

Einschreiben mit Rückschein

Einschreiben mit Rückschein

Prof. Dr. Urs Saxer
Steinbrüchel Hüssy
Rechtsanwälte
Grossmünsterplatz 8
8001 Zürich

Pestalozzi Rechtsanwälte
Christoph Lang
Clara-Ann Gordon
Löwenstrasse 1
8001 Zürich

Referenz/Aktenzeichen: 1000255235

Bern, 15. Januar 2010

Verfügung

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

in Sachen

Music First Network AG, Leutschenbachstrasse 95, 8050 Zürich
vertreten durch Prof. Dr. Urs Saxer, Steinbrüchel Hüssy, Rechts-
anwälte, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich; (Gesuchstellerin)

und

Radio Z AG, Kreuzstrasse 26, 8006 Zürich, vertreten durch Pes-
talozzi Rechtsanwälte, Christoph Lang, Clara-Ann Gordon, Lö-
wenstrasse 1, 8001 Zürich

betreffend

**Genehmigung der Übertragung der Konzession mit Leis-
tungsauftrag ohne Gebührenanteil der Music First Network
AG betreffend das Versorgungsgebiet Nr. 24 gemäss Anhang
1, Ziffer 4 zur RTVV auf die Radio Z AG.**

A Verfahrensgeschichte und Sachverhalt

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 lokalen/regionalen UKW-Radioprogrammen sowie 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen in der Schweiz aus. Das BAKOM veröffentlichte den Ausschreibungstext im Bundesblatt³ 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). Um die UKW-Radiokonzessionen für die Region Zürich bewarben sich fristgerecht die Music First Network AG (hiernach auch RMC oder RMC Züri), die Radio Tropic AG und die RadioJay AG. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 erteilte das UVEK der Music First Network AG die Konzession für RMC Züri. Da gegen den Entscheid des UVEK keine Beschwerde erhoben wurde, erwuchs die Konzession am 9. Dezember 2008 in Rechtskraft.

Die Funkkonzession zur drahtlos-terrestrischen Verbreitung des Radioprogramms von RMC Züri über Ultrakurzwellen (UKW) erteilte das BAKOM nach Durchführung der nötigen Frequenzplanung und Abschluss der entsprechenden Vorbereitungsarbeiten am 5. November 2009. Sie wurde am 7. Dezember 2009 rechtskräftig.

Um die drei UKW-Konzessionen mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil in der Region Zürich–Glarus (Versorgungsgebiet Nr. 23) haben fünf Bewerberinnen ein Gesuch eingereicht: die Radio 24 AG, die Radio Z AG (hiernach auch Radio Energy), die Radio Zürisee AG, die Music First Network AG (mit dem Programm 105züri) und die Radio Tropic AG. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 hat das UVEK Radio 24, Radio Zürisee und Radio 1 konzessioniert.

Radio Energy, einer der bisherigen Veranstalter im Raum Zürich, ging bei der Konzessionierung leer aus. Radio 24 und Radio Zürisee schnitten insgesamt klar am besten ab. Für die dritte Konzession standen sich schliesslich Radio 1 und Energy gegenüber. Sowohl Radio Energy wie auch Radio 1 erfüllten die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien). Bei den Selektionskriterien unterlag Radio Energy namentlich wegen seinem weniger überzeugenden Konzept im Informationsbereich (Output). Den Informationsleistungen kam aber vor dem Hintergrund des regionalen Service public sowie des Vielfaltsgebots laut der Ausschreibung eine besondere Bedeutung zu.

¹ SR 784.40

² SR 784.401

³ BBI 2007 6229

Nicht berücksichtigt wurde bei der Konzessionserteilung im Gebiet Zürich-Glarus (Gebiet 23) die Bewerbung von Music First Network AG. Diese Bewerberin hatte sich auch für das Versorgungsgebiet Nr. 24 (Region Zürich) beworben. Um nicht mit Artikel 44 Abs. 3 RTVG in Konflikt zu geraten, hatte die Music First Network AG ihre Prioritäten in der Bewerbung deklariert und jener für das Versorgungsgebiet Nr. 24 Vorrang gegeben. Da sie in diesem Gebiet die Konzession erhielt, konnte ihre Bewerbung für das Gebiet nicht mehr berücksichtigt werden.

Am 5. Dezember 2009 reichte Radio Energy beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen den Entscheid des UVEK ein. Diese wurde mit Urteil vom 15. September 2009 abgewiesen.

Die altrechtliche Konzession von Radio Energy, gestützt auf das RTVG vom 21. Juni 1991⁴ und die RTVV vom 6. Oktober 1997⁵, sah unter dem Vorbehalt einer früheren Kündigung durch die Konzessionsbehörde eine Geltungsdauer von bis zu fünf Jahren nach Inkrafttreten des neuen RTVG vor. Das UVEK machte im September 2007 von dieser Möglichkeit Gebrauch und kündigte die UKW-Radiokonzession auf den 31. März 2009. Das Kündigungsschreiben legte fest, dass sich, sollte bis zum Ablauf dieser Kündigungsfrist noch keine rechtskräftige neue Konzession für das Verbreitungsgebiet vorliegen, die Kündigungsfrist bis zum Ende des dritten Kalendermonats, der auf den Eintritt der Rechtskraft des neuen Konzessionsentscheids folgt, verlängert. Die altrechtliche Konzession von Radio Energy gilt demnach bis zum 31. Dezember 2009.

Am 2. November 2009 hat die Music First Network AG dem UVEK die Übertragung der Konzession für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil im Versorgungsgebiet 24 (Region Zürich) auf die Radio Z AG gemeldet und die Genehmigung der Übertragung beantragt.

Am 6. November 2009 publizierte das BAKOM das Gesuch um Genehmigung der Konzessionsübertragung und eröffnete damit die öffentliche Anhörung. Mit Frist 30. November 2009 gingen beim BAKOM zehn Stellungnahmen ein. Das BAKOM hat diese im Internet publiziert. Bis zum 8. Dezember 2009 konnte sich die Gesuchstellerin im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu den Stellungnahmen äussern.

Am 18. November 2009 hat die Gesuchstellerin beantragt, die Funkkonzession zur drahtlos-terrestrischen Verbreitung des Radioprogramms von RMC Züri über Ultrakurzwellen (UKW), welche das BAKOM RMC am 5. November 2009 erteilt hatte, gleichzeitig mit der Veranstalterkonzession ebenfalls auf die Radio Z AG zu übertragen. Weil für die Erteilung von Funkkonzessionen nicht das UVEK, sondern das BAKOM zuständig ist, erfolgt der Entscheid zu diesem Antrag nicht hier, sondern in einer separaten Verfügung des BAKOM.

⁴ AS 1992 601, 1993 3354, 1997 2187 Anhang Ziff. 4, 2000 1891 Ziff. VIII 2, 2001 2790 Anhang Ziff. 2, 2002 1904 Art. 36 Ziff. 2, 2004 297 Ziff. I 3 1633 Ziff. I 9 4929 Art. 21 Ziff. 3, 2006 1039 Art. 2

⁵ AS 1997 2903, 1999 1845, 2001 1680, 2002 1915 Art. 20 3482, 2003 4789, 2004 4531, 2006 959 4395

In der Anhörung, welche ihren Abschluss Ende November 2009 fand, argumentieren die Zürcher Kantonsregierung, der Stadtrat, Radio 1, Radio Zürisee, Radio LoRa und die Interessenorganisation Arbus gegen die Konzessionsübertragung. Sie finden es stossend, dass ein wirtschaftlich starkes Unternehmen – wie die Radio-Z-AG-Mehrheitsaktionärin Ringier – mit dem Kauf einer Konzession das aufwändige Konzessionierungsverfahren des UVEK umgehen könne und eine Konzession handelbares Gut werde. Einige äussern den Verdacht, RMC habe die Konzession gar nie nutzen wollen und unterstellen damit, RMC habe das Gesuch damals nur eingereicht, um die Konzession dereinst gewinnbringend zu veräussern. Einen Beweis dafür sehen sie in der Tatsache, dass der Konzessionsinhaber RMC nicht in Betrieb nahm. Will ein Veranstalter seine Konzession nicht nutzen, so ihr Fazit, müsste diese an die Konzessionsbehörde zurück fallen und neu ausgeschrieben werden.

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Anhörung kritisieren weiter, dass sich Radio Energy im Konzessionierungsverfahren um eine Konzession im Versorgungsgebiet Nr. 23 (Zürich–Glarus), nicht aber um eine solche im Versorgungsgebiet Nr. 24 beworben habe. Ein direkter Vergleich des Gesuchs von Radio Energy mit den einstigen Bewerbungen dieses Gebiets sei deshalb nie erfolgt. Ein solcher würde aber zeigen, dass Radio Energy, hätte es im Versorgungsgebiet Nr. 24 das gleiche Dossier eingereicht wie im Versorgungsgebiet Nr. 23, bei der Konzessionierung ebenfalls leer ausgegangen wäre. Dies unterstreiche, dass das Ziel des Kriterienwettbewerbs, jene zu konzessionieren, die den Leistungsauftrag am besten erfüllen, mit dem Konzessionserwerb umgangen werden könne.

Sollte sich das UVEK, trotz der in der Anhörung formulierten Kritik dem Kauf dennoch nicht widersetzen, müsste zumindest gewährleistet werden, dass Radio Energy nach dem Konzessionsübergang ein Programm biete, das qualitativ auf der Höhe des geplanten Programms wie auch der Arbeitsbedingungen von RMC sei. Namentlich Radio Zürisee äussert Zweifel und befürchtet, Energy werde nach der Konzessionsübertragung sein im Konzessionierungsverfahren unterlegenes Programm mehr oder weniger unverändert fortsetzen.

Ein weiteres Argument gegen die Genehmigung der Konzessionsübertragung sieht Radio Zürisee in der Verletzung der Wettbewerbsneutralität (Art. 27 BV, Wirtschaftsfreiheit, und Art. 95 BV, privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit). RMC könne sich mit dem Konzessionsverkauf über Gebühr wirtschaftlich stärken. Und, ein weiterer Nachteil für die Konkurrenz, Energy müsste, im Unterschied zu anderen Zürcher Veranstaltern, nach dem Kauf nicht einmal Frequenzwechsel vornehmen. Daraus leitet Radio Zürisee die Forderung ab, Energy dürfe, stimme das UVEK der Konzessionsübertragung zu, nicht auf der bisherigen Frequenz weitersenden.

Keine Bedenken gegen die Konzessionsübertragung äussern die Dachorganisation der kommerziellen Kommunikation (Schweizer Werbung SW), die SRG SSR idée suisse sowie Radio Stadtfilter.

Die im Versorgungsgebiet Nr. 24 (Region Zürich) unterlegene Bewerberin RadioJay AG verlangt in ihrer Stellungnahme den Widerruf der Konzession der Music First Network AG. Sie macht geltend, die Konzessionsvoraussetzungen seien nicht mehr erfüllt, weil die

Konzessionärin nicht in der Lage sei, den Leistungsauftrag zu erfüllen, die Investitionen und den Betrieb zu finanzieren und ihren Betriebspflichten nachzukommen. Zudem sei die Konzession mit unvollständigen und unrichtigen Angaben erwirkt worden und die Konzessionärin habe missbräuchlich gehandelt. Die widerrufenen Konzessionen seien der RadioJay direkt zu erteilen.

In einer E-Mail vom 15. Dezember 2009 distanzierte sich Oliver Flückiger, einer der drei Inhaber der RadioJay AG, gegenüber dem BAKOM von der eben erwähnten Stellungnahme. Zudem teilte er mit, seinen Aktienanteil von 40 Prozent an der Firma RadioJay AG im Dezember an einen der zwei Mitinhaber verkauft zu haben und von seinen Funktionen als Präsident des Verwaltungsrates und als Geschäftsleiter der Firma zurück getreten zu sein. Flückiger hält in seiner E-Mail fest, die Rechte an den Konzepten „ZüriLive“ und „RadioJay“ dürften nicht genutzt werden.

Am 8. Dezember 2009 äusserte sich die Gesuchstellerin zu den in der Anhörung eingereichten Stellungnahmen. Darin unterstreicht sie, dass Energy nach der Konzessionsübertragung vergleichbare Informationsleistungen bieten werde wie RMC. Auch bei den Inputfaktoren (Qualitätssicherung, Aus- und Weiterbildung, Arbeitsbedingungen) nehme Energy Anpassungen vor, um qualitativ auf ein mit RMC vergleichbares Niveau zu gelangen. Die Umsetzung dieser Änderungen stellt die Gesuchstellerin auf 1. Januar 2010 in Aussicht.⁶

B Erwägungen

1 Formelles

Zuständige Behörde für die Erteilung von UKW-Radiokonzessionen (Veranstalterkonzessionen) mit Zugangsrecht ist gemäss Artikel 45 Absatz 1 RTVG das UVEK.

Art. 48 Abs. 1 RTVG schreibt vor, dass jede Übertragung einer Konzession dem UVEK vor ihrem Vollzug gemeldet und von diesem genehmigt werden muss. Zur Behandlung des entsprechenden Gesuchs ist das UVEK zuständig. Das UVEK kann die Genehmigung innert drei Monaten ab Eingang der Meldung verweigern; in besonderen Fällen kann es die Frist verlängern.

Die Gesuchstellerin hat die Übertragung der Konzession für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil im Versorgungsgebiet 24 (Region Zürich) von der Music First Network AG auf die Radio Z AG korrekt gemeldet. Die formellen Voraussetzungen für eine Prüfung des Gesuchs sind damit gegeben.

2 Materielles

2.1 Kein Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs

In verschiedenen Stellungnahmen wurde die Frage aufgeworfen, ob die Übertragung einer nie ausgeübten Konzession nicht rechtsmissbräuchlich sei. Insbesondere wurde geltend gemacht, die Music First Network AG habe die Konzession für RMC gar nie ausüben

⁶ Vgl. Stellungnahme (rechtliches Gehör) betreffend Anhörungen zum Gesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf Radio Z AG vom 8. Dezember 2009, S. 5ff.

wollen, sondern habe von Anfang an auf eine Veräusserung derselben spekuliert. Vor der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen für die Konzessionsübertragung ist daher die Frage eines möglichen Rechtsmissbrauchs zu klären.

„Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung; Missbrauch ist insbesondere dann gegeben, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will“ (BGE 121 I 185 E. 3.2.4 S. 192). Im konkreten Fall läge ein Missbrauch dann vor, wenn die Music First Network AG sich am Konzessionierungsverfahren beteiligt hätte in der Absicht, eine allenfalls zugeteilte Konzession nicht für die Veranstaltung von Radioprogrammen zu verwenden, sondern sie gewinnbringend zu verkaufen. Ein solches Verhalten wäre auch im Lichte von Art. 50 Abs. 1 lit. a sowie Art. 101 Abs. 3 RTVG problematisch. Diese Bestimmungen geben der Konzessionsbehörde das Recht, eine Konzession einzuschränken, zu suspendieren oder zu entziehen, wenn sie der Konzessionär durch unvollständige oder unrichtige Angaben erwirkt hat, bzw. bedrohen denjenigen mit Strafe, der ein Konzessionsverfahren durch falsche Angaben zu seinen Gunsten beeinflusst. Art. 50 Abs. 2 RTVG verpflichtet schliesslich das Departement, die Konzession zu entziehen, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung dahingefallen sind.

Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch bestehen nicht. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und des Verhaltens von Music First Network AG kann ausgeschlossen werden, dass sie eine rein spekulative Bewerbung eingereicht hat. Einerseits verfügte die Music First Network AG während dem gesamten Ausschreibungsverfahren über keine rechtskräftige UKW-Konzession. Die Konzession für das Jugendradio 105 wurde vom UVEK am 21. Dezember 2007 erteilt, also nach Ablauf der Eingabefrist für die Bewerbungen in diesem Ausschreibungsverfahren, und erwuchs erst mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts am 19. August 2008 in Rechtskraft. Andererseits sprach schon der Detaillierungs- und Konkretisierungsgrad der Bewerbung für deren Ernsthaftigkeit und klar gegen eine rein spekulative Absicht der Bewerberin. Damit bestehen insbesondere keine Verdachtsmomente, wonach die Konzession mit unrichtigen oder unvollständigen Angaben erschlichen worden sein könnte.

Auch aufgrund von in der Zwischenzeit eingetretenen Entwicklungen oder des Verhaltens der Konzessionärin ergeben sich keine Entzugsgründe. Die Konzessionsvoraussetzungen sind nach wie vor erfüllt. Konkrete Anzeichen dafür, dass sich zum Beispiel hinsichtlich der Finanzierbarkeit von RMC etwas geändert hätte, bestehen nicht.

Die Music First Network AG stand hinsichtlich des Aufbaus von RMC, das übrigens als Kabelradio bereits existierte, regelmässig mit dem BAKOM in Kontakt. Im März 2009 hat das BAKOM auf Wunsch der Konzessionärin einen Préavis mit den Details für die technische Verbreitung des Programms ausgestellt. Auf der Grundlage dieses Papiers hat die Music First Network AG das Baubewilligungsverfahren geplant. Das BAKOM hat die neu gebauten Radiostudios der Music Network AG am 25. Mai 2009 besichtigt. Im Juli 2009 hat das BAKOM mit der Music First Network den Sendestart von RMC per Anfang 2010 festgelegt. Dementsprechend wurde ihr im November 2009 eine Funkkonzession erteilt. Diese Funkkonzession erwuchs am 7. Dezember 2009 in Rechtskraft. Ohne rechtskräftige Funkkonzession hätte RMC rechtmässig gar nicht auf Sendung gehen dürfen. Damit entbehren auch die Vorwürfe, wonach die Music First Network AG die Betriebspflicht verletzt

haben soll, jeglicher Grundlage. Die Music First Network AG hat den Tatbeweis erbracht, dass sie ernsthaft die Absicht verfolgte, ein Radioprogramm gemäss der erteilten Konzession zu veranstalten. Für das UVEK bestand aufgrund der laufenden Vorbereitungsarbeiten der Music First Network AG und der ständigen Kontakte mit der Konzessionärin damit keine Veranlassung, aufsichtsrechtliche Massnahmen einzuleiten oder gar zu ergreifen.

Dem widerspricht auch nicht die Tatsache, dass die Music First Network AG ihre Konzession nun verkauft hat und die Genehmigung des Übergangs beantragt. Dabei ist namentlich zu berücksichtigen, dass sich die wirtschaftliche Situation seit dem Zeitpunkt der Bewerbung markant und in einem nicht vorhersehbaren Ausmass verschlechtert hat. Dass sich die Gesuchstellerin unter dem Eindruck dieser Entwicklungen nun entschieden hat, sich auf das bestehende Radio zu konzentrieren und die eingetretene wirtschaftliche Ungewissheit durch den Verkauf der Konzession zu beseitigen, ist nicht unvertretbar und kann jedenfalls nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Die im Jahre 2009 eingetretenen Veränderungen im schweizerischen Medienmarkt belegen, dass die wirtschaftlichen Umwälzungen einschneidend sind und strukturelle Veränderungen unvermeidbar machen.

Auch wenn die Übertragung einer gar nie ausgeübten Konzession und die sehr kurze Zeitspanne zwischen Rechtskraft der Konzession und deren Veräusserung Fragen aufwerfen mag, darf de lege lata die Genehmigung einer solche Übertragung nur verweigert werden, wenn die vom Gesetzgeber vorgegebenen Voraussetzungen nicht erfüllt werden. Andere zeitliche, wirtschaftliche oder inhaltliche Schranken bestehen nicht und müssten de lege ferenda im RTVG vorgesehen werden.

Damit verfügt auch die von der RadioJay AG vorgebrachte Forderung über keine gesetzliche Grundlage. Danach soll nämlich die Konzession für RMC widerrufen und ihr selbst zugeteilt werden. Für einen Entzug besteht wie erwähnt kein Anlass. Zudem dürfte eine entzogene Konzession nicht einfach der nächstbesten – im vorliegenden Fall sogar drittbesten – Bewerberin erteilt werden, sondern müsste in Anbetracht der seit der Ausschreibung vergangenen Zeit neu ausgeschrieben werden.

Somit kann festgehalten werden, dass seitens der Music First Network AG kein Rechtsmissbrauch vorliegt.

2.2 Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen

2.2.1 Allgemeines

Das Gesetz sieht die Möglichkeit einer Konzessionsübertragung in Art. 48 RTVG ausdrücklich vor. Konzessionsübertragungen wurden unter altem wie auch unter neuem Recht bereits wiederholt vollzogen und genehmigt. Das RTVG lässt aber einen in der Anhörung verschiedentlich abgelehnten „Konzessionshandel“ nicht zu, der zur Umgehung des kriteriengeleiteten Konzessionierungsverfahrens führen würde. Die in der übertragenen Konzession enthaltenen Verpflichtungen und die durch den Veräusserer im Rahmen des Konzessionierungsverfahrens gemachten Zusicherungen bleiben auch nach der Konzessionsübertragung verbindlich und binden den neuen Konzessionär.

Um dies sicherzustellen, muss eine Konzessionsübertragung durch die Konzessionsbehörde genehmigt werden. Eine solche Genehmigung darf im konkreten Fall somit nur er-

teilt werden, wenn die Radio Z AG die Konzession der Music First Network AG mit allen Rechten und Pflichten übernimmt. Das Departement hat insbesondere darüber zu befinden, ob auch der neue Veranstalter in der Lage ist, die mit der Konzession verknüpften Leistungen zu erbringen und ob er die übrigen Konzessionsvoraussetzungen erfüllt.⁷ Konkret prüft das UVEK, ob die Konzessionsvoraussetzungen (Qualifikationskriterien) gemäss Art. 44 RTVG und Art. 42 RTVV sowie die Erfüllung des Leistungsauftrags, mithin also die in der Konzession statuierten Pflichten, auch nach deren Übertragung erfüllt sind.

Dies bedeutet nun allerdings nicht, dass die Radio Z AG künftig das identische Programm veranstalten müsste, wie dies im Konzessionierungsverfahren durch die RMC-Bewerbung in Aussicht gestellt worden ist. So wenig im Rahmen des Konzessionierungsverfahrens alle Elemente des geplanten Programms für den Entscheid ausschlaggebend waren, so wenig müssen nach einer Übernahme der Konzession sämtliche Charakteristika des ursprünglichen Programms weitergeführt werden.

Was die Prüfung der Erfüllung des konzessionierten Leistungsauftrages betrifft, so beschränkt sich diese auf die für die Erbringung eines lokalen Service public relevanten und im Rahmen der Auswertung der Bewerbungen im Konzessionierungsverfahren evaluierten und bewerteten Kriterien. Relevant waren beispielsweise das Qualitätssicherungssystem, die Arbeitsbedingungen, die Aus- und Weiterbildung oder die Umsetzung des Vielfaltsggebots im Programm. Dabei müssen nicht identische Versprechungen gemacht werden, sondern das „Angebot“ muss mindestens gleichwertig sein. Die übernehmende Konzessionärin verfügt bei der Ausgestaltung der übernommenen Verpflichtungen über den gleichen Gestaltungsspielraum, der jedem Konzessionär bei der Weiterentwicklung seiner konzessionsrechtlichen Verpflichtungen über die Zeit zusteht.⁸

Nicht Gegenstand der Auswertung und nicht geprüft wurden demgegenüber zum Beispiel das Musikprogramm, die anvisierte Zielgruppe oder die Mehrsprachigkeit von Sendungen. Diese Aspekte der Bewerbungen wurden damit auch nicht Gegenstand der Konzession und sind demzufolge für die übernehmende Konzessionärin auch nicht verpflichtend.

In den „Ausführungen zum Gesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf die Radio Z AG“ vom 2. November 2009 wird dargelegt, in welcher Weise und mit welchen Mitteln Energy den Leistungsauftrag, wie er in der RMC Konzession und dem ihr zugrunde liegenden Konzessionsgesuch festgehalten ist, nach der Übernahme zu erfüllen gedenkt. Die entsprechenden Zusicherungen der Radio Z AG sind verbindlich und bilden einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden Genehmigungsverfügung.

2.2.2 Die Konzessionsvoraussetzungen

Im Konzessionierungsverfahren 2007/2008 hat das UVEK die Qualifikationskriterien aufgrund von Art. 44 Abs. 1 RTVG entlang folgender Fragen geprüft: Sind die Bewerberinnen in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen? Legen sie glaubhaft dar, die erforderlichen

⁷ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003, 1569ff., S. 1712.

⁸ Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A.15/2001 vom 30. April 2001 i.S. TV3, E. 3 b bb

Investitionen und den Betrieb finanzieren zu können? Zeigen sie auf, wer über die wesentlichen Teile des Kapitals verfügt, bzw. wer finanzielle Mittel zur Verfügung stellt? Bieten sie Gewähr, die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche sowie das anwendbare Recht und die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einzuhalten? Dokumentieren sie überdies, dass sie die redaktionellen Tätigkeiten von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennen, eine natürliche Person mit Wohnsitz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz sind und die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährden?

Im Konzessionierungsverfahren hat das UVEK nach der Prüfung des Bewerbungsdossiers von Energy fürs Versorgungsgebiet Nr. 23 festgehalten, alle Konzessionsvoraussetzungen seien erfüllt. An dieser Einschätzung hat sich nichts geändert.

Insbesondere ist auch nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2009⁹ keine vertiefte Abklärung der Marktsituation erforderlich, um die Frage der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt näher zu prüfen. Eine solche würde nur vorliegen, wenn die Ringier AG als Mehrheitsaktionärin von Energy im relevanten Markt über eine Marktbeherrschung verfügen und diese auch missbrauchen würde. Angesichts der medialen Wettbewerbssituation im lokalen, regionalen und nationalen Markt ist die Ringier AG weit von einer marktbeherrschenden Stellung entfernt. Im Raum Zürich steht Radio Energy in direkter Konkurrenz mit Radio 24, Radio 1, Radio ZÜRISSEE, Radio 105 sowie dem Regionaljournal der SRG. Schweizweit konkurrenzieren die Printprodukte von Ringier mit denjenigen von Tamedia und NZZ.

Die einzige Veränderung ergibt sich aufgrund des kleineren Versorgungsgebiets Nr. 24 bei den Finanzen. Die Radio Z AG hat die Angaben entsprechend angepasst. Das UVEK kommt nach deren Prüfung zum Schluss, dass Energy die Konzessionsvoraussetzungen nach der Konzessionsübertragung erfüllt. Mit Ringier und NRJ garantieren überdies zwei grosse Medienhäuser für eine genügende wirtschaftliche Absicherung.

2.2.3 Die Selektionskriterien

2.2.3.1 Allgemeines

Die Selektionskriterien, welche auch Eingang in die Konzession gefunden hatten, hat das UVEK im Konzessionierungsverfahren in Input- und Outputfaktoren gegliedert. Ein Analyseraster diente dazu, die Angaben der Bewerberinnen zu den einzelnen Input- und Outputkriterien zu bewerten. Mit den so zugeordneten Punktzahlen konnten die Dossiers miteinander verglichen werden. Dieses Messsystem ist zwar nicht mathematisch präzise, erlaubt aber eine möglichst objektive und rechtsgleiche Bewertung aller Bewerbungen. Dieses Instrument ermöglicht nun einen Vergleich der einstigen Bewerbungen von Radio Energy und RMC ZÜRi in den wichtigsten Punkten, obwohl sie ihre Gesuche nicht für das gleiche Versorgungsgebiet eingereicht hatten.

⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009, E. 3 f.

2.2.3.2 Inputfaktoren

Das UVEK hat im Konzessionierungsverfahren unter dem Titel Inputfaktoren jene Kriterien zusammengefasst, die es als Voraussetzung zur Erfüllung des Leistungsauftrags definiert. Dazu gehört eine institutionalisierte Qualitätssicherung, eine ausreichende Anzahl Programmschaffender, das Budget für Ausbildungsmassnahmen sowie adäquate Arbeitsbedingungen. RMC hat bei der Beschreibung des Qualitätssicherungssystems die maximale Punktzahl erhalten (10 Punkte). Energy erhielt wegen des geringeren Detaillierungsgrades seiner Angaben zur Qualitätssicherung, weil in den Dokumenten namentlich konkrete Sendekonzepte und ausdrückliche Bezüge zum Leistungsauftrag fehlten, eine geringere Bewertung (5 Punkte). Auch bei den Angaben zur Aus- und Weiterbildung Programmschaffender übertraf RMC (6) Energy (4) um zwei Punkte, namentlich weil das jährliche Ausbildungsbudget nach Programmschaffenden bei RMC höher ist als bei Energy. Eine Differenz von einem Punkt resultiert bei der Anzahl Programmschaffender. Radio Energy nannte 14.4 Redaktions- bzw. Moderationsstellen, RMC deren 19. Einzig bei den Arbeitsbedingungen erhielten RMC und Energy im Ergebnis die gleiche Punktzahl. Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Bewerbung von RMC Züri übertraf jene von Energy im Inputbereich insgesamt um 8 Punkte (24 vs. 16).

In den „Ausführungen zum Gesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf Radio Z AG“ führt die Radio Z AG aus, in welcher Weise Energy nach der Übernahme der Konzession die eben skizzierten Defizite gegenüber RMC aufzuheben gedenkt.

a) Qualitätssicherung

Zwar hat das UVEK der Verfügung vom 31.10.2008 zum Konzessionierungsverfahren im Versorgungsgebiet Nr. 23 festgehalten, das von Energy umschriebene Qualitätssicherungssystem sei „ansprechend“. Doch schon damals zeigte ein Vergleich mit der Konkurrenz die Lücken auf: Im Qualitätssicherungssystem von Energy fehlten beispielsweise Bezüge zum Leistungsauftrag und konkrete Sendekonzepte. Dieses Manko wurde nun im revidierten Redaktionshandbuch grösstenteils korrigiert, auch wenn diesbezüglich noch Verbesserungspotenzial bestehen würde.¹⁰

Da das Qualitätssicherungssystem von Energy als Ganzes gegenüber der ursprünglichen Bewerbung deutlich nachgebessert wurde und die einzelnen Elemente des Systems gemäss Konzept des UVEK im Rahmen der wiederkehrenden Evaluation des Qualitätssicherungssystems genauer überprüft werden, können die beiden Bewerbungen in diesem Punkt als qualitativ vergleichbar bewertet werden.

b) Aus- und Weiterbildung Programmschaffender

RMC und Energy waren sich in ihrer Absicht, die Programmschaffenden intern sowie extern weiterzubilden zu lassen, relativ ähnlich. Energy bekräftigt, hierfür künftig unter ande-

¹⁰ Vgl. Ausführungen zum Gesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf Radio Z AG“ vom 2. November 2009, S. 9 (hiernach Ausführungen) sowie Beilage 5 (revidiertes Redaktionshandbuch von Energy Zürich).

rem mit dem MAZ zusammen arbeiten zu wollen.¹¹ Weil RMC ein grösseres Budget für die externe Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden in Aussicht stellte, erhöht Energy seinen Betrag nun um 10'000 Franken auf jährliche 60'000 Franken.¹² Dies reicht in Anbetracht des entsprechenden Budgets von RMC von 100'000 Franken jährlich nicht aus. Dieser Mangel ist allerdings behebbar. Eine Nichtgenehmigung der Konzessionsübertragung aus diesem Grund wäre unverhältnismässig. Im Rahmen einer Auflage ist aber Energy im Sinne einer Mangelbehebung¹³ zu verpflichten, den Betrag entsprechend anzupassen.

c) Redaktions- und Moderationsstellen

Im seinerzeitigen Konzessionsgesuch sah Energy 14.4 Programmschaffende vor, RMC 19. Neu plant Energy hierfür ohne Geschäftsleiter 22.8 Vollzeitstellen ein, wobei 9 in der Newsredaktion arbeiten sollen.¹⁴ Damit übertrifft Energy RMC in diesem Punkt.

d) Arbeitsbedingungen

Bei den Arbeitsbedingungen erhielten RMC und Energy seinerzeit insgesamt das gleiche Ergebnis. Ein markanter Unterschied fand sich aber bei der Entlohnung der Praktikantinnen und Praktikanten. Energy hebt diese Löhne neu auf 2500 Franken monatlich (13 Monatslöhne). Auch der Mindestlohn für die Programmschaffenden wird bei Energy angehoben, vom seinerzeit erwähnten VSP-Mindestlohn von 4000 Franken auf brutto 5200 Franken (13 Monatslöhne).

Fazit: Mit den erwähnten Korrekturen hebt sich Energy im Inputbereich auf das Niveau von RMC Züri.

2.2.3.3 Outputfaktoren

Unter dem Titel Outputfaktoren hat das UVEK die in Aussicht gestellten programmlichen Leistungen beurteilt. Entscheidend dabei war, ob das geplante Programm diejenigen Service public Leistungen erbringen wird, welche der Gesetzgeber namentlich aus staats- und demokratiepolitischen Überlegungen¹⁵ als wünschens- und unterstützenswert betrachtet hat. Eine besondere Bedeutung kam dabei der geplanten Umsetzung des lokal/regionalen Informationsauftrags unter Berücksichtigung des Vielfaltsgebots und dem Spektrum der Sendungsarten zu.

Ein Vergleich der Bewertungen im Konzessionierungsverfahren zeigt, dass Energy bei der thematischen Beschreibung des Informationsauftrags RMC um einen Punkt übertraf. Hingegen distanzierte RMC mit seinen detaillierteren Angaben zum Vielfaltsgebot wie zu den Sendungsarten Energy um vier Punkte (8 vs. 4). Zusammenfassend lässt sich sagen: Die

¹¹ Vgl. Ausführungen, S. 7f.

¹² Vgl. Ausführungen, S. 8.

¹³ Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, Rz. 264, 272

¹⁴ Vgl. Ausführungen S. 7 und 12.

¹⁵ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 02.093.

Bewerbung von RMC Züri übertraf jene von Energy im gewichteten Outputbereich um insgesamt 7 Punkte (22 vs. 15).

Das eben erwähnte Manko von Energy wird laut den Ausführungen zum Gesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf die Radio Z AG behoben. Energy werde sein Programm insbesondere bezüglich des Informationsauftrags RMC anpassen.¹⁶ Entsprechende Korrekturen wurden im revidierten Handbuch von Energy vorgenommen. Sie werden ab 1. Januar 2010 umgesetzt. Neu finden sich im Redaktionshandbuch Angaben zu den Informationsquellen. Zudem wurde das Informationskonzept geändert. Energy wird stündlich Nachrichten senden. Neu werden zu den Hauptsendezeiten Informationsmagazine ausgestrahlt, welche in erster Linie relevante Themen zu Politik, Gesellschaft, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft und Sport abdecken und diese in einer Vielfalt an journalistischen Formen (Interviews, Gespräche, gestaltete Beiträge und Umfragen) unter Berücksichtigung des Vielfaltsgebots behandeln. Überdies strahlt Energy gemäss revidiertem Redaktionshandbuch Sondersendungen zu Wahlen und Abstimmungen aus und deckt in Spezialsendungen auch andere bedeutsame Anlässe in der Region ab. Um dem lokal-regionalen Informationsauftrag in seiner Breite nachzukommen, wird sich Energy bei Behörden, Institutionen und Organisationen des Versorgungsgebiets akkreditieren.¹⁷

Fazit: Mit den erwähnten Anpassungen hebt sich Energy im Outputbereich auf das Niveau von RMC Züri.

2.2.4 Frequenzen

Dass Radio Energy als Folge der Konzessionsübertragung auf seiner „angestammten“ Frequenz weitersenden kann, ergibt sich aus frequenztechnischen Gründen und aus den Grundsätzen der Frequenzzuteilung. Dazu gehört zunächst das Prinzip, dass Frequenzwechsel möglichst zu vermeiden sind. Wo Frequenzwechsel nötig sind, sollen ferner Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden, die etwa zustande kommen, weil ein Veranstalter mit einer Frequenz auch die Frequenzbindung des Publikums „mitnehmen“ kann. Die Energy-Frequenz 100.9 wurde für RMC vorgesehen, weil dieser Sender – ohne Konzessionsübertragung – erst im Frühling 2010 auf Sendung gegangen wäre. Somit wäre die Frequenz während einigen Monaten unbenutzt geblieben und die bei Energy entstandene Frequenzbindung des Publikums wäre aufgelöst worden. Dass nun Energy mit der Übernahme der RMC-Konzession auch seine angestammte Frequenz weiter nutzen kann, liegt ebenfalls auf der Linie der Frequenzzuteilungsgrundsätze und verhindert einen Frequenzwechsel.

Die entsprechende Frequenzzuteilung wäre somit auch ohne Konzessionsübertragung genau gleich erfolgt. Der nun von einem Konkurrenten geforderte Frequenzwechsel für Energy erscheint weder aus ökonomischer noch aus frequenzpolitischer Sicht sinnvoll.

¹⁶ Vgl. Ausführungen, S. 10.

¹⁷ Vgl. Ausführungen, S. 9-13 sowie Beilage 5, S. 4-6.

2.2.5 Fazit

Weil die Konzessionsvoraussetzungen weiterhin gegeben und die von Energy im Genehmigungsgesuch gemachten Zusicherungen betreffend die Erfüllung des konzessionierten Leistungsauftrags weitgehend gleichwertig sind, ist die Übertragung der RMC-Konzession auf Energy zu genehmigen.

C Kosten

Die Berechnung der Verwaltungsgebühr für die Behandlung des Gesuchs um Übertragung der Veranstalter- und der Funkkonzession richtet sich nach Artikel 100 Absatz 1 Buchstabe a RTVG in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 1 RTVV. Es wird ein Stundenansatz von 104 Franken angewendet. Für die Behandlung der vorliegenden Gesuche wurden 46 Stunden aufgewendet. Für die Music First Network AG wird daher die Verwaltungsgebühr auf **4784** Franken festgelegt. Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung.

D Rechtslage bei Anfechtung dieser Verfügung

Die Genehmigung der Konzessionsübertragung ist nicht konstitutiv – es wird lediglich eine Meldung vor dem Vollzug verlangt (Art. 48 Abs. 1 RTVG). Eine vorgängige Genehmigung ist also nicht erforderlich.¹⁸ Das UVEK kann die Genehmigung verweigern, in der Regel hat dies innert drei Monaten nach der Meldung zu erfolgen.

In der vorliegenden Verfügung gelangt das UVEK zum Schluss, dass keine Gründe für eine Verweigerung der Konzessionsübertragung gegeben sind. Würde diese Genehmigung angefochten, so führt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde einzig dazu, dass ein rechtskräftiger Genehmigungsentscheid noch aussteht. Dagegen würde sie nicht bewirken, dass der Übergang der Konzession rückgängig gemacht werden müsste und kein Sendebetrieb von Energy auf der Basis der Konzession von RMC möglich wäre. Der rechtmässige Sendebetrieb wird durch die vom BAKOM mit Entscheid vom 23. Dezember 2009 genehmigte Übertragung der Funkkonzession von RMC auf Energy sichergestellt. Damit kann Energy auch bei einer Anfechtung dieser Genehmigung gestützt auf die übertragene Konzession weitersenden, muss diesen Leistungsauftrag aber entsprechend umsetzen und erfüllen.

Aufgrund dieser Rechtslage kann auf die Prüfung eines Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde verzichtet werden.

¹⁸ vgl. auch Botschaft RTVG, a.a.O., S. 1712.

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Die Übertragung der Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet 24 gemäss Anhang 1, Ziffer 4 zur RTVV der Music First Network AG auf die Radio Z AG wird im Sinne der Erwägungen genehmigt.
2. Die Ausführungen zum Übertragungsgesuch der Music First Network AG um Genehmigung der Übertragung der RMC Konzession auf Radio Z AG vom 2. November 2009 bilden einen integrierenden Bestandteil der Konzession.
3. Die Radio Z AG wird verpflichtet, das jährliche Ausbildungsbudget für die Programm-schaffenden auf mindestens 100'000 Franken festzusetzen. Sie hat dem BAKOM jeweils im Rahmen der Jahresberichterstattung über die Höhe und die Verwendung der Gelder Auskunft zu geben.
4. Die Verwaltungsgebühr für die Genehmigung der Übertragung der Veranstalterkonzession wird auf 4784 Franken festgelegt und der Music First Network AG auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung.
5. Diese Verfügung wird der Music First Network AG und der Radio Z AG eingeschrieben mit Rückschein eröffnet. Zudem wird sie Radio 24, Radio Zürisee, Radio 1, Radio Lo-Ra und der RadioJay AG notifiziert.

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.