



Einschreiben mit Rückschein

Dr. Jascha Schneider-Marfels
Rechtsanwalt
Steinenberg 19
4001 Basel

Einschreiben mit Rückschein

Matthias Hotz
Rechtsanwalt
Advokaturbüro Bürgi, Hotz, Zellweger
Bahnhofstrasse 49
8501 Frauenfeld

Referenz/Aktenzeichen: 1000288857

Bern, 29. Januar 2010

Zwischenverfügung

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

in Sachen

**Günter Heuberger, Tele Säntis AG (in Gründung), Postfach
2299, 8401 Winterthur**

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Matthias Hotz, Advokaturbüro
Bürgi, Hotz, Zellweger, Bahnhofstrasse 49, 8501 Frauenfeld

und

TVO AG, Bionstrasse 4, 9001 St. Gallen

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. Jascha Schneider-
Marfels, Steinenberg 19, 4001 Basel

betreffend

**Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren betreffend Erteilung
einer Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil
im Versorgungsgebiet Nr. 11 gemäss Anhang 2, Ziffer 2 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 Inhaberinnen von Regionalfernsehkonzessionen ein Recht auf die leitungsgebundene Verbreitung innerhalb des zugewiesenen Versorgungsgebiets. Wo dies ausdrücklich in Anhang 2 zur RTVV vermerkt ist, erhalten die Konzessionsinhaber ausserdem das Recht zur digitalen drahtlos-terrestrischen Verbreitung ihrer Programme. Die Konzessionen berechtigen ausserdem zu einem im Voraus vom UVEK festgelegten jährlichen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühr. Für das Versorgungsgebiet Nr. 11 gemäss Anhang 2, Ziffer 2 zur RTVV beträgt der mit der Konzession verbundene Gebührenanteil 2'205'052 Franken.

Im Versorgungsgebiet Nr. 11 reichten Günter Heuberger für die Tele Säntis AG in Gründung (hiernach auch Tele Säntis) und die TVO AG (hiernach TVO) ihre Bewerbungen um eine Veranstalterkonzession mit Gebührenanteil ein.

Am 31. Oktober 2008 erteilte das UVEK die Konzession an TVO.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2008 erhob Günter Heuberger (Tele Säntis AG in Gründung) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügung. Er beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung der Konzession an ihn.

Mit Urteil vom 10. 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 an die Vorinstanz zurück.

Am 22. Dezember 2009 stellte der Rechtsvertreter von TVO beim UVEK/BAKOM ein Gesuch um verfahrensleitende Massnahmen bzw. die Erteilung einer Übergangskonzession. Das Gesuch wurde Säntis zur Stellungnahme weitergeleitet. Auf den Inhalt wird in den nachstehenden Erwägungen dieser Verfügung eingegangen.

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 23. Dezember 2009 ersuchte der Rechtsvertreter von Tele Sántis den Vorsteher des UVEK um Informationen zum weiteren Verlauf des Konzessionsverfahrens. Er führte aus, eine Übergangslösung zugunsten von TVO sei aus seiner Sicht ausgeschlossen. Wenn überhaupt, müsse Tele Sántis in Genuss einer Übergangslösung kommen.

Im Rahmen seiner Instruktionstätigkeit informierte das BAKOM mit Schreiben vom 5. Januar 2010 die Parteien über das weitere Vorgehen und instruierte das Verfahren (Fristansetzungen, Gewährung des rechtlichen Gehörs).

Am 8. Januar 2010 reichte Herr Günter Heuberger namens der Tele Sántis AG in Gründung ein Gesuch für eine Übergangskonzession beim BAKOM ein. Dieses wurde TVO samt Beilagen zum rechtlichen Gehör zugestellt.

Die Stellungnahmen der Parteien zum jeweils anderen Gesuch trafen fristgerecht beim BAKOM ein.

Am 18. Januar 2010 reichte Günter Heuberger ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Felix Uhlmann betreffend „verfahrensrechtliche Anordnungen durch das Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2009 i.S. Günter Heuberger c. TVO AG“ zu den Akten. Darauf wird nachfolgend als „Gutachten Uhlmann“ referenziert.

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).

Die Parteien verweisen in ihren neuen Eingaben auf folgenden Passus des sie betreffenden Rückweisungs-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 (Erw. 12.11.): „Die Vorinstanz wird überdies die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheids zu prüfen haben.“

Die Eingabe von TVO spricht explizit von vorsorglichen Massnahmen, welche durch das UVEK bis zu einem Entscheid in der Hauptsache zu ergreifen seien. Die Frage nach der Rechtsnatur einer „Übergangskonzession“ 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 Ziff. 2.1.3.2.

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). Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber für den Bereich von Radio und Fernsehen die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen ausschliessen wollte finden sich entgegen der Ausführungen im Gutachten Uhlmann nicht (vgl. auch Ziff. 2.1.3.2).

Da die Hauptsache in den Zuständigkeitsbereich des UVEK fällt, ist dieses auch zuständig für die Prüfung der Gesuche um vorsorgliche Massnahmen (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 368). Dies wird von den Parteien nicht bestritten und ergibt sich auch aus der bereits weiter oben zitierten Urteilspassage des Bundesverwaltungsgerichts.

1.2 Eintreten

Es liegen zwei Gesuche vor, welche von den Parteien unverzüglich nach der Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts eingereicht wurden und klare Anträge beinhalten. Das UVEK wurde des Weiteren vom Bundesverwaltungsgericht angewiesen, die Notwendigkeit einer Übergangsregelung zu prüfen. Auf die Gesuche um vorsorgliche Massnahmen wird daher eingetreten.

2 Materielles

2.1 Beantragte Massnahmen

2.1.1 TVO

Am 22. Dezember 2009 stellte der Rechtsvertreter von TVO beim BAKOM und UVEK im Anschluss an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ein Gesuch um verfahrenslleitende Massnahmen.

Das Hauptbegehren lautet wie folgt: *„Es sei der TVO AG im Sinne einer verfahrenslleitenden Massnahme bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betreffend Konzessionserteilung im Versorgungsgebiet 11 eine Übergangskonzession für die Veranstaltung eines Fernsehprogramms mit Gebührenanteil zu erteilen.“*

2.1.2 Tele Sántis AG in Gründung

Günter Heuberger stellte am 8. Januar 2010 ebenfalls ein Gesuch um eine Übergangskonzession und formulierte folgenden Antrag: *„Im Sinne unserer Darlegungen ersuchen wir das UVEK (...), Tele Sántis eine befristete Übergangskonzession bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheids aufgrund der nachfolgenden Angaben zu erteilen.“*

2.1.3 „Übergangskonzession“ als vorsorgliche Massnahme?

2.1.3.1 Ausgangslage

Im Versorgungsgebiet 11 wird zum heutigen Zeitpunkt kein konzessioniertes Lokalfernsehprogramm angeboten. TVO ist in der Region St. Gallen/Appenzell allerdings schon seit zehn Jahren auf Sendung. Die entsprechende Konzession von TVO dauerte vom 10.

Mai 1999 bis 26. März 2007. Seit Ablauf der Konzession sendet TVO als meldepflichtiger Veranstalter. Seit dem 13. April 2000 war auch Tele Top im besagten Raum auf Sendung. Nach Ablauf der entsprechenden Konzession sendete auch Tele Top als meldepflichtiger Veranstalter weiter. Nachdem Tele Top am 31. Oktober 2008 eine Konzession für das Versorgungsgebiet 10, Zürich-Nordostschweiz, erhalten hatte, beschränkte die Veranstalterin die Programmverbreitung auf das im Anhang 2 RTVV definierte Versorgungsgebiet. Sie ist damit im Versorgungsgebiet 11 publizistisch nicht mehr aktiv.

Beide Parteien erklären sich bereit, auf Basis einer Übergangskonzession ein Fernsehprogramm anzubieten, welches sinngemäss den Anforderungen von Art. 38 Abs. 1 RTVG bzw. der Ausschreibung vom 4. September 2007 zu genügen vermag. TVO verweist bezüglich der angebotenen Programm- und Infrastrukturleistungen auf das im Rahmen der Ausschreibung im Dezember 2007 eingereichte Konzessionsgesuch. Säntis bezweifelt zwar in seiner Korrespondenz eine gesetzliche Grundlage für eine solche Übergangskonzession, reicht aber auf der Basis der Ausschreibung vom 4. September 2007 ein entsprechendes Gesuch ein.

2.1.3.2 Rechtsgrundlagen, Lehre und Praxis

Provisorische Konzessionen sind vom RTVG zwar ebenso wenig ausdrücklich vorgesehen wie vorsorgliche Massnahmen im Konzessionierungsverfahren. Vorsorgliche Massnahmen sind aber 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 Konzessionsverfahren, wie es das Gutachten Uhlmann vermutet, 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 Vorinstanz 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.“

2.1.3.3 Ergebnis

In Anbetracht der Tatsache, dass beide Parteien eine „Übergangskonzession“ beantragen, 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.

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

2.3.1 Grundlagen

Von beiden Parteien werden zumindest sinngemäss vorsorgliche Massnahmen verlangt. Es sind demnach die Voraussetzungen für die allfällige Anordnung solcher Massnahmen zu prüfen und die beiden vorliegenden Gesuche im Lichte dieser Voraussetzungen einander gegenüberzustellen.

Vorsorgliche Massnahmen regeln die Rechtslage für die Dauer eines Prozesses. Sie zielen darauf ab, die Wirksamkeit der zu erlassenden Verfügung sicherzustellen (Rhino/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.

Beide Parteien begründen ihr Gesuch im Wesentlichen mit dem öffentlichen Interesse an einem regionalen Service public, welcher durch die längere Verfahrensdauer, die sich aus dem Rückweisungsurteil des Bundesverwaltungsgerichts ergibt, in Frage gestellt werde. Die vom Bundesverwaltungsgericht angeordnete Abklärung des möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfordert den Beizug der Wettbewerbskommission. Es ist mit einem erstinstanzlichen Verfahren von rund einem Jahr zu rechnen. Auch eine erneute Anfechtung der erstinstanzlichen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ist möglich. Mit einem rechtskräftigen letztinstanzlichen Entscheid ist aus Sicht des UVEK nicht vor 2011 zu rechnen.

Nach dem Rückweisungsurteil droht mit Bezug auf den Service public ohne Übergangsregelung eine Verschlechterung im Vergleich mit dem Status quo: TVO, das laut eigenen Angaben auf „freiwilliger Basis“ bereits einen regionalen Service public betreibt, wird sein Programmangebot aufgrund der angespannten Wirtschaftslage reduzieren, falls keine Übergangslösung greifen sollte. In einem Schreiben an das BAKOM, welches dieses im Rahmen seiner Instruktionstätigkeit angefordert hatte, beschreibt der Verwaltungsratspräsident der St. Galler Tagblatt Medien AG, welche 100 Prozent der Aktien an TVO hält, die Situation als „dramatisch“. Die St. Galler Tagblatt AG werde das Geschäftsjahr 2009 voraussichtlich mit einem im Vergleich zum Vorjahr massiv schlechteren Resultat abschliessen. Das Betriebsergebnis sei deutlich negativ, das Unternehmensergebnis zeige gerade noch eine schwarze Null. Dieser „Gewinn“ liege um Potenzen unter dem durchschnittlichen Verlust der TVO AG. Die Verluste von TVO seien seit der Gründung von der St. Galler Tagblatt AG getragen worden. Der Verwaltungsrat der St. Galler Tagblatt AG habe an seiner Sitzung vom 12. November 2009 – also noch vor Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts – „vorbehaltene Entschlüsse“ bezüglich TVO getroffen: Reduktion des Programmoutputs (täglich 30 Minuten statt 1 Stunde, kürzere Nachrichten, keine Gesprächs- und Diskussionssendungen mehr), deutlich kommerziellere Ausrichtung des Programms, welche zu Mehrumsätzen in der Grössenordnung von 15% führen soll, Personalabbau von 35%, was fünf Stellen entspricht. Diese vorsorgliche Beschlussfassung wurde für den Fall weiterer Verzögerungen im Konzessionierungsverfahren gefasst. Die Umsetzung wurde bis Ende Januar 2010 ausgesetzt.

Die Mitbewerberin Tele Sántis AG in Gründung veranstaltet im Versorgungsgebiet kein TV-Programm. Auch sie bietet nun an, dies kurzfristig zu tun – dies ebenfalls unter der Voraussetzung einer Übergangskonzession mit Gebührenanteil. Mit Blick auf den Erhalt des Status quo besteht aber für Tele Sántis keine Dringlichkeit. Tele Sántis wäre insbesondere gar nicht in der Lage, innert nützlicher Frist ein TV-Programm mit Service-public-Qualität zu produzieren und auszustrahlen (vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.5.4)

Ergebnis: Ohne eine im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen verfügte Übergangslösung ist der vom Gesetzgeber angestrebte regionale Service public im Fernsbereich in der Ostschweiz gefährdet. Insbesondere auch wegen der bereits angekündigten Sparmassnahmen bei TVO und den damit einhergehenden bevorstehenden Reduktionen von programmlicher Leistung und Personal ist die Dringlichkeit einer Übergangslösung zu bejahen. Für TVO ist eine Übergangslösung dringlicher als für die Tele Sántis AG in Gründung.

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).

Das Ausbleiben einer Übergangsregelung hätte für die TVO und insbesondere für deren Mitarbeitende einschneidende Konsequenzen. Es müssten Kündigungen ausgesprochen 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. Zudem ist fraglich, ob das wirtschaftliche Überleben von TVO mit dem geplanten Programmabbau langfristig tatsächlich gesichert wäre. Die Erfahrung hat gezeigt, dass sich eine Reduktion der Programmleistungen 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.

Demgegenüber sind für die Tele Sántis AG in Gründung ohne Übergangskonzession keine nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zu erwarten. Einerseits ist Tele Sántis wie erwähnt noch gar nicht auf Sendung. Ein Nachteil könnte höchstens für den Fall konstruiert werden, dass TVO in der Hauptsache unterliegt und Günter Heuberger (Tele Sántis AG in Gründung) die definitive Konzession erhalten würde. Aufgrund der Ausführungen von TVO zur wirtschaftlichen Situation ist aber davon auszugehen, dass das ökonomische Potenzial im Versorgungsgebiet 11 nicht für zwei Veranstalter ausreicht. Es ist daher davon auszugehen, dass TVO den Betrieb ohne Gebührengelder einstellen müsste. Gleiches geschah auch im Versorgungsgebiet 9 „Innerschweiz“, wo Tele Tell nach der Nichtkonzessionierung an die neu konzessionierte Tele1 AG verkauft worden ist, weil ein Weiterbestand ohne Gebührengelder wirtschaftlich nicht möglich war.

Das Ausbleiben einer Übergangskonzession würde aber auch aus Sicht der Rezipienten nicht wieder gutzumachende Nachteile zur Folge haben. Eine stark reduzierte Service-public-Leistung im Lokalfernsehen kann nicht 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.

Ergebnis: Das Ausbleiben einer Übergangslösung hätte für TVO und dessen Belegschaft im Gegensatz zur Tele Sántis AG in Gründung vor allem aus wirtschaftlichen Gründen nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile. Eine Einstellung oder eine Reduktion des lokalen Service public im Fernsbereich 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.

Die Tele Sántis AG in Gründung führt aus, nur ihr könne eine allfällige Übergangskonzession erteilt werden, da nur sie zum heutigen Zeitpunkt alle Konzessionsvoraussetzungen erfülle.

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 von TVO vom Gericht als inhaltlich besser als dasjenige von Tele Sántis bewertet wurde. Da keine Erfolgsprognose gestellt werden kann, lässt sich auch nicht voraussagen, ob insbesondere TVO die Konzessionsvoraussetzung erfüllt. Weil vorliegend die Erteilung einer zeitlich klar befristeten, provisorischen Konzession 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. Einen vorsorglichen Rechtsschutz wegen angeblicher unlauterer Wettbewerbspraktiken von TVO lehnte das von Günter Heuberger angerufene Zivilgericht ab.

Bei diesem Missbrauchsvorwurf stand namentlich die Berichterstattung von TVO nach erfolgter Zurückweisung des Bundesverwaltungsgerichts ans UVEK zur Debatte. Die entsprechenden Aufzeichnungen liegen auch dem UVEK vor. In der Informationssendung „Aktuell“ von TVO in der Woche vom 14. bis 18. Dezember 2009 waren der Entscheid des

Bundesverwaltungsgerichts und seine möglichen Konsequenzen tatsächlich Thema. Die Konzessionierungsfrage wurde in den ersten drei Wochentagen behandelt. Montag und Dienstag mit hoher Priorität, indem die Sendung mit diesem Thema eröffnet wurde. Am dritten Tag platzierte TVO das Thema an sechster Stelle. Gleichentags sendete TVO einen Talk unter Teilnahme des St. Galler Regierungsrat Keller und des TVO-Sendeleiters Moesch aus. Auch diese Gesprächssendung erfolgte sachlich. Dass dieses medienpolitische Thema während der fraglichen Woche in eigener Sache ausführlich behandelt wurde, gibt dem UVEK auch mit Blick auf die Interessen des Publikums, das an der Zukunft seines Senders interessiert ist, keinen Anlass zur Kritik.

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. 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, begründen beide Parteien ihr Anliegen um eine Übergangskonzession mit der vorläufigen Sicherstellung eines regionalen Service public im Versorgungsgebiet 11 für den TV-Bereich. Die Konzession ist das Instrument zur verbindlichen Festlegung und Gewährleistung der im Sinne des regionalen Service public erforderlichen Programmleistungen und deren Finanzierung. 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 geeigneter als die Erteilung an einen Veranstalter ohne Sendetätigkeit.

2.3.5.3 Erforderlichkeit

Angesichts der angekündigten Reduktion des Programmbetriebs von TVO und damit einhergehenden Kündigungen droht ein markanter Abbau im Vergleich zum Status quo und damit letztlich eine Gefährdung des Service public. Die Aufrechterhaltung des derzeitigen journalistischen Qualitätsniveaus bedingt eine 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 Gebührenanteils. Die Sicherstellung eines regionalen Service public macht deshalb eine provisorische Konzessionierung erforderlich. Andere, bzw. weniger weit gehende Massnahmen sind nicht ersichtlich.

2.3.5.4 Verhältnismässigkeit im engeren Sinne

Im Rahmen der Abklärung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Mittel-Zweck-Relation) ist abzuklären, bei welchem der beiden Bewerber das Verhältnis von einzusetzenden Mitteln zum angestrebten Zweck besser ist.

Somit bleibt abzuklären, bei welchem der beiden Gesuche der Eingriff, welcher eine vorsorgliche Massnahme für die anderen Betroffenen bedeutet, als vertretbarer erscheint. Die Gewährung einer provisorischen Konzession betrifft in erster Linie das Verhältnis der beiden Parteien im Verfahren um eine TV-Konzession im Versorgungsgebiet 11. Ebenfalls betroffen sind die Fernmeldedienstleister im Versorgungsgebiet, welche das Programm eines TV-Veranstalters mit provisorischer Konzession gestützt auf Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG verbreiten müssen. Zurzeit besteht für die Fernmeldedienstleister – in Ermangelung eines konzessionierten Programms – keine „Must Carry“-Verpflichtung für ein regionales TV-Programm.

Die Mittel-Zweck-Relation wird für die beiden Bewerberinnen separat geprüft:

- TVO ist seit 10 Jahren im Versorgungsgebiet als regionale Fernsehstation tätig und in den Kabelnetzen des Gebietes bereits aufgeschaltet. Für die Fernmeldedienstleister würde eine provisorische Konzessionierung von TVO demnach keine zusätzlichen Verpflichtungen bringen. Wird TVO konzessioniert, so wird im Wesentlichen der Status quo bezüglich der erbrachten Leistungen beibehalten, wobei punktuelle Anpassungen an die Anforderungen einer neurechtlichen Konzession erforderlich sein werden, sofern diese nicht bereits erfüllt werden (vgl. Ziff. 2.4.3). Bei Gewährung einer provisorischen Konzession mit entsprechendem Gebührenanteil würden die geplanten Programmkürzungen und Entlassungen bei TVO ausgesetzt – dies ergibt sich schon aus den Anforderungen an den Service public, d.h. dem Leistungsauftrag, welcher in der provisorischen Konzession zu verankern ist. Es ist davon auszugehen, dass TVO diese Anforderungen mit dem aktuellen Personalbestand, allenfalls mit gewissen Aufstockungen umgehend erfüllen könnte. Für die Mitbewerberin Tele Sántis würde sich die Konkurrenzsituation bei Erteilung einer Übergangskonzession an TVO nicht wesentlich verändern.
- Die Tele Sántis AG in Gründung veranstaltet bisher kein eigenes Fernsehprogramm für das Versorgungsgebiet 11. Günter Heuberger bewirbt sich mit den bisherigen Leistungen von Tele Top und einem eigenständigen Gesuch für die Übergangskonzession und gibt sich überzeugt, auch dann den Leistungsauftrag für das Versorgungsgebiet 11 erfüllen zu können, wenn nicht der volle jährliche Gebührenanteil zur Verfügung stehen sollte. Tele Sántis plant ein Programm, welches sich zu 100% direkt auf das Versorgungsgebiet beziehen soll. Für die Gewährleistung einer sofortigen Betriebsaufnahme hat die Tele Sántis AG in Gründung eine Vereinbarung mit der Avedia AG, Gossau SG, abgeschlossen. Diese sichert Tele

Säntis zu, dass sie innert 7 Tagen nach Erteilung einer Übergangskonzession die Betriebsbereitschaft erstellt hat.

Im Unterschied zu TVO würde bei einer Übergangskonzession für Tele Säntis ein neuer Veranstalter im Versorgungsgebiet auftreten. Da ein provisorisch konzessionierter und mit Gebührengeldern finanzierter Veranstalter auch ein Zugangsrecht für die Verbreitung über Leitungen in Anspruch nehmen kann (Art. 59 Abs. 1 Bst. b RTVG), müsste diese Verbreitung im Fall einer Übergangskonzession an Tele Säntis raschmöglichst – und notfalls über anfechtbare Aufschaltverfügungen – sichergestellt werden. Damit würde auch in die Rechte der Fernmeldedienstanbieter eingegriffen. Dies erscheint als problematisch, weil diese ihre Kanalbelegung aufgrund einer lediglich provisorischen Konzession eines lokalen Veranstalters innert kürzester Frist neu organisieren müssten. Dies sind technisch, rechtlich und ökonomisch aufwändige Verfahren, weil je nach Kapazität des Kabels möglicherweise aufgrund von längerfristig abgeschlossenen Verträgen aufgeschaltete Fernsehprogramme abgeschaltet werden müssten. Dies führt erfahrungsgemäss zu langwierigen Streitigkeiten zwischen Programmveranstaltern und Fernmeldedienst Anbietern⁴ und zu heftigen Publikumsreaktionen.

Für TVO würde sich die Situation mit dem Markteintritt eines neuen Veranstalters ebenfalls markant verändern, insbesondere auch mit Blick auf die zur Finanzierung benötigten Werbe- und Sponsoringgelder.

Fraglich bleibt schliesslich, ab welchem Zeitpunkt Tele Säntis die im Sinne eines regionalen Service public erforderlichen Leistungen erbringen könnte. Die Kooperationsvereinbarung mit der Avedia AG beschränkt sich auf die technische Produktion (Kamera, Licht, Ton, Regie) – insgesamt 650 Stellenprozente. Tele Säntis müsste umgehend 2770 Stellenprozente in den Bereichen Redaktion, Moderation, Promotion, Verkauf, Administration besetzen, wobei laut der Kooperationsvereinbarung mit der Avedia AG bei einer allfälligen Personalreduktion von TVO (von der aufgrund der heutigen Aktenlage auszugehen ist) dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter prioritär einzustellen wären. Unter diesen Umständen erscheint es unwahrscheinlich, dass Tele Säntis kurzfristig die für einen regionalen Service public erforderlichen Leistungen erbringen kann – zumal z.B. der Ablauf der Kündigungsfristen der Mitarbeiter von TVO abgewartet werden müsste und der Betreiber von Tele Säntis als konzessionierter TV-Veranstalter für das Versorgungsgebiet Nr. 10 nach Anhang 2 zur RTVV (Region Zürich-Nordostschweiz) derzeit noch voll mit dem Aufbau der konzessionsrechtlich geforderten Produktions- und Programmstrukturen beschäftigt ist. Für den Aufbau der beiden konzessionsrechtlich vorgegebenen Programmfenster im Versorgungsgebiet 10 benötigte der Betreiber von Tele Säntis überdies mehr als ein Jahr. Es ist daher schlicht nicht vorstellbar, dass Tele Säntis in der Lage wäre, innert weniger Tage ein Service public Angebot zu lancieren.

⁴ vgl. etwa die auch über ein Jahr nach Konzessionserteilung an Tele Top fortdauernde Auseinandersetzung des Veranstalters mit dem Kabelnetzbetreiber SASAG AG bezüglich der korrekten Verbreitung der Programmfenster Schaffhausen, Thurgau und Zürich im nördlichen Teil des Versorgungsgebiets Nr. 10 gemäss Anhang 2 zur RTVV.

Ergebnis: Eine Gegenüberstellung der Gesuche von TVO und Tele Sántis führt zum eindeutigen Ergebnis, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Erteilung einer provisorischen Konzession an TVO besser gewahrt wird, zumal hier der regionale Service public umgehend erbracht werden kann, ohne dass die Mitbewerberin Tele Sántis AG in Gründung, welche zur Zeit kein TV-Programm für das Versorgungsgebiet 11 veranstaltet, von dieser befristeten und provisorischen Massnahme empfindlich getroffen würde. Da TVO bereits in den Kabelnetzen des Versorgungsgebiets aufgeschaltet ist, ergeben sich auch keine Konflikte mit den Fernmeldediensteanbietern, welche aus dem Must-Carry-Status eines (wenn auch nur provisorisch) konzessionierten Programms resultieren könnten, insbesondere wenn – wie im Fall von Tele Sántis – ein Programm neu aufgeschaltet werden müsste.

2.3.6 Fazit: Erteilung der Übergangskonzession an TVO

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer provisorischen Regionalfernsehkonzession für das Versorgungsgebiet 11 an TVO im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme sind gegeben. Insbesondere spricht auch die Abwägung der einander gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen eindeutig zugunsten von TVO. Aufgrund seiner bestehenden Produktions- und Personalinfrastruktur und der gesicherten Verbreitung kann TVO den geforderten regionalen Service public umgehend und ohne Unterbruch erbringen. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der rechtskräftigen inhaltlichen Beurteilung der Bewerbungen im Hauptverfahren, wo TVO besser abgeschnitten hat als Tele Sántis.

Demnach wird das Gesuch von TVO um die Erteilung einer Übergangskonzession im Versorgungsgebiet 11 gutgeheissen, dasjenige von Günter Heuberger (Tele Sántis AG in Gründung) wird abgewiesen.

2.3.7 Exkurs: Verhältnis zur Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Februar 2009

Tele Sántis weist auf die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Februar 2009 hin, in welcher es das Gericht ablehnte, der Beschwerde von Günter Heuberger gegen die Konzessionserteilung an TVO die aufschiebende Wirkung zu entziehen und so TVO den unverzüglichen Bezug des mit der Konzession verbundenen Gebührenanteils zu gestatten. In seiner Verfügung hielt das Gericht unter anderem fest, dass kein Anordnungsgrund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehe. TVO machte bereits in diesem Verfahrensstadium finanzielle Einbussen geltend. Das Bundesverwaltungsgericht hielt dem entgegen, dass TVO in Ermangelung einer rechtskräftigen Konzession gar keinen regionalen Service public erbringen müsse und es ihm frei stehe, ein weniger kostenintensives Programm zu veranstalten. TVO sei durch die Nichtauszahlung der Gebühren auch nicht unmittelbar in seiner Existenz bedroht. TVO habe überdies aus der Ausschreibung des BAKOM ableiten können, dass die Auszahlung von Gebührengeldern an die Rechtskraft einer neurechtlichen Konzession geknüpft sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das UVEK in Kenntnis dieser Zwischenverfügung in seinem Urteil vom 10. Dezember 2009 aufgefordert, die Notwendigkeit einer Übergangsregelung im Versorgungsgebiet Nr. 11 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 Bundesverwal-

tungsgerichts sein, im Falle einer Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung das Verhältnis der nun angeordneten Übergangsregelung zu seiner eigenen Zwischenverfügung vom 3. Februar 2009 zu beurteilen.

Immerhin ist festzuhalten, dass sich die Verhältnisse inzwischen grundlegend 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 TVO droht nun real eine drastische Reduktion des Programmangebots und des Personalbestands, was zwar – in Ermangelung eines konzessionsrechtlichen Leistungsauftrags – keine aufsichtsrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen würde, aber aus Sicht des UVEK dennoch weder rundfunkrechtlich indiziert ist noch in einem allgemeiner verstandenen öffentlichen Interesse liegt. Eine Reduktion oder gar der vollumfängliche Wegfall eines – wenn bisher auch auf freiwilliger Basis angebotenen – regionalen Service public liegen ebenso wenig im öffentlichen Interesse wie die Kündigung von verschiedenen Journalisten-Stellen in wirtschaftlich angespannten Zeiten.

Darum hat sich das UVEK in Kenntnis der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts entschlossen, den regionalen Service public auf Basis einer provisorischen Veranstalterkonzession an TVO 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 (Verbreitung [Art. 2], Programmauftrag [Art. 5], Arbeitsbedingungen der Branche [Art. 7], Aus- und Weiterbildung der Programmschaffenden [Art. 8], unerlaubte Sendungsarten [Art. 9]). 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, empfiehlt es sich 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 Konzession (Art. 1 und 10)

Die Erteilung einer Übergangskonzession an TVO stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, mit dem Ziel, den regionalen Service public im Versorgungsgebiet Nr. 11 umgehend zu sichern, bis in der Hauptsache betreffend die Erteilung einer TV-Konzession entschieden worden ist. Dies hält Artikel 1 einleitend ausdrücklich fest. Entsprechend enden bei Eintritt der Rechtskraft die Notwendigkeit der vorsorglichen Massnahme und damit auch die Gültigkeit der Übergangskonzession.

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 TVO nicht zugemutet werden, bereits in dieser Phase des Prozesses die im ursprünglichen Konzessionsgesuch vom 1. Dezember 2007 gemachten Zusicherungen vollumfänglich zu erfüllen.

2.4.3.1 Programmleistungen

Laut Schreiben des Rechtsvertreters von TVO vom 12. Januar 2010 realisiert TVO schon heute einen Grossteil der in der Bewerbung aufgeführten Programmelemente. Dies betrifft insbesondere die Angebote mit Informationscharakter: Kernelement ist die Nachrichtensendung "Ostschweiz aktuell", die täglich von Montag bis Freitag zwischen 18.00 und 18.20 erstmals ausgestrahlt wird, gefolgt vom Regionalwetterbericht. Im ursprünglichen Konzessionsgesuch vom 1. Dezember 2007 verpflichtete sich TVO, diese Sendung nicht nur werktags, sondern auch am Wochenende zu produzieren. Stattdessen sendet TVO gegenwärtig am Samstag einen Rückblick mit den wichtigsten Beiträgen der abgelaufenen Woche. Hierbei handelt es sich nicht um einen Zusammenschnitt, sondern um eine redaktionell bearbeitete und moderierte Sendung, die nach Angaben von TVO die wichtigsten Ereignisse einordnen und in einen grösseren Zusammenhang stellen sollen.

Gemäss Konzessionsgesuch vom 1. Dezember 2007 (hiernach: Bewerbung 2007) verpflichtete sich TVO, in der zweiten halben Stunde von Montag bis Freitag ein besonderes Thema aus den Bereichen Wirtschaft und Politik, Sport, Gesundheit, Kultur und Gesellschaft in Form einer Gesprächssendung zu vertiefen. Diese Talks finden sich auch im aktuellen Programm von Montag bis Donnerstag.

Der Schwerpunkt am Sonntag bildet die im Gesuch aufgeführte halbstündige Diskussionsrunde zu Themen aus Politik und Wirtschaft, die TVO bereits seit dem Sendestart vor zehn Jahren produziert. Einmal pro Monat sendet TVO anstelle des Talks ein persönliches Gespräch mit einem prominenten Gast. Aus aktuellem Anlass, jedoch in unregelmässigen Abständen, wird an dieser Stelle eine Aussenproduktion von 30 bis 120 Minuten übertragen. Die aktuell ausgestrahlte erste halbe Stunde am Sonntag entspricht im Wesentlichen den Angaben im Gesuch.

Diverse in der Bewerbung 2007 angekündigte Programmelemente fehlen vorläufig: So wird am Mittag kein Newsflash ausgestrahlt. Es fehlt auch der tägliche, 3-minütige Wirtschaftsflyer, der wöchentliche Kulturausblick auf das Wochenende (10 Min.) oder die Sonntagsatire aus dem Bundeshaus (3 Min.). Daneben werden verschiedene, eher der Unterhaltung zuzuordnende Sendungen vorläufig nicht produziert, wie das "Dorfduell" (30 Min.), "Min Verein" (5 Min.) oder andere, portraitspezifische Programmformen.

Ergebnis: Der *quantitative* Vergleich zwischen den heute ausgestrahlten und den in der Bewerbung 2007 versprochenen redaktionellen Beiträgen ergibt, dass TVO aktuell über 70 Prozent der gemäss Bewerbung 2007 versprochenen, für den publizistischen Leistungsauftrag relevanten Sendezeit produziert. Werden nur die Programmelemente aus dem Informationsbereich im engeren Sinne verglichen, erhöht sich der bereits realisierte Anteil auf rund 80 Prozent.

Um sich ein Bild über die journalistische *Qualität* der Informationsleistungen zu machen, hat das BAKOM die Ausgaben der Informationssendung „Aktuell“ vom 14. bis zum 18. Dezember (Dauer jeweils rund 18 Minuten), welche TVO um 18 Uhr ausgestrahlt und stündlich wiederholt, analysiert und mit den Anforderungen verglichen, wie sie der Programmauftrag der neurechtlichen Konzession verlangt. Überdies hat das BAKOM zum Vergleich weitere 15 Informationssendungen, welche TVO zwischen dem 23. November 2009 und 11. Dezember 2009 ausgestrahlt hat, summarisch untersucht.

Diese Prüfung hat ergeben, dass TVO den Programmauftrag, während der Hauptsendezeit in erster Linie relevante Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport der Region auszustrahlen, zu einem bedeutenden Teil erfüllt. Die Sendungen sind thematisch vielfältig. Die erwähnten Bereiche kommen über alle untersuchten Sendungen hinweg vor. Zudem finden sich in jeder Sendung Beiträge aus unterschiedlichen Regionen bzw. Kantonen des derzeitigen Sendegebiets. In gestalteten Beiträgen mit O-Tönen ist namentlich bei kontroversen Themen die Regel, mehr als eine Meinung zum Ausdruck zu bringen. Auch die journalistischen Formen sind vielfältig, wenn dem Publikum Inhalte als Beitrag, Portrait, Meldung oder Interview näher gebracht werden

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 TVO eine Redaktionsgrösse von 1'200 Stellenprozenten; für die Produktion sind 1'000 Stellenprozente vorgesehen. Gegenwärtig umfasst die Redaktion 845% und die Produktion 350%, womit die redaktionelle Dotierung zu 70%, jene der Produktion zu 35% erfüllt ist.

Laut Bewerbung 2007 will TVO einen Minimallohn von 4'420 Franken bezahlen. Aktuell beträgt der tiefste Lohn der 14-köpfigen Belegschaft umgerechnet 4'600 Franken; im Durchschnitt werden monatlich 5'867.40 Franken ausbezahlt. Diese Vorgabe ist somit mehr als erfüllt. Vollständig eingehalten werden auch die übrigen Arbeitsbedingungen: Die normale Arbeitszeit beträgt 41 Stunden pro Woche, die Ferien betragen fünf bzw. sechs Wochen ab 50, ein 13. Monatslohn wird ab Anstellungsbeginn ausbezahlt.

Ergebnis: Mit 1195% Stellenprozenten im Bereich Redaktion/Produktion erfüllt TVO die eigenen Vorgaben zu 54 Prozent; im redaktionellen Bereich sind 70 Prozent der angestrebten Stellen besetzt. Die Lohnvorgaben und die übrigen Arbeitsbedingungen werden zu 100 Prozent eingehalten.

2.4.3.3 Ergebnis

Der Vergleich zwischen den in der Bewerbung angegebenen und den heute effektiv erbrachten Leistungen zeigt, dass TVO schon heute auf freiwilliger Basis viele Elemente ganz oder mehrheitlich erfüllt. Gemäss den Unterlagen, welche TVO am 12. Januar 2010 eingereicht hat, bewegt sich der durchschnittliche Erfüllungsgrad im Bereich des Informations-Output um 70 bis 80 Prozent. Dies ist der besonderen Verfahrenssituation durchaus angemessen. Daher wird TVO hinsichtlich des Umfangs des bis zum rechtskräftigen Abschluss des Konzessionierungsverfahrens zu erbringenden Leistungsauftrags grundsätzlich auf die im erwähnten Schreiben vom 12. Januar 2010 dargelegten Angaben verpflichtet (Art. 4, Abs. 1 der Übergangskonzession).

2.4.4 Gebührenanteil (Art. 3)

Angesichts des Umstandes, dass TVO den selber definierten und in der Konzession vom 31. Oktober 2008 festgehaltenen Leistungsauftrag bereits weitgehend 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 2'205'052 Franken, d.h. 1'764'042 Franken, festgelegt.

Dieser Betrag trägt den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Versorgungsgebiet gleichermassen adäquat Rechnung wie den Anstrengungen des Veranstalters mit Blick auf die Erfüllung des Leistungsauftrags: Bei der Festlegung des Gebührenanteils im Vorfeld der Ausschreibung der lokalen Veranstalterkonzessionen berücksichtigte das UVEK einerseits die Kosten, welche dem Veranstalter für die Herstellung und Verbreitung seines Programms entstehen (Sockelbeitrag) wie auch die ökonomischen Begebenheiten des Versorgungsgebiets (Wirtschaftsfaktor)⁵, wobei der errechnete Betrag mit den durchschnittlichen realen Betriebskosten aus den letzten drei Jahren der Stationen, welche den künftigen Konzessionären am ehesten entsprachen, verglichen wurde (Realitätscheck). Überstiegen die modellhaft ermittelten Beträge einen bestimmten Wert der realen Durchschnittskosten, wurden die Restanzen auf die übrigen Versorgungsgebiete verteilt. Während der Wirtschaftsfaktor, da an ökonomische Parameter des Versorgungsgebietes gebunden, unabhängig davon gleich bleibt, ob eine provisorische oder dauerhafte Konzession zur Diskussion steht, variiert der Sockelbetrag je nach Ausbaustand des Programms (unterschiedliche Programm- bzw. Personalkosten). Stellt man im vorliegenden Fall den bereits errechneten Wirtschaftsfaktor voll in Rechnung (866'861 Franken), werden unabhängig von der bei der Berechnung des Gebührenanteils für das Versorgungsgebiet Nr. 11 umverteilten Restanz von 116'560 Franken 73% des ursprünglichen Sockelbetrags ausgerichtet, um den provisorisch ermittelten Gebührenanteil von 1'764'042 Franken zu ergeben. Dieser Quotient ist in Anbetracht der von TVO bereits heute erbrachten Leistung durchaus angebracht.

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 Verbreitung (Art. 2)

Im Versorgungsgebiet Nr. 11 leben rund 600'000 Einwohnerinnen und Einwohner. Das entspricht rund 240'000 Haushalten, die potenziell von TVO bedient werden könnten. Ein Blick auf die Versorgungskarte von TVO zeigt, dass gegenwärtig rund 215'000 Haushalte versorgt werden. Der Versorgungskarte ist zu entnehmen, dass mit wenigen Ausnahmen im südlichen Thurgau alle angeschlossenen Haushalte innerhalb des im Anhang zur RTVV definierten Versorgungsgebietes liegen. Die Differenz von 25'000 Haushalten ist in

⁵ Für die Herleitung der einzelnen Gebührenanteile vgl. die auf der BAKOM-Website publizierte Aufstellung unter http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/marktuebersicht/02006/index.html?lang=de

erster Linie damit zu erklären, dass in den Appenzeller Kantonen und im Toggenburg mehrere Gemeinden ohne Kabelanschluss sind und somit TVO dort nicht empfangen werden kann.

Das Programm von TVO muss gemäss Art. 59 Absatz 1 Buchstabe b RTVG im zugewiesenen Versorgungsgebiet über Leitungen verbreitet werden (Zugangsrecht). Artikel 38 Absatz 5 RTVG verlangt grundsätzlich eine Beschränkung der Verbreitung eines gebührenunterstützten Programms auf das in der Konzession definierte Versorgungsgebiet. TVO wird daran erinnert, dass es somit dafür zu sorgen hat, dass die einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen die entsprechenden Massnahmen ergreifen, sofern sie das Signal auch in Gemeinden verbreiten, die ausserhalb des Versorgungsgebietes liegen. Solche Massnahmen sind insbesondere angezeigt, wenn das Programm in Leitungsnetze eingespeist wird, welche die Grenzen des Versorgungsgebietes erheblich überschreiten (Art. 2 Abs. 2 der Konzession).

2.4.6 Gewährleistung der Qualität (Art. 6)

TVO hält in seiner Stellungnahme vom 12. Januar 2010 fest, dass sämtliche Dokumente, die im Gesuchsverfahren im Zusammenhang mit der Qualitätssicherung eingereicht wurden, bereits gültig und somit für den Betrieb verpflichtend sind. Dies betrifft das Leitbild, die publizistischen Richtlinien, das Personalreglement, das Lohnsystem, das Programmhandbuch und das Handbuch für Videojournalisten. Diese Dokumente definieren die inhaltlichen und formalen Ziele, regeln die Arbeitsbedingungen, die Aus- und Weiterbildung sowie die redaktionellen Abläufe und bilden damit die Basis für die Sicherung der redaktionellen Qualität. Damit erfüllt TVO bereits heute die Vorgaben hinsichtlich der Qualitätssicherung, soweit dies die Bereitstellung der zweckdienlichen Dokumente anbelangt.

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 TV-Bereich für das Versorgungsgebiet 11. Dies gilt umso mehr, als gegenüber dem Status quo eine unmittelbare Verschlechterung droht, sollte die Wirksamkeit dieser Zwischenverfügung durch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gehemmt werden. TVO hat glaubwürdig angekündigt, dass ohne Gebühreneinzahlungen ein programmlicher Abbau und damit verbundene Entlassungen unmittelbar bevorstehen. Unter diesen Umständen überwiegen das öffentliche Interesse an einem regionalen Service public im TV-Bereich wie auch das tatsächliche Interesse der Mitarbeitenden von TVO an der Sicherung ihrer bedrohten Arbeitsplätze das private Interesse des Konkurrenten Tele Sämtis an der Aussetzung der Wirksamkeit der Zwischenverfügung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die vorsorglichen Massnahmen.

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

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Das Gesuch der TVO AG um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird gutgeheissen. Das Gesuch von Günter Heuberger, Tele Sämtis AG (in Gründung) um den Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Der TVO AG wird eine provisorische Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet 11 erteilt. Diese Konzession gilt ab Datum der Zustellung dieser Zwischenverfügung bis zu einem rechtskräftigen Hauptentscheid. 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 TVO AG und Günter Heuberger, Tele Sämtis AG (in Gründung) mittels eingeschriebener Post 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.