unterschiedliche Formen von Ermessen. Art. 44 Abs. 2 RTVG stellt eine sog. „Kann-Vorschrift“ dar. Das bedeutet, dass der Rechtssatz den Ver-

waltungsbehörden einen Spielraum beim Entscheid einräumt, ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht. Dieses sog. Entschliessungsermessen ermöglicht es den Verwaltungsbehörden, von der Anordnung einer Massnahme abzusehen, da das Gesetz den Eintritt der Rechtsfolge beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nicht zwingend vorschreibt (vgl. zum Ganzen ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 431). Die Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen und die Erfüllung des Leistungsauftrags gewähren der Konzessionsbehörde dagegen einen gewissen Bewertungs- und Gewichtungsspielraum (Art. 44 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 3 RTVG).

Die Behörde hat das ihr eingeräumte Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Nicht pflichtgemässes Handeln wird dabei nicht nur im Fall von eigentlichen Rechtsfehlern angenommen, sondern bereits dann, wenn sich ein Verwaltungsakt als unangemessen erweist. Dem Vorwurf unangemessenen Handelns setzt sich eine rechtsanwendende Behörde aus, wenn sie zwar innerhalb des ihr eingeräumten Entscheidspielraums bleibt, ihr Ermessen aber in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, [VPB] 69.69 E. 7.2). Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei. Allerdings übt es Zurückhaltung und greift nicht leichthin in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2).

Der Auffassung der Beschwerdeführerin, das Bundesverwaltungsgericht müsse sich keine Zurückhaltung auferlegen, da im vorliegenden Fall kein technisches Ermessen für die Beurteilung der einzelnen Elemente im Lichte der Konzessionsvoraussetzungen nötig sei, kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz verfügt zweifellos über ein umfangreiches Fachwissen im Bereich Radio- und Fernsehen und kann besser beurteilen, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag

zu erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich deshalb Zurückhaltung bei der Überprüfung des Ermessens.

5.2 Im vorliegenden Fall erteilte das UVEK gestützt auf Art. 43 RTVG der Beschwerdegegnerin eine Konzession für ein Jugendradio in der Region Zürich. Gemäss Radio- und Fernsehgesetz muss, wer ein schweizerisches Programm veranstalten will, über eine Konzession verfügen (vgl. Art. 3 RTVG). Das Gesetz sieht neben der Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) auch für jene privaten Veranstalter eine Konzession vor, die einen qualifizierten programmlichen Leistungsauftrag erfüllen und dafür besondere rechtliche oder finanzielle Vorteile erhalten (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio- und Fernsehen, BBl 2003 1569 ff., 1616). Dabei werden zwei Arten von Konzessionen unterschieden, solche mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil sowie solche mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil. Die Bestimmungen zu Letzteren finden sich im 3. Kapitel, 2. Abschnitt, des RTVG. Auch diese Veranstalter haben in ihren Gebieten besondere Service public-Leistungen zu erbringen. Im Gegensatz zu den Gebührensplitting-Konzessionen kommen für diese Konzessionsart Gebiete in Frage, die über ausreichendes Finanzierungspotenzial verfügen und wo die Ausrichtung von Gebührengeldern nicht nötig ist. Konzessioniert werden Programme, die in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags beitragen. Mit dieser Art von Konzession soll dafür gesorgt werden, dass bei der Vergabe knapper Frequenzen dem Leistungsauftrag an Radio und Fernsehen Rechnung getragen werden kann (vgl. zum Ganzen, Botschaft zum RTVG, a.a.O., 1616 f.).

6.

Strittig ist vorliegend, ob die Vorinstanz zu Unrecht die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergab, obschon – nach Auffassung der Beschwerdeführerin – eine ausländische Beherrschung vorlag und ob die Vorinstanz, den gesetzlich eingeräumten Ermessenspielraum überschritten bzw. missbraucht hat, indem sie auf das Einholen einer Gegenrechtserklärung verzichtet hat.

6.1 Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine ausländische Beherrschung der Beschwerdegegnerin verneint. Eine solche sei klar gegeben, da die italienische Finelco der Beschwerdegegnerin Kapital in Form eines Darle-

hens zur Verfügung stelle. Es bestehe somit die Möglichkeit, das Darlehen in Aktienkapital der Muttergesellschaft (Music First Network AG) umzuwandeln. In einem solchen Fall würde die italienische Finelco mehr als 70% an der Beschwerdegegnerin halten. Die Frage der Beherrschung müsse wirtschaftlich betrachtet werden und hänge deshalb nicht – wie die Vorinstanz sinngemäss annehme – von der Höhe des Aktienanteils ausländischer Investoren ab. Relevant sei vielmehr, in welchem Mass die Konzessionsbewerberin von ausländischem Kapital abhängig sei. Indem die Vorinstanz die ausländische Beherrschung der Beschwerdegegnerin verneint habe, habe sie ihren Ermessensspielraum klar überschritten bzw. missbraucht. Überdies müsse, sofern eine ausländische Beherrschung bejaht werde, zuerst abgeklärt werden, ob der betreffende Staat Gegenrecht halte; erst wenn dies der Fall sei, dürfe ein Ermessensentscheid von Seiten der Konzessionsbehörde gefällt werden.

6.2 Nach Auffassung der Vorinstanz ist bei der Prüfung der ausländischen Beherrschung durchaus eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt. Allerdings gehe es nicht an, für die Zukunft Aussagen zu machen. Es gebe keine Hinweise, dass der von der italienischen Finelco gewährte Kredit in Aktienkapital der Beschwerdegegnerin umgewandelt werde. Die Akten liessen vielmehr den Schluss zu, dass die Beschwerdegegnerin das Darlehen mit künftigen Gewinnen zurückbezahlen könne. Die Beurteilung müsse sich auf die messbaren, konkreten Verhältnisse zum Zeitpunkt des Konzessionsentscheids abstützen, und diese hätten ergeben, dass eine ausländische Kapital- und Stimmbeteiligung von 47% an der Beschwerdegegnerin bestehe. Ob dieser Anteil ausreiche, um eine ausländische Beherrschung anzunehmen, gehe nicht eindeutig aus dem angefochtenen Entscheid hervor. Allerdings könne die Frage offen gelassen werden, da Art. 44 RTVG (auch) die Möglichkeit einräume, ausländisch beherrschten Unternehmungen eine Konzession zu erteilen. Die Konzessionsbehörde verfüge hier über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Die Bestimmung diene dazu, die Position des schweizerischen Mediensystems vor dem unkontrollierten Eindringen ausländischer Akteure zu schützen. Die Frage des Gegenrechts müsse deshalb ihrer Meinung nach nur dann zwingend abgeklärt werden, wenn die Konzessionsbehörde zur Auffassung gelange, dass sich im konkreten Fall aufgrund der ausländischen Beteiligung rechtliche oder medienpolitische Probleme stellten.

6.3 Die Beschwerdegegnerin führt hierzu aus, die Bestimmung über die Verweigerung einer Konzessionsvergabe an ein ausländisch beherrschtes Unternehmen räume der Konzessionsbehörde volles Ermessen ein. Dies anerkenne im Übrigen auch die Beschwerdeführerin. Die Frage der ausländischen Beherrschung werde von der Beschwerdeführerin zudem überbewertet. Es gebe andere Beispiele wie Radio Energy, welches zu 49% in französischen Händen sei; bisher sei deshalb noch nie eine Konzession verweigert worden.

6.4 Gemäss Art. 44 Abs. 2 RTVG kann, soweit keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen, einer ausländisch beherrschten juristischen Person, einer inländischen juristischen Person mit Ausländerbeteiligung oder einer natürlichen Person ohne Schweizer Bürgerrecht die Konzession verweigert werden, falls der entsprechende ausländische Staat nicht in ähnlichem Umfang Gegenrecht gewährt. Wie bereits erwähnt, räumt die Norm der Vorinstanz ein Entschliessungsermessen ein (E. 5.1). Aufgrund dessen hat sie die Möglichkeit, in einem Fall, wo eine ausländische Beteiligung oder Beherrschung gegeben ist, unter Wahrung der genannten rechtlichen Vorgaben eine Konzession zu verweigern oder zu erteilen. Soweit die Überlegungen der Vorinstanz als sachgerecht erscheinen, ist deshalb nicht in deren Ermessen einzugreifen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6121/2007 vom 3. April 2008 E. 6.1, mit Hinweisen, auch oben E. 5.1).

Die Vorinstanz hat sich bei der Beurteilung betreffend (ausländischer) Finanzierung nicht, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, von sachfremden Gesichtspunkten leiten lassen. Vielmehr hat sie richtigerweise festgestellt, es sei von der gegenwärtigen und nicht von einer künftigen Situation auszugehen (insbesondere hinsichtlich des Vorwurfs der Beschwerdeführerin, dies führe zukünftig zu einer Erhöhung des fremden Kapitals). Ausserdem hat sie gestützt auf die eingereichten Unterlagen festgestellt, es würden gute Gründe dafür sprechen, dass der gewährte Kredit durch die erzielten Gewinne der Beschwerdegegnerin zurückbezahlt werden könne. Die Frage, ob vorliegend tatsächlich eine ausländische Beherrschung an der Beschwerdegegnerin besteht und die Vorinstanz aus diesem Grund eine Gegenrechtserklärung hätte einholen müssen, bevor sie die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergab, kann deshalb offen gelassen werden. Somit steht fest, dass die Vorinstanz ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie der Beschwerdegegnerin die nachgesuchte Konzession erteilt hat, obwohl ein ausländisches Unternehmen finanziell massgeblich an

ihr beteiligt ist und keine Gegenrechtserklärung des italienischen Staats vorlag. Noch nicht entschieden ist damit aber die Frage, ob die Vorinstanz auch sachlich richtig entschieden hat, namentlich den Sachverhalt richtig festgestellt und die einschlägigen Gesetzesbestimmungen korrekt angewandt hat (vgl. dazu im Folgenden E. 7 ff.).

7.
Strittig ist im Weiteren, ob die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin gleichwertige Bewerbungen einreichten. Wären sie gleichwertig, hätte die Vorinstanz aufgrund von Art. 45 Abs. 3 RTVG in einem weiteren Schritt prüfen müssen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

Die Beschwerdeführerin rügt in verfahrensrechtlicher Hinsicht den Ablauf der Konzessionsvergabe. Die Vorinstanz habe nicht genügend berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin unzulässigerweise u.a. ihre Idee einer Zusammenarbeit mit einem Ausbildungsinstitut zu einem späteren Zeitpunkt in ihr eigenes Konzept integriert habe.

7.1 Das Konzessionsverfahren ist gesetzlich geregelt und zwar im dritten Abschnitt des Radio- und Fernsehgesetzes (Art. 44 ff. RTVG) sowie in der Verordnung (Art. 43 RTVV). Das Verfahren ist allerdings nicht detailliert festgelegt. Mit der Ausschreibung einer Konzessionsvergabe wird der Grundstein zu einem Mehrparteienverhältnis gelegt. Die Anhörung der Parteien findet dabei grundsätzlich mit der Eingabe ihrer Projekte statt. Es ist allerdings fraglich, ob bei einem solchen Mehrparteienverfahren nicht nochmals eine Anhörung stattfinden muss, damit eine Stellungnahme zu den übrigen Argumenten möglich wäre, denn die Berücksichtigung der eigenen Begründung hängt massgeblich von den weiteren Eingaben ab (vgl. zum Ganzen DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Diss. Bern 2004, S. 249). Eine solche Handhabung kollidiert allerdings wiederum mit den Geschäftsgeheimnissen der Verfahrensbeteiligten wie auch mit der Verfahrensökonomie. Da Parallelen bestehen zwischen dem Konzessions- und Submissionsverfahren, wird Letzteres teilweise beigezogen, um daraus Analogien abzuleiten (KUNZ, a.a.O., S. 216). Das Submissionsrecht hat das Problem der Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Entscheid dahingehend gelöst, dass es in Art. 26 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) Art. 30 VwVG im Submissionsverfahren für nicht anwendbar erklärt (KUNZ, a.a.O., S. 250).

Das hier anwendbare Spezialgesetz sieht dies allerdings nicht vor. Deshalb finden die allgemeinen Verfahrensvorschriften des VwVG, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) und die Anhörung der Parteien vor Erlass der Verfügung (Art. 30 Abs. 1 VwVG), Anwendung (KUNZ, a.a.O., S. 227 f.). Wie bei jedem Verfahren sind sodann die allgemeinen Verfahrensgarantien einzuhalten (KUNZ, a.a.O., S. 278). Ausserdem spielen auch die jeweils konkret auf dem Spiel stehenden Interessen sowie die Komplexität des Falles eine entscheidende Rolle (vgl. KUNZ, a.a.O., S. 250). Die Konzessionsbehörde hat insbesondere auch die Verpflichtung, das öffentliche Interesse zu wahren. Dieses besteht darin, jenem Bewerber die Konzession zu erteilen, der den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag.

Die Dauer des Konzessionsverfahrens betrug vorliegend gut viereinhalb Jahre (öffentliche Ausschreibung am 27. Mai 2003; Entscheid des UVEK am 21. Dezember 2007). Dies hatte u.a. damit zu tun, dass gegen die erste Konzessionsvergabe des UVEK Beschwerde an den Bundesrat geführt wurde. Dieser hob den Entscheid aus formellen Gründen auf und wies die Sache zum erneuten Entscheid zurück. Daraufhin entschloss sich das BAKOM, den Bewerbern nochmals Gelegenheit zu geben, ihre Bewerbungen zu überarbeiten. Es begründete dies damit, dass sich seit dem relativ lange zurückliegenden Konzessionsentscheid die Sachverhalte zwangsläufig geändert hätten. Der Umstand, dass sich diese Änderungen auch konzeptionell auswirkten, sei nicht zu vermeiden und müsse im Hinblick auf die erneute Konzessionsvergabe berücksichtigt werden. Nur so könne dem öffentlichen Interesse, die Konzession jenem Bewerber zu erteilen, der den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag, genüge getan werden. In der Folge nahmen die Bewerberinnen Anpassungen vor. Dabei wurden auch inhaltliche Korrekturen vorgenommen, was selbst die Vorinstanz als allenfalls befremdlich bezeichnete. Insbesondere weil die Beschwerdegegnerin in der überarbeiteten Bewerbung u.a. neu eine Zusammenarbeit mit einer Fachhochschule vorsah, im Wissen darum, dass eine solche Zusammenarbeit bei der erstmaligen Konzessionsvergabe mit ein entscheidendes Kriterium war, weshalb damals die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhielt. Dennoch stellte die Vorinstanz in ihrem Entscheid darauf ab und begründete dies damit, dass die Verhältnisse im Zeitpunkt der Konzessionsvergabe entscheidend seien. Indem sie im vorliegenden Verfahren allen Beteiligten nochmals die Möglichkeit gab, ihre Bewerbungen zu aktualisieren, hat sie dem öffentlichen Interesse in besonderem Masse Rechnung getragen. Au-

sserdem hat sie den Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs infolge des Bundesratsentscheids beim erneuten Entscheid besonders stark gewichtet. Damit wurden die Rechte der Verfahrensbeteiligten (betr. Ungleichbehandlung vgl. nachfolgend E. 7.5.3) gewahrt bzw. die rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren sind somit erfüllt.

7.2 Nun soll in diesem Zusammenhang die Konzessionsvergabe des BAKOM dargelegt werden. Sie vollzog sich in zwei Schritten. Erstens wurden die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 RTVG geprüft. Zweitens wurden jene Themenbereiche analysiert, die aufgrund der Ausschreibung vom 23. Mai 2003 vorgegeben waren und den künftigen Leistungsauftrag bildeten. Anhand dieser sog. Selektionskriterien wurde untersucht, welche der eingereichten Bewerbungen den gestellten Anforderungen entspricht bzw. welches Projekt diese Kriterien am besten erfüllt.

7.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in verfahrensrechtlicher Hinsicht korrekt vorgegangen ist. Auch die Prüfung der allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. a – g RTVG gibt keinerlei Anlass für Bemerkungen und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht beanstandet. Allerdings gilt es nun noch zu prüfen, ob die Vorinstanz richtigerweise von zwei nicht gleichwertigen Bewerbungen ausging, d.h. ob sie die Selektionskriterien richtig gewürdigt hat.

7.4 Die Selektionskriterien, welche in ihrer Gesamtheit den Leistungsauftrag bilden, wurden in der Ausschreibung wie folgt vorgegeben: Zielgruppe: 15-24jährige; Musikprofil: zeichnet sich durch Jugendnähe aus; Nachrichten: lokale nationale, internationale Nachrichten sind Programmbestandteil; Berichterstattung: kulturelle Ereignisse im Bereich Jugendkultur sowie der lokalen Jugendszene; Serviceleistungen: jugendspezifische Leistungen; strukturelle und personelle Vorkehrungen für die Gewährleistung der Jugendnähe; Qualitätssicherung. In der Ausschreibung stand ausserdem, dass angesichts des besonderen Profils des Programms die Bewerber eingeladen seien vorzuschlagen, wie sie diese Programmleistungen zu erbringen beabsichtigten. Der Leistungsauftrag werde sodann unter Berücksichtigung dieser Vorschläge in der Konzession festgelegt.

Diese in der Ausschreibung vorgegebenen Selektionskriterien werden sodann in einem sog. „Beauty Contest“ von der Konzessionsbehörde beurteilt. Den Zuschlag erhält, wer die Kriterien am besten erfüllt.

7.5

7.5.1 Die Beschwerdeführerin führt im Zusammenhang mit der Frage, wer den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag, aus, die Vorinstanz sei bezüglich der Jugendnähe, welche unter verschiedenen Aspekten geprüft wurde, zu Unrecht nicht von einer Gleichwertigkeit der beiden Bewerbungen ausgegangen. Sie habe den Programmbeirat der Beschwerdegegnerin lediglich aufgrund seiner hohen Anzahl von Mitgliedern (27) als thematisch breiter abgestützt bezeichnet. Ihre Programmkommission sei ebenfalls breit abgestützt, allerdings bestehe sie nur aus 9 Mitgliedern. In diesem Punkt seien die Bewerbungen deshalb als gleichwertig anzusehen. Weiter verfüge die Bewerbung der Beschwerdegegnerin, auch hinsichtlich der Verankerung bei jugendspezifischen Institutionen und Organisationen, nicht über deutlich mehr Potential. Sowohl das Ausgehportal usgang.ch als auch das Migros Kulturprozent mit dem Projekt „Band it“ (Förderung von Schülerbands und Jungmusikern) seien generell darauf angewiesen, mit einem Jugendradio der Stadt Zürich zusammenzuarbeiten – egal, wer dieses betreibe. Die Testimonials, welche die Beschwerdegegnerin zu ihren Gunsten einreichte, hätten von der Vorinstanz nicht beachtet werden dürfen. Denn praktisch alle diese „Lobredner“ seien in irgendeiner Weise mit der Beschwerdegegnerin verbunden, sei es als DJ oder als zukünftiger Programmbeirat. Ausserdem nehme der grösste Teil Bezug auf Radio 105, das von der Beschwerdegegnerin betrieben werde, und nicht auf das geplante Jugendradio. Damit habe sich die Vorinstanz nicht auf die Konzessionsgesuche der Parteien gestützt, sondern auf die Sendetätigkeit von Radio 105. Dies habe zur Ungleichbehandlung der Bewerberinnen geführt.

7.5.2 Die Vorinstanz bringt dagegen vor, sie gehe bezüglich des Programmbeirats der Beschwerdegegnerin im Vergleich zur Programmkommission tatsächlich von einer breiteren Abstützung des ersteren aus. Denn im Vergleich mit der Programmkommission, wo ausschliesslich Exponenten der Musik-, Party- und Clubszene Einsitz nähmen, weise der Beirat zusätzlich Fachpersonen der Jugendarbeit, Pro Juventute und des Migros Kulturprozents auf. Damit werde inhaltlich ein eindeutig breiteres jugendrelevantes Feld abgedeckt. Die Vorinstanz führt hinsichtlich der Verankerung des zukünftigen Senders bei jugendspezifischen Institutionen und Organisationen aus, die Beschwerde-

gegnerin habe aufgrund der vorgesehenen Zusammenarbeit mit der Internetplattform usgang.ch, dem Migros Kulturprozent sowie dem „okaj zürich“ (Kantonale Kinder- und Jugendförderung) die besseren Vorkehrungen in diesem Bereich getroffen. Die Testimonials hätten sodann für den Konzessionsentscheid keine entscheidende Rolle gespielt und lediglich ihre bereits gefasste Meinung stützen sollen, dass die Beschwerdegegnerin mit den Institutionen und Organisationen besser verankert sei.

7.5.3 Wie bereits erwähnt, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Ermessensüberprüfung Zurückhaltung, weil die Konzessionsbehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (E. 5.1). Demnach hebt das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid nur auf, wenn das Prüfungsergebnis materiell nicht vertretbar erscheint (vgl. VPB 60.41 E. 4). Indes vermag das Argument der Beschwerdeführerin, sowohl die Internetplattform usgang.ch als auch das Migros Kulturprozent würden mit jedem anderen Jungendradiobetreiber zusammenarbeiten ohnehin nicht zu überzeugen. Entscheidend ist der Inhalt der Bewerbung im Zeitpunkt der Konzessionsvergabe. Nur gestützt auf die dortigen Angaben kann die Konzessionsbehörde entscheiden und nicht aufgrund von Hypothesen. Die Vorinstanz hat im Weiteren sachlich nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie den Programmbeirat der Beschwerdegegnerin für thematisch breiter und damit besser abgestützt hält als die Programmkommission der Beschwerdeführerin. Tatsächlich weist der Programmbeirat auch Fachleute aus Jugendorganisationen und -institutionen auf, was den Schluss zulässt, dass deren jugendspezifisches Wissen tatsächlich zu einer breiteren Abstützung führt. Dagegen stammen die Mitglieder der Programmkommission der Beschwerdeführerin ausschliesslich aus dem Musikbereich (Produzenten, DJ's, Clubbesitzer, Veranstalter), d.h. die Vertretung ist einseitiger. Hinsichtlich der Testimonials ist zu bemerken, dass die Vorinstanz nicht vorgab, auf welche Weise die Jugendnähe des Senders zu belegen ist. Wenn dies die Beschwerdegegnerin auf diese Weise macht, ist das an sich nicht zu beanstanden. Dem Vorwurf, die „Lobredner“ seien als DJ oder als zukünftiger Programmbeirat mit dem Sender verbunden und die Aussagen nähmen grösstenteils Bezug auf das von der Beschwerdegegnerin betriebene Radio 105 und nicht auf das geplante Jugendradio, kann nicht gefolgt werden. In den Testimonials wurden zwar tatsächlich Vergleiche mit Radio 105 angestellt. Dies ist allerdings nachvollziehbar, da davon auszugehen ist, dass das zukünftige

Jugendradio durchaus Parallelen aufweisen wird zum von der Beschwerdegegnerin geführten Radiosender 105. Ausserdem geht es in diesen Testimonials fast ausschliesslich darum zu widerlegen, dass das Musikprogramm der Beschwerdegegnerin keinen „Mainstream“ darstellt und nicht um das Programm von Radio 105. Die Vorinstanz hat ausserdem glaubhaft dargelegt, dass die Testimonials lediglich, den aufgrund anderer Kriterien gewonnenen, positiven Eindruck des Konzepts der Beschwerdeführerin zusätzlich stützten. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Vorinstanz bei diesen Punkten ihr Ermessen nicht überschritten hat. Eine Ungleichbehandlung liegt ebenso wenig vor, denn es wurde den Bewerberinnen nicht vorgegeben, in welcher Weise sie ihre besondere Affinität zum Zielpublikum belegen wollen. Damit ist die Rüge der Beschwerdeführerin in diesem Punkt unbegründet.

7.5.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, in der Konzessionsausschreibung sei bei den Kriterien der personellen und strukturellen Vorkehrungen, welche der Sicherung der Jugendnähe des Programms dienen sollten, nie die Rede von einem „Ausbildungsradio“ gewesen. Die Vorinstanz habe dies ausserdem bei der Konzessionsvergabe viel zu stark gewichtet. Beide Bewerberinnen würden über die Kooperation mit Medienausbildungszentren sicherstellen, dass permanent Praktikanten oder Studierende in die Programmgestaltung miteinbezogen würden. Es sei überdies aus dem gleichen Grund unzulässig, wenn die Vorinstanz den Detaillierungsgrad der getroffenen Ausbildungsregelung zu einem der entscheidenden Kriterien erhebe. Die Vorinstanz habe sodann nicht beachtet, dass sie selbst mit drei verschiedenen Partnern ein Ausbildungskonzept entworfen habe. Damit hätten – im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin – nicht nur Studenten, sondern auch Schüler und Lehrlinge eine Ausbildungschance. Diese breite Gruppe repräsentiere die Hörerzielgruppe und schaffe damit die nötige Jugendnähe – ihr Ausbildungskonzept sei deshalb qualitativ höher einzustufen als jenes der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz habe zudem den Sachverhalt unrichtig erstellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass doppelt so viele Praktikanten wie Festangestellte das Tagesprogramm gestalten würden. Den Unterlagen sei eindeutig zu entnehmen, dass die 12 Praktikanten nicht 100% arbeiten würden, sondern wöchentlich 30 – 40%. Damit genüge die Betreuung durch 12 Festangestellte vollauf. Auch hinsichtlich der Entlöhnung stütze sich die Vorinstanz auf eine unrichtig vorgenommene Sachverhaltsfeststellung. Aus

der Bewerbung ginge eindeutig hervor, dass die Praktikanten mit einer angemessenen Entlöhnung rechen könnten.

7.5.5 Die Vorinstanz hält dem entgegen, beide Bewerberinnen hätten sich aufgrund ihrer Eingaben als Ausbildungsradio positioniert. Die Anforderung, die Jugendnähe der Programmschaffenden sicherzustellen, lasse sich damit gut verwirklichen. Dem Vorwurf, sie habe zu stark auf die Detailliertheit der Ausbildunskonzepte abgestellt, könne nicht gefolgt werden. Sie habe die Angaben der Bewerberinnen geprüft und dabei festgestellt, dass das Ausbildungskonzept der Beschwerdegegnerin insgesamt solider und klarer wirke. Auch die Ausbildungsdauer sowie der Ablauf der Ausbildung seien gegenüber dem Konzept der Beschwerdeführerin klarer geregelt. Die Zusammenarbeit mit dem Medienausbildungszentrum sei bei der Beschwerdegegnerin überdies bereits erprobt (im Rahmen von Radio 105). Hinsichtlich der Betreuung der Praktikanten sowie deren Entlöhnung führt sie aus, in der Tabelle auf S. 29 des Gesuchs der Beschwerdeführerin habe es keine Angaben gegeben zu den Stellenprozenten der Praktikanten. Die Stellen der Festangestellten seien allerdings auf Hundertprozentstellen umgerechnet gewesen. Aus diesem Grund habe sie die gleiche Umrechnung auch bei den Praktikantenstellen vorgenommen. Für die unpräzisen Angaben, die offenbar zu einer Fehlinterpretation geführt hätten, trage die Beschwerdeführerin die Verantwortung. Zurückzuweisen sei in diesem Zusammenhang auch der Vorwurf, sie habe den Sachverhalt betreffend die Entlöhnung der Praktikanten unrichtig erstellt. Weder in der „Bilanz- und Erfolgsrechnung“ noch in der „Erfolgsrechnung/Detail Erträge“ finde sich ein Budgetposten für Praktikanten. In der Ergänzung zum Konzessionsantrag vom 31. Mai 2007, welche im Hinblick auf das neue RTVG eingereicht worden sei, spreche die Beschwerdeführerin lediglich davon, die Praktikanten „angemessen zu entlöhnen“. Deren Beilage „Lohnskala DJ Radio“ sei zudem zu entnehmen, dass die Praktikanten „unentgeltlich“ angestellt seien.

7.5.6 Die Ausgestaltung des Jugendradios als Ausbildungsradio war in den Ausschreibungsunterlagen tatsächlich nicht explizit gefordert worden. Allerdings haben sich – wie von der Vorinstanz richtig festgehalten – beide Bewerberinnen für ein solches Konzept entschieden, um die Jugendnähe des Programms zu gewährleisten. Aus den Ausschreibungsunterlagen ging sodann hervor, dass die Konzessionsbehörde den Leistungsauftrag (auch) aufgrund der Eingaben festlegen werde. Nachdem beide Bewerberinnen Ausbildungskonzepte einreichten, hat-

te die Vorinstanz diese auch zu vergleichen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich auch hier wiederum Zurückhaltung bei der Überprüfung des Ermessens. Allerdings scheint es nachvollziehbar, dass auch der Detaillierungsgrad eines Konzepts Anhaltspunkte darüber liefert, ob damit den Anforderungen an ein jugendnahes Radio entsprochen werden kann. Dies im vorliegenden Fall gerade deshalb, weil beide Bewerberinnen planten, mit erfahrenen und renommierten Institutionen zusammenzuarbeiten. Ausserdem hat die Vorinstanz auch diesbezüglich sachlich dargelegt, weshalb sie das Ausbildungskonzept der Beschwerdegegnerin insgesamt für solider und klarer befunden hat. Bezüglich der Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe diesem Aspekt zu viel Gewicht eingeräumt, ist wiederum darauf zu verweisen, dass es im Ermessen der Vorinstanz liegt, inwieweit sie dies im Hinblick auf die Erfüllung des Leistungsauftrags für besonders wichtig hält. Damit ist zusammenfassend die Beurteilung der Vorinstanz rechtmässig erfolgt. Die Vorinstanz hat ausserdem durchaus beachtet, dass die Beschwerdeführerin mit drei verschiedenen Partnern ein Ausbildungskonzept entworfen hat. Allerdings hat sie dem nicht jene Bedeutung zugemessen wie die Beschwerdeführerin. Auch dies liegt wiederum in ihrem Ermessen. Der erneute Einwand der Beschwerdeführerin, das IAM würde auch mit ihr zusammenarbeiten, wenn sie den Zuschlag erhielte, kann aus den bereits dargelegten Gründen nicht gehört werden (vgl. E. 7.5.3).

Was die Entlöhnung der Praktikanten betrifft, so gibt es diesbezüglich widersprüchliche Angaben. Die Vorinstanz stützt sich auf die Angaben in der „Bilanz- und Erfolgsrechnung“ sowie der Ergänzung vom 31. Mai 2007 (act. 34 und 44). Darin ist die Entlöhnung der Praktikanten tatsächlich nicht explizit, d.h. betragsmässig, ausgewiesen. Da sich die Konzessionsbehörde auf die Angaben in der Bewerbung stützen muss, konnte sie in diesem Punkt keine Bewertung vornehmen. Weil die Beschwerdegegnerin jedoch im Vergleich dazu einen fixen Betrag auswies, bewertete die Konzessionsbehörde dies als Vorteil. Das bedeutet, dass die Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der Entlöhnung der Praktikanten unbegründet ist. Unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung dann, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird, sei es, weil die Rechtserheblichkeit einer Tatsache zu Unrecht verneint wird oder Beweise falsch gewürdigt worden sind. Wurden nicht alle für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände berücksichtigt, ist die Sachverhaltsfeststellung unvollständig (vgl. Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 630 ff.).

Die Vorinstanz hat über alle Grundlagen zur Beurteilung der Entlöhnung der Praktikanten verfügt und damit den Sachverhalt weder unvollständig noch unrichtig festgestellt, sondern diesen lediglich nicht im Sinne der Beschwerdeführerin gewürdigt.

7.5.7 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe sich hinsichtlich der Qualitätssicherung von irrelevanten Angaben leiten lassen. So habe sie den Umfang des Konzepts hervorgehoben, der bei der Beschwerdegegnerin deutlich höher sei als bei ihr. Allerdings weise deren Konzept bei genauerer Betrachtung sowohl vom tatsächlichen Umfang her als auch inhaltlich kaum Unterschiede zu ihrem Qualitätssicherungssystem auf. Beide Qualitsätssicherungssysteme würden auf dem sog. „Drei-Säulen-Prinzip“ aufbauen. Die Vorinstanz habe ausserdem wiederum den Sachverhalt betreffend die Zusammenarbeit der Beschwerdegegnerin mit einer externen Evaluationsstelle unrichtig erstellt. Diese habe in ihrer Bewerbung besagte Zusammenarbeit nämlich lediglich in Aussicht gestellt.

7.5.8 Die Vorinstanz ist dagegen der Auffassung, die Ausführungen der Beschwerdegegnerin seien tatsächlich detaillierter ausgefallen – dies werde auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Was die Zusammenarbeit mit einer externen Qualitätsprüferin anbelange bzw. den angeblich unrichtig erstellten Sachverhalt, so seien die konzessionierten Radioveranstalter aufgrund des geltenden Gesetzes ohnehin verpflichtet, sich alle zwei Jahre von einer externen Evaluationsstelle, die vom BAKOM anerkannt sei, überprüfen zu lassen.

7.5.9 Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich die Vorinstanz in diesem Punkt von irrelevanten Angaben hat leiten lassen. Wenn sie bei der Überprüfung auch auf den Umfang der Eingabe bezüglich Qualitätssicherungssystem abstellt, so ist das grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Frage kann allerdings offen gelassen werden, da ohnehin der Detaillierungsgrad entscheidend war. Nach Auffassung der Vorinstanz belegt die detailliertere Aufstellung der Beschwerdegegnerin nämlich, dass ihr Konzept insgesamt sorgfältiger und genauer Auskunft über die zukünftigen Abläufe des Senders gibt. Es ist allerdings richtig, dass beide Qualitätssicherungssysteme eine dreistufige Qualitätssicherung vorsehen. D.h. zuerst geht es um die Planung und Einführung der Massnahmen, dann um die Sicherstellung und Umsetzung derselben und schliesslich folgt die Überprüfung und Anpassung. Das Qualitätssicherungssystem der Beschwerdegegnerin gibt im Detail vor, wie die

Planung und Einführung der Qualitätssicherungsmassnahmen umgesetzt werden soll. Neben einem publizistischen Leitbild soll ein Redaktionsstatut formuliert werden, worin u.a. der Programmauftrag sowie die journalistische Eigenverantwortung festgehalten werden. Dazu gehört auch ein Redaktionshandbuch, welches die Leitplanken des redaktionellen Schaffens festlegt und bestimmt. wie die redaktionelle Arbeit angegangen und umgesetzt werden soll. Die Beschwerdeführerin hält dagegen zu diesem Punkt lediglich fest, dass sie Leitbilder und Planungsinstrumente erstellen werde – konkretisiert dies allerdings nicht. Auch der zweite Schritt der Qualitätssicherung ist in der Bewerbung der Beschwerdegegnerin wesentlich ausführlicher dargelegt. So macht ihr Konzept im Gegensatz zu jenem der Beschwerdeführerin nicht nur Aussagen zum internen Feedback bezüglich der Sendungen, sondern gibt vor, dass Hörerreaktionen eingeholt werden, gezielte Schulungen erfolgen und die nötigen Personalstrukturen für die Umsetzung bereitzustellen sind. Die Begründung der Vorinstanz, das Qualitätssicherungssystem der Beschwerdegegnerin sei detaillierter und gebe genauer Auskunft bezüglich der zukünftigen Abläufe des Senders, ist damit sachlich nachvollziehbar. Eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung ist auch in diesem Punkt nicht ersichtlich (vgl. E. 7.5.6).

7.6 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Sie hat sachlich begründet, weshalb sie sich dafür entschieden hat, die Konzession der Beschwerdegegnerin zu erteilen. Insbesondere hat sie sich vom besseren Gesamteindruck sowie der grösseren Sorgfalt und Detailliertheit der Eingabe leiten lassen. In vier (von sechs bewerteten) Punkten, nämlich dem Musikprofil, den Nachrichten, der Berichterstattung sowie den Serviceleistungen hat sie die Bewerbungen für vergleichbar bzw. gleichwertig befunden. Bei den übrigen zwei Punkten, der Jungendnähe und der Qualitätssicherung, hat die Beschwerdegegnerin allerdings besser abgeschnitten. Damit lagen nicht zwei vergleichbare Bewerbungen vor und die Vorinstanz war nicht gezwungen, gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG weiter zu prüfen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert. Dementsprechend erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin auch in diesem Punkt als unbegründet. Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde deshalb abzuweisen.

8.
Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 2'000.-- festzusetzen. Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

9.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Als obsiegend ist vorliegend die Beschwerdegegnerin zu betrachten. Aufzukommen für die Entschädigung hat als unterliegende Partei die Beschwerdeführerin. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat eine Kostennote eingereicht und macht darin Parteikosten von Fr. 9'841.55 geltend. Dieser Betrag gibt zu keinen Beanstandungen Anlass. Demnach hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung von Fr. 9'841.55 zu bezahlen.

10.
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 ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'841.55 zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 223.3.1-5/223.3.1-2; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Markus Metz	Yasemin Cevik

Versand: