



Urteil vom 1. November 2018

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

Radio Emme AG,
Dorfstrasse 29, Postfach 517, 3550 Langnau im Emmental,
vertreten durch MLaw David Stärkle, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

SwissMediaCast AG,
Dufourstrasse 23, 8008 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Abteilung Medien, Zukunftstrasse 44, 2501 Biel/Bienne,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gesuch um Verbreitung des Programms Neo 1 über den
DAB+-Layer Bern-Freiburg der SwissMediaCast AG (SMC).

Sachverhalt:**A.**

Mit Schreiben vom 20. Juni 2017 teilte die Radio Emme AG (Beschwerdeführerin) dem Bundesamt für Kommunikation BAKOM (Vorinstanz) mit, sie habe bei der SwissMediaCast AG (Beschwerdegegnerin) um Verbreitung ihres Programms Neo 1 auf dessen DAB+-Layer Bern-Freiburg ersucht. Die Beschwerdegegnerin habe das Gesuch mit der Begründung abgelehnt, es stünde kein Sendeplatz mehr zur Verfügung, weshalb die Aufschaltung im Moment nicht möglich sei. Die Beschwerdeführerin bat die Vorinstanz um sofortige Aufschaltung ihres Programms auf DAB+.

B.

Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, es bestehe zurzeit kein Zugangsrecht für eine DAB+-Verbreitung von Neo 1 auf das Sendernetz der Beschwerdegegnerin.

C.

Auf Ersuchen der Beschwerdeführerin erliess die Vorinstanz am 29. September 2017 eine entsprechende Verfügung. Darin wies sie das Gesuch der Beschwerdeführerin um Aufschaltung ihres Radioprogramms auf das DAB+-Sendernetz der Beschwerdegegnerin ab und auferlegte ihr Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 630.–. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die Veranstalter- und die Funkkonzession der Beschwerdeführerin sähen eine Verbreitung ihres Programms über UKW, nicht aber über DAB+ vor. Deshalb habe sie keinen Anspruch auf Verbreitung ihres Programms auf dem Layer Bern-Freiburg der Beschwerdegegnerin. Mit der Ablehnung des Ersuchens um Aufschaltung aus Platzgründen habe die Beschwerdegegnerin weder gegen den Grundsatz der Chancengleichheit oder der Angemessenheit noch gegen das Diskriminierungsverbot verstossen.

D.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 1. November 2017 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. September 2017 Beschwerde und stellte die folgenden Anträge:

- „1. Der Entscheid ist, was den Sachverhalt bzw. deren Darstellung angeht, adäquat zu berichtigen;
2. Die Verfügung vom 29. September 2017 ist aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen;

3. Das BAKOM sei anzuweisen, der SMC [Beschwerdegegnerin] die Auflage zu erteilen, das Programm der Beschwerdeführerin, Radio Neo 1, unverzüglich auf dem Layer Bern-Fribourg-Solothurn aufzuschalten;
4. Eventualiter ist das BAKOM anzuweisen, das Gesuch um den Bau eines eigenen DAB+-Sendernetzes zu bewilligen;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des BAKOM zu beurteilen.“

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin aus, sie habe gemäss ihrer Veranstalterkonzession das Recht, ihr Programm auch in digitaler Technik über die ihr zugewiesene UKW-Frequenz zu verbreiten. Die Bewohner des Emmentals und des Entlebuches würden in ihrem Grundrecht der Informationsfreiheit eingeschränkt, wenn die Vorinstanz beziehungsweise die Beschwerdegegnerin verhindere, dass sie ihr Radioprogramm auf DAB+ verbreiten könne. Nutzer ihres Radioprogramms würden gegenüber Nutzern anderer Radioprogramme, die auf DAB+ verbreitet würden, unterschiedlich behandelt, obwohl sie die gleichen Empfangsgebühren bezahlen müssten. Zudem müsse die Must-Carry-Pflicht grundsätzlich auch für alle digitalen Radioangebote von konzessionierten UKW-Radios gelten. Die Untersagung der Verbreitung ihres Programms auf DAB+ komme einem Entzug ihrer Veranstalterkonzession gleich und bedrohe ihre wirtschaftliche Existenz.

