



Abteilung I
A-7801/2008
{T 1/2}

Urteil vom 7. Dezember 2009

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richterin Kathrin Dietrich,
Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiber Adrian Mattle.

Parteien

Roger **Schawinski**, Kapfstrasse 28, 8032 Zürich,
Christoph **Bürge**, Elefterie St. 25, Bucharest 4,
Romania,
Heinz **Lang**, Klostermatt 5, 5742 Kolliken,
gemeinsam Radio AG (in Gründung),
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Armin Zucker,
und Rechtsanwalt lic. iur. Christophe Steiger,
Meyer Lustenberger Rechtsanwälte, Forchstrasse 452,
Postfach 1432, 8032 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Radio Argovia AG, Bahnhofstrasse 41, Postfach,
5001 Aarau,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Urs Saxer,
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,
Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Erteilung einer UKW-Radiokonzession.

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 4. September 2007 41 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen in der Schweiz aus. Um die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15 (Aargau) bewarben sich bis zum Ablauf der Ausschreibungsfrist am 6. Dezember 2007 die Radio AG (in Gründung) und Radio Argovia AG. Auf Aufforderung des BAKOM vervollständigten die Bewerberinnen ihre Dossiers bis am 27. Dezember 2007.

B.

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

C.

Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) der Radio Argovia AG mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15. Die Bewerbung der Radio AG (in Gründung) wurde abgewiesen.

Das UVEK führte in der Verfügung vom 31. Oktober 2008 aus, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen erfüllen würden und es damit zu einer Selektion komme, wobei die Ausführungen der Bewerberinnen zu den einzelnen Elementen des

Leistungsauftrags miteinander verglichen und bewertet würden. Die gegenüberstellende Analyse der Angaben der Bewerberinnen in den Bereichen Input und Output ergebe, insbesondere wegen der besseren Bewertung des Qualitätssicherungssystems und des Ausbildungskonzepts, einen Vorteil für das Projekt der Radio Argovia AG. Zusammen mit dem besseren Abschneiden bei der Verbreitung sei die Bewerbung der Radio Argovia AG insgesamt besser als jene der Radio AG (in Gründung).

D.

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2008 erheben Roger Schawinski, Christoph Bürge und Heinz Lang (gemeinsam Radio AG in Gründung, nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) vom 31. Oktober 2008. Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung bzw. der an die Radio Argovia AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erteilten Konzession und die Erteilung der Konzession an sie. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche anzuweisen sei, unter Berichtigung der von ihnen gerügten Punkte, der von ihnen im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten sowie unter Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen neu zu entscheiden.

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe die Überlegungen, von denen sie sich bei der Prüfung der Qualifikationskriterien habe leiten lassen, nicht genannt und damit gegen die Begründungspflicht verstossen. Insbesondere habe sie es versäumt, den Aspekt der Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt zu prüfen. Es sei fraglich, ob der Beschwerdegegnerin überhaupt eine Konzession erteilt werden könne, insbesondere wegen einer möglichen Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Da eine Heilung des Verstosses gegen die Begründungspflicht im Beschwerdeverfahren nicht möglich sei, müsse die Konzessionsverfügung aufgehoben werden. Weiter kritisieren die Beschwerdeführer verschiedene Punkte im Zusammenhang mit der gegenüberstellenden Analyse der Angaben der Bewerberinnen durch die Vorinstanz. Unter anderem machen die Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe sich bei der Beurteilung nicht an die im Ausschreibungstext genannten Kriterien gehalten, die in der Ausschreibung genannten Vorgaben verschärft und überdies gänzlich neue Zuschlagskriterien formuliert. Sie

sind der Ansicht, ihr Gesuch sei in Bezug auf die Inputfaktoren zumindest gleichwertig und in Bezug auf die Outputfaktoren besser als dasjenige der Beschwerdegegnerin. In Bezug auf das Kriterium der Verbreitung seien die beiden Gesuche gleichwertig. Weil das Gesuch der Beschwerdegegnerin unter diesen Aspekten mindestens nicht deutlich besser als ihres gewesen sei, hätte die Vorinstanz prüfen müssen, welche der beiden Bewerbungen die Angebots- und Meinungsvielfalt am meisten bereichere. Aber selbst wenn die Vorinstanz auf Grund der vor der Beschwerdeerhebung eingereichten Unterlagen nicht verpflichtet gewesen wäre, die Gesuche der Bewerberinnen unter dem Vielfaltskriterium zu prüfen, sei dies aufgrund der im Beschwerdeverfahren zusätzlich eingereichten Unterlagen nachzuholen. Unter dem Aspekt der Angebots- und Meinungsvielfalt sei ihr Gesuch zu bevorzugen, weil sie von den übrigen Medienakteuren im Versorgungsgebiet unabhängig sei und auch aufgrund programmbezogener Elemente die Angebots- und Meinungsvielfalt mehr bereichere.

E.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. März 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. In formeller Hinsicht beantragt sie, es seien verschiedene Beschwerdebeilagen aus dem Recht zu weisen.

Die Beschwerdegegnerin führt aus, die von der Vorinstanz erstellte Bewertungstabelle zeige die unterschiedliche Qualität der Konzessionsgesuche noch deutlicher als die angefochtene Verfügung. Während sie ein qualitativ hochstehendes Gesuch unterbreite habe, sei das Gesuch der Beschwerdeführer minimalistisch und unvollständig. Ihr Gesuch sei derart deutlich besser, dass nicht zu prüfen sei, welche der beiden Bewerbungen die Angebots- und Meinungsvielfalt am meisten bereichere. Das Nachreichen von Unterlagen und Erläuterungen durch die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren zur Nachbesserung des Konzessionsgesuchs sei unzulässig. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Kriterien angewendet, die vorher nicht bekannt gewesen seien, sei unzutreffend.

F.

Mit Vernehmlassung vom 13. März 2009 hält die Vorinstanz vollumfänglich an ihrer Verfügung fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung bringt sie vor, sie habe bei beiden Gesuchen alle Konzessionsvoraussetzungen geprüft und sei zum Schluss gekommen, dass beide Bewerberinnen diese erfüllen würden. Was die Voraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt angehe, sei zu beachten, dass eine allfällige Marktmacht einer Bewerberin für die Verweigerung einer Konzession nicht ausreiche. Voraussetzung für eine Verweigerung sei der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Für einen solchen Missbrauch durch die Beschwerdegegnerin hätten allerdings keine konkreten Anhaltspunkte bestanden. Weiter macht die Vorinstanz geltend, nachträglich eingereichte Informationen könnten im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Massgebend für die Beurteilung sei die Bewerbung zum Zeitpunkt des Konzessionsentscheids, was im Übrigen bereits aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen sei. Die Bewertung der Gesuche sei im Rahmen der in der Ausschreibung publizierten Vorgaben geschehen. Die Vorinstanz hält daran fest, dass bei der gegenüberstellenden Analyse der Angaben der Bewerberinnen die Bewerbung der Beschwerdegegnerin insgesamt besser als jene der Beschwerdeführer sei. Wegen des eindeutigen Vorsprungs bestehe für den Beizug des Kriteriums der Bereicherung der Angebots- und Meinungsvielfalt kein Raum.

G.

Mit Replik vom 30. April 2009 halten die Beschwerdeführer an ihren Rechtsbegehren fest und beantragen, sie seien bezüglich neuer Vorbringen in der Duplik der Beschwerdegegnerin zur Einreichung einer Triplik einzuladen. Sämtliche Beschwerdebeilagen seien im Recht zu belassen. Eventualiter seien verschiedene Beilagen der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort aus dem Recht zu weisen.

Sie bringen unter anderem vor, dass die tatsächlichen Entscheidungsgründe nicht der Konzessionsverfügung entnommen werden könnten, sondern im Bewertungsraster enthalten seien. Dadurch habe die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt. Zudem hätte die Vorinstanz die Parteien im Vorfeld der Verfügung über das Bewertungsraster, insbesondere die Berücksichtigung der Unterkriterien und deren relative Gewichtung, informieren müssen. Das Bewertungsraster sei fehlerhaft und bisherige Veranstalter seien bei der Erstellung der Qualitätssicherungsdokumente gegenüber Neubewerbern im Vorteil. Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, es hätten Indizien vorgelegen, dass im Falle einer Konzessionierung

der Beschwerdegegnerin ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung drohen würde, weshalb die Vorinstanz eine Stellungnahme der Wettbewerbskommission zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin hätte einholen müssen.

H.

Mit Duplik vom 5. Juni 2009 hält die Vorinstanz vollumfänglich an der angefochtenen Verfügung fest.

I.

Mit Duplik vom 29. Juni 2009 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest. Zusätzlich beantragt sie, es sei eine Beilage zur Replik der Beschwerdeführerin ebenfalls aus dem Recht zu weisen.

J.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidungsrelevant – im Rahmen der 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 nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid des UVEK vom 31. Oktober 2008 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 4. Dezember 2008 erhobenen Beschwerde zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführer sind Adressaten der

angefochtenen Verfügung, durch die Nichterteilung der Konzession auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

1.3 Auf die frist- und formgerecht (Art. 50 Abs. 1 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Die Beschwerdegegnerin führt aus, wenn die Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren hätten Dokumente nachreichen dürfen, sei auch ihr Gelegenheit zu geben, ihr Konzessionsgesuch zu ergänzen. Soweit diese Ausführungen der Beschwerdegegnerin als Antrag zu betrachten sind, kann darauf mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden. Die Beschwerdegegnerin war im Beschwerdeverfahren ohne Weiteres berechtigt, im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorzubringen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 92 Rz. 2.204). Die Beschwerdeführer haben von diesem Recht denn auch Gebrauch gemacht. Ob und wieweit die eingereichten Dokumente für die Beurteilung der Konzessionsgesuche massgebend sind, wird nachstehend näher zu untersuchen sein.

3.

Die Beschwerdeführer beantragen in ihrer Replik vom 30. April 2009, sie seien bezüglich neuer Vorbringen in der Duplik der Beschwerdegegnerin zur Einreichung einer Triplik einzuladen.

3.1 Die Beschwerdeführer begründen diesen Antrag damit, dass die Beschwerdegegnerin erst in ihrer Duplik auf die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens werde eingehen können. Ihnen sei deshalb Gelegenheit zu geben, sich zu den Vorbringen der Beschwerdegegnerin bezüglich der erstinstanzlichen Verfahrensakten und allfälliger in diesem Zusammenhang eingelegter Unterlagen zu äussern. Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, sie habe schon in der Beschwerdeantwort klar dargelegt, worum es ihr gehe und die von ihr eingesehenen Akten des erstinstanzlichen Verfahrens seien den Beschwerdeführern bekannt gewesen.

3.2 Der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, bildet einen Teilgehalt des verfassungsmässigen An-

spruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ist es den Gerichten nicht gestattet, einer Partei das Äusserungsrecht zu eingegangenen Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen abzuschneiden. Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang dieser Eingaben zu orientieren; sie muss ausserdem die Möglichkeit zur Replik haben. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis gebietet Art. 29 Abs. 2 BV, dass die Gerichte diesen Grundsatz auch ausserhalb von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beachten (BGE 133 I 100 E. 4.1-4.6, BGE 133 I 98 E. 2.1).

3.3 Gehen im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Parteien und Behörden ein, so werden diese den übrigen Verfahrensbeteiligten im Allgemeinen zur Kenntnisnahme zugestellt. Diese Zustellung kann verbunden werden mit der Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Ferner kann das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Eingaben den Verfahrensbeteiligten mit förmlicher Fristansetzung zur freigestellten Stellungnahme zukommen lassen. Schliesslich wird eine neu eingegangene Eingabe den Parteien häufig ohne ausdrücklichen Hinweis auf weitere Äusserungsmöglichkeiten übermittelt. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies jedoch umgehend zu erfolgen. Diese Grundsätze sind auch anwendbar auf Fälle, in denen bereits in der Beschwerdeschrift eine Replikmöglichkeit oder – wie vorliegend – in der Replik eine Triplikamöglichkeit beantragt wird. Insbesondere kann eine neue Eingabe den Verfahrensbeteiligten auch bei diesen Konstellationen ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt werden (vgl. zum Replikrecht im Verfahren vor Bundesgericht BGE 133 I 98 E. 2.2 f.).

3.4 Im vorliegenden Verfahren wurden den Beschwerdeführern vom Bundesverwaltungsgericht die Dupliken der Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz am 1. Juli bzw. am 8. Juni 2009 zugestellt. Auf diese Zustellung hin haben die Beschwerdeführer nicht reagiert. Unter diesen Umständen ist anzunehmen, sie hätten auf weitere

Äusserungen verzichtet, und es besteht – nicht zuletzt mit Blick auf das Beschleunigungsgebot – auch vom Gericht her keine Veranlassung, ihnen eine Triplikmöglichkeit einzuräumen.

4.

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 u.a. darlegen, dass er in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Bst. a), über ausreichende finanzielle Mittel verfügt (Bst. b), die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhält (Bst. d) sowie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Bst. g). Hat sich die Konzessionsbehörde wie im vorliegenden Fall zwischen mehreren Bewerbern zu entscheiden, so erhält derjenige Bewerber die Konzession, der im Sinne von Art. 45 Abs. 3 RTVG den entsprechenden Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag (Selektionskriterien, vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] BBl 2003 1569, S. 1710). 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.

4.1 Die Vorinstanz hat in der Ausschreibung festgehalten, die Erfüllung des Leistungsauftrags setze organisatorische Strukturen der Qualitätssicherung, adäquate Arbeitsbedingungen sowie nach professionellen Standards handelnde Medienschaffende voraus. Entsprechende Vorkehrungen erhöhten die Wahrscheinlichkeit, dass die journalistischen Leistungen qualitativ hochstehend im Sinne des Leistungsauftrags seien.

4.1.1 Redaktionelle Qualitätssicherung ist gemäss den Ausführungen in der Ausschreibung ein auf Dauer angelegter Prozess mit präventiven, den Produktionsprozess begleitenden und korrektiven Elementen. Dieser Prozess der Qualitätssicherung wird in erster Linie durch den Veranstalter selbst etabliert und geführt und ermöglicht im Sinne einer Selbstkontrolle die kontinuierliche Überprüfung, ob die erbrachte Leistung (z.B. Programm) den gesetzten Zielen (Programmauftrag bzw. selbst gesetzten Standards) entspricht. Quali-

tätssicherung schafft darüber hinaus auch Transparenz bezüglich der Frage, ob bzw. welche korrektiven Massnahmen zu ergreifen sind, um sich dem gewünschten Output zu nähern bzw. um ein Manko zu beheben. Die Vorgaben zur Qualitätssicherung beziehen sich somit nicht unmittelbar auf die journalistische Qualität einer einzelnen Sendung oder eines einzelnen Beitrags, sondern auf die organisatorischen Strukturen und Abläufe, welche jene erst ermöglichen. Vor diesem Hintergrund werden die Bewerberinnen und Bewerber in der Konzession verpflichtet, ein Qualitätssicherungssystem zu etablieren, welches mit Bezug auf die publizistische Programmproduktion folgende Elemente umfasst:

- Inhaltliche und formale Qualitätsziele und -standards, welche sich auf den Programmauftrag beziehen und senderspezifische Leistungsanforderungen konkretisieren. Sie werden in Dokumenten wie Leitbildern, publizistischen Leitlinien oder redaktionellen Handbüchern formuliert. Die entsprechenden Ziele sind allen Mitarbeitenden bekannt zu machen.
- Festgeschriebene Prozesse, mittels welcher sich regelmässig überprüfen lässt, ob die festgelegten Qualitätsziele erfüllt werden. Angesprochen sind damit beispielsweise Briefings, Sendungs- oder Beitragsabnahmen, Feedbacks und institutionalisierte Sendungskritiken.
- Es ist sicherzustellen, dass sich die Kritiken auf die oben genannten Ziele und Standards beziehen. Überdies ist das Ergebnis dieser Kritiken allen Mitarbeitenden zugänglich zu machen.

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

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

- Die Konzessionärin dotiert die Redaktion bzw. die Redaktionen, welche für die Erfüllung des publizistischen Leistungsauftrags

relevant sind, personell in ausreichendem Masse. Sie nennt dem BAKOM im Rahmen der jährlichen Berichterstattung den Anteil der Betriebsmittel, der ins Personal investiert wird.

- Die Konzessionärin hält die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche ein (siehe Art. 44 Abs. 1 Bst. d RTVG). Sie regelt mit ihren Mitarbeitenden mindestens folgende Bereiche verbindlich: Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Aus- bzw. Weiterbildung.

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

4.1.3 Die Konzession verlangt weiter, der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden hohe Priorität beizumessen. Die Teilnahme der Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungskursen sei zu fördern, namentlich soweit jene Kompetenzen steigern, die zur Erfüllung des Leistungsauftrags bedeutsam sind. Zudem sei jährlich ein Betrag zu bestimmen, welcher ausschliesslich der Förderung der externen Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden dient. Dem BAKOM seien jährlich das entsprechende Aus- und Weiterbildungsbudget sowie die hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden ergriffenen Massnahmen im Rahmen der Jahresrechnung offen zu legen. Die Bewerberinnen und Bewerber haben nach der Ausschreibung darzulegen, wie die Pflichten betreffend die Aus- und Weiterbildung umgesetzt werden (z.B. Aus- und Weiterbildungskonzept), mit welchen Weiterbildungsinstitutionen zusammen gearbeitet und welcher Betrag voraussichtlich jährlich für die Weiterbildung ausgegeben wird.

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

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

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

4.3 Schliesslich äussert sich die Ausschreibung zur Verbreitung. Zu den Pflichten der Veranstalter gehört es demnach, die Verbreitung ihrer Programme grundsätzlich im ganzen Versorgungsgebiet zu gewährleisten. Die Bewerberinnen oder Bewerber, deren Radio- oder Fernsehprogramme gemäss Konzession drahtlos-terrestrisch verbreitet werden sollen, reichen ein Versorgungskonzept ein, welches die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes und die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzeigt.

5.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei. Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltungsgericht übt daher 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. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, 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).

5.1 Sowohl der Entscheid, ob einem Bewerber eine Konzession erteilt werden kann, als auch die Beurteilung, welcher Bewerber – unter mehreren – am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen, eröffnet einen beträchtlichen Ermessensspielraum. 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 Entscheidungsspielraums bleibt, ihr Ermessen aber in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist (vgl. VPB 69.69 E. 7.2).

5.2 Vorliegend kommt der Vorinstanz bzw. dem mit der Instruktion des Verfahrens betrauten BAKOM ein ausgeprägtes Fachwissen namentlich in rundfunktechnischen und publizistischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten auf dem Radiomarkt zu. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen. Die Vorinstanz kann dank ihrem Fachwissen im Bereich Radio- und Fernsehen besser beurteilen, wer am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (BVGE 2008/43 E. 5.1).

5.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen somit zwar grundsätzlich frei zu prüfen, sich dagegen dort eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der

sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde, so namentlich wenn es um die Prüfung der Definition und Gewichtung der Bewertungskriterien und um die Subsumtion der Angaben in den Gesuchen unter diese Kriterien geht. Dabei variiert der Grad der Zurückhaltung im Einzelfall je nach der Natur der sich stellenden Fragen und dem erforderlichen Fachwissen.

6.

Die Beschwerdegegnerin verlangt, es seien für den Entscheid verschiedene Ausführungen und Beilagen einer zweiten beim BAKOM am 20. Dezember 2007 eingereichten Fassung des Konzessionsgesuchs der Beschwerdeführer ausser Acht zu lassen. Weiter beantragt sie, es seien verschiedene von den Beschwerdeführern mit der Beschwerde eingereichte Beilagen sowie eine mit der Replik eingereichte Beilage aus dem Recht zu weisen. Die Beschwerdeführer verlangen dagegen, ihr Gesuch sei unter Einbezug der von ihnen im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumente und abgegebenen Zusicherungen erneut zu prüfen bzw. sämtliche Beilagen seien im Recht zu belassen. Eventualiter seien verschiedene von der Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort eingereichte Beilagen ebenfalls aus dem Recht zu weisen.

6.1 Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführer hätten ihr Konzessionsgesuch unzulässigerweise nachbessern können. Nachdem die Beschwerdeführer vom BAKOM am 14. Dezember 2007 zur Einreichung zusätzlicher Angaben bezüglich der Finanzierung und der Verbreitung aufgefordert worden seien, hätten sie am 20. Dezember 2007 ein ergänztes Konzessionsgesuch eingereicht, in welchem sich die Beschwerdeführer im Gegensatz zum ursprünglichen Gesuch überhaupt erst substantiell zur Frage der Verbreitung geäussert hätten. Die Ergänzung stelle nicht einfach eine Präzisierung dar, sondern eine nachträgliche Verbesserung des Gesuchs. Weiter hätten die Beschwerdeführer mit der Nachreichung von Unterlagen im Beschwerdeverfahren die Ausschreibungsbedingungen verletzt. Bereits in der Ausschreibung sei festgehalten worden, dass Bewerbungen bis zum 5. Dezember 2007 einzureichen seien, spätere Gesuchsanpassungen bei deren Beurteilung nicht mehr berücksichtigt werden könnten und Änderungen am Konzessionsgesuch im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht vorgenommen werden dürften. Die Unzulässigkeit des Vorgehens der Beschwerdeführer ergebe sich auch

aus den Schlussfolgerungen eines von ihr eingereichten Rechtsgutachtens.

Was die von den Beschwerdeführern während des Beschwerdeverfahrens eingereichten Unterlagen angeht, ist die Vorinstanz der Meinung, diese seien nicht zu berücksichtigen. Massgebend für die Beurteilung sei die Bewerbung zum Zeitpunkt des Konzessionsentscheids. Nicht zuletzt im Interesse der Gleichbehandlung müsse es einen Zeitpunkt geben, ab welchem Bewerbungen nicht mehr modifiziert werden dürften.

6.2 In einem Verwaltungsverfahren ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG von Amtes wegen abzuklären (sog. Untersuchungsgrundsatz). Daraus ist grundsätzlich zu folgern, dass der Verfügung der Sachverhalt zugrunde zu legen ist, wie er sich im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung präsentiert (PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009 [nachfolgend Praxiskommentar VwVG], Art. 12 N 28). Für den Entscheid in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren ist der Sachverhalt im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids massgebend (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 54 N 19). Relativiert wird die Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung in dreifacher Hinsicht, nämlich wenn die Parteien zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung verpflichtet sind, durch den Umstand, dass sie ihre Vorbringen rechtzeitig bei der Behörde einzureichen haben sowie durch die Rüge- und Substantiierungspflicht im Beschwerdeverfahren. Ferner beschränkt sich die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm erfüllen (KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N 28). Die Behörde würdigt gemäss Art. 32 Abs. 1 VwVG, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien. Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann (bzw. muss, vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N. 16) sie trotz Verspätung berücksichtigen (Art. 32 Abs. 2 VwVG).

6.3 Ob und inwieweit eine Tatsache zu berücksichtigen ist, sie mithin ausschlaggebend ist, ist nicht nur eine verfahrensrechtliche Frage, sondern ergibt sich auch aus den anwendbaren Rechtsnormen. Es ist damit in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der Untersuchungs-

grundsatz im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Radiokonzessionen durch spezifische Regelungen insoweit modifiziert wird, als dass bei der Sachverhaltsermittlung *ausschliesslich* auf die in den Konzessionsgesuchen gemachten Angaben abzustellen ist. Es ist zu prüfen, ob der Behörde bekannte, im Konzessionsgesuch nicht behauptete oder belegte Tatsachen sowie spätere Vorbringen berücksichtigt werden dürfen. Eine Beschränkung des Untersuchungsgrundsatzes kann sich dabei aus spezialgesetzlichen Regelungen ergeben oder aber aus übergeordneten Grundsätzen, so namentlich aus dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerberinnen.

6.4 Das RTVG kennt keine entsprechenden Verfahrensbestimmungen. Näher umschrieben wird das Konzessionierungsverfahren lediglich in Art. 43 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401). Art. 43 Abs. 3 RTVV hält fest, der Bewerber müsse alle für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben einreichen. Weiter sieht die Bestimmung vor, dass das Bundesamt nach Gewährung einer Nachfrist auf die Prüfung einer unvollständigen oder mit mangelhaften Angaben versehenen Bewerbung verzichten kann. Art. 43 Abs. 3 RTVV sieht somit keine Beschränkung der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen vor, wohl aber eine Mitwirkungspflicht sowie eine Obliegenheit, Tatsachen rechtzeitig vorzubringen. Eine Verletzung solcher Mitwirkungsobliegenheiten wäre dabei primär mit dem angedrohten Verzicht auf eine Prüfung der Bewerbung zu ahnden, gegebenenfalls könnte sie auch im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein (KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N. 55). Es besteht aber keine Verpflichtung der Vorinstanz, nach Ablauf der Bewerbungsfrist eingereichte Dokumente unberücksichtigt zu lassen, vielmehr können und müssen diese gemäss Art. 32 VwVG berücksichtigt werden, wenn sie ausschlaggebend erscheinen.

6.5 Auch aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) kann nicht direkt geschlossen werden, dass nachträgliche Eingaben generell unzulässig sein sollen. Es ist jedoch bei der Ausgestaltung des Konzessionierungsverfahrens sicherzustellen, dass für sämtliche Parteien die gleichen Bedingungen herrschen und für alle die gleichen Eingabefristen gelten. Das Gesetz und die Verordnung legen den massgeblichen Zeitpunkt nicht ausdrücklich fest. Aus der Konzeption des Verfahrens als öffentliche Ausschreibung und aus der Verpflichtung der Bewerberinnen, sämtliche für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben zu machen, geht aber hervor, dass

sich die Behörde auf die Angaben im Gesuch abzustützen hat. Konkret bedeutet dies, dass ein Nachreichen von Beweismitteln zum Verdeutlichen oder Beweisen von in der Bewerbung vorgebrachten Ausführungen zulässig erscheint, ein Ändern der Bewerbung in Punkten, welche im Konzessionierungsverfahren bemängelt wurden, dagegen ausgeschlossen ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 7.3.2).

Diese Feststellung ist jedoch für die Überprüfung der Qualifikationskriterien (Art. 44 Abs. 1 RTVG) zu relativieren. Stellt sich im Beschwerdeverfahren aufgrund von neu eingebrachten Beweismitteln heraus, dass ein Bewerber die Qualifikationskriterien nicht erfüllt, wäre es stossend, wenn die Beschwerdeinstanz den Entscheid der Vorinstanz nicht aufheben könnte. In Bezug auf die Qualifikationskriterien gilt somit der Grundsatz, dass der Sachverhalt massgebend ist, wie er sich zum Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids präsentiert.

6.6 Während die Beschwerdeführer in der ersten Fassung ihres Gesuchs einen pro Jahr erwarteten Gesamtertrag aus Werbung und Sponsoring angegeben hatten, führten sie – auf Aufforderung des BAKOM hin – in einer zweiten Fassung vom 20. Dezember 2007 aus, wie sich dieser Gesamtertrag zusammensetzt (insbesondere Aufteilung in Werbung und Sponsoring) und auf welchen Annahmen (insbesondere Hörerzahl und Anzahl verkaufter Werbesekunden) er beruht. Ausserdem erklärten die Beschwerdeführer in der zweiten Fassung des Gesuchs, wie sie das in der ersten Fassung definierte Versorgungsgebiet abdecken wollen, nämlich durch die integrale Übernahme der bestehenden Anlagen der Beschwerdegegnerin. Am 12. Januar 2008 reichten die Beschwerdeführer zudem noch eine formelle Korrektur zu den erwarteten Erträgen aus Werbung und Sponsoring ein. Die Beschwerdegegnerin reichte – ebenfalls auf Aufforderung des BAKOM hin – am 18. Dezember 2007 ihrerseits ergänzende Akten ein, dies um die Eigentumsverhältnisse an zwei juristischen Personen zu belegen, welche an ihr beteiligt sind.

Bezüglich der von der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten ergänzenden Akten ist festzustellen, dass lediglich innerhalb der in der Verordnung und in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehenen Nachfrist auf Aufforderung der Behörde hin unklare oder fehlende Angaben ergänzt wurden. Mit der Berücksichtigung dieser Ergänzungen hat die Vorinstanz deshalb keine Ver-

fahrensvorschriften verletzt. Was die ergänzende zweite Fassung der Bewerbung der Beschwerdeführer vom 20. Dezember 2007 sowie die am 12. Januar 2008 eingereichte formelle Korrektur angeht, kann offen bleiben, ob damit nur bereits in der ersten Fassung vorgebrachte Ausführungen bewiesen oder verdeutlicht wurden oder ob es sich hierbei um eine Änderung der ursprünglichen Bewerbung handelte, welche eigentlich nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Dies weil die Bewerbung der Beschwerdeführer von der Vorinstanz auch unter Berücksichtigung dieser Ergänzungen als weniger gut eingestuft worden ist und das Bundesverwaltungsgericht nicht von dieser Einschätzung abweicht (vgl. dazu E. 11-13).

6.7 Soweit *im Beschwerdeverfahren* Dokumente nachgereicht wurden, ist ebenfalls zu prüfen, ob mit den nachgereichten Dokumenten in der Bewerbung vorgebrachte Ausführungen nur verdeutlicht oder bewiesen werden oder ob sie die Bewerbung in Punkten, welche im Konzessionierungsverfahren bemängelt wurden, abändern.

Als Beilagen zur Beschwerde haben die Beschwerdeführer unter anderem verschiedene Dokumente beigelegt, welche sie in der Zwischenzeit erarbeitet hätten. Dabei handelt es sich um einen Beschrieb des Qualitätssicherungssystems inklusive Aus- und Weiterbildungskonzept (Beilage 21a), Programmgrundsätze (21b), ein Newskonzept (21c), redaktionelle Grundsätze und Inhalte (21d), einen Beschrieb der Redaktionsdienste (21e), ein Sendungskonzept (22), ein Schreiben, in welchem sich das Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung der Universität Zürich (IPMZ) bereit erklärt, in Zusammenarbeit mit den Beschwerdeführern ein Qualitätssicherungsprogramm zu entwickeln (23), ein Zeitungsbericht über die Morgensendung verschiedener Radioveranstalter (24), ein Interview mit dem Leiter des IPMZ (25), ein Musterarbeitsvertrag (27), ein Portrait von Roger Schawinski inklusive Beilagen (28a-28h), eine Erklärung von Roger Schawinski betreffend Allokation von Zeitprozenten (29), ein Stellenbeschrieb für Praktika (30) sowie eine Kosten- und Terminabschätzung für die benötigten Einrichtungen einer Programmzuführung für UKW Sender (32). Ihrer Replik haben die Beschwerdeführer zudem unter anderem eine Karte zum Vergleich des bisherigen und des neuen Versorgungsgebiets beigelegt (Beilage 3). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits hat ihrer Beschwerdeantwort unter anderem eine Broschüre über Radiokurse (Beilage 8), eine Liste des BAKOM bezüglich Aus- und Weiterbildungsbeiträge 2008 (9), eine

Auflistung von Kosten für Sendeanlagen (10) sowie Beispiele für Rechnungen und Offerten für Sendeanlagen beigelegt (11).

Einige nachgereichte Dokumente (Beschwerdebeilagen 24, 25, 27, 28a-28h, 29) betreffen Umstände, welche für die Beurteilung der Gesuche nach den von der Vorinstanz angewendeten Kriterien und somit für den Entscheid der Vorinstanz gar nicht wesentlich waren. Weil das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommt, dass die Vorinstanz für die Beurteilung der Gesuche sachgerechte Kriterien angewendet und mit der Nichtberücksichtigung weiterer Umstände nicht gegen das ihr zustehende Ermessen verstossen hat (vgl. E. 11-13), sind diese Dokumente für den vorliegenden Entscheid ohnehin nicht von Belang. Andere von den Parteien erst im Beschwerdeverfahren eingereichte Dokumente betreffen dagegen Umstände, welche für die Prüfung der Selektionskriterien durch die Vorinstanz von Bedeutung waren. Diese Dokumente sind nur zu berücksichtigen, soweit sie die eingereichten Bewerbungen nicht abändern. Ob die Vorbringen der Parteien unter diesem Aspekt zu berücksichtigen sind oder nicht, muss im Einzelfall noch geprüft werden.

7.

Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe im Konzessionierungsverfahren das Transparenzgebot sowie den Grundsatz der Chancengleichheit verletzt, indem sie nicht sämtliche verfahrensrelevanten Aspekte in der Ausschreibung offengelegt habe. Sie sind der Ansicht, die Vorinstanz hätte den potentiellen Bewerbern nicht nur die Bewertungskriterien, sondern auch deren Gewichtung und Reihenfolge im Voraus bekannt geben müssen. Sofern sie im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits Unterkriterien und ein Bewertungsraster mit Angaben zur Gewichtung dieser Kriterien erstellt habe, wäre dieses den Bewerbern grundsätzlich ebenfalls vor Einreichung der Gesuchunterlagen bekannt zu geben gewesen. Nur indem die Spielregeln im Voraus bekannt gegeben würden, könnten Missbrauch und Manipulation bei der Konzessionierung sowie eine Bevorteilung von bisherigen Veranstaltern vermieden werden.

7.1 Weder das VwVG noch die Gesetzgebung zu Radio und Fernsehen enthalten einlässliche Verfahrensregeln für das Verfahren zur Erteilung einer Veranstalterkonzession. So gibt das RTVG lediglich den Rahmen der zu berücksichtigenden Kriterien vor (Art. 44 und 45 RTVG). Das Konzessionierungsverfahren selbst ist in Art. 43 RTVV

geregelt. Nach Art. 43 RTVV muss die öffentliche Ausschreibung einer Konzession mindestens die Ausdehnung des Versorgungsgebiets und die Art der Verbreitung, die Umschreibung des Leistungsauftrags, die Dauer der Konzession und die Zuschlagskriterien enthalten. Weitere Bestimmungen, etwa zur Detaillierung, zur Gewichtung der einzelnen Kriterien sowie zur Art und Weise, wie die Kriterien zu prüfen sind, namentlich welche Unterkriterien anzuwenden sind, enthält die Gesetzgebung nicht.

Die Vorinstanz hat die für die Bewertung der Gesuche massgebenden Kriterienkategorien sowie deren Gewichtung inklusive Unterkriterien bereits in der Ausschreibung veröffentlicht. Zudem liessen sie sich aus der ebenfalls publizierten Musterkonzession ableiten. Die Vorinstanz hat demnach in der öffentlichen Ausschreibung die verwendeten Kriterien und Unterkriterien in einem Detaillierungsgrad bekanntgegeben, welcher über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung hinausgeht. Die Vorgaben von Art. 43 RTVV erscheinen durch das vorliegende Konzessionierungsverfahren grundsätzlich ohne weiteres erfüllt.

7.2 Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz aufgrund anderer Rechtsgrundlagen auch das detaillierte Bewertungsraster, nämlich die Punktzahlen, welche für die einzelnen Unterkriterien maximal vergeben werden sollten, im Voraus hätte bekannt geben müssen.

7.2.1 Bei der Gestaltung des Konzessionierungsverfahrens können hilfsweise die zum Submissionsverfahren entwickelten Grundsätze beigezogen werden (vgl. DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Diss. Bern 2004, S. 216; BVGE 2008/43 E. 7.1). Zu beachten ist aber, dass angesichts der Unterschiede zwischen der Erteilung einer Rundfunkkonzession und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags lediglich eine analoge Anwendung dieser Regeln möglich ist. So sind namentlich die unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen und die unterschiedlichen öffentlichen Interessen zu beachten. Während im Submissionsverfahren die kostengünstige Beschaffung von Gütern und die Gewährleistung des Wettbewerbs im Vordergrund stehen, zielt das Konzessionierungsverfahren darauf ab, die Konzessionen so zu verteilen, dass der Leistungsauftrag optimal erfüllt wird. Weiter sind im Submissionsverfahren Vorgaben internationaler Verträge zu beachten, welche im vorliegenden Zusammenhang nicht beizuziehen sind. Schliesslich

schliesst Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) die Anwendung gewisser verfahrensrechtlicher Bestimmungen des VwVG aus, während im vorliegend anwendbaren Spezialgesetz keine entsprechende Bestimmung besteht.

7.2.2 Die Rechtsprechung verlangt im Submissionsverfahren, dass die Vergabebehörde nicht nur die entscheidenden Zuschlagskriterien nennt, sondern bei der Ausschreibung auch die Massgeblichkeit der einzelnen Zuschlagskriterien nach ihrer Priorität, d.h. deren relative Gewichtung, bekannt gibt. Aus dem Transparenzgebot leitet sie weiter ab, dass, wenn die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkret Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt hat und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenkt, sie dies den Bewerbern zum Voraus bekannt geben muss (Entscheid des Bundesgerichtes 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c). Es ist ihr sodann verwehrt, derart bekannt zu gebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern, so beispielsweise die festgelegten Prozentsätze nachträglich zu verändern (BGE 125 II 86 E. 7c mit Hinweisen; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 626 ff.). Das Bundesgericht führt aber auch aus, das Transparenzgebot habe keine eigene, über die Regeln des Submissionsrechts hinaus gehende Bedeutung (BGE 130 I 241 E. 5.3).

7.2.3 Hier unterscheidet sich das Konzessionierungsverfahren massgeblich vom Submissionsverfahren. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die zitierte Rechtsprechung auf die Vergabe von Dienstleistungen mit einem hohen Standardisierungsgrad bezieht. Die vorliegend zu vergebenden Konzessionen sind dagegen wenig standardisiert, weshalb es sich rechtfertigt, im Ausschreibungsverfahren eine gewisse Flexibilität zu behalten, um beispielsweise örtlichen Gegebenheiten oder den Reaktionen im Rahmen der öffentlichen Anhörungen Rechnung zu tragen. Bei der Zuteilung der Konzessionen sind weiter nicht primär finanzielle Faktoren zu beurteilen, sondern vielmehr qualitative Kriterien zu werten, welche sich nicht mit mathematischer Genauigkeit bewerten lassen. Diesen Umständen hat der Verordnungsgeber denn auch Rechnung getragen, indem er in Art. 43

Abs. 2 RTVV keine Gewichtung der Kriterien in der Ausschreibung vorschrieb und für den Fall einer Veränderung der Umstände eine Anpassung des Verfahrens vorbehielt (vgl. Art. 43 Abs. 5 RTVV).

7.2.4 Aus den Akten geht denn auch nicht hervor, dass die Vorinstanz im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits eine Punkteskala erstellt hatte, die sie bei der Bewertung zu verwenden gedachte. Eine Pflicht zur Offenlegung der Gewichtung der verschiedenen Unterkriterien würde sich damit auch bei Anwendung der strengen Regeln des Submissionsrechts nicht ergeben (vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 6.5 ff.).

7.2.5 Das Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln ist. Eine gleiche Behandlung der Personen wird nur bei Verhältnissen verlangt, die im Wesentlichen gleich oder ähnlich sind. Die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung muss sich dabei auf wesentliche Tatsachen beziehen (Art. 8 Abs. 1 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 495). Im Gegensatz zur Ansicht der Beschwerdeführer war die Vorinstanz auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot nicht verpflichtet, das detaillierte Bewertungsraster im Voraus bekannt zu geben, zumal nicht ersichtlich ist, inwiefern den Beschwerdeführern durch die Nichtbekanntgabe deshalb ein Nachteil entstanden sein soll, weil sie bisher nicht Konzessionsinhaber waren.

7.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass weder aus dem RTVG oder aus den zum Submissionsverfahren entwickelten Grundsätzen noch aus dem Gleichbehandlungsgebot eine Pflicht zu grösserer Transparenz im Konzessionierungsverfahren abgeleitet werden kann. Die Art und Detaillierung der Bekanntgabe der Kriterien ist nicht zu beanstanden. Dass die Vorinstanz dagegen die Kriterien bei der Bewertung durch ein Bewertungsraster objektiviert hat, ist nicht zu beanstanden und im Sinne der Gleichbehandlung zu begrüssen.

8.

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die Vorinstanz habe gegen die Begründungspflicht verstossen, weil sich die tatsächlichen Entscheidungsgründe lediglich aus dem von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren eingereichten Bewertungsraster ergäben, welches ihr nicht mit der Konzessionsverfügung eröffnet worden sei. Die an-

gefochtene Verfügung enthalte dagegen nicht alle für die Entscheidungsfindung relevanten Motive.

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet sich die Pflicht der Behörden ab, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG; BGE 129 I 232 E. 3.2). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und Entscheide zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2; BGE 126 I 97 E. 2b; BGE 112 Ia 107 E. 2b).

Dem Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, weil nur das Bewertungsraster, nicht jedoch die angefochtene Verfügung alle für die Entscheidungsfindung relevanten Motive enthalte, kann nicht gefolgt werden. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer geht die Konzessionsverfügung detailliert auf die im Bewertungsraster erwähnten Kriterien ein (vgl. Erwägungen 2.3.1-2.3.3 der angefochtenen Verfügung), was eine sachgerechte Anfechtung des Konzessionsentscheids ermöglicht hat.

9.

Die Beschwerdeführer bezweifeln, dass die Beschwerdegegnerin das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erfülle.

9.1 Die Beschwerdeführer haben bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht, die Beschwerdegegnerin missbrauche ihre starke Stellung. Die AZ Mediengruppe habe ihre Vormachtstellung bei brisanten Themen und vor allem vor Wahlen schon als „Meinungspropaganda-Plattform“ genutzt. So habe der Chefredaktor der Aargauer Zeitung beispielsweise anlässlich einer politischen Wahl in einem halbseitigen Leitartikel einen „Wahlbefehl“ für einen Kandidaten publiziert, welcher Verwaltungsrat des zur AZ Mediengruppe gehörenden Regionalfernsehsenders Tele M1 sei. Besonders fatal wirke sich das Monopol bei den elektronischen Medien aus. Radio Argovia

und Tele M1 seien organisatorisch eng verflochten. Dies habe wirtschaftliche und publizistische Konsequenzen. Radio Argovia und Tele M1 würden auf Sparflamme gehalten, was der journalistischen Qualität schade. Dass es bei den elektronischen Medien keine Konkurrenz gebe, spürten auch die Journalisten, deren Löhne eher tief seien. Neben dem publizistischen sei auch der kommerzielle Wettbewerb ausgehebelt. Die Werbetarife würden künstlich hochgehalten.

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bemängeln die Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz auf diese Vorwürfe nicht eingegangen sei und die Qualifikationskriterien gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG lediglich in einem kurzen Absatz abgehandelt habe. Sie habe ihre Feststellung, dass neben den Beschwerdeführern auch die Beschwerdegegnerin die Qualifikationskriterien erfülle, nicht begründet und die Überlegungen verschwiegen, von denen sie sich bei der Prüfung habe leiten lassen. Insbesondere habe die Vorinstanz nicht begründet, weshalb die Beschwerdegegnerin nicht gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG die Meinungs- und Angebotsvielfalt verletze. Die AZ Mediengruppe kontrolliere neben der Beschwerdegegnerin auch Tele M1 sowie die Aargauer Zeitung. Die dadurch im Kanton Aargau vorherrschende Medienkonzentration, auf welche auch der Regierungsrat des Kantons Aargau in seiner Stellungnahme hingewiesen habe, sei schweizweit unerreicht. Zu berücksichtigen sei zudem eine Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und Kanal K, in welcher sich Kanal K gegen eine Jahrespauschale verpflichte, auf die Ausstrahlung von Werbung und Sponsoring zu verzichten. Die Vorinstanz hätte eine Stellungnahme der Wettbewerbskommission (WEKO) zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin einholen müssen, welche den Anforderungen von Art. 74 Abs. 2 RTVG genüge. Wie aus einem Brief an 200 Aargauer Gemeinden, in welchem diese gebeten worden seien, bei der Bewilligung von Boxen und Ständern auf öffentlichem Grund für eine Gratiszeitung zurückhaltend oder ablehnend zu sein, hervorgehe, schrecke die AZ Mediengruppe auch nicht davor zurück, ihren politischen Einfluss spielen zu lassen, um eine Verbesserung der Meinungsvielfalt im Kanton Aargau zu verhindern.

Die Beschwerdegegnerin räumt ein, dass die AZ Mediengruppe, der sie angehöre, im vorliegend betroffenen Versorgungsgebiet eine sehr starke Stellung einnehme. Trotzdem bestehe ein gewisser Konkurrenzdruck, namentlich durch Fernseh- und Radioveranstalter

sowie Printmedien aus dem Raum Zürich. Die AZ Mediengruppe betreibe zudem keinen Konzernjournalismus, sondern lasse durchaus verschiedene Meinungen zum Zug kommen, was vom Regierungsrat des Kantons Aargau in einer Antwort auf eine Interpellation des Grossen Rates vom 11. Dezember 2007 bestätigt worden sei. Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG gelange nur dann zur Anwendung, wenn eine Konzessionierung ernsthaft zu einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt führe. Dies sei nicht bereits dann der Fall, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme, sondern nur, wenn es diese Stellung zusätzlich missbrauche. Ein solcher Missbrauch liege aber nicht vor.

Die Vorinstanz teilt die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach für die Verweigerung einer Konzession gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht genüge, dass ein Unternehmen eine marktmächtige oder gar marktbeherrschende Stellung innehatte. Ein solcher Ausschluss von der Vergabe einer Konzession setze den Nachweis eines Missbrauchs der Marktmacht voraus. Im Falle der Beschwerdegegnerin hätten sich weder in den Gesuchseingaben noch in der Anhörung konkrete Anhaltspunkte für einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, weshalb auch eine Konsultation der WEKO zur Frage der Marktbeherrschung nicht angezeigt gewesen sei.

9.2 In Art. 44 RTVG werden die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen aufgeführt. Eine Konzession kann nur erteilt werden, wenn der Bewerber (unter anderem) die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG). Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt vor, wenn ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung seine beherrschende Stellung missbraucht (Art. 74 Abs. 1 RTVG). Eine Konzession ist somit nicht schon dann zu verweigern, wenn ein Bewerber eine marktbeherrschende Stellung innehat, sondern, wenn er diese auch missbraucht (AB 2004 N 123 ff. sowie AB 2005 S 189 ff.; eingehend dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 3.3 ff.). Nach Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultiert das UVEK die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251), während die Prüfung eines allfälligen Missbrauchs alleine der Vorinstanz obliegt (PETER

NOBEL/PHILIPP DO CANTO, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, [ZSR] 2006 I, S. 302).

Da für die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt eine marktbeherrschende Stellung *und* ein Missbrauch gegeben sein müssen, ist aus verfahrensökonomischen Gründen der Ansicht der Vorinstanz zu folgen, dass sie die WEKO nur dann konsultieren muss, wenn das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne weiteres verneint werden kann und zudem zumindest Indizien für einen Missbrauch vorliegen. Diese Fragen sind im Folgenden zu klären. Sollte sich herausstellen, dass weder das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung noch dasjenige eines Missbrauchs ohne vertiefte Abklärungen verneint werden können, 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 (vgl. dazu und zum Folgenden auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 4.2 ff.).

9.3 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 marktbeherrschenden Stellung demjenigen des KG entspricht. Fraglich ist hingegen, ob dies auch für den Begriff des Missbrauchs im obigen Sinne gilt, d.h. ob sich dieser nach Art. 7 KG beurteilt (vgl. hierzu nachfolgend E. 9.5). 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, d.h. untersucht wird das gesamte Mediensystem und nicht nur die Stellung eines Programmveranstalters (ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [RTVG], Handkommentar, Zürich 2008, Art. 74, Rz. 18 ff.). Konkret könnte also eine Gefährdung auch dann vorliegen, wenn die Beschwerdegegnerin zwar nicht im Radio-, wohl aber im Zeitungsmarkt eine beherrschende Stellung innehatte und diese missbrauchen würde (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes

über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002 [nachfolgend Botschaft RTVG], BBl 2003 1730 f.).

9.4 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 bzw. die über einen vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Spielraum hinsichtlich der Wettbewerbsparameter verfügen (vgl. JÜRGEN 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.; CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: Jusletter vom 2. November 2009, Rz. 42). Um dies zu beurteilen, ist vorweg der relevante Markt zu bestimmen, was in den Bereichen der Medien und der Telekommunikation kompliziert und vielschichtig ist (vgl. etwa Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004 Nr. 2 S. 529 ff. sowie RPW 2007 Nr. 2 S. 190 ff.). 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 HANSPETER KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen die Medienkonzentration, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 58 ff.).

9.5 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 verhalten sich Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere

Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Unzulässig sind insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen, die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung oder die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a-f KG). Sodann wird in der Lehre in Übereinstimmung mit den Ausführungen in den parlamentarischen Beratungen (vgl. etwa das Votum von Bundesrat Leuenberger in AB 2005 S 190) dafür gehalten, der Missbrauchs begriff 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 Missbrauchs begriff 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 RTVG, BBl 2003 1646).

9.6 Die Beschwerdegegnerin ist unbestritten Teil der AZ Mediengruppe, welche die Aargauer Zeitung sowie weitere Tages- und Wochenzeitungen im Raum Mittelland/Nordwestschweiz herausgibt. Zur AZ Mediengruppe gehört zudem das Lokalfernsehen Tele M1. Weiter betreibt die AZ Mediengruppe ein Online-Portal und darüber hinaus ist sie im Verlagsbereich, als Druckerei sowie als Vertriebs- und Zustellorganisation tätig. Aus dieser Auflistung geht ohne weiteres hervor, dass die AZ Mediengruppe im regionalen Medienmarkt über eine starke Stellung verfügt. Ob die Beschwerdegegnerin in gewissen Teilmärkten (vgl. zur Schwierigkeit von deren Abgrenzung oben E. 9.4) eine marktbeherrschende Stellung innehat, kann demnach nicht ohne vertiefte Abklärungen beurteilt werden. Die Vorinstanz hat diese Frage

in der Vernehmlassung denn auch implizit offen gelassen. Sie verneinte dagegen das Vorliegen von Hinweisen auf einen Missbrauch.

9.7 Die Beschwerdeführer haben der Beschwerdegegnerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren Verhaltensweisen vorgeworfen, welche möglicherweise ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des KG darstellen könnten. Auch wenn die Vorwürfe der Beschwerdeführer insgesamt wenig konkret sind, lässt sich mangels Abklärungen der Vorinstanz nicht von vornherein ausschliessen, dass die AZ Mediengruppe ihre (möglicherweise marktbeherrschende) Stellung im relevanten Werbemarkt missbrauchen und im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Preise erzwingen könnte. Näher zu untersuchen wäre unter diesem Aspekt insbesondere die von der Beschwerdegegnerin mit der Betreiberin des Lokalradios „Kanal K“ abgeschlossene Vereinbarung, wonach „Kanal K“ gegen Bezahlung eines jährlichen Geldbetrags auf die Ausstrahlung von Werbung und Sponsoring verzichtet (mit Ausnahmen). Unter rein wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten lässt sich ein Missbrauch jedenfalls nicht ohne weitere Abklärungen verneinen.

Der Einbezug medienpolitischer Überlegungen, wie er in der parlamentarischen Beratung gefordert und von der Lehre als erforderlich erachtet wird (vgl. E. 9.5), führt zu keinem anderen Ergebnis. Dies schon deshalb, weil die diesbezüglichen Kriterien unklar sind und von der Vorinstanz als Fachbehörde erst zu entwickeln sein werden. In diesem Zusammenhang ist immerhin daran zu erinnern, dass die AZ Mediengruppe im regionalen Pressemarkt über eine ausgesprochen starke Stellung verfügt und Art. 74 Abs. 1 Bst. b RTVG den Missbrauch einer beherrschenden Stellung bereits in einem Teilmarkt als relevanten Sachverhalt genügen lässt. Zu untersuchen sein wird insbesondere der Vorwurf der Beschwerdeführer, die AZ Mediengruppe missbrauche ihre (möglicherweise marktbeherrschende) Stellung, indem sie die Verbreitung unterschiedlicher Argumente und Sichtweisen verhindere.

9.8 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 Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil die versäumten Sachverhaltsabklärungen nicht ohne grösseren Aufwand erfolgen können und es nicht Sache des

Bundesverwaltungsgerichts ist, diese als erste – und mangels Anfechtungsmöglichkeit einzige – Instanz vorzunehmen (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.194). Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz in keinem Zeitpunkt – weder im Konzessionsentscheid noch in einer ihrer Stellungnahmen auf Beschwerdeebene – auf die Vorhaltungen der Beschwerdeführer weiter eingegangen ist. Sie bzw. das BAKOM als Fachbehörde werden – allenfalls mittels Konsultation der WEKO – zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) gefährdet. Sie werden sich dabei mit den Einwänden der Beschwerdeführer auseinanderzusetzen haben, wonach durch die Stellung der AZ Medien-gruppe der wirtschaftliche Wettbewerb auf dem Werbemarkt eingeschränkt werde und die Konstellation im Kanton Aargau die Verbreitung unterschiedlicher Argumente und Sichtweisen verhindere. Die Vorinstanz wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheids zu prüfen haben.

10.

An sich könnte es mit der Rückweisung sein Bewenden haben. Da die von der Konzessionsvergabe betroffenen Regionen aber ein Interesse haben, ohne weitere, grössere zeitliche Verzögerungen in den Genuss der Leistungen des (neuen) Konzessionsinhabers zu kommen, rechtfertigt es sich dennoch, die Einwände der Beschwerdeführer gegen die *inhaltliche* Beurteilung der Gesuche durch die Vorinstanz bereits an dieser Stelle zu prüfen.

Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Bewerbung der Beschwerdegegnerin unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags (Art. 45 Abs. 3 RTVG) insgesamt besser sei als jene der Beschwerdeführer. Während die beiden Bewerbungen hinsichtlich der Outputfaktoren als gleichwertig zu betrachten seien, schneide die Bewerbung der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Inputfaktoren und die Verbreitung besser ab (vgl. zu den für die Bewertung berücksichtigten Kriterien E. 4). Die Beschwerdeführer sind dagegen der Ansicht, das Gesuch der Beschwerdegegnerin sei mindestens nicht deutlich besser als ihres. Die Vorinstanz hätte deshalb prüfen müssen, welche der beiden Bewerbungen die Angebots- und Meinungsvielfalt am meisten bereichere.

11.

In der von der Vorinstanz für die Beurteilung der Gesuche ver-

wendeten Bewertungstabelle erreichten die Beschwerdegegnerin bei den Inputfaktoren insgesamt 27 und die Beschwerdeführer 16 Punkte. Dementsprechend kam die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Bewerbung der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Inputfaktoren besser abschneide als jene der Beschwerdeführer. Die Beschwerdeführer dagegen sind der Ansicht, ihr Gesuch sei hinsichtlich der Inputfaktoren zumindest gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin.

11.1 Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, ihr Gesuch sei unter dem Kriterium „Qualitätssicherung“ zumindest gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz bewertete das Kriterium der Qualitätssicherung nach einer abgestuften Skala. Sie erteilte maximal vier Punkte für die Beschreibung des Qualitätssicherungssystems und maximal weitere vier Punkte für das Vorhandensein der entsprechenden Dokumente sowie den darin ausgewiesenen Bezug zum Leistungsauftrag. Für einen hohen Detaillierungsgrad der Qualitätssicherungsdokumente wurden schliesslich maximal zwei Bonuspunkte zugesprochen. Während die Beschwerdegegnerin beim Kriterium der Qualitätssicherung die Maximalpunktzahl (10 Punkte) erreichte, wurde das Gesuch der Beschwerdeführer in diesem Punkt mit lediglich zwei Punkten für eine Absichtserklärung und für das Einreichen eines Redaktionsstatus/Leitbilds bewertet.

11.1.1 Beim Kriterium „Qualitätssicherung“ hat die Vorinstanz bemängelt, dass sich die von den Beschwerdeführern eingereichten Unterlagen auf ein einseitiges Grundsatzpapier beschränkten, während Hinweise auf die konkrete Umsetzung, eine Beschreibung institutionalisierter Abläufe, ein Handbuch für die Redaktion oder ein Hinweis, dass entsprechende Prozesse in nächster Zeit erarbeitet und schriftlich festgehalten würden, fehlten. Indem die Beschwerdeführer nun im Beschwerdeverfahren Qualitätssicherungsdokumente und ein Sendungskonzept einreichen, beabsichtigen sie, ihre Bewerbung in Punkten zu verbessern, die von der Vorinstanz im Konzessionsentscheid bemängelt worden sind. Aus diesem Grund können diese Dokumente für den vorliegenden Entscheid nicht berücksichtigt werden.

11.1.2 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die Vorinstanz habe für die Beurteilung der Qualitätssicherung sachfremde Kriterien an-

gewandt. Sie habe es unterlassen, die Qualitätssicherungssysteme der Bewerber miteinander zu vergleichen und demjenigen System den Vorzug zu geben, das die Wahrscheinlichkeit am meisten erhöhe, dass die Programme die verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Leistungen erfüllen. Stattdessen habe die Vorinstanz den Detaillierungsgrad der beschriebenen Systeme sowie die Anzahl und den Detaillierungsgrad der eingereichten Dokumente beurteilt. Sie habe damit Neubewerber benachteiligt, weil diese für die Ausarbeitung eines detaillierten Qualitätssicherungssystems hohe Aufwendungen hätten tätigen müssen. Zudem sei die Vorinstanz nicht sachgemäss vorgegangen, indem sie Sendungskonzepte in die Beurteilung der Qualitätssicherung miteinbezogen und einen expliziten Bezug zum Leistungsauftrag verlangt habe. Auch hätten nach Ansicht der Beschwerdeführer keine Bonuspunkte für einen hohen Detaillierungsgrad der Qualitätssicherungsdokumente erteilt werden dürfen und schliesslich habe die Vorinstanz in keiner Weise berücksichtigt, dass Roger Schawinski bereits heute über ein Radio mit qualitativ hochstehendem Programm verfüge, was durch einen Zeitungsbericht und ein Interview mit einem Publizistikprofessor der Universität Zürich belegt werde.

Soweit die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Qualitätssicherung sachfremde Kriterien angewendet, kann ihnen nicht gefolgt werden, zumal der Vorinstanz diesbezüglich ein grosser Ermessensspielraum zukommt (vgl. E. 5.3). Gemäss RTVG ist die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags (Art. 93 Abs. 2 BV) das Hauptkriterium für die Erteilung einer Konzession (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG). Ein Qualitätssicherungssystem, das konkrete Mechanismen zur Gewährleistung des Leistungsauftrags beinhaltet, ist deshalb besser zu bewerten als eines, welches nicht explizit auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen Bezug nimmt. Weiter lässt sich der Einbezug von Sendekonzepten für die Beurteilung der Qualitätssicherung und die Honorierung eines ausführlichen und detaillierten Qualitätssicherungssystems mittels Bonuspunkten sachlich rechtfertigen (vgl. auch BVGE 2008/43 E. 7.5.9). Schliesslich erscheint es nicht zwingend, für die Beurteilung der Qualitätssicherung auch auf die beteiligten Personen bzw. deren Ruf oder Leistungsausweis abzustellen, zumal ein guter Ruf bzw. ein guter Leistungsausweis der beteiligten Personen die Bewerber nicht davor entbinden soll, in der Bewerbung aufzuzeigen, was sie in Bezug auf die Qualitätssicherung unternehmen wollen.

Auch was die Rüge der Beschwerdeführer angeht, Neubewerber würden unrechtmässig benachteiligt, wenn die Vorinstanz das Einreichen detaillierter Qualitätssicherungsdokumente verlange, kann ihren Argumenten nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zurecht ausführt, ist es auch für einen Neubewerber möglich und zumutbar, dass er die in der Ausschreibung erwähnten Dokumente bereits auf den Zeitpunkt der Bewerbung hin ausarbeitet. Dies gilt für die Beschwerdeführer in besonderem Masse, zumal sie über Erfahrung im Radiobereich verfügen, worauf sie in ihrer Bewerbung und in der Beschwerdeschrift selber hinweisen. Es liesse sich somit nicht sachlich rechtfertigen und würde dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) zuwiderlaufen, beim Gesuch der Beschwerdeführer einen anderen, weniger strengen Bewertungsmassstab anzuwenden als bei der Beschwerdegegnerin.

11.1.3 Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, die Vorinstanz habe die Qualitätssicherungssysteme anders bewertet, als dies auf Grund der Ausschreibung zu erwarten gewesen sei. Sie seien in der Ausschreibung nicht dazu verpflichtet worden, ein Qualitätssicherungssystem im Detail auszuarbeiten und die zu seiner Umsetzung erforderlichen Dokumente zu erstellen. Auch auf den Einbezug von Sendungskonzepten und den erwarteten Bezug zum Leistungsauftrag sei in der Ausschreibung nicht hingewiesen worden. Aber selbst wenn die Vorinstanz die Prüfung auf der Grundlage der von ihr angewendeten Kriterien hätte durchführen dürfen, hätte ihnen zuvor das rechtliche Gehör bzw. die Möglichkeit, Qualitätssicherungsdokumente einzureichen, gewährt werden müssen. Dies, weil sie auf Grund der Ausschreibung nicht mit der vorgenommenen Kriterienprüfung hätten rechnen müssen.

Auch diesen Vorbringen der Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. Dass die Vorinstanz die genaue Punkteskala nicht bereits in der Ausschreibung definiert hat, ist – wie bereits aufgezeigt – nicht zu beanstanden (vgl. E. 7.2). In der Ausschreibung wurde ausgeführt, was unter einem Qualitätssicherungsverfahren zu verstehen sei und welche Anforderungen an ein Qualitätssicherungssystem gestellt würden. Weiter wurden die Bewerber aufgefordert, in ihren Gesuchen darzulegen, wie sie ein umfassendes Qualitätssicherungssystem einzuführen gedenken und ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente beizulegen. Die Ausschreibung wies somit ausdrücklich darauf hin, dass entsprechende Dokumente einzureichen seien. Die

Formulierung in der Ausschreibung zeigt zudem, dass lediglich beispielhaft aufgezählt wurde, welche Dokumente insbesondere relevant für die Bewertung sein könnten („Sie werden in Dokumenten formuliert wie Leitbildern...“ oder „Die Bewerberinnen [...] legen ihrer Bewerbung diesbezüglich vorhandene Dokumente [Geschäftsordnung, Leitbild etc.] bei“). Der Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe in der Ausschreibung nicht auf Sendungskonzepte hingewiesen, erweist sich deshalb ebenfalls als unbehelflich. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Verknüpfung des Kriteriums der Qualitätssicherung mit dem Leistungsauftrag oder die Erteilung von Bonuspunkten für einen hohen Detaillierungsgrad der Ausschreibung widersprechen sollte.

Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführer einen Anspruch darauf hatten, ihre Bewerbung im vorinstanzlichen Verfahren mit weiteren Dokumenten zur Qualitätssicherung zu ergänzen. Zwar setzt das BAKOM den Bewerbern im Falle unvollständiger oder mangelhafter Angaben eine Nachfrist zur Ergänzung der Unterlagen (Art. 43 RTVV). Eine Bewerbung ist aber vollständig, wenn sie sich zumindest zu allen Selektionskriterien kurz äussert und die von der Vorinstanz in der Ausschreibung konkret geforderten inhaltlichen Angaben enthält. Insoweit die Vorinstanz in der Ausschreibung lediglich beispielhaft aufzählt, welche Dokumente eingereicht werden könnten, ist es nicht zwingend, solche einzureichen, damit eine Bewerbung als vollständig erachtet werden kann. Da die Beschwerdeführer in ihrer Bewerbung Angaben zur Qualitätssicherung machten, überschreitet die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum nicht, indem sie die Bewerbung in dieser Hinsicht als vollständig erachtete. Sie war folglich nicht verpflichtet, den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, weitere Qualitätssicherungsdokumente nachzureichen.

11.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe zum Kriterium „Programmschaffende“ den Sachverhalt nicht richtig festgestellt. Die Vorinstanz habe die Werte über die Anteile der Betriebskosten, welche auf das Personal entfallen, falsch ermittelt.

Wie aus dem in der angefochtenen Verfügung zum Kriterium „Programmschaffende“ gezogenen Zwischenfazit sowie der Bewertungstabelle ersichtlich ist, waren die von der Vorinstanz ermittelten Werte über die Anteile der Betriebskosten, welche auf das Personal entfallen, für den Entscheid der Vorinstanz nicht massgeblich.

Vielmehr kam die Vorinstanz zum Schluss, beide Bewerberinnen dürften mit dem angegebenen Stellenbestand in der Lage sein, den Leistungsauftrag zu erfüllen, und es seien ungefähr gleich viele Stellen mit journalistischer Tätigkeit vorgesehen, weshalb gemäss Bewertungstabelle beide Bewerber drei Punkte für das Kriterium „Programmschaffende“ erhielten.

Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, die Vorinstanz habe sich in diesem Punkt von unsachgerechten Bewertungskriterien leiten lassen, und führen auch nicht aus, dass bzw. inwiefern die von der Vorinstanz vorgenommene Beurteilung des Kriteriums „Programmschaffende“ falsch sein sollte. Die von der Vorinstanz angewendeten Unterkriterien „Anzahl Programmschaffende Moderation und Redaktion“ und die Beurteilung der beiden Bewerbungen anhand dieser Kriterien sind denn auch nachvollziehbar und überzeugend. Indem die Vorinstanz darauf verzichtet hat, die Werte über die Anteile der Betriebskosten, welche auf das Personal entfallen, für die Beurteilung der Bewerbungen zu berücksichtigen, hat sie ihren Ermessensspielraum nicht überschritten. Es erübrigt sich damit auch, die Richtigkeit dieser Werte zu überprüfen.

11.3 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, ihr Gesuch sei unter dem Kriterium „Arbeitsbedingungen“ zumindest gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin. Soweit sie von der Vorinstanz kritisiert worden seien, keine konkreten Angaben und Unterlagen zu den Arbeitsbedingungen eingereicht zu haben, hätte die Vorinstanz sie auffordern müssen, solche nachzureichen.

Zwar hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführer sich bezüglich der Arbeitsbedingungen mit ein paar wenigen pauschalen Angaben begnügt hätten. Wie aus der Bewertungstabelle ersichtlich ist, war dies allerdings für den Entscheid der Vorinstanz nicht massgeblich. Vielmehr erteilte die Vorinstanz den Bewerberinnen einzig Punkte für den in den Bewerbungen genannten Mindestlohn, das Ausrichten eines 13. Monatslohns sowie die Anzahl Ferienwochen für Programmschaffende. Die Vorinstanz erteilte den Beschwerdeführern für das Kriterium „Arbeitsbedingungen“ insgesamt acht, der Beschwerdegegnerin sieben Punkte.

Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, die Vorinstanz habe sich in diesem Punkt von unsachgerechten Bewertungskriterien leiten

lassen, und führen auch nicht aus, dass bzw. inwiefern die von der Vorinstanz vorgenommene Beurteilung des Kriteriums „Arbeitsbedingungen“ falsch sein sollte. Die von der Vorinstanz angewendeten Unterkriterien und die Beurteilung der beiden Bewerbungen anhand dieser Kriterien sind denn auch nachvollziehbar und überzeugend. Indem die Vorinstanz darauf verzichtet hat, unter dem Kriterium „Arbeitsbedingungen“ weitere Angaben und Unterlagen zu bewerten, hat sie ihren Ermessensspielraum nicht überschritten. Damit erübrigt sich auch die Prüfung, ob die Vorinstanz andernfalls verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, weitere Dokumente zu den Arbeitsbedingungen einzureichen.

11.4 Die Beschwerdeführer machen geltend, ihr Gesuch sei unter dem Kriterium „Aus- und Weiterbildung“ zumindest gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz bewertete das Kriterium der „Aus- und Weiterbildung“ gemäss Bewertungsraster nach einer abgestuften Skala. Sie erteilte maximal vier Punkte für das Aus- und Weiterbildungskonzept für Programmschaffende. Für ein konkretes Konzept mit inhaltlichen Angaben zur Aus- und Weiterbildung von Stagiaires wurden maximal zwei Bonuspunkte zugesprochen. Schliesslich bewertete die Vorinstanz den Budgetanteil für Aus- und Weiterbildung im Jahr 2009 in Abhängigkeit zur Anzahl Programmschaffender. Während die Beschwerdegegnerin beim Kriterium „Aus- und Weiterbildung“ insgesamt sieben Punkte erreichte, wurde das Gesuch der Beschwerdeführer unter diesem Aspekt mit lediglich drei Punkten bewertet.

11.4.1 In Bezug auf das Kriterium „Aus- und Weiterbildung“ berücksichtigte die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführer im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin kein konkretes Konzept mit Aus- und Weiterbildungsinhalten und kein Konzept über die Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten für Stagiaires eingereicht hätten. Indem die Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren ein Aus- und Weiterbildungskonzept und einen Stellenbeschrieb für Praktika einreichen, beabsichtigen sie, ihre Bewerbung in Punkten zu verbessern, die von der Vorinstanz im Konzessionsentscheid bemängelt worden sind. Aus diesem Grund können diese Dokumente für den vorliegenden Entscheid nicht berücksichtigt werden. Nicht zu berücksichtigen sind andererseits auch die mit dem Aus- und Weiterbildungskonzept der Beschwerdegegnerin in Zusammenhang stehenden Beilagen zur Beschwerdeantwort.

11.4.2 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Aus- und Weiterbildung ausschliesslich auf externe Weiterbildungsmöglichkeiten abgestellt und die einzigartigen internen Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten bei ihrem Radio, welche vornehmlich Roger Schawinski und dem von ihm ausgewählten Team ausgewiesener Radio- und TV-Macher obliege, nicht gewürdigt. Das grosse Knowhow dieser Personen werde für die Aus- und Weiterbildung eingesetzt. Roger Schawinski werde ausreichend Zeitprozente seiner Tätigkeit bei den Beschwerdeführern widmen. Weiter kritisieren die Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz bei den im Jahr 2009 budgetierten Beträgen für die externe Aus- und Weiterbildung zu Unrecht einen Betrag in der Höhe von Fr. 30'000.-- mitberücksichtigt habe, welcher nicht den Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin, sondern „Kanal K“ zu Gute komme. Ein weiterer Vorwurf der Beschwerdeführer betrifft das Zusprechen von zwei Bonuspunkten für die Beschwerdegegnerin für die Einreichung eines konkreten Konzepts mit inhaltlichen Angaben zur Aus- und Weiterbildung von Stagiaires.

Der Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe ausschliesslich auf externe Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten abgestellt, ist unzutreffend. So wurde die von den Beschwerdeführern im Gesuch abgegebene Absichtserklärung für die (schwergewichtig internen) Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten positiv bewertet. Die Beschwerdeführer wurden von der Vorinstanz beim Kriterium „Aus- und Weiterbildung“ in erster Linie deshalb schlechter bewertet als die Beschwerdegegnerin, weil sie kein schriftliches Aus- und Weiterbildungskonzept eingereicht haben. Es erscheint aber sachgerecht, ein detailliertes Aus- und Weiterbildungskonzept besser zu bewerten als einen allgemeinen Beschrieb. Weiter lag es im Ermessen der Vorinstanz, für die Beurteilung der (internen) Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten nicht auf die beteiligten Personen bzw. deren Ruf oder Leistungsausweis abzustellen, zumal ein guter Ruf bzw. ein guter Leistungsausweis der beteiligten Personen die Bewerber nicht davor entbinden soll, in der Bewerbung aufzuzeigen, was sie in Bezug auf die Aus- und Weiterbildung unternehmen wollen.

Wie aus einer dem Gesuch der Beschwerdegegnerin beiliegenden Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der Betreiberin von „Kanal K“ hervorgeht, bietet „Kanal K“ die Möglichkeit an, eine journalistische Grundausbildung zu absolvieren. Dieses Angebot richtet sich vorwiegend an Personen, die von der Beschwerdegegnerin

sowie zwei Betreibern von Fernsehprogrammen bezeichnet werden. Im Gegenzug zum Ausbildungsangebot für von der Beschwerdegegnerin bezeichnete Personen verpflichtet sich diese zur Leistung eines jährlichen Pauschalbetrags in der Höhe von Fr. 30'000.-- an die Betreiberin von „Kanal K“. Wie die Vorinstanz richtigerweise berücksichtigt hat, handelt es sich bei diesem Betrag somit um Ausbildungskosten für künftige Mitarbeitende. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die auszubildenden Personen während der Grundausbildung nicht von der Beschwerdegegnerin angestellt sind, zumal die genannte Vereinbarung bzw. der von der Beschwerdegegnerin für die Grundausbildung der von ihr bezeichneten Personen zu bezahlende Betrag die spätere Anstellung der ausgebildeten Personen bei der Beschwerdegegnerin bezweckt.

Im Gegensatz zur Ansicht der Beschwerdeführer erscheint auch das Zusprechen von zwei Bonuspunkten für die Beschwerdegegnerin für das Einreichen eines konkreten Konzepts mit inhaltlichen Angaben zur Aus- und Weiterbildung von Stagiaires sachgerecht, bzw. bewegte sich die Vorinstanz damit innerhalb des ihr zustehenden Ermessens.

11.4.3 Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, die Vorinstanz habe die Bewerbungen unter dem Aspekt der Aus- und Weiterbildung anders bewertet, als dies auf Grund der Ausschreibung zu erwarten gewesen sei. Sie seien in der Ausschreibung nicht zwingend verpflichtet worden, ein Aus- und Weiterbildungskonzept einzureichen. Aber selbst wenn die Vorinstanz die Prüfung auf der Grundlage der von ihr angewendeten Kriterien hätte durchführen dürfen, hätte ihnen zuvor das rechtliche Gehör bzw. die Möglichkeit, ein Aus- und Weiterbildungskonzept einzureichen, gewährt werden müssen. Das Gleiche gelte für die fehlenden Angaben bezüglich Dauer und Entschädigung der Praktika und Volontariate. Dies, weil sie auf Grund der Ausschreibung nicht mit der vorgenommenen Kriterienprüfung hätten rechnen müssen.

Zum Kriterium „Aus- und Weiterbildung“ wurde in der Ausschreibung ausgeführt, die Bewerberinnen und Bewerber hätten zum Beispiel mittels eines Aus- und Weiterbildungskonzepts darzulegen, wie die Pflichten betreffend die Aus- und Weiterbildung umgesetzt werden. Die Ausschreibung wies somit ausdrücklich auf die Möglichkeit hin, ein Aus- und Weiterbildungskonzept einzureichen. Die Bewerber konnten auf Grund der Ausschreibung mit einer besseren Bewertung für das

Einreichen eines detaillierten Aus- und Weiterbildungskonzepts, aber auch für detaillierte Angaben zur Aus- und Weiterbildung von Stagiaires rechnen. Weil das Einreichen eines Aus- und Weiterbildungskonzepts gemäss Ausschreibung nicht zwingend war und die Beschwerdeführer sich in ihrer Bewerbung zur Aus- und Weiterbildung geäußert haben, überschreitet die Vorinstanz zudem ihren Ermessensspielraum nicht, indem sie die Bewerbung in dieser Hinsicht als vollständig im Sinne von Art. 43 RTVV (vgl. dazu E. 11.1.3) erachtete und den Beschwerdeführern nicht die Möglichkeit einräumte, die Bewerbung im vorinstanzlichen Verfahren mit einem Aus- und Weiterbildungskonzept oder mit inhaltlichen Angaben zur Aus- und Weiterbildung für Stagiaires zu ergänzen.

11.5 Die Beschwerdeführer kritisieren die in der Begründung der angefochtenen Verfügung enthaltene Aussage, wonach Löhne und die Personaldotierung im Gegensatz zur Qualitätssicherung und zur Aus- und Weiterbildung relative Grössen seien, die dem Einfluss des Erfolgs und des Markts eher ausgesetzt seien. Diese Argumentation übersehe, dass die in ihren Gesuchen gemachten Angaben für die Bewerber verbindlich seien und die Bemühungen in den Bereichen der Aus- und Weiterbildung sowie der Qualitätssicherung der aktuellen Marktlage nicht weniger ausgesetzt seien. Die Vorinstanz hat in der Vernehmlassung an ihrer Aussage festgehalten, gleichzeitig aber angeführt, dass die von den Beschwerdeführern kritisierte Überlegung nicht in die Bewertung der Gesuche eingeflossen sei.

Soweit die Beschwerdeführer mit ihrer Rüge die von der Vorinstanz vorgenommene Gewichtung der einzelnen Selektionskriterien in Frage stellen wollen, ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung der Gewichtung der Kriterien im Bewertungsraster eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, weil die gesetzliche Regelung der fachkundigen Vorinstanz bzw. dem am Verfahren beteiligten fachkundigen BAKOM diesbezüglich einen erheblichen Handlungsspielraum belässt (vgl. E. 5.3). Im Hinblick darauf ist die Beurteilung der Vorinstanz, wonach bei den Inputfaktoren den Kriterien „Qualitätssicherung“ sowie „Aus- und Weiterbildung“ grosse Bedeutung zukomme, nicht zu beanstanden. Das von der Vorinstanz für die Beurteilung der Inputfaktoren verwendete Bewertungsraster bzw. die Gewichtung der verschiedenen Kriterien erscheinen denn auch sachgerecht. Ob Löhne und die Personaldotierung im Gegensatz zur Qualitätssicherung und zur Aus- und Weiterbildung dem Einfluss

des Erfolgs und des Markts tatsächlich eher ausgesetzt sind, kann dagegen offen bleiben, zumal diese Überlegung – wie die Vorinstanz ausgeführt hat – nicht in das verwendete Bewertungsraster eingeflossen ist und damit auf den Entscheid der Vorinstanz keinen Einfluss hatte.

11.6 Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach die Bewerbung der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Inputfaktoren besser abschneide als jene der Beschwerdeführer, ist somit nicht zu beanstanden.

12.

In der von der Vorinstanz für die Beurteilung der Gesuche verwendeten Bewertungstabelle erreichten die Beschwerdegegnerin bei den Outputfaktoren insgesamt 9 bzw. (nach Korrektur im Hinblick auf die Gewichtung der Outputfaktoren im Verhältnis zu den Inputfaktoren) 20 und die Beschwerdeführer 10 bzw. 22 Punkte. In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, dass die beiden Bewerbungen hinsichtlich der Outputfaktoren als gleichwertig zu betrachten seien. Die Beschwerdeführer dagegen sind der Ansicht, ihr Gesuch sei diesbezüglich besser als dasjenige der Beschwerdegegnerin.

12.1 Bei der Prüfung der Outputfaktoren hat die Vorinstanz unter anderem festgestellt, dass die Bewerbung der Beschwerdeführer im Gegensatz zu derjenigen der Beschwerdegegnerin keine detaillierten Sendungsbeschriebe und konkreten Vorgaben für die redaktionellen Inhalte enthalte. Indem die Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren detaillierte Sendungsbeschriebe und konkrete Vorgaben für die redaktionellen Inhalte einreichen, beabsichtigen sie, ihre Bewerbung in Punkten zu verbessern, die von der Vorinstanz im Konzessionsentscheid bemängelt worden sind. Aus diesem Grund können diese Dokumente für den vorliegenden Entscheid nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 6.7).

12.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe für die Beurteilung der Outputfaktoren sachfremde Kriterien angewandt. Sie habe sich bei der Prüfung des Kriteriums „Informationsauftrag“ vornehmlich auf den Detaillierungsgrad der eingereichten Informationen und Unterlagen beschränkt und Angaben über Sonder-sendungen wie bei Wahlen und Abstimmungen mit Zusatzpunkten honoriert.

12.2.1 Das Gesetz gibt den Massstab vor, an dem das Programm zu messen ist. Massgebend ist namentlich nicht die Beliebtheit des Programms beim Publikum, sondern die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags. Dieser verlangt, dass Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung beitragen. Radio und Fernsehen berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck (Art. 93 Abs. 2 BV). Einen konzessionswürdigen Beitrag zum Leistungsauftrag erbringen gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a RTVG Veranstalter, deren Programme die lokalen und regionalen Eigenheiten durch umfassende Information, insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen.

Bei der Umsetzung dieser Grundsätze in ein Bewertungsschema besteht naturgemäss ein erheblicher Ermessensspielraum der Behörde. In diesem Bereich hat die Vorinstanz als Fachbehörde zu gelten, deren Ermessensausübung das Bundesverwaltungsgericht nur zurückhaltend überprüft (vgl. E. 5.3).

12.2.2 Die Vorinstanz hat in der Ausschreibung und im angewandten Bewertungsschema mit verschiedenen Kriterien die Beiträge zum Leistungsauftrag objektiviert. In einer abgestuften Skala bewertete sie die Darstellung des Angebotes an Informationen über relevante Themen aus dem lokal-regionalen Raum zu Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Die Minimalpunktzahl wurde für eine blosse Absichtserklärung verteilt, zusätzliche Punkte wurden für die Beschreibung des Informationsauftrages, Präzisierungen bezüglich der gesendeten Informationen und konkrete Angaben zu Sondersendungen wie bei Wahlen oder Abstimmungen vergeben. Dazu konnte je ein Bonuspunkt für Angaben zur Vor-Ort-Präsenz bei Medienkonferenzen und Ratsdebatten sowie für explizite Hinweise auf die publizistische Abdeckung des Versorgungsgebietes erreicht werden. Weiter definierte die Vorinstanz fünf Vielfaltskriterien, bei deren Erfüllung je ein Punkt zugesprochen wurde. Schliesslich bewertete die Vorinstanz die Angaben zu verschiedenen Sendungsarten im Informationsbereich (Nachrichten, Informationsmagazine, Hintergrundsendungen, Sondersendungen) mit bis zu vier Punkten.

12.2.3 Das von der Vorinstanz verwendete Bewertungsraster lehnt sich eng an die Vorgaben des Leistungsauftrags an, erscheint sachgerecht, rechtsgleich und nachvollziehbar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 13.4.3). Insbesondere lässt es sich auch sachlich rechtfertigen, eingereichte Sendekonzepte, mit welchen die Bewerber aufzeigen, wie sie den Informationsauftrag erfüllen wollen, positiv zu bewerten. Schliesslich ist nicht einzusehen, inwiefern das Honorieren konkreter Angaben zu Sondersendungen wie bei Wahlen oder Abstimmungen dem Leistungsauftrag widersprechen sollte.

12.3 Die Beschwerdeführer bringen bezüglich der Outputfaktoren weiter vor, die Vorinstanz habe die Kriterien „Informationsauftrag“ sowie „Vielfaltsangebot und Sendungsarten“ anders bewertet, als dies auf Grund der Ausschreibung zu erwarten gewesen sei. Aus der Ausschreibung sei nicht hervorgegangen, dass auf den Detaillierungsgrad der eingereichten Informationen und Unterlagen abgestützt werde und dass Angaben über Sondersendungen zu Wahlen und Abstimmungen einzureichen seien. Auch dass die Vielfalt von Textsorten ein Kriterium darstellen würde, sei aus der Ausschreibung nicht hervorgegangen. Aber selbst wenn die Vorinstanz die Prüfung auf der Grundlage der von ihr angewendeten Kriterien hätte durchführen dürfen, hätte ihnen zuvor das rechtliche Gehör gewährt werden müssen.

Dass die Vorinstanz die genaue Punkteskala nicht bereits in der Ausschreibung definiert hat, ist – wie bereits aufgezeigt – nicht zu beanstanden (vgl. E. 7.2). In der Ausschreibung wurden die Bewerberinnen und Bewerber ausdrücklich aufgefordert, mittels Sendungskonzepten sowie journalistischen Selektionskriterien usw. darzulegen, wie der Programmauftrag im Informationsbereich konkret umgesetzt werde. Auch die geforderte Vielfalt des Angebots wurde in der Ausschreibung ausdrücklich thematisiert (vgl. E. 4.2). Die Bewerberinnen und Bewerber wurden aufgefordert, darzulegen, wie die gemachten Vorgaben umgesetzt werden sollen. Dass die Vorinstanz das Erwähnen verschiedener Textsorten (Meldung, Beitrag, Reportage, Kommentar) belohnte, widerspricht der Ausschreibung nicht und erscheint sachlich gerechtfertigt.

Was den Einwand betrifft, den Beschwerdeführern hätte im Hinblick auf die berücksichtigten Outputfaktoren die Möglichkeit gegeben werden müssen, ihre Bewerbung im vorinstanzlichen Verfahren mit

weiteren Dokumenten zu ergänzen, ist festzustellen, dass sich die Beschwerdeführer in ihrer Bewerbung zum geplanten Radioprogramm geäußert haben und die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum nicht überschritt, indem sie die Bewerbung als vollständig im Sinne von Art. 43 RTVV erachtete (vgl. dazu E. 11.1.3). Die Vorinstanz war folglich nicht verpflichtet, den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, weitere Dokumente nachzureichen.

12.4 Ein weiterer Vorwurf der Beschwerdeführer betrifft die Feststellung der Vorinstanz, dass von der Beschwerdegegnerin vorgesehene Aktionen ausserhalb des Studios eine identitätsstiftende Funktion hätten. Die Anwendung des Kriteriums der Identitätsstiftung sei sachfremd und gehe nicht aus dem Ausschreibungstext hervor.

Ob die Identitätsstiftung von Aktionen ausserhalb des Studios ein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der programmlichen Leistung im Sinne der den Bewerberinnen gemachten Vorgaben wäre oder nicht, kann offen bleiben, zumal diese Überlegung – wie die Vorinstanz ausgeführt hat – nicht in das verwendete Bewertungsraster eingeflossen ist und damit auf den Entscheid der Vorinstanz keinen Einfluss hatte.

12.5 Schliesslich kritisieren die Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung festgehalten, dass unter dem Aspekt des Vielfaltsangebots, aber auch bezüglich der Outputfaktoren insgesamt, beide Gesuche als gleichwertig zu betrachten seien. Dies widerspreche der Bewertungstabelle, gemäss welcher ihr Gesuch in dieser Hinsicht besser bewertet worden sei. Die Vorinstanz räumt diesbezüglich ein, dass die Verwendung des absoluten Begriffs „gleichwertig“ bei einem Punktestand von 20 zu 22 Punkten das Beurteilungsergebnis nicht präzise wiedergebe. Die beiden Gesuche seien bezüglich der Outputfaktoren aber weitgehend gleichwertig und der Vorsprung der Beschwerdeführer von zwei Punkten bei den Outputfaktoren ändere nichts am eindeutigen Gesamtergebnis, wie es aus der Bewertungstabelle hervorgehe.

12.5.1 Das Gesuch der Beschwerdeführer wurde gemäss der Bewertungstabelle unter dem Aspekt des Vielfaltsangebots, aber auch bezüglich der Outputfaktoren insgesamt, tatsächlich leicht besser bewertet als das Gesuch der Beschwerdegegnerin. So bewertete die Vorinstanz die Bewerbungen unter dem Aspekt des Vielfaltsangebots bei der Beschwerdegegnerin mit 3 und bei den Beschwerdeführern mit

4 Punkten. Wie aus der Bewertungstabelle weiter ersichtlich ist, wurden die Bewerbungen hinsichtlich der Outputfaktoren insgesamt mit 9 (Beschwerdegegnerin) zu 10 (Beschwerdeführer) bzw. (nach Korrektur im Hinblick auf die Gewichtung der Outputfaktoren im Verhältnis zu den Inputfaktoren) mit 20 zu 22 Punkten bewertet.

12.5.2 Die Beschwerdeführer verfügten schon im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung über die Bewertungstabelle und mussten die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung verwendete Formulierung somit so verstehen, dass die beiden Gesuche von der Vorinstanz unter dem Aspekt des Vielfaltsangebots, aber auch bezüglich der Outputfaktoren insgesamt, zwar nicht als exakt, aber zumindest weitgehend gleichwertig beurteilt worden sind. Weil die Vorinstanz zudem die Überlegungen, von denen sie sich bei der Beurteilung der Outputfaktoren leiten liess, in der angefochtenen Verfügung genannt und ausführlich dargelegt hat, ist sie ihrer Begründungspflicht (vgl. dazu E. 8) in ausreichendem Masse nachgekommen und sind die Beschwerdeführer in ihren Rechten nicht beeinträchtigt worden.

12.6 Gemäss den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz bei der Prüfung der Outputfaktoren nicht gegen den ihr zustehenden Ermessensspielraum verstossen und die von ihr vorgenommene Beurteilung der beiden Gesuche erscheint auch diesbezüglich sachlich nachvollziehbar und rechtmässig. Immerhin ist die Bestandteil der Begründung der angefochtenen Verfügung bildende Formulierung, wonach die beiden Bewerbungen hinsichtlich der Outputfaktoren als gleichwertig zu betrachten seien, insofern zu präzisieren, als aus der weiteren Begründung der Verfügung sowie der von der Vorinstanz erstellten Bewertungstabelle hervorgeht, dass die beiden Gesuche hinsichtlich der Outputfaktoren nicht als exakt, sondern nur weitgehend gleich gut eingestuft wurden bzw. dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführer diesbezüglich ein wenig besser beurteilt hat als dasjenige der Beschwerdegegnerin.

13.

Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Bewerbung der Beschwerdegegnerin auch bezüglich des Verbreitungskonzepts besser abschneide als diejenige der Beschwerdeführer. Die Beschwerdeführer dagegen sind der Ansicht, ihr

Gesuch sei hinsichtlich des Kriteriums „Verbreitung“ gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin.

13.1 Die Vorinstanz erachtete das Konzept der Beschwerdeführer, im Falle einer Konzessionierung die nicht mehr benötigten Anlagen der Beschwerdegegnerin zu übernehmen, als realistisch, bemängelte allerdings den Konkretisierungsgrad der Bewerbung der Beschwerdeführer hinsichtlich des Verbreitungskonzepts. Zwar hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung bzw. ihrer Duplik eingeräumt, dass die Beschwerdegegnerin als bisherige Veranstalterin bei der Darstellung des Verbreitungskonzepts einen Vorteil gehabt habe, der ganz wesentlich aus Vorleistungen des Bundes bestehe bzw. sich aus der bisherigen Zusammenarbeit mit dem BAKOM ergebe. Trotzdem hätten die Beschwerdeführer nach Ansicht der Vorinstanz ein konkreteres Verbreitungskonzept einreichen können.

13.2 Indem die Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren eine Kosten- und Terminabschätzung für die benötigten Einrichtungen einer Programmführung für UKW Sender sowie eine Karte zum Vergleich des bisherigen und des neuen Versorgungsgebiets einreichen, beabsichtigen sie, ihre Bewerbung in Punkten zu verbessern, die von der Vorinstanz im Konzessionsentscheid bemängelt worden sind. Aus diesem Grund können diese Dokumente für den vorliegenden Entscheid nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 6.7). Andererseits bleiben auch die von der Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort eingereichten Dokumente bezüglich in der Vergangenheit angefallener Kosten für den Bau und Unterhalt von Sendeanlagen unberücksichtigt, zumal sie für den vorliegenden Entscheid nicht wesentlich sind.

13.3 Die Beschwerdeführer machen geltend, in der heutigen Zeit sei kein Lokalradio in der Lage, die Verbreitung selber vorzunehmen. Vielmehr werde hierbei mit Spezialisten zusammengearbeitet. Die Verbreitung eines Radioprogramms bestehe lediglich darin, ein spezialisiertes Unternehmen mit der Errichtung der Verbreitungsanlagen zu beauftragen. Die Operationalisierung des Kriteriums „Verbreitung“ sei unzweckmässig bzw. unangemessen, weil sie zu hohen Kosten für die Bewerber führe, ohne dass dadurch die Dauer bzw. Realisierbarkeit der Verbreitung gefördert würde.

Eine wesentliche Voraussetzung zur Erfüllung des Leistungsauftrags ist die technische Verbreitung des Programms im Sendegebiet. Soweit für die Bewerberinnen diesbezüglich ein Handlungsspielraum besteht,

erscheint die Darstellung des Verbreitungskonzepts in der Bewerbung auch tauglich als Selektionskriterium im Sinne von Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG. Wie die Vorinstanz überzeugend dargelegt hat, kommen im Versorgungsgebiet „Region Aargau“ verschiedene Sendestandorte für die Verbreitung in Betracht. Zudem wurde hier im Gegensatz zu anderen Regionen nur eine Radiokonzession ausgeschrieben, was den Zwang zur Koordinierung des Verbreitungskonzepts mit Planungen anderer Anbieter reduziert. Schliesslich wurde das Versorgungsgebiet gegenüber dem bisherigen ausgedehnt, weshalb bestehende Sendeanlagen anzupassen bzw. zusätzliche Sendestandorte zu errichten sein werden. Aus diesen Gründen besteht für die Konzessionärin mehr planerischer Gestaltungsspielraum als dies zum Beispiel im Versorgungsgebiet „Region Zürich-Glarus“ der Fall ist (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 4.2.4). Indem die Vorinstanz für das Versorgungsgebiet „Region Aargau“ bei der Beurteilung der Bewerbungen auch das Kriterium „Verbreitung“ berücksichtigt hat, hat sie somit nicht gegen das ihr zustehende Ermessen verstossen, und es besteht kein Anlass für das Bundesverwaltungsgericht, von der Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen.

13.4 Weiter wenden die Beschwerdeführer ein, sie hätten sich sehr wohl eingehend mit der Verbreitung auseinandergesetzt. Ihr Verbreitungskonzept sei aus raumplanerischen, technischen, finanziellen und zeitlichen Überlegungen geradezu geboten und liege letztendlich auch im Interesse der Beschwerdegegnerin. Im Übrigen decke es sich weitgehend mit dem Konzept der Beschwerdegegnerin, weil diese ihrerseits keine Detailangaben zum beabsichtigten Ausbau des Sendernetzes geliefert habe.

Mit dem Einreichen eines Verbreitungskonzepts haben die Bewerberinnen gemäss der Ausschreibung die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes und die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzuzeigen (vgl. E. 4.3). Während beide Bewerberinnen verschiedene Dokumente eingereicht haben, welche die bisherige Versorgungssituation dokumentieren, hat die Beschwerdegegnerin im Gegensatz zu den Beschwerdeführern im Investitionsplan jährliche Beiträge für Sendernetzinstallationen vorgesehen und ausserdem erwähnt, in welchen Gebieten eine Verbesserung der Versorgungsqualität geplant ist und welche Versorgungslücken erschlossen werden sollen. Die Beschwer-

deführer hingegen beschränkten sich auf die Aussage, dass sie im Fall einer Konzessionserteilung alle Sendestandorte der Beschwerdegegnerin übernehmen wolle, ohne die hierfür zu erwartenden Kosten zu benennen.

Wie die Vorinstanz zurecht bemerkt hat, geht aus dem Gesuch der Beschwerdeführer tatsächlich nicht hervor, dass sie sich eingehend mit der Verbreitung auseinandergesetzt hätten. Zwar ist zu beachten, dass ein bisheriger Radioveranstalter bei der Darstellung des Verbreitungskonzepts einen Vorteil hat, der auch aus Vorleistungen des Bundes besteht. Es würde deshalb dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) widersprechen, von einem Neubewerber ein Versorgungskonzept zu erwarten, welches den gleichen Detaillierungsgrad aufweist wie ein in intensiver Zusammenarbeit des bisherigen Veranstalters und des BAKOM erarbeitetes Konzept. Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung des Verbreitungskriteriums denn auch berücksichtigt, dass die Beschwerdegegnerin als bisherige Veranstalterin gegenüber den Beschwerdeführern einen Vorteil hatte, soweit es um die bereits bestehende Verbreitung ging. Andererseits hätte nach der überzeugenden Einschätzung der Vorinstanz auch von den Beschwerdeführern als Neubewerber erwartet werden können, dass sie in ihrem Gesuch präziser darlegen, mit welchen neuen Sendestandorten das künftig anders zugeschnittene Versorgungsgebiet technisch versorgt, in welchem Zeitplan die Versorgung realisiert und wie die Versorgung finanziell bewältigt werden solle. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Konzessionärin bei der späteren Umsetzung des Versorgungskonzepts auf die Zusammenarbeit mit den Behörden angewiesen sein wird und der Zeitplan durch mögliche Einsparungen gegen Baubewilligungen beeinflusst werden kann.

13.5 Es besteht somit kein Anlass, von der Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen, wonach die Beschwerdegegnerin beim Verbreitungskriterium besser abgeschnitten hat als die Beschwerdeführer.

14.

Die Beschwerdeführer machen schliesslich geltend, die Vorinstanz hätte aufgrund der Tatsache, dass das Gesuch der Beschwerdegegnerin mindestens nicht deutlich besser gewesen sei als ihres, die beiden Gesuche nach Abschluss der Prüfung der Selektionskriterien anhand des Kriteriums der Bereicherung der Meinungs- und An-

gebotsvielfalt prüfen müssen. Bei Anwendung dieses Kriteriums hätte sie ihnen den Vorzug geben müssen.

Gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG wird derjenige Bewerber bevorzugt, der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Sind mehrere Bewerbungen unter diesem Gesichtspunkt weitgehend gleichwertig, so wird jener Bewerber bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

Wie bereits gezeigt, hat die Vorinstanz die Bewerbung der Beschwerdegegnerin inhaltlich zu Recht besser bewertet als diejenige der Beschwerdeführer. Die Beschwerdegegnerin erreichte gemäss der von der Vorinstanz verwendeten Bewertungstabelle bei den In- und Outputkriterien, welche zu 80% gewichtet werden, 47 Punkte, die Beschwerdeführer erzielten nur 38 Punkte. Die Beschwerdegegnerin übertrifft die Beschwerdeführer hier deutlich um ganze 9 Punkte. Auch bei der Verbreitung, die zu 20% gewichtet wird, ergeben sich Vorteile für die Beschwerdegegnerin. Der Vorinstanz ist demnach zu folgen, wenn sie von einem eindeutigen Vorsprung der Beschwerdegegnerin ausgeht. Damit lagen nicht zwei inhaltlich weitgehend gleichwertige Bewerbungen vor, und die Vorinstanz war deshalb nicht verpflichtet, gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG weiter zu prüfen, welche Bewerbung die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

15.

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin besser bewerten durfte als dasjenige der Beschwerdeführer. Aufgrund der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (vgl. E. 9.2 ff.) ist die Beschwerde aber gutzuheissen, der Entscheid der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

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

16.

Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei

zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverlegung massgebende Ausmass des Unterliegens hängt vorab von den im konkreten Fall in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren ab. Auf die Reihenfolge in der Beschwerdeschrift sowie die Aufteilung der Begehren in Haupt- und Eventualbegehren kommt es dabei nicht an. Abzustellen ist auf das materiell wirklich Gewollte. Wird beispielsweise primär eine Rückweisung und eventualiter die Erteilung einer Bewilligung verlangt, so führt eine Rückweisung trotz formell vollständigen Obsiegens unter Kostengesichtspunkten grundsätzlich lediglich zu einem hälftigen Obsiegen und zur entsprechenden Kostenaufgabe, ist die Angelegenheit in der Hauptsache doch nach wie vor offen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.43).

Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung der Konzession an sie bzw. eventualiter die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz. Im vorliegenden Fall wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil der Sachverhalt in Bezug auf das Qualifikationskriterium der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht genügend abgeklärt ist. Weiter zu berücksichtigen ist, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Selektionskriterien zu Recht entschieden hat, die Beschwerdegegnerin sei am besten in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Die Beschwerdeführer obsiegen demnach unter Kostengesichtspunkten lediglich zur Hälfte.

Es rechtfertigt sich deshalb, den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin, die auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde schliesst, je die Hälfte der Verfahrenskosten, welche auf Fr. 5'000.- festzusetzen sind (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten, die den Beschwerdeführern auferlegt werden, sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zu verrechnen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.-- ist den Beschwerdeführern nach Eröffnung des Urteils zurückzuerstatten.

17.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Die Entschädigung wird der Körper-

schaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht Aufwendungen von insgesamt Fr. 66'332.25 geltend, wobei dieser Betrag die Rechnung für die Ausarbeitung eines von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegebenen Rechtsgutachtens miteinschliesst. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer reichte seinerseits eine Kostennote in der Höhe von Fr. 86'725.60 ein.

Es erscheint fraglich, ob die von den Rechtsvertretern der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführer ausgewiesenen Kosten in dieser Höhe notwendig und verhältnismässig sind. Angesichts des Verfahrensausgangs kann dies allerdings offen bleiben und rechtfertigt es sich, die Parteikosten wettzuschlagen.

18.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

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

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- werden je zur Hälfte den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin auferlegt.

2.1 Die den Beschwerdeführern auferlegten Kosten von Fr. 2'500.-- werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- verrechnet. Die restlichen Fr. 2'500.-- werden den Beschwerdeführern nach Eröffnung dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu haben die Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontoinformation mitzuteilen.

2.2 Die der Beschwerdegegnerin auferlegten Kosten von Fr. 2'500.-- sind innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

André Moser

Adrian Mattle

Versand: