

64

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. Radio Z AG gegen das Eidgenössische Departement für Umwelt,
Verkehr, Energie und Kommunikation, Radio 24 AG
Radio Zürichsee AG, Radio Tropic AG sowie Music First Network AG
A-7143/2008 vom 16. September 2009

Radio und Fernsehen. Anspruch auf öffentliche Verhandlung. Verfahren und Kriterien zur Erteilung einer Lokalradiokonzession. Grundsatzurteil.

Art. 93 Abs. 2 BV. Art. 6 § 1 EMRK. Art. 32 Abs. 2 VwVG. Art. 44 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 3 RTVG. Art. 43 Abs. 2 und Abs. 3 RTVV.

- 1. Kein Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung im Verfahren auf Erteilung einer Lokalradiokonzession, da kein Anspruch auf Erteilung einer Konzession besteht (E. 2.5).**
- 2. Ausschreibung einer Lokalradiokonzession: Genügende Detaillierung der Bewertungskriterien (E. 6.3–6.8).**
- 3. Nachgereichte Dokumente sind im Konzessionserteilungsverfahren nur zu berücksichtigen, soweit sie das Gesuch ergänzen, nicht aber ändern (E. 7.3–7.3.2).**
- 4. Der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag ist massgebend für die Beurteilung eines Radioprogramms, namentlich die Vielfalt eines Programms und sein Beitrag zur Information über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge im Versorgungsgebiet (E. 13.2–13.7.3).**
- 5. Beschränkte Bedeutung des Kriteriums der Verbreitung (E. 14.2.5).**
- 6. Die Prüfkriterien des Konzessionserteilungsverfahrens sind im Gesetz definiert; eine Verhältnismässigkeitsprüfung erfolgt höchstens subsidiär (E. 16.4.2).**

Radio et télévision. Droit à une audience publique. Procédure et critères d'octroi de concession de radio locale. Arrêt de principe.

Art. 93 al. 2 Cst. Art. 6 § 1 CEDH. Art. 32 al. 2 PA. Art. 44 al. 1 et art. 45 al. 3 LRTV. Art. 43 al. 2 et al. 3 ORTV.

1. Pas de droit à la tenue d'une audience publique dans la procédure d'octroi de concession de radio locale, car il n'existe pas de droit à l'octroi d'une concession (consid. 2.5).
2. Appel d'offre pour une concession de radio locale: critères suffisamment détaillés (consid. 6.3–6.8).
3. Dans le cadre d'une procédure d'octroi de concession, les documents présentés après le dépôt de la demande ne sont pris en compte que s'ils la complètent et non s'ils la modifient (consid. 7.3–7.3.2).
4. Le mandat de prestations constitutionnel est déterminant pour juger de la qualité des programmes, et notamment de leur diversité et de la manière dont ils contribuent à l'information sur le contexte politique, économique et social dans la zone de desserte (consid. 13.2–13.7.3).
5. Importance limitée du critère de la diffusion (consid. 14.2.5).
6. Les critères d'évaluation de la procédure d'octroi de concession sont définis par la loi; il n'est procédé à un examen de la proportionnalité qu'à titre subsidiaire tout au plus (consid. 16.4.2).

Radiotelevisione. Diritto ad un'udienza pubblica. Procedura e criteri di rilascio di una concessione di radio locale. Sentenza di principio.

Art. 93 cpv. 2 Cost. Art. 6 n. 1 CEDU. Art. 32 cpv. 2 PA. Art. 44 cpv. 1 e art. 45 cpv. 3 LRTV. Art. 43 cpv. 2 e cpv. 3 ORTV.

1. Diritto alla tenuta di un'udienza pubblica nella procedura di rilascio di una concessione di radio locale negato, in quanto non vi è alcun diritto al rilascio di una concessione (consid. 2.5).
2. Bando di concorso relativo ad una concessione di radio locale: grado di precisione sufficiente dei criteri di valutazione (consid. 6.3–6.8).
3. Nella procedura di rilascio di una concessione, i documenti prodotti tardivamente vanno presi in considerazione solo nella misura in cui questi ultimi completano la domanda, ma non se la modificano (consid. 7.3–7.3.2).

4. **Il mandato di prestazioni costituzionale è determinante per la valutazione di un programma radiofonico, ed in particolare la pluralità di un programma ed il suo contributo all'informazione sul contesto politico, economico e sociale nella zona di copertura (consid. 13.2–13.7.3).**
5. **Importanza limitata del criterio della diffusione (consid. 14.2.5).**
6. **I criteri di valutazione della procedura di rilascio di una concessione sono definiti dalla legge; l'esame della proporzionalità va effettuato tutt'al più subsidiariamente (consid. 16.4.2).**

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 4. September 2007 die Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen aus. Für das Versorgungsgebiet 23 Zürich-Glarus wurden drei Konzessionen mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil ausgeschrieben. Für die drei Konzessionen im Versorgungsgebiet 23 gingen fünf Bewerbungen ein.

Nach Durchführung einer öffentlichen Anhörung, in deren Rahmen sich Kantone, Interessenverbände, die Bewerberinnen und Bewerber sowie weitere interessierte Kreise äussern konnten, bewertete das BAKOM die Bewerbungen. In einem ersten Schritt prüfte es, ob die Bewerberinnen und Bewerber die Qualifikationskriterien erfüllten, das heisst ob ihnen überhaupt eine Konzession erteilt werden kann. Da mehr Bewerbungen vorlagen, als Konzessionen zu vergeben waren, 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 Bewerberinnen (Qualitätssicherung, Arbeitsbedingungen, Ausbildung und Anzahl der Programmschaffenden, sog. Inputkriterien), die journalistischen Leistungen (Art, Umfang und Vielfalt der Informationsangebote, sog. Outputkriterien) sowie das technische, zeitliche und finanzielle Konzept zur Verbreitung des Programms.

Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) der Radio 24 AG (nachfolgend: Radio 24), der Radio Zürichsee AG (nachfolgend: Radio Zürisee) sowie der Gesuchstellerin für Radio 1, der Radio Tropic AG (nachfolgend: Radio 1), eine Konzession. Die Gesuche der Radio Z AG, Veranstalterin des Programms von «Energy Zürich», sowie der Music First Network AG wies das UVEK ab. Es stellte dabei fest, die beiden Bewerbungen von Radio 1 und der Music First Network AG sei

jener von « Energy Zürich » im Bereich der Outputkriterien überlegen und insgesamt vorzuziehen.

Gegen diese Verfügung erhebt die Radio Z AG (« Energy Zürich », nachfolgend Beschwerdeführerin) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Sie beantragt, die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2008 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei eine Konzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 23 zu erteilen, eventuell sei die Sache zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, es sei eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt, gestützt auf Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) eine mündliche öffentliche Verhandlung durchzuführen. Ein Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung besteht in Verfahren, in denen zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK umstritten sind.

2.2 Art. 6 Ziff. 1 EMRK betrifft nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinne, das heisst solche zwischen Privaten oder Privaten und dem Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt des Privatrechts, sondern auch hoheitliche Akte von Verwaltungsbehörden, sofern diese massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreifen (BGE 122 II 464 E. 3b, BGE 121 I 30 E. 5c).

2.3 Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gilt das Recht auf private Erwerbstätigkeit als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Anerkannt wurde ein zivilrechtlicher Anspruch namentlich in Fällen des Entzugs bewilligter Tätigkeiten im Sinne eines Rechts auf Weiterführung einer zugelassenen gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit und teilweise auch in Fällen der erstmaligen Zulassung (JOCHEN ABRAHAM FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl u. a., 1996, Rz. 21 zu Art. 6; ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung « zivilrechtlicher » Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, Aktuelle Juristische Praxis 1994, S. 30 f.).

2.4 Bei der Nutzung des Frequenzspektrums handelt es sich um den Zugriff auf eine natürliche Ressource im öffentlichen Besitz (vgl. dazu ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 7 ff.). Es geht bei der Erteilung einer Radiokonzession wie bei einer Fernmeldekonzession nicht nur um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern vor allem auch um die Zuteilung eines beschränkten öffentlichen Guts. Diese Zuteilung steht im Ermessen der Konzessionsbehörde. Auch wenn sie sich bei der Konzessionserteilung an gewisse Regeln zu halten hat, steht den Bewerbern kein Recht auf die Konzession zu. Bestand und Klagbarkeit des Anspruchs sind indessen Voraussetzung für die Annahme eines zivilrechtlichen Anspruchs im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass das Recht innerstaatlich gewährt wird und durchsetzbar ist. Das trifft im vorliegenden Zusammenhang nicht zu: Die Handels- und Gewerbebefreiheit ist bereits auf Verfassungsstufe beschränkt. Das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) verschafft ebenfalls keinen innerstaatlichen Anspruch auf die fraglichen Funkkonzessionen. Wo solchermassen ein Ermessensspielraum vorhanden ist, besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch (BGE 125 II 293 E. 5b mit zahlreichen Hinweisen; Entscheid des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR] i. S. Skyradio AG gegen die Schweiz vom 31. August 2004, Application no. 61316/00, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.130; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 173 Rz. 3.170).

2.5 Verfahren auf Erteilung von Konzessionen, auf die kein Rechtsanspruch besteht, gelten damit nicht als zivilrechtlich. Dagegen werden Verfahren auf Entzug einer Konzession in der Rechtsprechung als zivilrechtlich qualifiziert (BGE 132 II 485 E. 1.4). Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, als Inhaberin einer bestehenden Konzession wirke sich die Verweigerung einer neuen Konzession wie ein Konzessionsentzug aus. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der Ablauf beziehungsweise die Kündigung der bestehenden Konzession ist unabhängig von der vorliegend umstrittenen Frage, welche Bewerberinnen eine der neurechtlichen Konzessionen erhalten. Die Situation ist mit einem Konzessionsentzug nicht vergleichbar.

3. (...)

4.

4.1 Das Gesetz beschreibt in Art. 44 Abs. 1 RTVG die allgemeinen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Konzession zu erlan-

gen (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 des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569, 1710, nachfolgend: Botschaft zum RTVG). Dieser wird wie vorliegend in der Ausschreibung vorgegeben und konkretisiert. Sollten unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags mehrere Bewerber als gleichwertig erscheinen, wird jener bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

4.2 Die Vorinstanz umschreibt die anzuwendenden Kriterien wie folgt: Sie hält fest, die Operationalisierung des Leistungsauftrages und seine Konkretisierung stiessen auf Schwierigkeiten. Zunächst würden sich publizistische Leistungen einer starren Umschreibung entziehen und darüber hinaus setze die verfassungsrechtlich garantierte Programmautonomie allzu detaillierten Leistungsvorgaben Grenzen. Aus diesem Grund beschränke sich der Leistungsauftrag auf eine abstrakte Umschreibung inhaltlicher Anforderungen und ergänze diese Standards durch Vorgaben für den Prozess der Programmproduktion, welche die Wahrscheinlichkeit erhöhten, dass die entsprechenden Programme die verfassungsrechtlich geforderten Leistungen erbrächten.

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

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

rektiven Massnahmen zu ergreifen sind, um sich dem gewünschten Output zu nähern beziehungsweise 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.

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

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

4.2.3 Die Konzession verlangt weiter, der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden sei hohe Priorität beizumessen. Die Teilnahme der Programmschaffenden an berufsspezifischen Aus- und Weiterbildungskursen sei zu fördern, namentlich soweit jene Kompetenzen steigern, die zur Erfüllung des Leistungsauftrags bedeutsam sind. Zudem sei jährlich ein Betrag zu bestimmen, welcher ausschliesslich der Förderung der externen Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden dient. Dem BAKOM sei jährlich das entsprechende Aus- und Weiterbildungsbudget sowie die hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden ergriffenen Massnahmen im Rahmen der Jahresrechnung offen zu legen.

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

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

- Sie umfassen in erster Linie relevante Informationen des 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 beziehungsweise Personengruppen Gelegenheit, zu Wort zu kommen;
- in ihnen spiegelt sich die Vielfalt des Geschehens des ganzen Versorgungsgebiets wieder;
- sie werden zumindest während der oben angegebenen Hauptsendezeiten ausgestrahlt.

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

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.

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, das heisst 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 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Konzessionsgesuche Fakten falsch gewürdigt und ihr Ermessen insgesamt derart fehlerhaft ausgeübt, dass eine Zurückhaltung

des BVGer nicht angezeigt sei. Weiter habe sie die Kriterien und Unterkriterien in nicht nachvollziehbarer und nicht sachgerechter Weise definiert und gewichtet.

5.3 Das BVGer 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 BVGer 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).

Vorliegend kommt der Vorinstanz beziehungsweise 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 BVGer 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).

5.4 Das BVGer hat die sich stellenden Fragen, so namentlich die Angemessenheit des angewandten Bewertungsrasters und die Subsumtion der Konzessionsgesuche unter die Bewertungskriterien damit zwar grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat es, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

Es hat sich dagegen dort eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde, so namentlich wenn es um die

Prüfung der Definition und Gewichtung der Kriterien im Bewertungsraster und um die Subsumtion der Angaben in den Gesuchen unter diese Kriterien geht. Dabei variiert der Grad der Zurückhaltung im Einzelfall je nach der Natur der sich stellenden Fragen und dem erforderlichen Fachwissen.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst, die von der Vorinstanz vorgenommene Bewertung sei intransparent und zu wenig detailliert. So sei das Bewertungsraster nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten gewesen.

6.2 Weder das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) 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 Art. 45 RTVG). Das Konzessionierungsverfahren selbst ist in Art. 43 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) geregelt.

Der Bewerber muss gemäss Art. 43 RTVV alle für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben einreichen. Sofern die Bewerbung unvollständig oder mit mangelhaften Angaben versehen ist, kann das BAKOM nach Gewährung einer Nachfrist auf eine Behandlung der Bewerbung verzichten. Treten zwischen Veröffentlichung der Ausschreibung und Konzessionserteilung ausserordentliche Veränderungen ein, so kann die Konzessionsbehörde das Verfahren anpassen, sistieren oder abbrechen.

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. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

6.3 Art. 43 Abs. 3 RTVV wird in Ziffer 7.1 der öffentlichen Ausschreibung konkretisiert. Demnach setzt das BAKOM eine Nachfrist von höchstens 14 Tagen zur Ergänzung der Unterlagen an, wenn die Eingaben unvollständig oder mit mangelhaften Angaben versehen sind. 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 weder die Gesetzgebung noch die Ausschreibung.

Die Vorinstanz hat demnach in der öffentlichen Ausschreibung die verwendeten Kriterien und Unterkriterien in einem Detaillierungsgrad bekanntgegeben, welcher weit über die Vorgaben der Rundfunkgesetzgebung hinausgeht. Die Vorgaben von Art. 43 RTVV erscheinen durch das vorliegende Konzessionierungsverfahren grundsätzlich ohne weiteres erfüllt.

6.4 Gleiches gilt mit Blick auf das übergeordnete Recht. Beim Verfahren der Konzessionserteilung sind auch die Vorgaben der Verfassung und der EMRK zu beachten. Der EGMR hat die Mindestanforderungen an ein Konzessionierungsverfahren in Ziff. 45 ff. des Urteils *Glas Nadezhda EOOD und Elenkov gegen Bulgarien* vom 11. Oktober 2007 (Application no. 14134/02) umschrieben. Die Konzessionierungsbehörde muss demnach die Kriterien für die Erteilung beziehungsweise Verweigerung einer Konzession ausreichend formulieren und publizieren. Die Meinungsfreiheit gebietet zudem, dass die Konzessionsbehörde die vorgängig definierten Kriterien dergestalt auf die einzelnen Konzessionsgesuche anwendet, dass genügende Garantien gegen eine willkürliche Auswahl bestehen. Als Schutz vor willkürlicher Auswahl werden eine hinreichende Begründung des Urteils über die Konzessionierung und eine wirksame Anfechtungsmöglichkeit verlangt. Ob die Begründung des angefochtenen Urteils im vorliegenden Fall der Begründungspflicht genügt, wird in der Folge näher zu untersuchen sein.

Nicht bekanntgegeben wurden dagegen die Punktzahlen, welche für die einzelnen Unterkriterien maximal vergeben werden sollten. Es stellt sich nun die Frage, ob im vorliegenden Verfahren eine solche Offenlegung aufgrund anderer Rechtsgrundlagen gefordert ist.

6.5 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 (BöB, SR 172.056.1) die Anwendung gewisser verfahrensrechtlicher Bestimmungen des VwVG aus, während im vorliegend anwendbaren Spezialgesetz keine entsprechende Bestimmung besteht.

6.6 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, das heisst 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 (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 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. Bd., 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 626 ff.). Das BGer führt aber auch aus, das Transparenzgebot habe keine eigene, über die Regeln des Submissionsrechts hinaus gehende Bedeutung (BGE 130 I 241 E. 5.3).

6.7 Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich das Konzessionierungsverfahren hier massgeblich vom Submissionsverfahren unterscheide. Dieser Auffassung ist zu folgen.

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).

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.

6.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass weder aus dem RTVG noch aus übergeordnetem Recht – wie von der Beschwerdeführerin gefordert – eine Pflicht zu grösserer Transparenz und Detaillierung abgeleitet werden kann. Die Art und Detaillierung der Bekanntgabe der Kriterien ist daher 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.

7.

7.1 Eben diesen Grundsatz der Gleichbehandlung betrachtet die Beschwerdeführerin verschiedentlich als verletzt. Sie rügt, sie habe gegen die ablehnende Haltung der Vorinstanz beziehungsweise von deren Departementsvorsteher anzukämpfen gehabt. So habe sich der Departementsvorsteher öffentlich negativ über ihr Programm geäussert, während der Radiostil von Radio 1 als vorbildlich gelobt worden sei. Dementsprechend habe Radio 1 im Konzessionierungsverfahren von einem Bonus profitiert. Im Gegensatz zu den übrigen Bewerbern habe Radio 1 zudem Gelegenheit erhalten, Mängel in seinem Gesuch nachzubessern und sei aufgefordert worden, unklare oder mangelhafte Angaben zu präzisieren. Die Vorinstanz habe weiter bei der Beurteilung der Bewerbung von Radio 1 nicht auf die Angaben im Konzessionsgesuch abgestellt, sondern auch auf ausschreibungsfremde Faktoren, namentlich auf den Ruf seines Trägers, Roger Schawinski. Lücken und Mängel im Gesuch von Radio 1 seien nicht negativ bewertet worden.

Die Vorinstanz habe damit gegen den Verfahrensgrundsatz verstossen, dass für die Beurteilung der Bewerbungen die Angaben im Konzessionsgesuch massgebend seien. Dies gelte namentlich für die Finanzierung, die Qualitätssicherung, die Beschreibung der Programminhalte, die Informationsquellen und das Verbreitungskonzept. Radio 24 stimmt der Beschwerdeführerin in diesem Punkt zu und macht geltend, Radio 1 habe offenbar von einem Bonus profitiert und seine Unterlagen nachbessern können.

7.1.1 Die Vorinstanz und Radio 1 wenden dagegen ein, Radio 1 sei im Einklang mit den Bestimmungen der Ausschreibung aufgefordert worden, innerhalb einer kurzen Nachfrist fehlende Angaben zu ergänzen. Dies sei bei der Beschwerdeführerin aufgrund des vollständigen Dossiers nicht notwendig gewesen. Die Vorinstanz habe sich zudem bei der Bewertung lediglich auf die Gesuchsunterlagen gestützt, wie sie im Zeitpunkt des Konzessionsentscheides vorgelegen hätten. Es liege deshalb weder ein Verstoss gegen die Ausschreibungsbedingungen noch gegen das Gleichbehandlungsgebot vor. Radio 1 macht zudem geltend, aufgrund der Pflicht zur Ermittlung des Sachverhaltes von Amtes wegen seien Noven auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu berücksichtigen, soweit sie Fakten und nicht Hypothesen betreffen.

7.1.2 In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Vorinstanz tatsächlich, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, ausschreibungsfremde Faktoren berücksichtigt hat, mithin sich durch sachfremde Erwägungen hat leiten lassen und damit das Gleichbehandlungsgebot verletzt und willkürlich entschieden hat. Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die geltend gemachten Faktoren tatsächlich berücksichtigt wurden und ob sie gegebenenfalls gemäss den auf das Konzessionierungsverfahren anwendbaren Rechtsnormen nicht entscheidungswesentlich sind.

Zum andern ist auf die Rüge einzugehen, die Vorinstanz habe unzulässigerweise auf nachträglich vorgelegte Angaben von Radio 1 abgestellt beziehungsweise Radio 1 unzulässigerweise sein Gesuch nachbessern lassen.

7.2 Art. 45 RTVG enthält klare Vorgaben, auf welche Kriterien die Vorinstanz beim Entscheid über die Konzessionserteilung abzustellen hat. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber die Berücksichtigung weiterer Kriterien vorsah oder zulassen wollte. Die Ausführungsbestimmungen richten sich denn auch nach den gesetzlichen Vorgaben. Es ist damit der Beschwerdeführerin grundsätzlich darin zuzustimmen, dass eine Berücksichtigung von ausschreibungsfremden Faktoren zumindest dann unzulässig ist, wenn ein Entscheid aufgrund der im Rahmen der Ausschreibung definierten Kriterien möglich ist. Damit ist vorab festzustellen, ob und inwiefern die Vorinstanz bei der Beurteilung des Konzessionsgesuchs tatsächlich auf den Ruf von Roger Schawinski abgestellt hat.

7.2.1 Radio 1 hat in seinem Gesuch tatsächlich in verschiedenen Punkten auf die Finanzkraft, den guten Ruf und die Erfahrung von Roger Schawinski verwiesen. So wurde im Bereich der Qualitätssicherung, der Ausbildung und bei der Erfüllung des Informationsauftrages unter ande-

rem Roger Schawinski als Garant für die Erfüllung hoher Ansprüche genannt. Zudem wurde er als Darlehensgeber zur Sicherung der Finanzierung aufgeführt. Die Nennung der Person von Roger Schawinski steht in allen diesen Bereichen im Zusammenhang mit einem in der Ausschreibung genannten Kriterium.

Es erscheint nicht von vornherein als unsachgerecht, die Person der Bewerber bei der Beurteilung des Angebots zu berücksichtigen. So wird es beispielsweise auch im von objektivierbaren Kriterien geprägten Submissionsrecht als zulässig erachtet, bei neuartigen oder singulären Beschaffungen die Schlüsselpersonen eines Anbieters bei der Beurteilung der Qualität des Angebotes eine besondere Bedeutung zuzuerkennen (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen 2004-010/11 vom 11. März 2005 E. 3, teilweise veröffentlicht in VPB 69.56 sowie in den Mitteilungen des Instituts für schweizerisches und internationales Baurecht 2005, S. 72 f.). Ein solcher Einbezug von bisherigen Leistungen des Bewerbers beziehungsweise seiner Schlüsselpersonen in die Beurteilung erscheint nicht nur zulässig (vgl. Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1710), sondern zumindest im Zusammenhang mit der Prüfung der Werthaltigkeit der Darlehenszusagen auch geboten. Eine derartige Beurteilung von Schlüsselpositionen steht mit den Ausschreibungskriterien im Einklang.

Abgesehen von einer allfälligen impliziten Würdigung der Finanzierungszusagen ist zudem nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung der Person von Roger Schawinski ein besonderes Gewicht beigemessen hätte. Weder im Bereich der Qualitätssicherung noch der Aus- und Weiterbildung oder der Erfüllung des Informationsauftrages wird auf die Person von Roger Schawinski verwiesen.

7.2.2 Es bestehen deshalb keine Anhaltspunkte, dass die Vorinstanz ausschreibungsfremde Faktoren berücksichtigt hat.

7.3 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe unzulässigerweise auf verspätete Vorbringen von Radio 1 abgestellt, ist Folgendes festzuhalten.

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: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 12 N 28). Für den Entscheid in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren

ist der Sachverhalt, im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids massgebend (HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, 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- beziehungsweise 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/JÜRIG BICKEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 32 N. 16) sie trotz Verspätung berücksichtigen (Art. 32 Abs. 2 VwVG).

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 Untersuchungsgrundsatz 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 mithin 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.

7.3.1 Im Gegensatz zum BöB kennt das RTVG – wie bereits vorne erwähnt – keine entsprechenden Verfahrensbestimmungen. Näher umschrieben wird das Konzessionierungsverfahren lediglich in Art. 43 RTVV. 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 BAKOM 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.

7.3.2 Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung kann nicht direkt geschlossen werden, dass nachträgliche Eingaben 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 abstützen 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.

7.3.3 Im Hinblick auf die im vorinstanzlichen Verfahren umstrittenen nachgereichten Unterlagen ist festzustellen, dass – abgesehen von einer Korrektur zu Lasten der Bewerberin – 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 Nachbesserungen hat die Vorinstanz keine Verfahrensvorschriften verletzt. Soweit im Beschwerdeverfahren Dokumente nachgereicht wurden, sind diese zu berücksichtigen, soweit sie nicht die eingereichten Bewerbungen abändern. Ob ein Vorbringen unter diesem Aspekt zu berücksichtigen ist, muss – sofern für den Entscheid wesentlich – im Einzelfall noch geprüft werden.

7.3.4 Die verfahrensrechtlichen Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich damit als unbegründet.

8. – 13.1.4 (...)

13.2 Bewerben sich mehrere Anbieter um eine Konzession, ist diese demjenigen zu erteilen, der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Das Gesetz gibt damit 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 (Art. 93 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). 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. 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.

13.3 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 BVGer nur zurückhaltend überprüft.

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 blosser 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 Vor-

instanz die Angaben zu verschiedenen Sendungsarten im Informationsbereich (Nachrichten, Informationsmagazine, Hintergrundsendungen, Sondersendungen) mit bis zu vier Punkten.

13.4 Die Beschwerdeführerin bemängelt diesbezüglich, die Vorinstanz habe in ihrem Bewertungsraster nicht berücksichtigt, dass das Vielfaltsgebot wie auch demokratie- und staatspolitische Überlegungen von den Lokalradios verlangten, unterschiedlichen Zielgruppen Rechnung zu tragen. Zudem habe die Vorinstanz es unterlassen, den Beitrag der Bewerberinnen zur kulturellen Entfaltung im Sendegebiet zu prüfen. Unter diesem Aspekt seien auch das Musikprogramm und die Organisation von Konzerten (« Energy Stars for free ») zu würdigen.

13.4.1 Wenn die Vorinstanz darauf verzichtete, die Zielgruppe als eigenständiges Kriterium zu definieren, handelte sie im Rahmen ihres Ermessensspielraums. Zwar wäre es denkbar, auch die Zielgruppe als Beurteilungskriterium heranzuziehen. Weder das Gesetz noch die Ausschreibungsbedingungen sehen dies indessen vor. Es liegt im Ermessen der Vorinstanz, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben geeignete Kriterien zu definieren; ein Anspruch auf ein zusätzliches Kriterium besteht nicht.

Aber selbst wenn die Zielgruppe als Beurteilungsmerkmal herangezogen würde, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zunächst ist festzuhalten, dass im Raum Zürich bereits ein spezifisches Jugendradio konzessioniert ist. Die von der Beschwerdeführerin angesprochene jüngere Zielgruppe kann damit nicht als unterversorgt bezeichnet werden. Weiter weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin das jüngere Publikum nicht in grundlegendem Masse stärker anspricht als andere Stationen, namentlich als Radio 24.

13.4.2 Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, ein Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrages sei der Beitrag zur kulturellen Entfaltung im Sendegebiet. Soweit sie aber daraus ableitet, ihre Unterstützung von kulturellen Aktivitäten wie namentlich die Konzertreihe « Energy Stars for free » sei in die Bewertung einzubeziehen, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat die Kultur ausdrücklich als von den Informationsangeboten abzudeckendes Thema genannt und damit den Beitrag zur kulturellen Entfaltung als Teil des Leistungsauftrages berücksichtigt.

Die von der Beschwerdeführerin genannten Konzerte werden aber im Rahmen ihrer Marketingaktivitäten gefördert oder veranstaltet und bilden keinen Bestandteil der im vorliegenden Verfahren zu konzessionierenden Veranstaltung eines Radioprogramms. So macht die Beschwerde-

führerin in ihrem Konzessionsgesuch denn auch nicht geltend, die angeführten Veranstaltungen seien Beiträge zur kulturellen Entfaltung. Vielmehr dienen die Anlässe gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin der Nähe zum Publikum und fördern das Vertrauen des Publikums in das Programm und die Programmschaffenden. Es wäre im Übrigen auch inhaltlich zweifelhaft, ob die Veranstaltung von Konzerten mit nationalen und internationalen Stars, welche dem Publikum ohnehin bekannt sein dürften, als gewichtiger Beitrag zur kulturellen Entfaltung zu werten wäre.

Auch aus ihrem Musikprogramm vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zunächst entspricht es den Angaben in den Ausschreibungsbedingungen und liegt innerhalb des der Vorinstanz zustehenden Ermessens, die Erfüllung des Leistungsauftrages anhand des Informationsangebotes zu bemessen. Selbst wenn das Musikprogramm in die Beurteilung einbezogen würde, bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Musikauswahl der Beschwerdeführerin in stärkerem Masse zur kulturellen Entfaltung im Sendegebiet beitragen würde. Im Gegenteil scheint das Musikprogramm konsequent auf die Einschaltquoten ausgerichtet und von internationalen Hits geprägt, welche teilweise mehrmals am Tag gespielt werden.

Es ist weder ein besonderer Bezug zum kulturellen Geschehen im Sendegebiet erkennbar noch trägt das Programm durch inhaltliche Besonderheiten wie beispielsweise einer stilistischen Vielfalt oder einer Förderung unbekannter Künstler zur kulturellen Entfaltung bei.

13.4.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das von der Vorinstanz verwendete Bewertungsraster eng an die Vorgaben des Leistungsauftrags anlehnt und sachgerecht, rechtsgleich und nachvollziehbar erscheint.

13.5 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Outputkriterien fehlerhaft auf ihre Bewerbung angewandt. So sei ihr zu Unrecht vorgeworfen worden, sie stütze sich hauptsächlich auf Boulevard und Soft-News ab. Mit ihrer auf lokale Ereignisse und auf die Interessen ihrer Zielgruppe ausgerichteten Themenauswahl leiste sie einen grösseren Beitrag zur Erfüllung des Informationsauftrages als ihre Konkurrentinnen. Es sei nicht statthaft, ihr anzulasten, dass sie Informationen anders präsentiere und anders gewichte als andere Bewerberinnen. Zudem gehe es nicht an, ihr vorzuwerfen, mit Radarwarnungen verbreite sie verbotene Sendungsarten.

13.5.1 Die Vorinstanz hat sich in der angefochtenen Verfügung tatsächlich kritisch zum Informationsangebot der Beschwerdeführerin ge-

äussert. Es handelt sich dabei aber nicht um eine pauschale Kritik, sondern um eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den in der Bewerbung dargelegten Informationsangeboten. Die Vorinstanz untersuchte, ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Informationsangebot als Präzisierungen bezüglich der gesendeten Information oder als konkrete Angaben zu Sondersendungen im Bereich der vom Leistungsauftrag geforderten Informationsabdeckung zu werten waren. Dazu war eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Art und den Themen der Informationsvermittlung der Beschwerdeführerin nötig. Die diesbezüglichen Ausführungen sind nachvollziehbar und bewegen sich innerhalb des der Vorinstanz bei der Bewertung zustehenden Ermessensspielraums. Da die Bewerbung der Beschwerdeführerin keine konkreten Ausführungen zu Art und Umfang von Sondersendungen über Wahlen und Abstimmungen enthielt und auch die Art und Weise der Umsetzung des Informationsauftrages im ganzen Versorgungsgebiet nicht näher umschrieben war, rechtfertigte es sich, ihr in diesen Bereichen keine weiteren Punkte zu vergeben.

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, wenn in der angefochtenen Verfügung auf die verbotenen Radarwarnungen verwiesen wird. Zum einen sind solche « Blitzer » in den Bewerbungsunterlagen der Beschwerdeführerin ausdrücklich erwähnt, zum anderen wurde dies von der Vorinstanz zwar kritisch aufgenommen, es ist aber nicht ersichtlich, dass dieser Punkt in die Bewertung eingeflossen wäre.

13.5.2 Es ist damit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Bereich des Informationsauftrages nur zwei Punkte für die Wiedergabe des Informationsauftrages gemäss Ausschreibung sowie einen Bonuspunkt für Angaben zur Vor-Ort-Präsenz bei Medienkonferenzen zugesprochen hat.

13.5.3 Es ist der Beschwerdeführerin indessen zuzugestehen, dass aufgrund der Ausführungen in der angefochtenen Verfügung nicht genügend nachvollziehbar war, ob und in welchem Masse die kritischen Äusserungen zum Informationsangebot in der Bewertung Auswirkungen gehabt haben. Auch in diesem Punkt erweist sich die angefochtene Verfügung als ungenügend begründet. Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich aber ebenfalls als nicht besonders schwer und kann im vorliegenden Verfahren geheilt werden (...). Dieser Verletzung der Begründungspflicht ist jedoch wiederum bei der Verlegung der Verfahrens- und Parteikosten Rechnung zu tragen.

13.6 Weiter hat die Vorinstanz im Bereich der Outputkriterien dem Vielfaltsgebot Rechnung getragen. Sie hat dazu fünf Vielfaltskriterien definiert. Es sind dies folgende Aspekte:

die thematische Vielfalt;

- die Vielfalt an Meinungen und Interessen, die zum Ausdruck kommt;
- die Vielfalt der Personen und Personengruppen, die zu Wort kommen;
- die Widerspiegelung der Vielfalt des Geschehens im ganzen Versorgungsgebiet (geografische Vielfalt) sowie
- die Vielfalt der Textsorten (Meldung, Beitrag, Reportage, Kommentar).

Für die Erfüllung jedes dieser Vielfaltskriterien hat die Vorinstanz je einen Punkt vergeben. Die Beschwerdeführerin kritisiert, die von der Vorinstanz definierten Kriterien seien willkürlich. Wie gezeigt, besteht bei der Definition der Kriterien ein erheblicher Ermessensspielraum der Vorinstanz. Die definierten Vielfaltskriterien erscheinen nachvollziehbar und sachgerecht. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese nicht stichhaltig oder gar willkürlich sein sollten.

13.7 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie entspreche dem Vielfaltsgebot besser als ihre Konkurrentinnen. So erfülle sie das Kriterium der thematischen Vielfalt besser als Radio 1 und Radio Zürisee, indem sie auch Themen wie Shopping, Kino, Computer, Fernsehen und Ausgang behandle. Mit Expertengesprächen und Strassenumfragen trage sie der Vielfalt an Meinungen und Interessen Rechnung und lasse vielfältige Personen und Personengruppen zu Wort kommen. In ihrem Programm berichte sie zudem über lokale Geschehnisse und sei damit im ganzen Sendegebiet präsent. Mit Expertengesprächen, Reportagen, Korrespondentenberichten, gestalteten Beiträgen, Liveberichten und Strassenumfragen berücksichtige ihr Programm zudem eine Vielfalt von Textsorten.

13.7.1 Bei der Frage, ob ein Vielfaltskriterium erfüllt ist oder nicht, steht der Vorinstanz ein erhebliches Ermessen zu. Da es sich dabei um Fachfragen handelt, welche von der Vorinstanz aufgrund ihres Spezialwissens besser beurteilt werden können als vom BVGer, ist die Ermessensausübung nur mit Zurückhaltung zu überprüfen.

13.7.2 Aus den Akten wird nicht restlos klar, welche zwei der fünf Vielfaltskriterien die Vorinstanz als erfüllt betrachtet hat. Es kann indes davon ausgegangen werden, dass die Kriterien der Vielfalt an Text-

sorten sowie der Interessen und Meinungen als erfüllt beurteilt worden sind. Im Gesuch und in den Gesuchsbeilagen sind kaum Ausführungen zu finden, nach welchen Grundsätzen und in welchem Umfang die Vielfalt an Personengruppen widerspiegelt und wie über die Geschehnisse im ganzen Versorgungsgebiet (d. h. namentlich auch ausserhalb der Stadt Zürich) berichtet wird. Ebenfalls finden sich keine Angaben, wie die Vielfalt der Themen im Rahmen des Leistungsauftrages berücksichtigt wird. Namentlich kann die Beschwerdeführerin für die Berichterstattung über Themen wie Shopping, Kino, Computer, Fernsehen und Ausgang keinen Punkt beanspruchen, fehlt diesen Themen doch sowohl der geographische als auch der inhaltliche Bezug zur Erfüllung des Leistungsauftrags im Versorgungsgebiet. Angesichts der knappen oder fehlenden Ausführungen ist es nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz diese Kriterien als nicht erfüllt betrachtet hat.

13.7.3 Ebenfalls im Rahmen des Ermessens und nicht zu beanstanden sind die Ausführungen der Vorinstanz zum Vielfaltsgebot in Bezug auf die Programme von Radio Zürisee und Radio 1. Die Vorinstanz hat eingehend dargelegt, wie die Vielfaltskriterien in der Bewerbung von Radio Zürisee erfüllt werden. Die Erteilung der Maximalpunktzahl in diesem Bereich ist nicht zu beanstanden. Gestützt auf die Angaben in der Bewerbung und im eingereichten Leitbild erscheinen die Kriterien der Themenvielfalt, der Vielfalt der Textsorten und der Vielfalt der Interessen und Meinungen erfüllt. Die Vergabe von drei Punkten an Radio 1 in diesem Bereich erscheint damit ebenfalls korrekt.

13.8 Die Beschwerdeführerin beruft sich bei ihrer Kritik an der Bewertung durch die Vorinstanz insbesondere auf zwei Gutachten. Sie macht einerseits geltend, die Publicom AG habe in der im Auftrag des BAKOM erstellten Vorstudie zu einer systematischen Beobachtung von Schweizer Radio- und Fernsehprogrammen aus dem Jahr 2007 das Informationsangebot der Beschwerdeführerin positiv gewürdigt und festgehalten, das Programm der Beschwerdeführerin erfülle das Vielfaltsangebot am besten. Ein weiteres Gutachten (« Gutachten Grossenbacher ») attestiere der Beschwerdeführerin den höchsten « public value » aller Bewerberinnen.

Dieser Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Die Studie der Publicom AG bezieht sich auf die Radiolandschaft im Jahr 2007 und nicht auf die von den Bewerberinnen in den Gesuchen präsentierten Programmkonzepte. Das Programm von Radio 1 wird in dieser Studie denn auch gar nicht erfasst. Beide Gutachten messen zudem die untersuchten Radios nicht am Leistungsauftrag beziehungsweise

an den vom Gesetzgeber und der Vorinstanz vorgegebenen Kriterien. Sie bringen deshalb im vorliegenden Zusammenhang keinen erheblichen Erkenntniswert.

Es ist im Übrigen festzuhalten, dass auch ein Gutachter bei der Würdigung der Programme Wertungen vorzunehmen und Ermessensentscheide zu treffen hat sowie unbestimmte Rechtsbegriffe operationalisieren muss. Soweit die Vorinstanz ihr Ermessen sachgerecht ausgeübt hat, besteht kein Anlass, das Ermessen eines Parteigutachters über das behördliche Ermessen zu stellen. Nur ergänzend sei in diesem Zusammenhang anzufügen, dass die öffentliche Anhörung eine andere Wahrnehmung der Informationsleistungen der Bewerberinnen ergeben hat und die betroffenen Kreise sich teilweise klar für die Bewerbung von Radio 1 ausgesprochen haben.

13.9 Auch eine inhaltliche Überprüfung gibt damit keinen Anlass zur Beanstandung der Bewertung der Vorinstanz. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

14.

14.1 Die Beschwerdeführerin führt an, die Vorinstanz habe in der öffentlichen Ausschreibung das Kriterium der Verbreitung mit 20 % gewichtet, in der Bewertung der Bewerbungen aber faktisch nicht berücksichtigt. Sie habe lediglich festgehalten, das Versorgungsgebiet sei verbreitungstechnisch einfach, so dass sich die Bewerberinnen in diesem Bereich nicht profilieren könnten. Aus diesem Grund sei dieses Kriterium bei allen Bewerberinnen als erfüllt zu betrachten. Da Radio 1 überhaupt kein Verbreitungskonzept vorgelegt habe, sei es durch diese nachträgliche faktische Änderung der Zuschlagskriterien bevorteilt worden. Eine Änderung der Kriterien sei gemäss der öffentlichen Ausschreibung nur bei Vorliegen wichtiger Gründe zulässig, solche seien aber nicht gegeben.

Die Nichtberücksichtigung der Verbreitung sei auch sachlich falsch, da die Verbreitung des Programms beziehungsweise der gute Empfang im ganzen Versorgungsgebiet eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des Leistungsauftrags darstellten. Die Vorinstanz habe beim in der Ausschreibung mit 20 % gewichteten Kriterium der Verbreitung das Gesuch von Radio 1 nicht negativ bewertet, obwohl dieses überhaupt kein Verbreitungskonzept vorgelegt habe. Dagegen betreibe sie selbst ein funktionierendes Sendernetz und könne die Verbreitungsanforderungen nachweislich erfüllen. Radio 24 pflichtet dieser Kritik bei.

14.1.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Verbreitung sei in allen Versorgungsgebieten als Selektionskriterium aufgenommen wor-

den, es könne aber nur dort eine Selektionsfunktion erfüllen, wo ein Gestaltungsspielraum offen stehe. Im vorliegenden Fall bestehe kein Gestaltungsspielraum, weshalb allen Bewerbern die gleiche Punktzahl zugesprochen worden sei. Alle Veranstalter setzten beim Betrieb eines Sendernetzes auf Zusammenarbeiten mit andern; im Vorfeld der Konzessionierung sei es aber naturgemäss schwierig, Vereinbarungen mit Konkurrentinnen zu dieser Frage abzuschliessen. So sei bis zur Konzessionierung nicht klar, welche Anbieter allenfalls ausscheiden werden; zudem hätten die Veranstalterinnen kein Interesse, die Position der Konkurrentinnen im Vorfeld der Konzessionserteilung durch Zusammenarbeitsvereinbarungen zu stärken. Es sei aber anzunehmen, dass nach Rechtskraft der Konzession entsprechende Vereinbarungen möglich sein würden. Nötigenfalls könne eine Konzessionärin auch ein gesetzliches Mitbenutzungsrecht an Sendeanlagen geltend machen.

Der Grundsatz der Chancengleichheit gebiete es, von einem neuen Bewerber wie Radio 1 ein Versorgungskonzept zu akzeptieren, welches nicht den gleichen Detaillierungsgrad aufweise wie das in intensiver Zusammenarbeit der bisherigen Veranstalter und des BAKOM erarbeitete Dokument der Beschwerdeführerin. Von Radio 1 habe unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr verlangt werden können, als glaubhaft zu machen, dass es die nötigen Kenntnisse und Mittel habe, um die Verbreitung im Versorgungsgebiet zu realisieren. Diesen Anforderungen habe Radio 1 genügt. Alle Bewerber hätten deshalb zu diesem Kriterium die gleiche Punktzahl erhalten.

14.1.2 Radio 1 hält zur Frage der Verbreitung fest, es habe in der Bewerbung aufgezeigt, dass es technisch, personalmässig und finanziell in der Lage sei, das Versorgungsgebiet abzudecken. In sämtlichen Teilgebieten bestehe die Möglichkeit der Übernahme oder Mitbenutzung von Sendeanlagen. So könne davon ausgegangen werden, dass die Sendeanlagen der Beschwerdeführerin im Falle einer rechtskräftigen Konzessionierung übernommen werden könnten. Die verbleibenden offenen Fragen könnten nur in Zusammenarbeit mit dem BAKOM gelöst werden. Auch die Finanzierung des Sendernetzes sei durch die zusätzliche Finanzierungszusage von Roger Schawinski gesichert.

14.2 Im Zusammenhang mit dem Kriterium der Verbreitung ist damit zu prüfen, ob die Vorinstanz von den Vorgaben in der Ausschreibung abgewichen ist und ob sie die Angaben der Bewerberinnen zum Versorgungskonzept geprüft und inhaltlich die erteilten Punktzahlen korrekt ermittelt hat.

14.2.1 Gemäss den in der Ausschreibung definierten Zuschlagskriterien ist die Verbreitung des Programms ein mit 20 % zu gewichtigtes Selektionsmerkmal. Es ist der Beschwerdeführerin darin Recht zu geben, dass die Vorinstanz – vorbehältlich einer Änderung der Ausschreibungsbedingungen aus wichtigen Gründen – dieses Kriterium nicht unberücksichtigt lassen durfte. Die Vorinstanz hatte für die Bewertung dieses Kriteriums einen Beurteilungsmassstab zu definieren. Dieser musste zweckmässig sein und zudem dem übergeordneten Recht, namentlich dem Gebot der Rechtsgleichheit, Rechnung tragen. Die Unterkriterien mussten erfüllbar sein, zudem durfte angesichts des Gleichbehandlungsgebots der Beurteilungsmassstab nicht dazu führen, neue Bewerberinnen auszuschliessen.

14.2.2 Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit einem unterschiedlichen Beurteilungsmassstab das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt hat. Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) ist verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Das Gleichheitsgebot verlangt die Ungleichbehandlung der Bewerberinnen, soweit dies sachlich geboten ist. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (vgl. statt vieler BGE 134 I 23 E. 9.1).

14.2.3 Die Vorinstanz hat festgestellt, ein detailliertes Verbreitungskonzept könne erst nach Konzessionserteilung und in Zusammenarbeit mit dem BAKOM und den Konkurrentinnen erarbeitet werden. Radio 1 als neue Bewerberin befinde sich in einer andern Situation als die bisherigen Konzessionärinnen, die auf ein bestehendes Versorgungskonzept zurückgegriffen hätten. Die Vorinstanz beschränkte sich aus diesem Grund darauf, zu überprüfen, ob die Bewerberinnen glaubhaft darlegten, technisch, personell und finanziell in der Lage zu sein, eine Verbreitungsinfrastruktur aufzubauen. Sie hat dies bei allen Bewerberinnen bejaht und auf eine unterschiedliche Bewertung verzichtet. Auf den ersten Blick steht dieses Vorgehen damit tatsächlich in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Selektionsfunktion dieses Kriteriums.

14.2.4 Die Vorinstanz ist bei der Bewertung der Bewerbungen an die im Gesetz und in der Ausschreibung definierten Kriterien gebunden. Bei der Festlegung des entsprechenden Beurteilungsmassstabs und bei der Bewertung der Gesuche steht ihr indessen ein erheblicher Spielraum zu. Das Ermessen ist immer pflichtgemäss, das heisst verfassungs- und ge-

setzeskonform auszuüben. Die Behörde hat zudem eine angemessene, das heisst eine nach den Umständen des Einzelfalls zweckmässige Regelung zu treffen. Das Ermessen ist zudem in einer Weise auszuüben, die dem Zweck der gesetzlichen Ordnung, die das Ermessen einräumt, entspricht (vgl. zum Ganzen PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 26 Rz. 3 ff.).

Es ist der Vorinstanz zu folgen, wenn sie ausführt, die Verbreitung des Programms im Versorgungsgebiet sei grundsätzlich einfach, da das Verbreitungskonzept durch unverzichtbare Sendestandorte und frequenztechnische Vorgaben der Konzessionsbehörde weitgehend determiniert ist. Zwar ist die Verbreitung in Bezug auf die Koordination der verschiedenen Programme komplex, die entsprechenden Lösungen können aber in der Tat nicht von den Bewerberinnen präsentiert werden, sondern müssen von allen Bewerbern gemeinsam in Absprache mit dem BAKOM erarbeitet werden. Es besteht für die Bewerberinnen damit tatsächlich kaum Gestaltungsspielraum, so dass dieses Kriterium von vornherein kaum eine Selektionswirkung haben kann.

Hinzu kommt, dass der Aufbau einer Verbreitungsinfrastruktur nicht losgelöst von den Verbreitungskonzepten der übrigen Anbieter geschehen kann. So ist es sachgerecht, Verbreitungsanlagen gemeinsam zu nutzen. Wird eine neue Veranstalterin konzessioniert, erscheint es zudem für beide Seiten sinnvoll, nicht mehr benötigte Sendeanlagen bisheriger Anbieter zu übernehmen. Dass entsprechende Verhandlungen vor dem Konzessionsentscheid aus Konkurrenzgründen nicht möglich sind, liegt auf der Hand. Ein detailliertes Verbreitungskonzept einer neuen Bewerberin muss damit notgedrungen vage bleiben oder mit nicht bewertbaren Hypothesen arbeiten.

14.2.5 Die Auffassung, dass neue Bewerberinnen benachteiligt würden, wenn im Bereich der Verbreitung mehr erwartet würde als die glaubhafte Versicherung, fachlich, personell und finanziell in der Lage zu sein, die Verbreitung sicherzustellen, ist damit begründet. Da die Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen darauf verzichtete, einen Massstab mit einer grösseren Selektionswirkung zu definieren und die Gleichbehandlung der Bewerberinnen mit dem gewählten Prüfschema gewährleistet ist, liegt das Vorgehen der Vorinstanz innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

14.3 Es scheint aber fraglich, ob es sachgerecht war, die Verbreitung in allen Versorgungsgebieten gleichermassen als Selektionskriterium aufzuführen und von den Bewerberinnen die Einreichung eines Konzeptes

zu verlangen, welches die technische Verbreitung des Programms, die zeitliche Staffelung der Erschliessung des ganzen Versorgungsgebietes sowie die Finanzierung der geplanten Verbreitung aufzeigt. Im Hinblick auf zukünftige Ausschreibungen ist festzuhalten, dass es angezeigt wäre, dem unterschiedlichen Gestaltungsspielraum in den Versorgungsgebieten bereits in den Ausschreibungsbedingungen Rechnung zu tragen.

15. (...)

16. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, bei Gleichwertigkeit mehrerer Bewerbungen und im Rahmen der Ermessensausübung der Vorinstanz habe eine Interessenabwägung stattzufinden. Sie beziehungsweise ihre Aktionärinnen hätten mit grossen Investitionen ein wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen aufgebaut, eine Hörerschaft von 222'000 Personen gewonnen und beschäftigten 59 Mitarbeitende. Dagegen weise Radio 1 eine viel kleinere Hörerschaft auf. Die Interessen der grossen und treuen Hörerschaft seien im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Es könne nicht Sinn und Zweck des Konzessionsverfahrens sein, dass eine Minderheit der Mehrheit ihren Programmgeschmack aufdränge.

Der Besitzer von Radio 1 habe dieses zudem im Wissen um die Ungewissheit einer Konzessionserteilung erworben, dagegen habe die Ringier AG beim Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der Beschwerdeführerin aufgrund des Verhaltens des BAKOM von einem Fortbestand der Konzession ausgehen können. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlange deshalb, dass die Konzession der Beschwerdeführerin erteilt werde.

16.1 Radio 1 wendet dagegen ein, das Gesetz definiere die Kriterien, nach denen die Konzessionen zu vergeben seien. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung könne höchstens subsidiär zur Beurteilung nach diesen Kriterien vorgenommen werden. Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Interessen der Beschwerdeführerin seien bei der Erteilung der bisherigen Konzession und der Bemessung der Konzessionsdauer berücksichtigt worden. Investitionen der Beschwerdeführerin, die während der Konzessionsdauer nicht hätten abgeschlossen werden können, habe diese auf eigenes Risiko vorgenommen und seien beim Entscheid über die Konzessionsvergabe nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen habe auch Radio 1 erhebliche Investitionen getätigt, welche bei einer Nichtkonzessionierung dahinfallen würden, und es beschäftige ebenfalls eine beträchtliche Anzahl Mitarbeitende.

16.2 Die bei der Konzessionsvergabe zu berücksichtigenden Kriterien sind in Art. 45 Abs. 3 RTVG aufgezählt. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung ist dabei nicht erwähnt. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV hat allerdings je-

des staatliche Verhalten verhältnismässig zu sein. Es ist damit zu prüfen, ob Art. 45 Abs. 3 RTVG Raum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung lässt beziehungsweise ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Abweichen von den in dieser Bestimmung aufgestellten Kriterienordnung gebietet.

16.3 Es steht dem Gesetzgeber frei, die Kriterien zu definieren, anhand derer die Verhältnismässigkeitsprüfung zu erfolgen hat. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist gegenüber Bundesgesetzen aufgrund des Massgeblichkeitsgebots von Art. 191 BV nur insoweit durchsetzbar, als das Bundesgesetz so offen ist, dass es in Übereinstimmung mit dem Grundsatz von Art. 5 Abs. 2 BV angewendet werden kann (YVO HANGARTNER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, N. 39 zu Art. 5). Es ist damit auf dem Wege der Auslegung zu prüfen, ob das Gesetz neben den ausdrücklich genannten die Verhältnismässigkeit als weiteres Kriterium zulässt.

16.4 Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. für diesen auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 6). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische, teleologische und zeitgemässe Methode) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1 S. 212 f.).

16.4.1 Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Aus dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 3 RTVG ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass neben den Genannten weitere Kriterien zu berücksichtigen sein sollen. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie dem vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft

getretenen RTVG kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln.

16.4.2 Der Gesetzgeber hat die Konzessionen bewusst befristet ausgestaltet und keinen Anspruch auf Erneuerung der Konzession vorgesehen. Die Radio- und Fernsehlandschaft soll in angemessenen Zeiträumen überprüft werden können und eine gewisse Offenheit für neue Veranstalter aufweisen. Bei der Erteilung der Konzessionen steht nicht der Schutz von Investitionen der Anbieterinnen im Vordergrund, sondern die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages. In diesem Zusammenhang spielen die bisherigen Leistungen gemäss den Ausführungen in der Botschaft zum RTVG (BBl 2003 1710 f.) nur eine Rolle, soweit sie bei der Beantwortung der Frage, wer den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen mag, ins Gewicht fallen. Den kommerziellen Interessen der Veranstalter wird insofern Rechnung getragen, als die Konzessionen auf eine bestimmte Dauer erteilt werden und so eine gewisse Planungssicherheit erlauben.

Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und dem Willen des Gesetzgebers sollen die von der Beschwerdeführerin angeführten Interessen also gerade nicht massgebend sein. Für eine Verhältnismässigkeitsprüfung würde damit höchstens subsidiär – das heisst wenn die im Gesetz vorgesehenen Kriterien nicht zu einem Ergebnis führen – Raum bestehen.

Festzuhalten ist zudem, dass selbst bei Vornahme einer Verhältnismässigkeitsprüfung keine entscheidenden Vorteile für die Beschwerdeführerin ersichtlich wären. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch sämtliche Beschwerdegegnerinnen haben Investitionen getätigt sowie eine beträchtliche Hörschaft aufgebaut. Alle Bewerberinnen beschäftigen zudem eine erhebliche Anzahl Angestellte.