E.

Am 6. November 2017 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin je ein Exemplar der Beschwerde zu. Am 21. November 2017 setzte es der Vorinstanz Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur Einreichung einer Beschwerdeantwort an.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 22. Dezember 2017 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, es gebe kein grundsätzliches Recht auf Verbreitung über DAB+-Netze aller konzessionierter Radioprogramme. Die Konzessionen der Beschwerdeführerin gäben ihr keinen Anspruch darauf, ihr Programm über ein DAB+-Sendernetz zu verbreiten und auch der Konzession der Beschwerdegegnerin sei kein Zugangsrecht der Beschwerdeführerin zu entnehmen. Ein solches lasse sich auch aus dem Bundesgesetz über Radio und Fernsehen nicht ablei-

ten. Die Ablehnung des Gesuchs komme keinem Entzug der Veranstalterkonzession gleich, da die Beschwerdeführerin weiterhin das Recht habe, ihr Programm über UKW zu verbreiten. Auch aus dem Anspruch auf Gebührensplitting lasse sich kein Recht auf Zugang zu einer Verbreitung des Programms über DAB+ ableiten. Das Radioprogramm der Beschwerdeführerin könne über UKW verbreitet werden und alle handelsüblichen Empfangsgeräte könnten Radiosignale sowohl über UKW als auch über DAB+ empfangen. Deshalb werde die Informationsfreiheit der Zuhörer nicht eingeschränkt. Bis Ende der laufenden Konzessionen der Lokalradios Ende 2019 sei UKW der Hauptverbreitungsvektor, DAB+ werde erst ab 2020 zum Hauptverbreitungsweg. Durch die in der Zwischenzeit geschaffenen neuen Rahmenbedingungen ab 2020 würden auch für das Radioprogramm der Beschwerdeführerin Kapazitäten frei.

G.

Am 28. Dezember 2017 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin die Vernehmlassung der Vorinstanz zu und gab ihnen Gelegenheit, innert Frist allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

H.

In ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung vom 11. März 2018 führte die Beschwerdeführerin – soweit neu – aus, sie werde grundsätzlich diskriminiert, weil die Beschwerdegegnerin meldepflichtige Radios gegenüber konzessionierten Radios mit Abgabenanteil bevorzuge. Die Vorinstanz entziehe ihr mit der Untersagung der Verbreitung über DAB+ ihre Existenzvoraussetzung durch eine Reduktion der nationalen Werbung, was dem Zweck des Gebührensplittings widerspreche, der in der Existenzsicherung von Veranstaltern in Rand- und Berggebieten liege.

I.

Am 13. März 2018 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin den übrigen Verfahrensbeteiligten zu.

J.

Am 29. August 2018 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, innert Frist die neuen Konzessionen „Funkkonzession für das DAB+- Sendernetz DCH 03“ und „Funkkonzession für das DAB+-Sendernetz DCH 05“ der Beschwerdegegnerin vom 19. Dezember 2017 einzureichen. Mit Eingabe vom 5. September 2018 kam die Vorinstanz der Aufforderung nach.

K.

Am 7. September 2018 stellte das Bundesverwaltungsgericht den übrigen Verfahrensbeteiligten die Eingabe der Vorinstanz vom 5. September 2018 inklusive der genannten Konzessionen der Beschwerdegegnerin zu und forderte sie auf, innert Frist zur Frage Stellung zu nehmen, ob und gegebenenfalls inwiefern die Konzessionen ihres Erachtens einen Einfluss auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens haben.

L.

In ihrem Schreiben vom 24. September 2018 führte die Vorinstanz aus, im Falle einer Verlängerung der aktuellen Funkkonzession der Beschwerdeführerin werde diese am 31. Dezember 2019 nach wie vor über eine Veranstalterkonzession verfügen, womit ihr ab dem 1. Januar 2020 eine garantierte Verbreitung auf dem DAB+-Sendernetz DCH 03, Bern – Freiburg, zustehen werde.

M.

In ihrer Eingabe vom 25. September 2018 führte die Beschwerdeführerin aus, aufgrund der Funkkonzession DCH 03 vom 19. Dezember 2017 hätte die Beschwerdegegnerin das Programm der Beschwerdeführerin aufschalten müssen, weil die Funkkonzession der Beschwerdeführerin bis am 31. Dezember 2019 gelte. Mit Eingabe vom 30. September 2018 bekräftigte die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid ist eine solche Verfügung. Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Es ist keine Ausnahme bezüglich Sachgebiet gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung

hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheides, mit dem ihre Begehren abgewiesen wurden, zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts – einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens –, auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Nach Art. 93 Abs. 2 BV tragen Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.

3.2 Gemäss Art. 38 Abs. 1 Bst. a RTVG können Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil (Konzessionen mit Abgabenanteil) an Veranstalter lokal-regionaler Programme erteilt werden, die ein Gebiet ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeiten mit Radio- und Fernsehprogrammen versorgen, welche die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen. Gemäss Art. 38 Abs. 2 RTVG geben Konzessionen mit Abgabenanteil einen Anspruch auf Verbreitung des Programms in einem bestimmten Versorgungsgebiet (Zugangsrecht) sowie auf einen Anteil am Ertrag der Abgaben für Radio und Fernsehen. Gemäss Art. 38 Abs. 4 Bst. a RTVG legt die Konzession das Versorgungsgebiet und die Art der Verbreitung fest.

3.3 Nach Art. 51 Abs. 1 RTVG können die Programmveranstalter ihre Programme gestützt auf die Bestimmungen des Fernmelderechts selber verbreiten oder eine Fernmeldedienstanbieterin beauftragen, die Programme zu verbreiten. Nach Abs. 2 werden die Verbreitungsdienstleistungen chancengleich, angemessen und nicht diskriminierend angeboten.

3.4 Nach Art. 53 Bst. b RTVG sind die Programme der Programmveranstalter, die über eine Konzession mit Leistungsauftrag verfügen, für die drahtlos-terrestrische Verbreitung im Rahmen der Konzession zugangsberechtigt.

4.

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung fest, die Beschwerdeführerin habe gegenüber der Beschwerdegegnerin keinen rechtlichen Anspruch auf Verbreitung ihres Radioprogramms über DAB+. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, die Beschwerdegegnerin sei verpflichtet, ihr Radioprogramm auf ihr DAB+-Sendernetz aufzuschalten. Es ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz der Beschwerdegegnerin hat.

5.

5.1 Erstens ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin unmittelbar aus dem Gesetz einen Anspruch auf Verbreitung ihres Radioprogramms über DAB+ hat.

5.2 Art. 38 Abs. 2 RTVG sieht zwar vor, dass Konzessionen mit Abgabenteil wie diejenige der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Verbreitung des Programms in einem bestimmten Versorgungsgebiet haben. Nach Abs. 4 Bst. a dieser Bestimmung legt jedoch die jeweilige Konzession die Art der Verbreitung fest. Das Gleiche folgt aus Art. 53 RTVG, der vorsieht, dass die Programme der Programmveranstalter, die über eine Konzession mit Leistungsauftrag verfügen, für die drahtlos-terrestrische Verbreitung im Rahmen der Konzession zugangsberechtigt sind. Das RTVG sieht damit lediglich einen Anspruch auf Verbreitung im Versorgungsgebiet vor, die Art der Verbreitung legt das Gesetz hingegen nicht fest; diese wird erst durch die Konzession bestimmt.

Die von der Beschwerdeführerin angerufene, sogenannte „must-carry rule“ in Art. 59 Abs. 1 RTVG gilt nur für die Verbreitung von Programmen über Leitung, wie sowohl der Wortlaut der Bestimmung als auch deren systematische Einordnung in Kapitel 3 des 3. Titels des RTVG zeigen. Eine (analoge) Anwendung dieser Bestimmung im Bereich der drahtlos-terrestrischen Verbreitung nach Kapitel 2 des 3. Titels des RTVG kommt aufgrund der klaren Regelung bezüglich der Art der Verbreitung in Art 53 RTVG nicht in Betracht.

5.3 Aus dem RTVG lässt sich damit weder für alle konzessionierten Radioprogramme, noch für alle konzessionierten Radioprogramme mit Abgabenanteil einen gesetzlichen Anspruch auf Verbreitung über DAB+ ableiten. Entsprechend verfügt die Beschwerdeführerin unmittelbar aus dem Gesetz über keinen Anspruch auf Verbreitung ihres Radioprogramms über DAB+.

6.

6.1 Die Art der Verbreitung von Radioprogrammen wird gemäss Art. 38 Abs. 4 Bst. a und Art. 53 RTVG durch die jeweilige Veranstalterkonzession bestimmt. Deshalb ist zweitens ist zu prüfen, ob die Veranstalterkonzession der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Verbreitung ihres Radioprogramms über DAB+ enthält.

6.2 Die Beschwerdeführerin verfügt seit 2008 über eine bis am 31. Dezember 2019 gültige Konzession für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil gemäss Art. 38 ff. RTVG (im Folgenden: Veranstalterkonzession). Die Veranstalterkonzession gibt der Beschwerdeführerin das Recht, in der Region Emmental (Region Nr. 13 gemäss Ziff. 4 des Anhangs 1 zur Radio und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]) ein lokal-regionales Radioprogramm zu veranstalten. Das Programm wird gemäss Art. 2 der Veranstalterkonzession im Versorgungsgebiet drahtlos-terrestrisch in analoger Technik über UKW-Frequenzen verbreitet. Die Beschwerdeführerin hat das Recht, ihr Programm zusätzlich unverändert in digitaler Technik über die ihr zugewiesene UKW-Frequenz zu verbreiten. Zudem verfügt die Beschwerdeführerin über eine ebenfalls bis am 31. Dezember 2019 gültige UKW-Funkkonzession für die Verbreitung ihres Programms gemäss Veranstalterkonzession.

6.3 Sowohl die analoge als auch eine eventuelle digitale Verbreitung des Programms der Beschwerdeführerin sind gemäss ihrer Veranstalterkonzession über UKW-Frequenzen vorgesehen. Entsprechend verfügt die Beschwerdeführerin auch über eine mit der Veranstalterkonzession verbundene Funkkonzession für die drahtlos-terrestrische Verbreitung von Radioprogrammen über UKW. Eine Verbreitung über DAB+ wird in ihrer Veranstalterkonzession nicht erwähnt. Entsprechend gibt die Veranstalterkonzession der Beschwerdeführerin ihr keinen Anspruch auf Verbreitung ihres Radioprogramms über ein DAB+-Sendernetz.

7.

7.1 Drittens ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin aus der Funkkonzession der Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Zugang zu deren DAB+-Sendernetz ableiten kann.

7.2 Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung war die Beschwerdegegnerin unter anderem im Besitz der Funkkonzession „DAB+-Senderkette mit sieben regionalen Versorgungsgebieten in der Deutschschweiz“ vom 10. April 2012. Diese berechtigte sie zur Nutzung des VHF-Frequenzspektrums im Band III für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Multimediadiensten. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 20. Februar 2013 wurde die Anzahl regionaler Versorgungsgebiete im Rahmen dieser Konzession auf fünf reduziert.

Gemäss dieser Funkkonzession der Beschwerdegegnerin hatten Programme der SRG in einem gewissen Umfang ein Zugangsrecht auf Verbreitungskapazitäten der Beschwerdegegnerin (Ziff. 2.4). Darüber hinaus wurden jedoch weder weitere Zugangsrechte noch Vorrechte für andere Radioprogramme stipuliert, auch nicht für solche von konzessionierten UKW-Veranstaltern mit Gebührenanteil. Die Vorinstanz hat deshalb insoweit in der angefochtenen Verfügung zu Recht kein Zugangsrecht der Beschwerdeführerin gestützt auf die Funkkonzession der Beschwerdegegnerin vom 10. April 2012 festgestellt.

7.3

7.3.1 Am 19. Dezember 2017 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die „Funkkonzession für das DAB+-Sendernetz DCH 03“ (nachfolgend: Funkkonzession DCH 03), die mit ihrer Erteilung in Kraft tritt und bis am 31. Dezember 2024 gilt (Ziff. 1.2 der Funkkonzession DCH 03). Die Funkkonzession DCH 03 ersetzt die Funkkonzession der Beschwerdegegnerin vom 10. April 2012 (Ziff. 4.5 der Funkkonzession DCH 03). Zum Zeitpunkt des vorliegenden Urteils gilt damit die Funkkonzession DCH 03, die Funkkonzession vom 10. April 2012 ist nicht mehr in Kraft.

7.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz, Art. 12 VwVG). Es legt seinen Entschieden den Sachverhalt zugrunde, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes dürfen im Beschwerdeverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes jederzeit neue Tatsachen und Beweismittel eingebracht und berücksichtigt werden (vgl. BVGE 2009/9 E. 3.3.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor

dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.204, 2.206; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1021).

Bei der Erteilung der Funkkonzession DCH 03 an die Beschwerdegegnerin am 19. Dezember 2017 handelt es sich um eine neue Tatsache, die sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verwirklicht hat. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde die (neue) Funkkonzession DCH 03 der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen.

7.4

7.4.1 Die Funkkonzession DCH 03 der Beschwerdegegnerin sieht in Ziff. 2.4 unter dem Titel „Verbreitung von Programmen von lokal-regionalen Veranstaltern“ Folgendes vor:

„Die [Beschwerdegegnerin] sichert allen konzessionierten Veranstaltern der deutschsprachigen Schweiz (Art. 38 Abs. 1 Bst. a und Art. 43 RTVG), die per 31. Dezember 2019 für die dauerhafte Verbreitung ihres Programms über eine UKW-Veranstalterkonzession verfügen, einen Programmplatz in jenem regionalen Layer zu, der mindestens deckungsgleich ist mit dem in Anhang 1 zur RTVV definierten Versorgungsgebiet für die drahtlos-terrestrische Verbreitung.

Die Zuteilung der einzelnen Programmplätze auf die gemäss obigem Absatz begünstigten Veranstalter ist im Anhang 2 aufgelistet.“

Es ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin aus Ziff. 2.4 der Funkkonzession DCH 03 der Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Zugang zu deren DAB+-Sendernetz DCH 03 ableiten kann.

7.4.2 Konzessionen weisen sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente auf. In Bezug auf die vertraglichen Elemente, namentlich diejenigen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen. Wie bei einem privatrechtlichen Vertrag ist in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; empirische oder subjektive Vertragsauslegung). Die subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt.

Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung). Auch die objektive Vertragsauslegung ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen; von einem klaren Vertragswortlaut ist jedoch nur abzuweichen, wenn sich ernsthafte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht (BGE 126 II 171 E. 4c/bb; Urteil des BGer 2C_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 2 m.w.H.).

7.4.3 Der Inhalt von Ziff. 2.4 der Funkkonzession DCH 03 ist nicht gesetzlich vorgegeben, weshalb es sich um ein vertragliches Element handelt. Die Vorinstanz macht geltend, der Anspruch auf Zugang zum Sendernetz gelte nur, falls die Funkkonzession der Beschwerdeführerin über den 31. Dezember 2019 hinaus verlängert werde, und entsprechend erst ab dem 1. Januar 2020. Sie äussert sich jedoch nicht dazu, inwiefern dies konkret aus Ziff. 2.4 der Funkkonzession DCH 03 folgt. Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, der Anspruch gelte seit der Erteilung der Konzession am 19. Dezember 2017. Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen, weshalb ihr Wille nicht festgestellt werden kann. Auf einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Vorinstanz und Beschwerdegegnerin) kann deshalb nicht abgestellt werden. Es ist mithin auf eine objektive Vertragsauslegung abzustellen.

7.4.4 Ziff. 2.4 der Funkkonzession DCH 03 der Beschwerdegegnerin gibt allen konzessionierten Veranstaltern der deutschsprachigen Schweiz, die per 31. Dezember 2019 für die dauerhafte Verbreitung ihres Programms über eine UKW-Veranstalterkonzession verfügen einen Anspruch auf einen Programmplatz im DAB+-Sendernetz DCH 03 der Beschwerdegegnerin. Die Präposition „per“ bedeutet in zeitlicher Verwendung „zum, für“ (Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/per>, besucht am 22.10.2018) respektive „(bis) zum“ (DWDS, Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/per>, besucht am 22.10.2018). Entsprechend gilt der Anspruch für konzessionierte Veranstalter, die bis zum 31. Dezember 2019 über eine Konzession verfügen.

Die Beschwerdeführerin hat eine UKW-Veranstalterkonzession für die Region Emmental (Region Nr. 13 gemäss Ziff. 4 des Anhangs 1 zur RTVV), die am 31. Dezember 2019 endet (Art. 11 der UKW-Veranstalterkonzession). Fristen, die auf ein bestimmtes Kalenderdatum hin angesetzt sind,

enden an ihrem letzten Tag, dem sogenannten Ablauftag (*dies ad quem*), um Mitternacht (vgl. URS PETER CAVELTI, in: VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 20 VwVG N. 23, 40 und 44). Dies gilt auch für die Befristung einer auf das RTVG gestützten Konzession, zumal diese gemäss Art. 46 Abs. 2 RTVG (u.a.) *nach* Ablauf ihrer Dauer erlischt. Die Veranstalterkonzession der Beschwerdeführerin endet deshalb am 31. Dezember 2019 um 24.00 Uhr, sie ist mithin am 31. Dezember 2019 noch gültig.

Dass der Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz DCH 03 der Beschwerdegegnerin auch für Veranstalter gilt, deren Konzession am 31. Dezember 2019 endet, entspricht dem von der Vorinstanz vorgesehenen Übergang von UKW zu DAB+ als Hauptverbreitungsweg von Radioprogrammen. Im Rahmen dieses Transformationsprozesses können zwar alle Radio-Veranstalterkonzessionen, die Ende 2019 auslaufen, auf Gesuch hin bis 2024 verlängert werden (Art. 96a RTVV). Gleichzeitig sollen aber auch UKW-Programmveranstalter, die auf eine Verlängerung ihrer Veranstalterkonzession verzichten, einen Anspruch auf Zugang zu einem DAB+-Sendernetz erhalten (Erläuternder Bericht der Vorinstanz vom Oktober 2017 zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung, S. 4 und 6). Die Vorinstanz verfolgt mit der Verankerung des Anspruchs auf Zugang zum Sendernetz DCH 03 in der Konzession der Beschwerdegegnerin also gerade das Ziel, auch solchen Veranstaltern einen Anspruch auf Verbreitung über DAB+ zu verschaffen, deren Konzession am 31. Dezember 2019 abläuft.

Die Beschwerdeführerin verfügt bis und mit einschliesslich dem 31. Dezember 2019 als konzessionierte Veranstalterin der deutschsprachigen Schweiz über eine UKW-Veranstalterkonzession im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Bst. a RTVG. Sie erfüllt damit die in Ziff. 2.4 der Funkkonzession DCH 03 genannten Voraussetzungen für einen Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz DCH 03 der Beschwerdegegnerin.

7.4.5 Die Funkkonzession DCH 03 trat am 19. Dezember 2017 in Kraft. Weder in Ziff. 2.4 noch in den weiteren Ziffern der Konzession wird festgelegt, dass der Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz DCH 03 erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft tritt. Zudem listet der Anhang 2 der Konzession, auf den Ziff. 2.4 verweist, bereits die Zuteilung der einzelnen Programmplätze auf, inklusive eines Programmplatzes für die Region 13 – Emmental, was ebenfalls für die sofortige Anwendung dieses Anspruchs

spricht. Dass die Vorinstanz in öffentlichen Verlautbarungen von einem Anspruch „ab 2020“ spricht (vgl. Pressemitteilung BAKOM vom 19. Dezember 2017), vermag daran nichts zu ändern.

Da die Funkkonzession DCH 03 keine Hinweise darauf enthält, dass deren Ziff. 2.4 zu einem späteren Zeitpunkt als der Rest der Konzession in Kraft tritt, gilt der Anspruch von Ziff. 2.4 ab Inkrafttreten der Konzession, das heisst ab dem 19. Dezember 2017. Die Beschwerdeführerin hat entsprechend seit diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz DCH 03 der Beschwerdegegnerin.

7.4.6 Da die Beschwerdeführerin damit zum Zeitpunkt des vorliegenden Urteils einen Anspruch auf Zugang zum DAB+-Sendernetz DCH 03 der Beschwerdegegnerin hat, muss nicht mehr geprüft werden, ob die Beschwerdegegnerin mit der Ablehnung des Gesuchs der Beschwerdeführerin gegen Art. 51 Abs. 2 RTVG – gemäss dem die Verbreitungsdienstleistungen chancengleich, angemessen und nicht diskriminierend angeboten werden müssen – versties.

7.4.7 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz im Dezember 2017 einen zusätzlichen DAB+-Frequenzblock freigegeben und der Beschwerdegegnerin eine zusätzliche Konzession für ein weiteres DAB+-Sendernetz gewährt hat (Funkkonzession der Beschwerdegegnerin für das DAB+-Sendernetz DCH 05 vom 19. Dezember 2017). Dies mit dem Ziel, die für die Zukunft notwendigen DAB+-Kapazitäten zu schaffen. Nach Aussage der Vorinstanz plant die Beschwerdegegnerin, das DAB+-Sendernetz DCH 05 anfangs 2019 in Betrieb zu nehmen.

8.

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Zugang zu einem Programmplatz auf deren DAB+-Sendernetz DCH 03 hat. Da das Hauptbegehren damit gutzuheissen ist, muss auf das Eventualbegehren bezüglich Bewilligung des Baus eines eigenen DAB+-Sendernetzes nicht eingegangen werden.

8.2 Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, das Radioprogramm Neo 1 der Beschwerdeführerin auf ihr DAB+-Sendernetz DCH 03 aufzuschalten, und zwar auf jenem regionalen Layer, der mindes-

tens deckungsgleich ist mit dem in Anhang 1 zur RTVV definierten Versorgungsgebiet für die drahtlos-terrestrische Verbreitung der Beschwerdeführerin.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als obsiegende und die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei anzusehen. Entsprechend ist die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Die Bemessung der Verfahrenskosten richtet sich nach den Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 2'000.– festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzubezahlen.

9.2 Der obsiegenden und im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vertretenen Beschwerdeführerin ist zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte keine Kostennote ein. Der notwendige Vertretungsaufwand lässt sich indes aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb praxisgemäss auf die Einholung einer solchen verzichtet wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (Art. 8 ff. VGKE) ist die von der Beschwerdegegnerin auszurichtende Parteientschädigung von Amtes wegen auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

10.

Gemäss Art. 83 Bst. p Ziff. 1 BGG ist die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post betreffend Konzessionen, die Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung waren, ausgeschlossen. Der Ausschluss gilt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bei allen die Konzession berührenden Fragen (Urteil des BGer 2C_679/2008 vom 27. Mai 2009 E. 4; vgl. auch Urteile des

BGer 2C_289/2009 vom 9. September 2009 E. 1.1 f. und 2C_629/2012 vom 5. Februar 2013 E. 1.2), weshalb das vorliegenden Urteil nicht beim Bundesgericht angefochten werden kann und somit endgültig ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 29. September 2017 wird aufgehoben. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, das Radioprogramm Neo 1 der Beschwerdeführerin auf ihr DAB+-Sendernetz DCH 03 aufzuschalten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzubezahlen.

4.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beilagen zurück)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 381.0/1000363729; Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück)
- das Generalsekretariat UVEK (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Steiger

Tobias Grasdorf

Versand: