63

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. Roger Schawinski, Daniel Sigel und Stefan Bühler
gegen das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation und Südostschweiz Radio AG
A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009

Radio und Fernsehen. Erteilung einer Lokalradiokonzession. Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Grundsatzurteil.

Art. 44 Abs. 1 Bst. g, Art. 74 RTVG. Art. 4 Abs. 2 KG.

1. **Der Begriff der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG hat dieselbe Bedeutung wie der identische Begriff in Art. 74 Abs. 1 RTVG; demgegenüber unterscheidet er sich vom Kriterium der Bereicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG (E. 3.6.3).**
2. **Der Begriff der beherrschenden Stellung gemäss Art. 74 Abs. 1 RTVG entspricht demjenigen von Art. 4 Abs. 2 KG (E. 4.3 und 4.4).**
3. **Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG. Wettbewerbsrechtlicher oder eigenständiger medienpolitischer Missbrauchsbegriff (E. 4.5)?**

Radio et télévision. Octroi de concession de radio locale. Condition de l'absence de mise en péril de la diversité des opinions et de l'offre. Arrêt de principe.

Art. 44 al. 1 let. g, art. 74 LRTV. Art. 4 al. 2 LCart.

1. **La notion de mise en péril de la diversité des opinions et de l'offre au sens de l'art. 44 al. 1 let. g LRTV a la même signification que celle de l'art. 74 al. 1 LRTV; en revanche, il faut la distinguer du critère de la contribution à la diversité de l'offre et des opinions au sens de l'art. 45 al. 3 LRTV (consid. 3.6.3).**
2. **La notion de position dominante de l'art. 74 al. 1 LRTV correspond à celle de l'art. 4 al. 2 LCart (consid. 4.3 et 4.4).**
3. **Comportement abusif au sens de l'art. 74 al. 1 LRTV. Question de savoir si cette notion correspond à celle du droit de la concur-**

rence ou s'il s'agit d'une notion propre à la politique des médias (consid. 4.5).

Radiotelevisione. Rilascio di una concessione di radio locale. Condizione per il rilascio di una concessione dell'assenza di pregiudizio della pluralità delle opinioni e dell'offerta. Sentenza di principio.

Art. 44 cpv. 1 lett. g, art. 74 LRTV. Art. 4 cpv. 2 LCart.

1. **La nozione di pregiudizio della pluralità delle opinioni e dell'offerta dell'art. 44 cpv. 1 lett. g LRTV ha lo stesso significato della nozione identica prevista dall'art. 74 cpv. 1 LRTV; per contro, essa si differenzia dal criterio della contribuzione ad accrescere la pluralità delle opinioni e dell'offerta ai sensi dell'art. 45 cpv. 3 LRTV (consid. 3.6.3).**
2. **La nozione di posizione dominante secondo l'art. 74 cpv. 1 LRTV corrisponde a quella dell'art. 4 cpv. 2 LCart (consid. 4.3 e 4.4).**
3. **Comportamento abusivo ai sensi dell'art. 74 cpv. 1 LRTV. Nozione di abuso ai sensi del diritto della concorrenza oppure nozione propria alla politica dei media (consid. 4.5)?**

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 4. September 2007 41 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen in der Schweiz aus. Am 6. Dezember 2007 bewarben sich die Südostschweiz Radio AG und die Radio Südost AG (in Gründung) um die Radiokonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 32 (Region Südostschweiz).

Das BAKOM prüfte zunächst, ob die Bewerber die Konzessionsvoraussetzungen erfüllten, das heisst ob ihnen überhaupt eine Konzession erteilt werden könne. 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.

Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Vorinstanz) der Südostschweiz Radio AG (Beschwerdegegnerin) mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 32. Die Bewerbung der Radio Südost AG (in Gründung) wurde abgewiesen. Gegen

diese Verfügung erheben deren Gründer (Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer).

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlangen (Qualifikationskriterien). Demnach muss der Bewerber unter anderem 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).

3.2 In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführer zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht. Die vorherrschende Medienkonzentration durch die Südostschweiz Mediengruppe sei allgemein bekannt und es würden untrügliche Indizien für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Beschwerdegegnerin vorliegen. Die Vorinstanz hätte eine Stellungnahme der Wettbewerbskommission (WEKO) zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin einholen müssen. Insbesondere sei die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht mit derjenigen von Art. 74 RTVG (Medienkonzentration) gleichzusetzen. Wenn dem so wäre, würde es nämlich keinen Sinn machen, dieses Kriterium bei den Konzessionsvoraussetzungen und später noch einmal bei gleichwertigen Bewertungen zu prüfen.

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, der Gesetzgeber habe in den Debatten zum neuen RTVG hinlänglich festgestellt, dass die marktbeherrschende Stellung noch keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt darstelle.

Die Vorinstanz hält dafür, die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt setze den Nachweis des Missbrauchs der Marktmacht voraus und eine blosse Marktmacht genüge nicht. Im Falle der Beschwerdegegnerin hätten sich weder in den Gesuchseingaben noch in der Anhörung konkrete Anhaltspunkte für einen

allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergeben. Eine Konsultation der WEKO sei nicht angezeigt gewesen, da sich diese nur zur marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) hätte äussern können und der Entscheid, ob eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gegeben sei, in jedem Falle der Vorinstanz obliege.

3.3 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.

3.4 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.

3.5 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.

3.6 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.

3.6.1 Der Entwurf des Bundesrates (BR) zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) (BBl 2003 1779, nachfolgend: Entwurf des BR zum RTVG) 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 parlamen-

tarischen Beratung schlug eine Kommissionsmehrheit aber die Ergänzung von Art. 44 Abs. 1 (Art. 54 Entwurf des BR zum RTVG) 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 Peter Föhn).

Der BR war der Meinung, dass die Unabhängigkeit von anderen Medien keine absolute Konzessionsvoraussetzung sein 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 Moritz 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 Jacqueline Fehr).

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 Peter Weigelt und Peter Vollmer).

Der Nationalrat folgte nach längerer Debatte dem Antrag der Mehrheit, und der Ständerat schloss sich diesen Beschlüssen an (AB 2005 S 91). Damit steht 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 Entwurf des BR zum RTVG, BBl 2003 1779) 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 Entwurf des BR zum RTVG, BBl 2003 1779) festgelegt werde, wie die Meinungsfreiheit und -vielfalt umgesetzt werden solle (AB 2004 N 125, Voten Peter Weigelt, Bundesrat Moritz Leuenberger und Peter 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 Peter Weigelt und Peter Vollmer).

3.6.2 Der Entwurf des BR zum RTVG zu Art. 74 Abs. 1 (BBl 2003 1779) 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 Entwurf des BR zum RTVG, BBl 2003 1779). 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 Peter 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 insbes. AB 2005 S 189, Votum Rolf Büttiker).

3.6.3 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).

Anzufügen bleibt noch, 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. Bei Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG handelt es sich bekanntermassen um ein Qualifikationskriterium, Art. 45 Abs. 3 RTVG ist dagegen erst bei der Selektion von Bedeutung.

4.

4.1 Die Beschwerdeführer werfen der Südostschweiz Mediengruppe AG namentlich vor, sie gefährde die Meinungs- und Angebotsvielfalt und erfülle deshalb die allgemeine Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht. Konkret machen sie geltend, die Muttergesellschaft der Beschwerdegegnerin verkaufe die Zeitung Südostschweiz im Kanton Graubünden, wo sie ein Monopol habe, zu einem überhöhten Abonnementspreis; in Gebieten, wo es alternative Angebote gebe, sei das Abonnement um einiges günstiger. Dadurch missbrauche sie ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG. Wie es sich mit diesem Vorwurf verhält, ist nachfolgend zu prüfen. Die Vorinstanz hat zu diesen Rügen inhaltlich nicht substanziell Stellung genommen. In der Konzessionsverfügung hat sie bloss festgehalten, beide Bewerberinnen 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.

4.2 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 allein die Vorinstanz zu beurteilen (Peter Nobel/Philipp do Canto, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 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 markt-

beherrschenden 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, wäre 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.

4.3 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. Damit 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, das heisst ob dieser sich nach Art. 7 KG beurteilt (E. 4.5). 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 oder mehreren medienrelevanten Märkten 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, das heisst untersucht wird das gesamte Mediensystem und nicht nur die Stellung eines Programmveranstalters. Konkret könnte also eine Gefährdung auch dann vorliegen, wenn die Beschwerdegegnerin zwar nicht im Radio-, wohl aber im Zeitungsmarkt eine beherrschende Stellung inne hätte und diese missbrauchen würde (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569, S. 1730 f., nachfolgend: Botschaft zum RTVG).

4.4 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, Rz. 2.19 ff.). Um dies zu beurteilen, ist vorweg der relevante Markt zu bestimmen, was in den Bereichen der Medien und der Telekommunika-

tion 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 KELLERMÜLLER, a. a. O., S. 58 ff.).

4.5 Ebenso schwierig ist die Definition des missbräuchlichen Verhaltens, und zwar aus zweierlei Gründen: Zunächst lässt sich diese Handlungsweise wettbewerbsökonomisch nur schwer eingrenzen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt missbräuchliches Verhalten namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die Marktgegenseite benachteiligt. In Betracht fallen vorliegend namentlich die Preisdiskriminierung (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Preisdifferenzierungen stellen aber grundsätzlich ein zulässiges Wettbewerbsverhalten dar, die wohlfahrtsökonomisch positive Wirkungen entfalten können und nur bei Vorliegen besonderer Umstände wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sind (vgl. MANI REINERT, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rz. 4.159 ff. und Rz. 4.177 ff.; PETER REINERT, Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 7, Rz. 18 ff. sowie Rz. 23 ff.)

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

4.6 (...)

4.7 (...)

4.8 Da das Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne vertiefte Abklärungen verneint werden kann, ist der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufzuheben. Die Sache ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, da die versäumten Sachverhaltsabklärungen nicht ohne grösseren Aufwand erfolgen können und es nicht Sache des BVGer ist, diese 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. Sie beziehungsweise das BAKOM als Fachbehörde wird – allenfalls mittels Konsultation der WEKO – zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) gefährdet. Neben der (...) Problematik der Preisdiskriminierung wird sie sich insbesondere mit den Einwänden der Beschwerdeführer auseinanderzusetzen haben, in Graubünden könne ein Abonnement der « Südostschweiz » nicht ohne deren Sonntagsausgabe erworben werden, was unter dem Blickwinkel des verpönten Koppelungsgeschäfts zu prüfen sein wird (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), sowie mit dem Vorwurf, Redaktoren erhielten Weisungen seitens der Geschäftsleitung und dürften keine Rezensionen von Büchern veröffentlichen, die nicht bei der Beschwerdegegnerin herauskämen. Die letztgenannten Aspekte könnten allenfalls unter einem weitergehenden, medienpolitischen Missbrauchsbegriff relevant sein; zu dessen Gehalt und den daraus folgenden Auswirkungen auf den vorliegenden Fall wird sich die Vorinstanz zu äussern haben. Sie wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheides zu prüfen haben.