



Einschreiben mit Rückschein

Südostschweiz Radio/TV AG
Comercialstrasse 22
7000 Chur

Einschreiben mit Rückschein

Stefan Lechmann
Rechtsanwalt, Portner, Lechmann & Suenderhauf
Postfach 545
Gäuggelistrasse 16/Brunnenhof
7002 Chur

Referenz/Aktenzeichen: 1000288857

Bern, 29. Januar 2010

Zwischenverfügung

**des Eidgenössischen Departements für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK**

in Sachen

Südostschweiz Radio AG, Comercialstrasse 22, 7000 Chur

und

**Dr. Roger Schawinski, Daniel Sigel und Stefan Bühler, Radio
Südost AG (in Gründung)**

vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Lechmann, Portner, Lech-
mann & Suenderhauf, Postfach 545, Gäuggelistrasse
16/Brunnenhof, 7002 Chur

betreffend

**Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren betreffend Erteilung
einer Konzession mit Leistungsauftrag mit Gebührenanteil
betreffend das Versorgungsgebiet Nr. 32 gemäss Anhang 1,
Ziffer 4 zur RTVV**

A Verfahrensgeschichte

Gestützt auf Artikel 45 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG)¹ sowie Artikel 43 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV)² schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) am 4. September 2007 41 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen sowie 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen in der Schweiz aus. Das BAKOM veröffentlichte den Ausschreibungstext im Bundesblatt³ und zusammen mit weiteren Begleitdokumenten unter www.bakom.admin.ch. Der Termin zur Einreichung der Bewerbungen wurde auf den 6. Dezember 2007 festgesetzt.

Die ausgeschriebenen Konzessionen betrafen die Versorgungsgebiete, welche der Bundesrat am 4. Juli 2007 definiert hatte (vgl. Anhang 1 bzw. 2 zur RTVV). Sie gewähren ihren Inhaberinnen einen Zugang zur benötigten Verbreitungsinfrastruktur. 21 dieser Konzessionen berechtigen ausserdem zu einem im Voraus vom UVEK festgelegten jährlichen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühr. Für das Versorgungsgebiet Nr. 32 gemäss Anhang 1, Ziffer 4 zur RTVV beträgt der mit der Konzession verbundene Gebührenanteil 2'227'712 Franken.

Im Versorgungsgebiet Nr. 32 reichten die Südostschweiz Radio/TV AG (hiernach auch Südostschweiz Radio AG) und Radio Südost AG (hiernach auch Radio Südost) ihre Bewerbungen um die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet Nr. 32 gemäss Anhang 1, Ziffer 4 zur RTVV beide am 6. Dezember 2007 ein.

Am 31. Oktober 2008 erteilte das UVEK die Konzession an die Südostschweiz Radio AG.

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2008 reichte Radio Südost beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügung ein. Es wurde die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an Radio Südost beantragt.

Mit Urteil vom 3. Dezember 2009 hob das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung des UVEK auf und wies die Sache zur Prüfung der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG ans UVEK zurück.

Am 22. Dezember 2009 reichte die Südostschweiz Radio AG bzw. das von ihr betriebene Radio Grischa beim BAKOM ein „Gesuch um Erteilung der Konzession für die Region bzw. um den Erlass einer Übergangsregelung“ ein. Auf entsprechende Nachfrage teilte Radio Grischa mit, das Gesuch könne so nicht an Radio Südost weitergeleitet werden, da es Geschäftsgeheimnisse enthalte.

¹ SR 784.40, vgl. www.admin.ch/ch/d/sr/c784_40.html

² SR 784.401, vgl. www.admin.ch/ch/d/sr/c784_401.html

³ BBI 2007 6229

Mit Schreiben vom 5. Januar 2010 informierte das BAKOM die Parteien über das weitere Vorgehen und instruierte das Verfahren (Fristansetzungen, Gewährung des rechtlichen Gehörs). Beiden Parteien wurde Gelegenheit gegeben, ein (vernehmlassungsfähiges) Gesuch um eine Übergangsregelung einzugeben.

Am 8. Januar 2010 reichte die Südostschweiz Radio AG ein Gesuch um eine Übergangsregelung ein, welches der Gegenpartei zur Stellungnahme weitergeleitet wurde. Diese traf fristgerecht beim BAKOM ein. Radio Südost reichte kein eigenes Gesuch ein.

Im Rahmen seiner Instruktionstätigkeit verlangte das BAKOM bei Radio Grischa mit Schreiben vom 18. Januar 2010 weitere Informationen, welche fristgerecht eintrafen.

B Erwägungen

1 Formelles

1.1 Zuständigkeit

Beide Parteien bewerben sich im Hauptverfahren um eine Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil im Sinne von Artikel 38 RTVG. Zuständige Behörde für die Erteilung der Veranstalterkonzessionen ist gemäss Artikel 45 Absatz 1 RTVG das UVEK (Konzessionsbehörde).

Beide Parteien verweisen in ihren Eingaben auf folgenden Passus des sie betreffenden Rückweisungs-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009: „Die Vorinstanz wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheids zu prüfen haben.“

Die Frage nach der Rechtsnatur einer Übergangskonzession (welche von der Südostschweiz Radio AG zumindest sinngemäss angestrebt wird) wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-3129/2008 vom 19. März 2009 betreffend eine telekommunikationsrechtliche Streitigkeit als „vorsorgliche Massnahme im Rahmen der Erteilung neuer Mobilfunkkonzessionen“ eingestuft (Erw. 1.2.1). Vgl. dazu auch die Ausführungen in 2.1.2.2.

Das RTVG kennt im Zusammenhang mit dem Konzessionierungsverfahren keine Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen. Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Mai 1968 (VwVG) enthält ebenfalls keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung provisorischer Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, dies im Unterschied zum Beschwerdeverfahren (Art. 56 VwVG). Vorsorgliche Massnahmen können aber von Amtes wegen oder auf Begehren getroffen werden. Dies verlangt das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rn 1090; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rn 332).

Da die Hauptsache in den Zuständigkeitsbereich des UVEK fällt, ist dieses auch zuständig für die Prüfung der Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S.

368). Dies ergibt sich auch aus der bereits weiter oben zitierten Urteils Passage des Bundesverwaltungsgerichts und wird auch von Radio Südost anerkannt.

1.2 Eintreten

Es liegt ein Gesuch der Südostschweiz Radio AG vor, welches unverzüglich nach der Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts eingereicht wurde und klare Anträge beinhaltet. Das UVEK wurde des Weiteren vom Bundesverwaltungsgericht angewiesen, die Notwendigkeit einer Übergangsregelung zu prüfen. Auf das Gesuche um prozessleitende vorsorgliche Massnahmen wird daher eingetreten.

2 Materielles

2.1 Beantragte Massnahmen

2.1.1 Gesuch der Südostschweiz Radio AG

Das Hauptbegehren des Gesuchs der Südostschweiz Radio AG lautet wie folgt: *„Heute bestreiten Radio Grischa und Radio Engiadina das Gebiet des Kantons Graubünden exklusiv das Misox und das St. Gallische Rheintal zwischen Bad Ragaz und Walenstadt. Die heutigen Konzessionen von Radio Grischa und Radio Engiadina umfassen damit 219'502 Einwohner oder 80,33% der 273'234 Einwohner, welche im Gebiet des neuen, durch den Kanton Glarus und das Misox vergrösserten Konzessionsgebiets leben. Wir schlagen vor, dass dieses Verhältnis den Schlüssel für die Übergangsregelung rückwirkend auf den 3. Dezember 2009 bildet.“*

Eventualiter beantragt Radio Grischa, das Gebührensplitting nach seiner noch gültigen Konzession aus dem Jahr 2004 anzupassen. Die Begrenzung des Gebührenanteils solle „von 30% und 50% der Betriebskosten von Radio Grischa und Radio Engiadina kumuliert angehoben“ werden.

2.1.2 „Übergangskonzession“ als vorsorgliche Massnahme?

2.1.2.1 Ausgangslage

Die Südostschweiz Radio AG verfügt gegenwärtig über zwei altrechtliche Konzessionen: Radio Grischa veranstaltet im nördlichen Teil des neu definierten Versorgungsgebiets 32 (ohne Kanton Glarus) seit Dezember 1988 auf der Basis des Bundesgesetzes über Radio von Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG 1991) ein Radioprogramm mit Gebührenanteil. Im südlichen Teil des genannten Versorgungsgebiets (ohne das Misox) veranstaltet Radio Engiadina ein entsprechendes Radioprogramm. Die geltenden Konzessionen datieren vom 22. Dezember 2004. Sie wurden mit Schreiben vom 24. September 2007 gekündigt. Zum Zeitpunkt dieser Verfügung gelten die altrechtlichen Konzessionen weiter, da die Kündigungen auf das Ende des dritten Kalendermonats, der auf den rechtskräftigen Konzessionsentscheid folgt, ausgesprochen wurden – und ein solcher nach dem Rückweisungs Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch aussteht. Auf der Basis seiner altrechtlichen Konzession erhält Radio Grischa derzeit 703'929 und Radio Engiadina 434'557 Franken Gebührensplitting, total 1'138'486 Franken.

Die Südostschweiz Radio AG beantragt nun in ihrem Hauptbegehren, es seien ihr im Sinne einer Übergangslösung bereits Splittingbeträge auf der Basis des total revidierten RTVG von 2006 auszubezahlen.

Da ein solches Splitting einzig auf der Basis von Art. 38ff. RTVG i.V.m. Anhang 1 bzw. 2 zur RTVV und Anhang 1, Ziffer 4 zur RTVV ausbezahlt werden könnte, ist vorab zu prüfen, ob eine provisorische neurechtliche Konzessionierung als Übergangslösung bis zum Abschluss des regulären Konzessionsverfahrens rundfunkrechtlich überhaupt möglich ist.

2.1.2.2 Rechtsgrundlagen, Lehre und Praxis

Provisorische Konzessionen sind vom RTVG zwar ebenso wenig ausdrücklich vorgesehen wie vorsorgliche Massnahmen im Konzessionsverfahren. Dies macht auch Radio Südost in ihrer Stellungnahme zum Gesuch der Südostschweiz Radio AG geltend und stellt eine gesetzliche Grundlage für eine Übergangslösung in Abrede.

Vorsorgliche Massnahmen sind indessen unter gewissen Voraussetzungen auch im erstinstanzlichen Verfahren ohne explizite gesetzliche Grundlage zulässig (vgl. die Ausführungen in B/ Ziff. 1.1. dieser Verfügung). Für ein qualifiziertes Schweigen und damit den bewussten Ausschluss von vorsorglichen Massnahmen im rundfunkrechtlichen Konzessionsverfahren finden sich keine Indizien, im Gegenteil:

Art. 86 Abs. 4 RTVG enthält ein Verbot vorsorglicher Massnahmen, das sich aber explizit auf Verfahren der Programmaufsicht beschränkt. Ein solches spezifisches Verbot macht nur Sinn, wenn man davon ausgeht, dass in den übrigen Bereichen des RTVG vorsorgliche Massnahmen möglich sind. Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569 ff., S. 1737).

Art. 45 RTVG hält fest, dass das Bundesamt die Konzessionen „in der Regel“ öffentlich ausschreibt. Diese Formulierung, welche in gewissen Konstellationen eine Konzessionserteilung auch ohne öffentliche Ausschreibung zulässt, wurde in den Räten kontrovers diskutiert (vgl. AB 2004 N 126 f., AB 2005 S 92, AB 2005 N 1129 f.) und schliesslich im Sinne der heutigen Regelung entschieden. Nach Auffassung des Parlaments kann es in Ausnahmefällen „sehr wohl richtig und gut sein“, dass man nicht ausschreibt (vgl. Votum Escher, AB 2005 S 92).

In der Praxis sind vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Anwendung des total revidierten RTVG bereits verschiedentlich angeordnet worden. Im Urteil A-6043/2007 vom 8. Oktober 2007 in Sachen U1 TV und Cablecom schützte das Bundesverwaltungsgericht vorsorgliche Massnahmen im Fernsehbereich ausdrücklich.

Vor diesem Hintergrund fällt nach Auffassung des UVEK grundsätzlich auch eine provisorische Konzessionierung als vorsorgliche Massnahme in Betracht. Im bereits zitierten Urteil A-3129/2008 in Sachen Sunrise gegen ComCom befasste sich das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer Überprüfung von vorsorglichen Massnahmen ausführlich mit den Bestimmungen einer „provisorischen Konzession“, ohne deren bloss provisorischen Charakter, welcher im FMG ebenfalls nicht explizit vorgesehen ist, grundsätzlich in Frage zu stellen. In Erw. 1.2.1 führt das Gericht aus: „Da sich die Verfahren zur Erteilung neuer Mobilkonzessionen verzögerten, drohte nach dem Ablauf der bisherigen Konzessionen ein konzessionsloser Zustand, der dazu geführt hätte, dass in der Schweiz keine Mobilfunkdienstleistungen mehr hätten erbracht werden können. Um diesem – offensichtlich öffentlichen Interessen zuwiderlaufenden – Ergebnis vorzubeugen, erteilt die Vorin-

stanz die vorliegend umstrittene provisorische Konzession. Obwohl nicht als solche bezeichnet, ist die angefochtene provisorische Konzession damit als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung neuer Mobilfunkkonzessionen zu betrachten.“

2.1.2.3 Ergebnis

In Anbetracht der Tatsache, dass die von der Südostschweiz Radio AG beantragte Übergangslösung nur auf der Basis einer – wenn auch nur provisorisch erteilten – neurechtlichen Konzession möglich ist, eine solche vom Gesetzgeber nicht a priori ausgeschlossen wurde und das Bundesverwaltungsgericht eine provisorische Konzessionserteilung als möglichen Inhalt einer vorsorglichen Massnahme eingestuft hat, kommt das UVEK zum Schluss, dass die Erteilung einer Übergangskonzession als vorsorgliche Massnahme ohne Ausschreibung aus rechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig ist.

2.2 Erteilung von nur einer Übergangskonzession möglich

Gemäss Art. 38 Abs. 3 RTVG darf pro Versorgungsgebiet nur eine Konzession mit Gebührenanteil erteilt werden. Dies muss sinngemäss auch bei der Erteilung einer provisorischen Konzession im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen gelten. Vorliegend liegt auch nur ein entsprechendes Gesuch vor – im Übrigen wäre im Radiobereich aufgrund der Knappheit der zur Verfügung stehenden Frequenzen gar keine zweite Übergangskonzession denkbar.

2.3 Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen und deren Erfüllung durch die Parteien

2.3.1 Grundlagen

Die Südostschweiz Radio AG verlangt zumindest sinngemäss die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Es sind demnach die Voraussetzungen solcher Massnahmen zu prüfen und das Gesuch ist im Lichte dieser Voraussetzungen zu beurteilen.

Vorsorgliche Massnahmen regeln die Rechtslage für die Dauer eines Prozesses. Sie zielen darauf ab, die Wirksamkeit der zu erlassenden Verfügung sicherzustellen (Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rn 1089 ff.). Die Lehre unterscheidet zwischen sichernden Massnahmen, welche einen Zustand vorläufig aufrechterhalten, und gestaltenden Massnahmen, mit welchen die Rechte und Pflichten der Verfügungsadressaten vorweg geregelt werden. In erstinstanzlichen Verfahren werden regelmässig gestaltende Massnahmen ergriffen (Kölz/Häner, a.a.O., Rn. 332).

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden. Die Anordnung der Massnahme muss dringlich sein. Der Verzicht auf die Massnahme würde für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Ausserdem ist erforderlich, dass eine Abwägung der gegenüberstehenden Interessen zugunsten des einstweiligen Schutzes ausschlägt und dieser verhältnismässig erscheint (vgl. Häner, a.a.O., S. 322 ff.). Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Die Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt in einem summarischen Verfahren, welches sich auf die vorhandenen Akten stützt (Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rn 1093; BGE 127 II 132 ff., S. 141 Erw. 4d). Dabei kann die

Prognose hinsichtlich der Hauptstreitigkeit vor allem dann berücksichtigt werden, wenn sie eine klare Tendenz erkennen lässt (BGE 127 II 132 ff., S. 137 f. E. 3).

2.3.2 Dringlichkeit

Bezüglich der Dringlichkeit ist zu klären, ob mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis das Verfahren durchlaufen ist.

Die Südostschweiz Radio AG begründet ihr Gesuch mit der angespannten wirtschaftlichen Lage bei den von ihr betriebenen Radios Grischa und Engiadina. Einzig die Aussicht, dass ein neues Radio- und Fernsehgesetz mit einem höheren Gebührenanteil die Veranstaltung eines Lokalradios für Graubünden ermögliche, habe die Eigentümerin der Radios, die Südostschweiz Medien AG, dazu bewogen, die Radios weiterzuführen und die Defizite weiterhin zu decken.

In ihrem Schreiben vom 22. Dezember 2009 an das BAKOM spricht die Südostschweiz Radio AG auch die Möglichkeit weiterer Einsparungen oder eine „temporäre Einstellung der Sender“ an. Die Möglichkeit des letzteren Schrittes war schon in einem früheren Schreiben vom 11. November 2009 an das BAKOM thematisiert worden. Nach Einschätzung des UVEK sind ein baldiger Abbau von redaktionellen Leistungen bei Radio Grischa und Engiadina einhergehend mit Personalkürzungen oder gar einer temporären Einstellung des Betriebs aufgrund der erneuten Verlängerung des Konzessionsverfahrens durchaus realistische Szenarien.

Damit würde namentlich auch der regionale Service public im Versorgungsgebiet 32 gefährdet. Zwar wird das Gebiet zumindest teilweise mit spezifischen Radioprogrammen der SRG versorgt, doch der Abbau oder gar die vorübergehende Einstellung eines lokalen Privatradios würde das duale Mediensystem und damit einen umfassenden Service public im Versorgungsgebiet 32 zumindest temporär gefährden. Eine Reduktion bzw. gänzliche Einstellung des Sendebetriebs von Radio Grischa und Engiadina wäre zwar mit der altrechtlichen Konzession nicht zu vereinbaren und würde aufsichtsrechtliche Massnahmen nach sich ziehen. Allerdings stünde es den Radios auch frei, die bereits gekündigte Konzession zurückzugeben. Aus Sicht eines regionalen Service public sind solche Schritte sicher nicht erwünscht.

Ergebnis: Ohne eine im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen verfügte Übergangslösung ist der vom Gesetzgeber angestrebte regionale Service public im Radiobereich im Versorgungsgebiet 32 gefährdet. Insbesondere auch wegen drohenden Sparmassnahmen bei Radio Grischa und Engiadina und den damit einhergehenden bevorstehenden Reduktionen programmlicher Leistung und Personal ist die Dringlichkeit einer Übergangslösung zu bejahen.

2.3.3 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist möglich, wenn glaubhaft gemacht wird, dass dem Gesuchsteller ohne diese Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Es geht darum, die Schaffung von Zuständen zu vermeiden, die sich gar nicht mehr oder nicht mehr leicht im Sinne der Endentscheidung ändern lassen und dementsprechend die Wirksamkeit des Entscheides vereiteln (Häner, a.a.O., Rn 103).

Bei Ausbleiben einer Übergangsregelung ist für die Radios Grischa / Engiadina und insbesondere für deren Mitarbeitende mit einschneidenden Konsequenzen zu rechnen. Es müsste von Kündigungen ausgegangen werden, welche die Mitarbeitenden gerade in den heutigen wirtschaftlich angespannten Zeiten hart treffen würden. Die zu erwartenden Nachteile dürften auch hier nicht leicht wieder gut gemacht werden können. Zudem ist fraglich, ob das wirtschaftliche Überleben von Radio Grischa / Engiadina mit einem Programmabbau oder gar einer temporären Einstellung des Senders langfristig tatsächlich gesichert wäre. Die Erfahrung hat gezeigt, dass sich eine Reduktion der Programmleistungen negativ auf die Reichweite eines Senders und damit auch auf die Werbeeinnahmen auswirkt. Solche Vertrauens- und Reichweitenverluste lassen sich – wenn überhaupt - nur schwer und langfristig wieder aufbauen.

Das Ausbleiben einer Übergangskonzession mit dem zu erwartenden Abbau bei Radio Grischa / Engiadina würde aber auch aus Sicht der Hörerinnen und Hörer nicht wieder gutzumachende Nachteile zur Folge haben. Eine stark reduzierte Service-public-Leistung im Lokalradio kann nicht einfach durch andere Medien substituiert werden. Ein wichtiger Bestandteil der politischen Willensbildung würde während einer längeren Zeit ersatzlos gestrichen, obschon dafür weiterhin Empfangsgebühren bezahlt werden müssten. Der nach der definitiven Konzessionierung zu erwartende Ausbau der Service-public-Leistungen würde die „Versorgungslücke“ während des Verfahrens ebenfalls nicht zu schliessen vermögen.

Demgegenüber sind für Radio Südost bei Erteilung einer Übergangskonzession an die Südostschweiz Radio AG keine nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zu erwarten. Radio Südost wäre kaum willens oder in der Lage, bei einer allfälligen Sendeeinstellung von Radio Grischa / Engiadina während des Konzessionsverfahrens kurzfristig und lediglich auf provisorischer Basis einen Sendebetrieb aufzunehmen. Dies wurde denn konsequenterweise auch nicht beantragt. Für den Fall einer definitiven Konzessionserteilung an Radio Südost würde die – im Vergleich zum Status quo – temporäre finanzielle Besserstellung von Radio Grischa / Engiadina auch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten, da eine künftige Konkurrenz dieser Sender aufgrund der beschränkten Frequenzen aus technischen und - weil gemäss Anhang 1 zur RTVV für das Versorgungsgebiet 32 sowieso nur eine Konzession vorgesehen ist – auch aus rechtlichen Gründen gar nicht möglich wäre.

Ergebnis: Das Ausbleiben einer Übergangslösung hätte für Radio Grischa und dessen Belegschaft im Gegensatz zu Radio Südost vor allem aus wirtschaftlichen Gründen nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile. Eine Einstellung oder eine Reduktion des Service public im Bereich der lokalen Radioversorgung im Versorgungsgebiet 32 hätte auch für die Öffentlichkeit schwerwiegende Nachteile.

2.3.4 Erfolgsprognose

Die Prognose hinsichtlich der Hauptstreitigkeit kann vor allem dann berücksichtigt werden, wenn sie eine klare Tendenz erkennen lässt (BGE 127 II 132 ff., S. 137 f. E. 3).

Eine solche Tendenz kann hier nicht festgestellt werden, zumal es zur Frage des Missbrauchs einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung laut dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vertiefte Abklärungen braucht.

Wie bereits dargelegt, ist die Frage der Erfüllung der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG einziger noch zu klärender Gegenstand des vorliegenden Konzessionsverfahrens. Sämtliche weiteren Voraussetzungen und Zuschlagskriterien wurden vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig beurteilt – wobei das Gesuch der Südostschweiz Radio AG (Radio Grischa) vom Gericht als inhaltlich besser als dasjenige von Radio Südost bewertet wurde. Da keine Erfolgsprognose gestellt werden kann, lässt sich auch nicht voraussagen, ob insbesondere die Südostschweiz Radio AG die Konzessionsvoraussetzung erfüllt. Weil diese vorliegend bereits über eine Konzession nach RTVG 1991 verfügt und damit grundsätzlich bis zum Abschluss des hängigen Konzessionsverfahrens senden kann, die Erteilung einer zeitlich klar befristeten, provisorischen neurechtlichen Konzession vor allem zur vorübergehenden Sicherstellung des regionalen Service public zu prüfen ist und das Vorliegen der fraglichen Konzessionsvoraussetzung in absehbarer Zeit im Hauptverfahren verbindlich beantwortet werden wird, darf die Frage einer Übergangskonzession nicht an die Erfüllung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geknüpft werden.

Für die Beurteilung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen genügt eine summarische Prüfung von Sachverhalt und Rechtslage. Aufgrund der von den Parteien neu eingebrachten Akten und Aufzeichnungen bestehen nach einer summarischen Prüfung aus Sicht des UVEK keine Hinweise, welche eindeutig auf einen offensichtlichen Missbrauch einer möglichen marktbeherrschenden Stellung schliessen lassen würden.

Ergebnis: Eine Erfolgsprognose kann vorliegend nicht gemacht werden. Weil Gegenstand des Hauptverfahrens, kann die Erteilung einer Übergangskonzession auch nicht an Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geknüpft werden.

2.3.5 Verhältnismässigkeit

2.3.5.1 Grundlagen

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als zentraler Grundsatz jeden rechtsstaatlichen Handelns umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, welche kumulativ erfüllt sein müssen: Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Drittens ist eine Verwaltungsmassnahme nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 581 ff).

2.3.5.2 Eignung

Wie bereits mehrfach ausgeführt, begründet die Südostschweiz Radio AG ihr Anliegen um eine Übergangslösung mit der angespannten wirtschaftlichen Situation des Unternehmens, welche zu einem Abbau oder gar einer temporären Einstellung des unter altrechtlicher Konzession geführten Betriebs führen könnte. Eine solche Entwicklung würde aus Sicht des UVEK den regionalen Service public zumindest vorübergehend gefährden. Die Konzession ist das Instrument zur verbindlichen Festlegung und Gewährleistung der im Sinne des regionalen Service public erforderlichen Programmleistungen und deren Finan-

zierung. Daher stellt die Erteilung einer Übergangskonzession ein geeignetes Mittel dar, um die aus Sicht des Publikums erforderlichen Leistungen für die Dauer des Verfahrens verbindlich festzulegen.

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist die Erteilung einer Übergangskonzession zur Sicherstellung eines lokalen Service public an einen bestehenden Veranstalter mit dem entsprechenden Personal und der nötigen Produktionsinfrastruktur zweifellos eine geeignete Massnahme.

2.3.5.3 Erforderlichkeit

Angesichts der angespannten wirtschaftlichen Situation der Südostschweiz Radio AG droht eine Reduktion des Programmbetriebs von Radio Grischa und Engiadina und damit ein markanter Abbau im Vergleich zum Status quo und damit letztlich eine Gefährdung des regionalen Service public. Auch für die Mitarbeitenden der beiden Radios ist die Situation aufgrund der neuerlichen Verlängerung des Verfahrens schwierig, da bei einer Reduktion oder gar temporären Einstellung des Betriebs auch Kündigungen drohen. Diese Unsicherheit führt nach der Darstellung der Radio Südostschweiz AG bei den Mitarbeitenden zu starkem psychischen Druck, was sich auch auf die Qualität der angebotenen Programme auszuwirken droht. Die Aufrechterhaltung des derzeitigen journalistischen Qualitätsniveaus bedingt eine zusätzliche finanzielle Unterstützung seitens der öffentlichen Hand. Nur die Erteilung einer Konzession nach Art. 38ff. RTVG sichert indes dem begünstigten Veranstalter eine wirtschaftliche Unterstützung in Form eines neurechtlichen Gebührenanteils. Die Sicherstellung eines regionalen Service public macht deshalb eine provisorische Konzessionierung erforderlich. Andere, bzw. weniger weit gehende Massnahmen, z.B. eine Aufstockung des altrechtlichen Gebührensplittings, sind nicht ersichtlich. Gegen eine Abstützung einer vorsorglichen Massnahme auf die altrechtlichen Konzessionen spricht neben anderen Gründen auch der wesentlich konkretere Leistungsauftrag, der als Gegenleistung für die auf Basis einer neurechtlichen (Übergangs-)Konzession ausbezahlten Gebührengelder zu erbringen ist.

2.3.5.4 Verhältnismässigkeit im engeren Sinne

Im Rahmen der Abklärung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Mittel-Zweck-Relation) ist abzuklären, ob die Massnahme ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Die Gewährung einer provisorischen Konzession betrifft in erster Linie das Verhältnis der beiden Parteien im Verfahren um eine Radio-Konzession im Versorgungsgebiet 32.

Radio Südost macht unter anderem geltend, eine allfällige Übergangslösung, bei der einseitig Radio Grischa mehr Konzessionsgelder erhalte und damit die Position von Radio Südost geschwächt werde, könne kaum Gegenstand einer Übergangslösung sein. Gegen eine Weiterführung des Status quo auf Basis der altrechtlichen Konzession sei dagegen nichts einzuwenden. Radio Südost kritisiert überdies, es sei nicht ersichtlich, wozu die Südostschweiz Radio AG die Mehreinnahmen aus den Konzessionsgeldern verwenden wolle. Aufgrund von Äusserungen in der Presse müsse der Schluss gezogen werden, dass hier ein weiterer Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung geplant sei und Gebührengelder zweckentfremdet würden. Zudem habe die Südostschweiz Radio/TV AG verschiedene Versprechungen aus ihren TV- und Radio-Konzessionsgesuchen (TV-Studio, Arbeitsbedingungen im Radio) nicht eingehalten.

Währenddem bereits dargestellt wurde, dass für eine provisorische Konzessionserteilung einerseits ein tatsächliches wirtschaftliches Interesse der Südostschweiz Radio AG und andererseits ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des regionalen Service public im bisherigen Umfang besteht (was auch bedeutet, dass allfällige zusätzliche Gebührengelder einzig in den künftigen Programm- und allfälligen Infrastrukturbetrieb der Radios Grischa und Engiadina fließen dürfen), ist auch nach den Ausführungen von Radio Südost nicht klar, welche ihrer schützenswerten privaten Interessen von einer provisorischen Konzessionserteilung an die Südostschweiz Radio AG betroffen sein sollten. Wie bereits weiter oben in Ziff. 1.3.3 ausgeführt, drohen Radio Südost bei einer Übergangslösung zugunsten der Südostschweiz Radio AG keine nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteile. Die öffentlichen Interessen, die Radio Südost geltend macht, müssen vom U-VEK als Konzessions- und Aufsichtsbehörde wahrgenommen werden. Das heisst, dass in einer Übergangskonzession nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten der Konzessionsnehmerin klar geregelt werden und die Einhaltung dieser Regeln von der Aufsichtsbehörde überwacht wird.

2.3.6 Fazit: Erteilung einer provisorischen Konzession an die Südostschweiz Radio AG

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer provisorischen Lokalradiokonzession für das Versorgungsgebiet 32 an die Südostschweiz AG im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme sind gegeben. Insbesondere spricht auch die Abwägung der einander gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen zugunsten der Südostschweiz Radio AG. Aufgrund der bestehenden Produktions- und Personalinfrastruktur und der gesicherten Verbreitung kann die Südostschweiz Radio AG den geforderten regionalen Service public mit den zur Verfügung stehenden Mitteln einer auf dem neuen RTVG basierenden Übergangskonzession ohne Unterbruch weiter erbringen. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der rechtskräftigen inhaltlichen Beurteilung der Bewerbungen im Hauptverfahren, wo Radio Grischa / Engiadina besser abgeschnitten haben als Radio Südost.

Demnach wird das Gesuch der Südostschweiz Radio AG um die Erteilung einer Übergangskonzession im Versorgungsgebiet 32 gutgeheissen.

2.3.7 Exkurs: Verhältnis zur Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2009

Radio Südost weist auf die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2009 hin, in welcher es das Gericht ablehnte, der Beschwerde von Radio Südost gegen die Konzessionserteilung an die Südostschweiz Radio AG die aufschiebende Wirkung zu entziehen und so der Südostschweiz Radio AG den unverzüglichen Bezug des mit der Konzession verbundenen Gebührenanteils zu gestatten. In seiner Verfügung hielt das Gericht zwar unter anderem fest, dass unbestrittenermassen ein öffentliches Interesse an einem qualitativ hochwertigen Programm im Versorgungsgebiet bestehe, welches erst mit Rechtskraft der Konzession vollständig befriedigt werden könne. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung wurde vom Gericht dennoch abgelehnt, da die Südostschweiz Radio AG trotz aufschiebender Wirkung weiterhin ihre Programme verbreiten könne und auch in den Genuss altrechtlicher Gebührenanteile komme. Sie habe denn auch kein wichtiges Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung dargelegt. So würden die Bezirke Maloja, Bernina und Inn auch während des Verfahrens mit einem altrechtlich konzessionierten Service public versorgt. Bei einem Entzug der aufschiebenden Wirkung

müssten (nach Angaben des UVEK) ca. 10 Stellen neu geschaffen werden, die im Falle eines Unterliegens im Hauptverfahren wieder entlassen werden müssten. Ein nur vorübergehender Personalausbau würde sich auf die Interessen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer negativ auswirken. Die Südostschweiz Radio AG sei mit ökonomischen Gegebenheiten konfrontiert, mit denen sie von Beginn weg habe rechnen müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das UVEK in Kenntnis dieser Zwischenverfügung in seinem Urteil vom 3. Dezember 2009 aufgefordert, die Notwendigkeit einer Übergangsregelung im Versorgungsgebiet Nr. 32 nochmals zu prüfen. Eine andere Übergangsregelung als die Erteilung einer Übergangskonzession mit entsprechender Auszahlung von Gebührengeldern ist für das UVEK nicht ersichtlich. Es wird Sache des Bundesverwaltungsgerichts sein, im Falle einer Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung das Verhältnis der nun angeordneten Übergangsregelung zu seiner eigenen Zwischenverfügung vom 16. Februar 2009 zu beurteilen.

Immerhin ist festzuhalten, dass sich die Verhältnisse inzwischen geändert haben. Nach dem Rückweisungsurteil ist neu mit einer unerwartet langen Verfahrensdauer zu rechnen, mit der die Parteien zu Beginn des Verfahrens nicht in guten Treuen rechnen mussten. Im Fall von Radio Grischa / Engiadina droht nun real eine Reduktion des Programmangebots und des Personalbestands, was aus Sicht des UVEK weder rundfunkrechtlich indiziert ist, noch in einem allgemeiner verstandenen öffentlichen Interesse liegt. Eine Reduktion oder gar der vollumfängliche Wegfall eines bisher angebotenen regionalen Service public liegt nicht im öffentlichen Interesse.

Darum hat sich das UVEK in Kenntnis der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts entschlossen, den regionalen Service public auf Basis einer provisorischen Veranstalterkonzession an die Südostschweiz Radio AG vorläufig zu sichern.

2.4 Inhalt der provisorischen Veranstalterkonzession mit Gebührenanteil

2.4.1 Einleitung

Die Struktur der provisorischen Konzession und deren Inhalt orientieren sich an den Merkmalen der Konzession, welche Gegenstand des Hauptverfahrens bildet. Die meisten Bestimmungen sind unverändert: Programmauftrag [Art. 5], Programmfenster [6] Arbeitsbedingungen der Branche [Art. 8], Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden [Art. 9], unerlaubte Sendungsarten [Art. 11]). Diesbezüglich kann deswegen auf die Erläuterungen in der Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008 verwiesen werden.

Angesichts des speziellen Charakters der vorliegenden Konzession sind allerdings wichtige Besonderheiten zu berücksichtigen. Diese betreffen namentlich die Dauer der Konzession, den Umfang des Leistungsauftrags und des Gebührenanteils und die Qualitätssicherung. Da der Gebührenanteil dazu bestimmt ist, unter Berücksichtigung des Wirtschaftspotentials eines Versorgungsgebiets die Erfüllung eines publizistischen Leistungsauftrags zu sichern, ist zunächst zu prüfen, in welchem Umfang vom Veranstalter redaktionelle Leistungen und strukturelle/personalpolitische Anstrengungen in dieser Phase des Verfahrens erwartet werden dürfen. Anschliessend gilt es zu beurteilen, wie sich diese Bemühungen finanziell auf die Höhe des Gebührenanteils auswirken.

2.4.2 Gegenstand und Dauer der provisorischen Konzession (Art. 1 und 10)

Die Erteilung einer Übergangskonzession an die Südostschweiz Radio AG stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, mit dem Ziel, den regionalen Service public im Versorgungsgebiet Nr. 32 umgehend zu sichern, bis in der Hauptsache betreffend die Erteilung einer Radio-Konzession entschieden worden ist. Dies hält Artikel 1 einleitend ausdrücklich fest. Entsprechend endet bei Eintritt der Rechtskraft die Notwendigkeit der vorsorglichen Massnahme.

Da die Südostschweiz Radio AG derzeit noch über zwei altrechtliche Radio-Konzessionen verfügt, kann die neue Übergangskonzession erst in Kraft treten, wenn die Südostschweiz Radio AG auf diese altrechtlichen Konzessionen verzichtet, und dies der Konzessionsbehörde notifiziert. Entsprechend kann dem Gesuch der Südostschweiz Radio AG insoweit nicht gefolgt werden, als es eine Rückwirkung der vorsorglichen Massnahmen auf den 3. Dezember 2009 verlangt. Ein allfälliger Verzicht auf die altrechtlichen Konzessionen ist an die Bedingung zu knüpfen, dass das Bundesverwaltungsgericht die neurechtliche Übergangskonzession in einem allfälligen Beschwerdeverfahren nicht aufhebt – ansonsten ein konzessionsloser Zustand droht.

Ein unmittelbares Erlöschen der Übergangskonzession mit einem rechtskräftigen Entscheid über die Hauptsache wäre im vorliegenden Fall nicht angebracht. Würde die definitive Radiokonzession für das Versorgungsgebiet 32 im rechtskräftigen Endentscheid Radio Südost zugesprochen, würde dies für die Südostschweiz Radio AG zum Ergebnis führen, dass sie den Sendebetrieb mit sofortiger Wirkung einstellen müsste. Dies ist schon darum nicht erwünscht, weil Radio Südost nicht in der Lage wäre, von einem Tag auf den anderen in die Lücke zu springen, zumal auch noch eine Funkkonzession erteilt werden müsste. Für die Südostschweiz würde dies zu einer Versorgungslücke im Lokalradiobereich führen, welche nicht im öffentlichen Interesse liegt. Überdies wäre ein unmittelbares Abschalten der bestehenden Radios weder den Mitarbeitenden noch dem Publikum der entsprechenden Radios zuzumuten. Aus diesem Grund hat das UVEK vorliegend das Auslaufen der Übergangskonzession auf das Ende des dritten Kalendermonats terminiert, der auf den rechtskräftigen Hauptentscheid folgt. Dies steht im Einklang mit den Kündigungsmodalitäten der altrechtlichen Radiokonzessionen. Sollte die Südostschweiz Radio AG im Hauptverfahren erfolgreich sein, so steht es ihr frei, die Übergangskonzession zu einem früheren Zeitpunkt zurück zu geben.

2.4.3 Umfang des Leistungsauftrags (Art. 4)

Die Konzession verpflichtet den Veranstalter, die in der Bewerbung und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung einzuhalten. Da der Ausgang des Verfahrens aber noch ungewiss ist, kann der Südostschweiz AG nicht zugemutet werden, bereits in dieser Phase des Prozesses die im ursprünglichen Konzessionsgesuch vom 4. Dezember 2007 gemachten Zusicherungen vollumfänglich zu erfüllen.

2.4.3.1 Programmleistungen

Dem Schreiben der Südostschweiz Radio AG vom 22. Januar 2010 ist zu entnehmen, dass die Radios Grischa und Engiadina schon heute einen beträchtlichen Teil der in der Bewerbung aufgeführten Programmelemente realisieren. Einschränkungen finden sich

insbesondere in der Anzahl Nachrichten, die statt stündlich nur während der Prime Time gesendet werden. Die darauf folgenden Bulletins mit gestalteten Beiträgen werden im aktuellen Programm wie im Gesuch angekündigt am Morgen, Mittag und Abend ausgestrahlt, jeweils mit neuen Meldungen. Allerdings sind sie kürzer als im Gesuch festgehalten. Regelmässig während der Prime Time finden sich auch die Kurzbuletins mit Regionalmeldungen zur halben Stunde. Insgesamt sind die im Gesuch angekündigten Info-Programmelemente zu bedeutenden Teilen realisiert.

Artikel 6 der Konzession vom 31. Oktober 2008 schreibt vor, dass die Konzessionärin für die Bezirke Maloja, Bernina und Inn während täglich mindestens vier Stunden ein in der Region produziertes Programmfenster verbreitet. Da Radio Engiadina von 6.00 bis am Abend mehrheitlich moderierte Sendungen aus dem Studio in Samedan ausstrahlt, ist diese Vorgabe vollumfänglich erfüllt.

Die Südostschweiz Radio AG hat in ihrem Gesuch weitere Programmelemente mit Informationscharakter angekündigt: Die betrifft insbesondere Reportage- oder Hintergrundsendungen. Auch diese Sendungen finden sich bereits im bestehenden Programmangebot, ebenso wie die Sendung "Sapperlot", die in rätoromanischer Sprache ausgestrahlt wird und mit der die Konzessionsverpflichtung erfüllt wird, Programme für sprachliche Minderheiten zu produzieren. Nicht im gegenwärtigen Programmraaster aufgeführt ist jedoch die ebenfalls vorgeschriebene Sendung in italienischer Sprache.

Ergebnis: Der Vergleich zwischen den heute ausgestrahlten und den in der Bewerbung 2007 versprochenen redaktionellen Beiträgen ergibt, dass die Programme Grischa und Engiadina bereits heute einen bedeutenden Teil der gemäss Bewerbung 2007 versprochenen Informationsleistungen erbringt.

2.4.3.2 Arbeitsbedingungen

Neben dem Output tragen auch verschiedene Massnahmen im Inputbereich zur Erfüllung des Leistungsauftrags bei. Dazu zählen die Dotierung der Redaktion und die Arbeitsbedingungen. Laut Bewerbung 2007 plant die Südostschweiz AG für Radio Grischa eine Redaktionsgrösse von 1'660 Stellenprozenten. Gegenwärtig umfasst die Redaktion 1'030%, womit die redaktionelle Dotierung zu 62% erfüllt ist. Laut Schreiben von Radio Grischa ist jedoch zur Steigerung der Qualität vorgesehen, kurzfristig 300 weitere Stellenprozent zu besetzen. Mit dieser Massnahme wäre die Dotierung zu 80% erfüllt.

Laut Bewerbung 2007 hat sich Radio Grischa zur Leistung eines Minimallohns von 4'000 Franken verpflichtet. Aktuell beträgt der tiefste Lohn der 12-köpfigen Belegschaft umgerechnet 5'000 Franken; im Durchschnitt werden monatlich 5'510 Franken ausbezahlt. Diese Vorgabe ist somit mehr als erfüllt. Vollständig eingehalten werden auch die übrigen Arbeitsbedingungen: Die normale Arbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche, die Ferien betragen nach eigenen Angaben für alle Angestellten fünf Wochen, ein 13. Monatslohn wird ab Anstellungsbeginn ausbezahlt.

Ergebnis: Mit 1'030% Stellenprozenten im Bereich Redaktion/Moderation erfüllt Radio Grischa die eigenen Vorgaben zu 62 Prozent; bei einem kurzfristigen Ausbau wären 80 Prozent der angestrebten Stellen besetzt. Die Lohnvorgaben und die übrigen Arbeitsbedingungen werden zu 100 Prozent eingehalten.

2.4.3.3 Verbreitung (Art. 2)

Das Versorgungsgebiet Nr. 32 umfasst die Kantone Graubünden und Glarus sowie die entsprechenden Verbindungsstrecken. Radio Grischa und Engiadina senden jedoch aufgrund ihrer altrechtlichen Konzessionen in den Versorgungsgebieten 19 bzw. 20. Diese in den Weisungen des Bundesrates für die UKW-Sendernetzplanung vom 27. Oktober 2004 (UKW-Weisungen) definierten Räume beschränken sich auf den Kanton Graubünden sowie die Autobahn Richtung Walensee. Demzufolge wird Radio Grischa im Kanton Glarus noch nicht verbreitet, weil diese Verpflichtung bisher nicht bestand. Im Kanton Glarus leben rund 20 Prozent der im gesamten Versorgungsgebiet 32 wohnhaften Bevölkerung.

Diesem Umstand soll auch in der provisorischen Konzession Rechnung getragen werden, indem der Kanton Glarus vom zu versorgenden Raum ausgenommen wird.

2.4.3.4 Ergebnis

Der Vergleich zwischen den in der Bewerbung angegebenen und den heute effektiv erbrachten Leistungen zeigt, dass Radio Grischa schon heute auf freiwilliger Basis viele Elemente – Informationsleistungen, Arbeitsbedingungen, Verbreitung – zu bedeutenden Teilen erfüllt. Die Südostschweiz Radio AG wird hinsichtlich des Umfangs des bis zum rechtskräftigen Abschluss des Konzessionierungsverfahrens zu erbringenden Leistungsauftrags grundsätzlich auf die im erwähnten Schreiben vom 22. Januar 2010 dargelegten Angaben verpflichtet (Art. 4, Abs. 1 der Übergangskonzession).

2.4.4 Gebührenanteil (Art. 3)

Angesichts des Umstandes, dass die Südostschweiz Radio AG den selber definierten und in der Konzession vom 31. Oktober 2008 festgehaltenen Leistungsauftrag bereits zu einem grossen Teil erfüllt, wird der mit der Konzession verbundene Gebührenanteil für die Übergangszeit bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache auf vier Fünftel des in der Ausschreibung vom 4. September 2007 in Aussicht gestellten Betrags von 2'227'712 Franken, d.h. auf 1'782'170 Franken jährlich, festgelegt.

Die mit Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008 erteilte Konzession, welche den Gegenstand des vorliegenden Hauptverfahrens bildet, enthält im dortigen Artikel 3 Absatz 1 ebenfalls die Bestimmung, dass der Betrag des Gebührenanteils in der Regel nach fünf Jahren überprüft und gegebenenfalls erhöht oder gesenkt werden kann. Da es sich bei der provisorischen Konzession um eine Übergangsregelung handelt, ist die Notwendigkeit einer Überprüfung nicht gegeben; der Passus wurde deshalb gestrichen.

2.4.5 Gewährleistung der Qualität (Art. 6)

Da die vorliegende Konzession lediglich eine Übergangslösung darstellt und der Konzessionärin nicht zugemutet werden kann, für eine befristete Zeit ein komplexes Evaluationsverfahren durchzuführen, wird für die Übergangsphase auf dieses Verfahren und den entsprechenden Bericht verzichtet. Aus diesem Grund sind die Absätze 4 und 5 von Artikel 6 gemäss Konzession vom 31. Oktober 2008 in der provisorischen Konzession gestrichen worden.

3 Kosten

Die Kosten dieser Zwischenverfügung, welche sich nach Artikel 100 Absatz 1 Buchstabe a RTVG in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 1 RTVV richten, werden zur Hauptsache geschlagen.

4 Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Zwischenverfügung

Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Art. 55 VwVG nennt keine weiteren Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat die über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung befindende Behörde eine Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei prüft sie, ob die Gründe, welche für eine sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, welche dagegen sprechen (vgl. BGE 117 V 185 ff., S. 191 Erw. 2b; Kölz/Häner, a.a.O., Rn 650). Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen (BGE 110 V 40 ff., S. 45 E. 5b). Bei der Abwägung der Interessen ist zu überlegen, wem ein durch die Prozessdauer und den Schwebezustand verursachter Schaden am ehesten zumutbar ist (VPB 37 Nr. 25, S. 61).

Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung auf eine Geldleistung gerichtet, wenn sie den Adressaten zur Bezahlung eines Geldbetrages verpflichtet. Die Anordnung einer geldwerten Leistung oder der Bezug einer geldwerten Leistung erfüllen diesen Tatbestand nicht (Regina Kiener, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler Hrsg., Zürich 2002, N. 19 zu Art. 55).

Wie bereits aufgezeigt, besteht ein öffentliches Interesse an einer umgehenden und dauerhaften Sicherung des regionalen Service public im Lokalradiobereich für das Versorgungsgebiet 32. Dies gilt umso mehr, als gegenüber dem Status quo eine Verschlechterung droht, sollte die Wirksamkeit dieser Zwischenverfügung durch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gehemmt werden. Die Südostschweiz AG hat angekündigt, dass mit Blick auf die angespannte finanzielle Situation ohne zusätzlich Gebühreinzahlungen ein programmlicher Abbau und allenfalls sogar eine temporäre Einstellung der Radiobetriebe geprüft werde. Unter diesen Umständen überwiegen das öffentliche Interesse an einem regionalen Service public im Radiobereich wie auch das tatsächliche Interesse der Mitarbeitenden von Radio Grischa und Engiadina an der Sicherung ihrer bedrohten Arbeitsplätze allfällige private Interesse des Konkurrenten Radio Südost an der Aussetzung der Wirksamkeit der Zwischenverfügung bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über die vorsorglichen Massnahme.

Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung ist daher die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Das Gesuch der Südostschweiz Radio AG um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird gutgeheissen.
2. Der Südostschweiz Radio AG wird eine provisorische Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet 32 erteilt. Diese Konzession gilt ab Datum des Verzichts auf die altrechtliche Konzessionen vom 22. Dezember 2004 bis zum Ende des dritten Kalendermonats, der auf den rechtskräftigen Hauptentscheid folgt. Die Einzelheiten richten sich nach der beiliegenden Konzessionsurkunde, welche Bestandteil dieser Zwischenverfügung bildet.
3. Die Kosten dieser Zwischenverfügung werden zur Hauptsache geschlagen.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
5. Diese Zwischenverfügung wird der Südostschweiz Radio AG und den Herren Stefan Bühler, Roger Schawinski und Daniel Sigel eingeschrieben mit Rückschein eröffnet.

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK

Moritz Leuenberger
Bundesrat

Beilage: Konzessionsurkunde

Rechtsmittel

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das

Bundesverwaltungsgericht
Postfach
3000 Bern 14

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.