

# bratschi wiederkehr & buob

Zürich  
Bern  
St. Gallen  
Basel  
Zug

Postfach 1130, CH-8021 Zürich

## Einschreiben

Bundesamt für Kommunikation BAKOM  
Zukunftsstrasse 44  
2501 Biel

Isabelle Häner  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin

Bahnhofstrasse 106  
Postfach 1130  
CH-8021 Zürich  
Telefon +41 58 258 11 00  
Fax +41 58 258 11 99  
isabelle.haener@bratschi-law.ch  
www.bratschi-law.ch

im Anwaltsregister eingetragen  
102166 | JHA | 0000067.000

Zürich, 30. November 2009

## Anhörung zum Gesuch der Music First Network AG um wirtschaftlichen Übergang der Konzession von RMC auf Radio Z AG (Radio Energy)

Sehr geehrter Herr Dr. Dumermuth  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 6. November 2009 haben Sie den Interessierten und Mitbetroffenen bis zum 30. November 2009 Gelegenheit eingeräumt, zur ersuchten Genehmigung zur Konzessionsübertragung für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil für die Region Zürich (Nr. 24) Stellung zu nehmen. Davon mache ich namens und im Auftrag von Radio Zürisee innert Frist sehr gerne Gebrauch.

### 1. Umgehung des Ausschreibungsverfahrens

Bereits mit Schreiben vom 20. Oktober 2009 habe ich mir erlaubt, zu diesem - damals bloss gerüchtehalber im Raum stehenden - Sachverhalt Stellung zu nehmen. Die Bedenken gehen dahin, dass es sich bei der von RMC an Radio Energy vorgenommenen Konzessionsübertragung um eine Umgehung des Ausschreibungsverfahrens handelt. Im Versorgungsgebiet Nr. 24 wäre Radio Energy – hätte es sich um eine solche Konzession beworben – ebenso unterlegen wie im Versorgungsgebiet Nr. 23, weil Radio 1 im Versorgungsgebiet Nr. 24 ebenfalls mitgeboten und den zweiten Platz nach Radio RMC errungen hat. Da das Gesuch von Radio 1 im Versorgungsgebiet Nr. 23 besser beurteilt wurde, hätte mit anderen Worten im Ausschreibungsverfahren für das Versorgungsgebiet Nr. 24 Radio Energy ebenfalls den Platz hinter Radio 1 belegt. Art. 45 Abs. 3 RTVG wird jedoch verletzt, wenn Radio Energy mit seinem Programm, mit welchem es im Ausschreibungsverfahren insbesondere gegen Radio 1 unterlag, im Versorgungsgebiet Nr. 23 auf den ersten

Platz rücken und weitersenden kann. Art. 45 Abs. 3 RTVG verlangt, dass die Konzession demjenigen Bewerber zu erteilen ist, welcher den Leistungsauftrag am besten erfüllt. Die Tatsache, dass Radio Energy im Versorgungsgebiet Nr. 23 auf dem letzten Platz gelandet ist, zeigt aber, dass Radio Energy den Leistungsauftrag gerade nicht besten, sondern am schlechtesten erfüllt.

Ein Vergleich des ursprünglichen Gesuchs von RMC im Ausschreibungsverfahren für das Versorgungsgebiet Nr. 23 zeigt deutlich, dass auch RMC weit besser abschnitt als Radio Energy. Dies trifft namentlich für die Kriterien der Qualitätssicherung, der Aus- und Weiterbildung, der Programmschaffenden sowie bezüglich des Mindestlohnes zu. In Bezug auf die Outputfaktoren wurde RMC vorab beim Vielfaltsgebot und den Sendungsarten besser qualifiziert.

Radio Energy hat für das vorliegende Verfahren seine Gesuchsunterlagen zwar angepasst. Inwiefern diese nunmehr jedoch zumindest gleich wie diejenigen von RMC bewertet werden können, erscheint jedoch sehr fraglich. An dieser Stelle sind die folgenden, relevanten Punkte zu vermerken (es ist zu beachten, dass nicht sämtliche Gesuchsunterlagen öffentlich gemacht wurden):

- Die Qualitätssicherung wurde im Konzessionsverfahren für das Versorgungsgebiet Nr. 24 bei RMC besser bewertet als bei Radio Energy. Radio Energy weist in seinem vorliegend zu beurteilenden Gesuch jedoch darauf hin, dass es an der ursprünglichen Qualitätssicherung festhalte.
- Bei der Aus- und Weiterbildung hat Radio RMC im Konzessionsgesuch für das Sendegebiet Nr. 23 einen Betrag von CHF 100'000 eingesetzt, Radio Energy jedoch bloss CHF 50'000. Neu will Radio Energy CHF 60'000.- aufwenden, während RMC für das Konzessionsgebiet Nr. 24 bereits für das erste Jahr CHF 78'000.- angab (vgl. publizierte Beilage zum Konzessionsgesuch für das Versorgungsgebiet Nr. 23 und 24).
- In Bezug auf die Anzahl Programmschaffende gab Radio Energy im Verfahren für das Versorgungsgebiet Nr. 23 14.4 Stellenprozente an, während RMC mit 21 Stellenprozenten rechnete. Inwiefern die dem Übertragungsgesuch von Radio Energy neu zugrunde gelegte Berechnung tatsächlich zutrifft und ob neu 23.8 anrechenbare Vollzeitstellen geschaffen werden, wird das BAKOM zu beurteilen haben. Tatsache ist jedenfalls, dass Radio Energy im Ausschreibungsverfahren weit schlechter abschnitt als Radio RMC.
- Beim Mindestlohn hat Radio Energy im Übertragungsgesuch im Vergleich zum Konzessionsgesuch ebenfalls Korrekturen angebracht und sichert nunmehr einen Mindestlohn von CHF 5'200.- brutto zu. Dies ändert aber ebenfalls nichts daran, dass Radio Energy im Konzessionsverfahren weit hinter RMC zurückfiel.
- Was das Vielfaltsgebot angeht, so schnitt Radio RMC ebenfalls weit besser ab als Radio Energy. Im ergänzten Redaktionshandbuch wird zwar beteuert, dem Vielfalts-

gebot Rechnung zu tragen. Indessen geht daraus nicht hervor, mit welchen Mitteln im Einzelnen dies verwirklicht werden soll.

- Schliesslich wurden auch die Sendungsarten bei Radio Energy im Gesuchsverfahren Nr. 23 schlechter beurteilt als bei Radio RMC, auch wenn Radio Energy darauf verweist, nunmehr Sondersendungen auch bei Wahlen und Abstimmungen zu veranstalten. Ein Vergleich mit dem Gesuch von Radio RMC zeigt indessen, dass dieses Gesuch weit substantiierter ausfällt als das Übertragungsgesuch von Radio Energy. Im Konzessionsgesuch von RMC auch für das Versorgungsgebiet Nr. 24 werden besondere Info-Magazine aufgezählt (S. 16), es wird ausgeführt, dass der Fokus auf das Lokale gerichtet wird und in Bezug auf die Musik den Schweizer und Zürcher Produzenten und Künstlern ein hoher Stellenwert eingeräumt werden soll. Ferner fallen die besonderen Magazine auf (S. 19), worin über diverse Themen auch technischer Natur berichtet werden sollte. Schliesslich - und dies scheint gleichermassen besonders augenfällig - wollte RMC im Gegensatz zu Energy überhaupt nicht ein besonders junges Publikum, sondern ein solches zwischen 30 und 60 erreichen, und dem gesprochenen Wort einen besonderen Platz einräumen. Soweit ersichtlich soll nun aber das ebenfalls zu RMC gehörende Jugendradio 105 mit Radio Energy Programme austauschen, was dem ursprünglichen Programmkonzept von Radio RMC diametral entgegensteht.

Insgesamt zeigt sich, dass Radio Energy in erster Linie sein bisheriges Radiokonzept weiterverfolgen wird, ohne dass es erhebliche Anpassungen an dasjenige von RMC vornimmt, geschweige denn, dass es dessen Konzept übernehmen würde, namentlich hinsichtlich der Kriterien, in welcher Radio Energy schlechter abschnitt als RMC. RMC hat im Ausschreibungsverfahren ein ganz anderes Radioprogramm mit einem gänzlich anderen Zielpublikum angeboten als Radio Energy. Namentlich in qualitativer Hinsicht ist das Programm demjenigen von RMC nicht ebenbürtig. Dies ist umso mehr der Fall, als das nunmehr ins Recht gelegte Redaktionshandbuch bloss als Ergänzung zu demjenigen zu verstehen ist, welches bei Radio Energy schon immer massgebend war. Dieses neu verfasste Redaktionshandbuch begnügt sich jedoch damit, in allgemeiner Weise den Leistungsauftrag und die Umschreibung der Outputkriterien zu wiederholen. Radio Energy könnte nur dann die gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG vorausgesetzte beste Erfüllung des Leistungsauftrages zugestanden werden, wenn Radio Energy die Konzepte wie auch das Programm von RMC in Bezug auf den Informationsgehalt in politischer, wirtschaftlicher, kultureller und gesellschaftlicher Hinsicht übernehmen und allenfalls noch verbessern würde. Das ist jedoch nicht der Fall.

Damit liegt offensichtlich eine Umgehung der Ausschreibung vor. Radio Energy vermag nicht darzulegen, dass es ein dem Programm von Radio RMC qualitativ gleichwertiges Radioprogramm veranstalten wird. Demzufolge kann Radio Energy auch nicht den ersten Platz im Versorgungsgebiet Nr. 24 eingeräumt werden. Darauf läuft jedoch die Übertragung der Konzession heraus.

## 2. Verletzung des Gebots der Wettbewerbsneutralität

Die Ausschreibung von Konzessionen erfolgt auch deshalb, um dem Gebot der Wettbewerbsneutralität gemäss Art. 27 und 95 BV Rechnung zu tragen. Ebenso sind die Konzessionsbedingungen so auszugestalten, dass zwischen den Konzessionären keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

Auch gestützt auf das Gebot der Wettbewerbsneutralität muss die Genehmigung zur Übertragung der Konzession jedoch verweigert werden. RMC betreibt weitere Radios, insbesondere das in der Stadt Zürich über UKW ausgestrahlte Jugendradio 105. RMC wird für die Übertragung der Konzession von Radio Energy - oder von Ringier - eine erhebliche Geldzahlung wohl im Betrag von mehreren Millionen erhalten. Damit wird das Medienunternehmen RMC in einem Ausmass gestärkt, wie dies ohne den Konzessionsverkauf gar nicht möglich gewesen wäre. Mithin hat die Praxis des BAKOM, nach dem rechtskräftigen Entscheid über die Ausschreibung Konzessionsübertragungen zuzulassen, zur Folge, dass die Programmveranstalter bei Ablauf von Konzessionen leichtfinanziert beschaffen können. Ein Unternehmen, das Finanzmittel benötigt, kann sich für Konzessionen bewerben, ein qualitativ hochstehendes Radioprogramm und eine ebenso qualitativ hochstehende interne Organisation versprechen, so dass der Zuschlag für die Konzession erteilt wird, und diese nachträglich in Millionenhöhe veräussern. Mit dieser Praxis wird mit anderen Worten auch rechtsmissbräuchliches Verhalten gefördert.

Das BAKOM wollte ursprünglich die ehemalige Frequenz 100.9 MHz von Radio Energy Radio RMC zuweisen und RMC erst nach rund 4 Monaten auf dieser Frequenz senden lassen. Damit beabsichtigte das BAKOM, den Übergang möglichst wettbewerbsneutral auszugestalten. Nunmehr plant Energy - wie man auch den Medien entnehmen konnte - jedoch einen nahtlosen Übergang ohne Frequenzwechsel. Damit müssen die Hörerinnen und Hörer nicht einmal ihre Geräte umschalten. Radio Zürisee hingegen wird mit dem Wechsel vom Albis auf den Üetliberg seine Frequenz wechseln und damit einen Hörerverlust in Kauf nehmen müssen. Im Hinblick darauf, dass auch Radio 24 seine Frequenz beibehalten kann, wiegt der Wettbewerbsnachteil für Radio Zürisee um so schwerer. Aus diesem Grund - sollte das BAKOM die Konzessionsübertragung trotz den Bedenken gemäss Abschnitt 1 und 2 genehmigen - ist jedenfalls die verzugslose Weiterverwendung der Frequenz von 100.9 MHz zu verweigern.

## 3. Eventualiter: Sicherstellung der Sendengebiete

Sollte das BAKOM die Konzessionsübertragung genehmigen, ist es zudem unabdingbar, dass Radio Energy seine neu gewonnene Position nicht in unzulässiger Weise missbraucht. Radio Energy verfügt über verschiedene Sendestandorte, welche der Abdeckung des Versorgungsgebietes Nr. 23 dienen, so in Feusisberg, Geltwil, Buchberg und Neuhausen. Diese Sendestandorte wird Radio Energy nicht verkaufen. Ferner will Radio Energy Minilinks zwischen Uetliberg, Uster Buechholz und Bachtel sowie zwischen Mollis, Netstal und Ennenda Augsten Bärenboden erstellen. Es entspricht der Absicht des BAKOM, dass die Sendestandorte und Minilinks von allen Radios gemein-

sam genutzt werden können, weshalb Radio Energy auch einen Förderbeitrag von CHF 80'000.- erhielt.

Die Gefahr ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass Energy versuchen wird, mittels seiner Sendestandorte ausserhalb des Versorgungsgebietes Nr. 24 in das Versorgungsgebiet Nr. 23 einzudringen und über diese zu senden. Es ist nicht sichergestellt, dass Energy die beabsichtigte Mitbenützung der Minilinks gegenüber den Mitkonkurrenten nicht als Druckmittel einsetzen wird, dass sich diese gegen eine Ausdehnung des Konzessionsgebietes nicht zur Wehr setzen, indem Radio Energy entweder den Zugang zu den Minilinks überhaupt verweigert oder überhöhte Preise verlangt, wogegen alsdann nur der mühsame Rechtsweg bleiben würde. Demgemäss hat das BAKOM sicherzustellen, dass das Sendegebiet für das Versorgungsgebiet Nr. 24 strikt beachtet und keinesfalls erweitert wird. Ferner wird das BAKOM sicherzustellen haben, dass der mit Steuergeldern finanzierte Technologieförderungsbeitrag nicht wettbewerbsverzerrend eingesetzt wird.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Genehmigung zur Übertragung der Konzession von RMC auf Radio Energy zu verweigern ist. Diese Konzessionsübertragung stellt eine Umgehung des Ausschreibungsverfahrens dar, welches in diesem Jahr rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Radio Energy kann bereits deshalb nicht an die Stelle von RMC treten, weil Radio Energy sein im Ausschreibungsverfahren unterlegenes Radioprogramm im Wesentlichen weiterführen und nicht das hochwertigere Programm von RMC übernehmen oder zumindest etwas gleichwertiges anbieten wird. Auch ist die Wettbewerbsverzerrung, welche durch diesen Konzessionshandel entsteht, augenscheinlich. Radio RMC hat sich damit Finanzmittel beschaffen können, die es nunmehr für seine anderen Programme verwenden kann.

Sollte das BAKOM der Übertragung dennoch zustimmen, hat es jedenfalls dafür zu sorgen, dass Energy nicht auf der bisherigen Frequenz weitersenden kann. Zudem ist sicherzustellen, dass Energy als Eigentümerin von Sendestandorten die darauf angewiesenen Radios nicht in unzulässiger Weise benachteiligt.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner