



## Urteil vom 22. August 2012

---

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich,  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Gerichtsschreiberin Anita Schwegler.

---

Parteien

Dr. iur. Günter **Heuberger**, Tele Sântis AG (in Gründung),  
Postfach 2299, 8401 Winterthur,  
Beschwerdeführer,

gegen

**TVO AG**, Bionstrasse 4, 9000 St. Gallen,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jascha Schneider-Marfels,  
Gerbergasse 48, Postfach, 4001 Basel,  
Beschwerdegegnerin,

und

**Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und  
Kommunikation UVEK**, Bundeshaus Nord, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Erteilung einer Veranstalterkonzession für die Verbreitung  
eines Regionalfernsehprogramms mit Leistungsauftrag und  
Gebührenanteil im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

**Sachverhalt:****A.**

Gestützt auf Art. 45 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) sowie Art. 43 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) 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.

Die ausgeschriebenen Konzessionen betrafen die Versorgungsgebiete, die 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 zudem zu einem im Voraus vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) festgelegten jährlichen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren.

**B.**

Die Tele Säntis AG in Gründung (nachfolgend Tele Säntis) und TVO AG bewarben sich um die Regionalfernsehkonzession für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz (nachfolgend VG 11) gemäss Ziffer 2 Anhang 2 zur RTVV.

Anlässlich der vom BAKOM durchgeführten öffentlichen Anhörung äussernten sich die Kantonsregierungen von St. Gallen, den beiden Appenzell und Thurgau alle dahingehend, dass sie eine Konzessionierung der TVO AG befürworteten. Sie setzten damit auf jene Veranstalterin, die in der Region mit einem bewährten Angebot verankert sei und von einem Medienunternehmen getragen werde, das mit strukturellen und organisatorischen Massnahmen publizistische Vielfalt und redaktionelle Unabhängigkeit garantieren könne. Dabei gingen die Kantone St. Gallen und Thurgau davon aus, die langjährige Erfahrung und Verwurzelung werde einen wesentlichen Qualitätsfaktor darstellen. Die Regierungen von Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen erwarteten jedoch eine deutliche Verbesserung des tagesaktuellen Informationsangebots, wie dies von der TVO AG im Gesuch und in einem ergänzenden Schreiben an die Appenzeller Re-

gierung versprochen worden sei. Mehrheitlich kritisch beurteilten sie das Fensterkonzept von Tele Sántis, das im homogenen Versorgungsgebiet ihrer Meinung nach wenig Sinn mache und zu einer Verzettelung der knappen Ressourcen führen könnte.

**C.**

Die TVO AG veranstaltete im Zeitpunkt der Bewerbung ein meldepflichtiges regionales Fernsehprogramm. Die Veranstalterkonzession, die das UVEK gestützt auf das RTVG vom 21. Juni 1991 und die RTVV vom 6. Oktober 1997 am 24. Dezember 2003 erteilt hatte, war am 26. März 2007 ausgelaufen. Tele Sántis ist eine Neubewerberin.

**D.**

Am 31. Oktober 2008 erteilte das UVEK die Regionalfernseh-Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil im VG 11 der TVO AG.

**E.**

Mit Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde von Günter Heuberger – Tele Sántis – gegen die Konzessionserteilung an TVO gut und wies das Verfahren zur Neubeurteilung ans UVEK zurück. Es wies das UVEK an, die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt) näher zu prüfen. Soweit weitergehend wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab und stützte die inhaltliche Beurteilung der beiden Konzessionsgesuche durch das UVEK.

**F.**

Sowohl die TVO AG als auch Tele Sántis ersuchten um Erteilung einer Übergangskonzession. Am 28. Januar 2010 erliess das UVEK eine Zwischenverfügung und erteilte der TVO AG im Sinn einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens eine provisorische Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das VG 11.

Dagegen erhob Tele Sántis am 12. Februar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Am 15. April 2010 gewährte das BAKOM den Verfahrensparteien im VG 11 das rechtliche Gehör zur Marktdefinition sowie zum Fragebogen und der Adressatenliste zur Marktbefragung, welche das BAKOM zuhanden der Wettbewerbskommission (WEKO) durchzuführen hatte. Innert erstreckter Frist reichten die Parteien ihre Stellungnahmen ein. Am 13. Juli 2010 eröffnete das BAKOM die Marktbefragung.

Mit Urteil A-897/2010 vom 23. August 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Tele Sántis gegen die Erteilung der provisorischen Konzession an die TVO AG ab.

Am 10. November 2010 erteilte das BAKOM der WEKO den Auftrag, ein Gutachten zur Frage zu erstellen, ob die TVO AG bzw. die NZZ-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung im VG 11 habe. Dabei stellte das BAKOM der WEKO auch die Ergebnisse der Marktbefragung zu. Ebenfalls reichte es die Ergebnisse von Sonderauswertungen zur Mediennutzung von Presse, Radio, Fernsehen und Internet ein, die das BAKOM von der WEMF AG für Werbemedienforschung und der Stiftung Mediapulse AG speziell für dieses Konzessionierungsverfahren hatte vornehmen lassen.

Mit Schreiben vom 14. März 2011 gewährte das BAKOM den Parteien das rechtliche Gehör zum Gutachten der WEKO vom 2. März 2011 und gab ihnen Gelegenheit, bei der Abklärung eines möglichen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung im Radiowerbemarkt VG 11 mitzuwirken.

Am 15. April 2011 beantragte Tele Sántis den Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung u.a. betreffend die dem WEKO-Gutachten zugrundegelegten Marktdefinitionen und -abgrenzungen. Mit Verfügung vom 19. April 2011 trat das BAKOM auf diesen Antrag nicht ein.

Das BAKOM leitete am 8. Juli 2011 eine von der WEKO korrigierte Fassung des Gutachtens an die Parteien weiter.

Auf die von Tele Sántis gegen die Verfügung des BAKOM vom 19. April 2011 erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-3121/2011 vom 25. Oktober 2011 nicht ein.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 3. November 2011 erteilte das UVEK die Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das VG 11 der TVO AG (Ziff. 1 des Verfügungs-Dispositivs) und wies die Bewerbung von Tele Sántis vom 5. Dezember 2007 ab (Ziff. 2). Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 59'920.– auferlegte es den beiden Bewerberinnen je hälftig, ausmachend Fr. 29'960.– (Ziff. 3).

#### **H.**

Dagegen erhebt Günter Heuberger – Tele Sántis – (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 2. Dezember 2011 Beschwerde beim

Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Verfügung des UVEK sei aufzuheben und die Konzession für das VG 11 sei der Tele Sántis AG (in Gründung) zu erteilen.

Er macht geltend, das UVEK habe die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt unrichtig und unvollständig abgeklärt. Es habe die Marktdefinitionen, die dem Gutachten der WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung zugrunde gelegt wurden, fälschlicherweise selbst vorgenommen und teilweise sogar die Angebote vorgegeben, die bei der Beurteilung der Marktstellung zu analysieren seien. Damit habe das UVEK nicht nur die gesetzgeberisch gewollte Koordination mit dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG verhindert, sondern, dadurch dass das Gutachten der WEKO durch das UVEK auf die relativ technische Frage der Marktbeherrschung reduziert worden sei, auch dieses Gutachten weitgehend seines Sinnes entleert. Aufgrund dieses Gutachtens habe das UVEK schliesslich fälschlicherweise angenommen, dass der mögliche Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in sieben von acht Teilmärkten nicht untersucht werden müsse.

#### I.

Mit Vernehmlassung vom 31. Januar 2012 beantragt das UVEK (nachfolgend Vorinstanz), die Beschwerde sei abzuweisen.

Es führt aus, nach der Konzeption des schweizerischen Rundfunkrechts könne ein Missbrauch nur in einem beherrschten Markt vorliegen. Eine marktbeherrschende Stellung ohne einen nachgewiesenen Missbrauch wiederum sei nicht als Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt zu werten.

Das Konsultationsverfahren gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG werde vom Gesetz nicht konkretisiert und gelange im vorliegenden Verfahren zum ersten Mal zur Anwendung. Entsprechend hätten das UVEK und das BAKOM den Austausch mit der WEKO gesucht.

Das UVEK habe sich in Kenntnis der Praxis der WEKO und mit Blick auf die ratio legis der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG für eine eigene räumliche und sachliche Marktdefinition entschieden. Diese trage den Besonderheiten der im Konzessionsverfahren relevanten Medienmärkte und dem rundfunkrechtlichen Regulierungssystem Rechnung. Bei der räumlichen Definition der relevanten Märkte habe der

Bundesrat gestützt auf eine Delegation des Gesetzgebers (Art. 39 RTVG) spezifische rundfunkrechtliche Versorgungsgebiete definiert, deren Märkte jedenfalls bei den elektronischen Medien von den Marktdefinitionen der Wettbewerbsbehörde abweichen könnten.

Das UVEK habe sich für ein zweistufiges Vorgehen entschlossen. Unter Bezug der WEKO sollte zunächst abgeklärt werden, inwiefern überhaupt von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden könne. Denn wo es einen medienrelevanten Markt nicht beherrsche, könne ein Unternehmen seine Marktmacht zwar allenfalls missbrauchen, rundfunkrechtliche Konsequenzen solle ein solches Verhalten aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht haben. Ohne Marktbeherrschung bestehe für das Publikum, welches durch die Garantie der Meinungs- und Angebotsvielfalt in seiner freien Willensbildung geschützt werden solle, nach wie vor die Möglichkeit, sich mittels der anderen Medien im gleichen Markt zu informieren.

Die WEKO habe eine beherrschende Stellung der Tagblatt Medien bzw. der NZZ-Gruppe, in welche TVO eingegliedert ist, einzig im Radiowerbemarkt festgestellt. Ein allfälliger Missbrauch durch die Tagblatt Medien hätte sich also auf den Radiowerbemarkt beziehen müssen. Angesichts der starken Wechselwirkung zwischen Nutzungs- und Werbemarkt und angesichts der Missbrauchskriterien, welche einzig einen publizistischen Missbrauch für relevant erklärten, habe das UVEK auch Hinweise auf mögliche Missbräuche im entsprechenden publizistischen Markt, also dem Radionutzungsmarkt geprüft. Diese Prüfung habe jedoch keine Hinweise auf einen publizistischen, systematischen und zukunftsgerichteten Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von TVO respektive der Tagblatt Medien ergeben.

#### **J.**

Auch die TVO AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragt mit Beschwerdeantwort vom 15. Februar 2012 die Abweisung der Beschwerde.

Sie macht geltend, die Vorinstanz habe richtigerweise keine rein kartellrechtliche Marktabgrenzung vorgenommen und sie habe den Missbrauchs begriff hinreichend definiert und Kriterien zur Feststellung des rundfunkrechtlichen Missbrauchs festgelegt. Überdies habe sich die Vorinstanz mit sämtlichen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumenten eingehend auseinandergesetzt.

**K.**

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindenden Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig, die Beschwerde zu beurteilen.

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

Mit der angefochtenen Verfügung wurde die beantragte Veranstalterkonzession der Beschwerdegegnerin und nicht dem Beschwerdeführer erteilt. Der Beschwerdeführer war am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und drang mit seinem Antrag auf Konzessionserteilung nicht durch. Damit ist er sowohl formell als auch materiell durch die angefochtene Verfügung beschwert. Zudem hat er ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung indem er beantragt, die Konzession sei anstatt der Beschwerdegegnerin ihm zu erteilen.

Zur Begründung der Partei- und Prozessfähigkeit Günter Heubergers wird auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 2 zwischen denselben Parteien verwiesen. Günter Heuberger ist als einziger Gründer der Tele Säntis AG (in Gründung) zur Beschwerde legitimiert.

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

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat es, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

**2.2** Es hat sich dagegen eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und greift in Gewichtigungsfragen nicht leichthin in den Spielraum der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von ausgesprochenen Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht ohne Not von deren Auffassung ab (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4751/2011 vom 21. Juni 2012 E. 7 sowie ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 74 f. Rz. 2.154).

## **3.**

Art. 44 Abs. 1 RTVG stellt eine Reihe von Bedingungen auf, die erfüllt sein müssen, damit die Konzession der Bewerberin erteilt werden kann. Die Prüfung der Bewerbungsunterlagen durch das UVEK und das BAKOM, die der Konzessionserteilung 2008 zugrunde lag, hatte ergeben, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG erfüllen. Sie sind in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen, legen glaubhaft dar, die erforderlichen Investitionen und den Betrieb finanzieren zu können und zeigen auf, wer über die wesentlichen Teile des Kapitals verfügt, bzw. wer finanzielle Mittel zur Verfügung stellt.

Zudem 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. Sie dokumentieren überdies, dass sie die redaktionellen Tätigkeiten von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennen und eine natürliche Person mit Wohnsitz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz sind. Für das UVEK gilt als erstellt, dass die Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a bis f RTVG auch im heutigen Zeitpunkt des Konzessionsentscheids nach dem Rückweisungsurteil des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt sind.

Bei der Bewertung der Bewerbungen gelangte das UVEK zur Überzeugung, die Beschwerdegegnerin sei im Sinn von Art. 45 Abs. 3 RTVG besser in der Lage, den Leistungsauftrag zu erfüllen als der Beschwerdeführer.

#### 4.

Im Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 wurden sämtliche Konzessionsvoraussetzungen materiell geprüft mit dem Ergebnis, dass beide Bewerberinnen die Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a – f RTVG erfüllten. In Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) habe das UVEK jedoch den Sachverhalt mangelhaft abgeklärt, weshalb die Sache in diesem Punkt zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (E. 26).

Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich im erwähnten Urteil dennoch bereits mit der vom UVEK unter dem Aspekt der besseren Erfüllung des Leistungsauftrags vorgenommenen Bewertung der Bewerbungen eingehend auseinander (Art. 45 Abs. 3 erster Satz RTVG). Dabei kam es zum Schluss, es müsse von einem klaren Vorsprung der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer ausgegangen werden (vgl. E. 25). Daraus folgerte es, falls eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin oder ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach erneuter Prüfung durch die Vorinstanz tatsächlich zu verneinen sei, könne die Vorinstanz die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben (vgl. E. 26). Diese Punkte wurden somit bereits materiell behandelt und rechtskräftig entschieden.

Im vorliegenden Verfahren ist folglich nur noch zu beurteilen, ob die Beschwerdegegnerin die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1

Bst. g RTVG (Nichtgefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt) erfüllt. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die Vorinstanz berechtigt war, die Abgrenzung der relevanten Märkte selbst vorzunehmen. Gegebenenfalls ist zu prüfen, ob diese Abgrenzung korrekt erfolgte und ob die WEKO in der Folge die Marktbeherrschung gestützt auf diese Markt-abgrenzung richtig beurteilte. Schliesslich bleibt zu klären, ob die Vorinstanz den Missbrauchsbegriff korrekt definiert und einen Missbrauch zu Recht verneint hat.

## **5.**

Art. 74 Abs. 2 RTVG sieht vor, dass das Departement die WEKO zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art. 4 Abs. 2 KG konsultiert. Er äussert sich weder zum Umfang dieser Konsultation noch zum genauen Vorgehen. Die Vorinstanz führt aus, da eine Konsultation der WEKO gestützt auf Art. 74 Abs. 2 RTVG zum ersten Mal erfolgt sei, hätten UVEK und BAKOM den Austausch mit der WEKO gesucht. Dies geht auch aus dem Gutachten der WEKO vom 28. Februar 2011 hervor, welches in Ziffer 6 ausführt, die WEKO habe in den – gestützt auf die gemeinsamen Vorarbeiten mit dem Sekretariat der WEKO – vom UVEK sachlich und räumlich definierten Märkten die Beurteilung der Marktstellung der St. Galler Tagblatt AG vorzunehmen und ihr Gutachten dem BAKOM als verfahrensleitende Behörde zu unterbreiten.

**5.1** Es trifft zu, dass die WEKO betont, die Märkte seien vom BAKOM (und nicht von der WEKO) abgegrenzt und vorgegeben worden. Die WEKO führt ebenfalls aus, die vom BAKOM vorgegebenen Marktabgrenzungen richteten sich nicht nach rein kartellrechtlichen Kriterien. Deshalb entsprächen die relevanten Märkte nicht der Praxis der WEKO. Ebenso wenig seien die vom BAKOM vorgegebenen relevanten Märkte praxisbildend für Verfahren nach dem Kartellgesetz. Die WEKO übernehme die in der Konsultation vorgegebenen Marktabgrenzungen und führe selber keine Marktabgrenzung durch.

Diese Ausführungen der WEKO dienen jedoch einzig dazu, klarzustellen, dass diese Marktabgrenzung nicht als Praxisänderung der WEKO in den von ihr als verfahrensleitende Behörde geführten kartellrechtlichen Verfahren zu verstehen sei. Eine andere oder allenfalls das BAKOM kritisierende Bedeutung kann diesen Ausführungen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht beigemessen werden.

**5.2** Der Beschwerdeführer argumentiert weiter, die WEKO habe in verschiedenen Verfahren mit Medienunternehmen die räumlich relevanten Märkte nach den Vorschriften des Kartellgesetzes geprüft.

Die Beispiele, die der Beschwerdeführer in Rz. 56 seiner Beschwerde vom 2. Dezember 2011 in diesem Zusammenhang nennt, sind hier jedoch nicht einschlägig. Sie betrafen Unternehmenszusammenschlüsse, bei denen eine Prüfung gestützt auf Kartellrecht zu erfolgen hatte. Dort sind zum Einen andere Voraussetzungen zu prüfen als im vorliegenden Verfahren, da der medienpolitische und der wettbewerbsrechtliche Missbrauchsbegriff nicht derselbe ist (vgl. E. 8.1.5 hiernach), zum Andern ist die Rolle der WEKO eine andere. In den kartellrechtlichen Prüfungen betreffend Unternehmenszusammenschlüsse liegt die Verfahrensleitung bei der WEKO, d.h. sie definiert zwingendermassen auch die für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung relevanten Märkte. Im vorliegenden Verfahren hingegen wurde die WEKO gestützt auf Art. 74 Abs. 2 RTVG lediglich von der für das Konzessionsverfahren zuständigen Behörde konsultiert und zwar ausschliesslich, um die Frage der Marktbeherrschung einer der Konzessionsbewerberinnen zu überprüfen.

Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, VKU) – welche zwar für Unternehmenszusammenschlüsse gilt, für die Definition der Marktabgrenzung aber auch in anderen Verfahren beigezogen werden kann (vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 17 zu Art. 4; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010 [nachfolgend: BK, KG], Rz. 105 f. zu Art. 4 Abs. 2) – umschreibt lediglich, nach welchen Grundsätzen die Marktabgrenzung zu erfolgen hat. Er sagt also nichts darüber aus, wer diese Marktabgrenzung vorzunehmen hat.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 noch nicht mit dieser Frage auseinandergesetzt.

Die Vorinstanz hat der WEKO einen Gutachtensauftrag gemäss Art. 47 KG erteilt und dabei – wie bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens gestützt auf Art. 12 Bst. e VwVG – diesen Auftrag umschrieben und die zu untersuchenden relevanten Märkte selbst definiert. Art. 47 KG bestimmt, dass die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung verfasst. Hingegen regelt er nicht, was Inhalt des Gutachtensauftrags zu sein hat, bzw. wie offen oder

eng ein solcher Auftrag zu formulieren ist. Auch die Lehre äussert sich nicht weiter zu dieser Frage (vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: BK, KG, Rz. 1 ff. zu Art. 47; PIERRE TERCIER, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002 [nachfolgend: CR Concurrence], Basel 2002, Art. 47 KG, Rz. 1 ff.).

**5.3** Tatsächlich nimmt die WEKO die Marktabgrenzung auch in ihrer Gutachtertätigkeit meist selbst vor. Dies schliesst eine Marktabgrenzung durch die den Gutachtensauftrag erteilende Behörde jedoch nicht aus. Die vom Beschwerdeführer in Rz. 29 seiner Schlussbemerkungen vom 2. April 2012 aufgeführten Beispiele hatten die Überprüfung der Marktstellung im Fernmeldebereich (Art. 11a Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]) oder in anderen Bereichen in denen die Marktabgrenzung aufgrund rein kartellrechtlicher Kriterien zu erfolgen hatte zum Gegenstand. Im vorliegenden Verfahren waren jedoch – im Gegensatz zu den vom Beschwerdeführer genannten Beispielen – auch publizistische Überlegungen in die Beurteilung der Marktabgrenzung einzubeziehen (vgl. E. 6.1.3 hiernach). Die Vorinstanz ist zusammen mit dem ihr unterstellten BAKOM die Fachbehörde für Fragen im Bereich des RTVG und damit zusammenhängenden publizistischen Fragestellungen. Daher erscheint es sachgerecht, dass die Vorinstanz die Marktabgrenzung in diesem Fall – nach Rücksprache mit dem Sekretariat der WEKO – selbst vorgenommen und den Gutachtensauftrag so erteilt hatte, dass sich die WEKO nur noch zur Marktbeherrschung in den bereits abgegrenzten Märkten zu äussern hatte. Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen ist somit nicht zu beanstanden.

## **6.**

Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz die Marktabgrenzung korrekt vorgenommen hat. Art. 11 Abs. 3 VKU definiert, was unter sachlich und räumlich relevantem Markt zu verstehen ist. Danach umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Bst. a). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Bst. b).

Diese Definitionen können für das vorliegende Verfahren analog angewendet werden (vgl. E. 5.2 hiervor), wobei den publizistischen Merkmalen Rechnung zu tragen ist (vgl. E. 6.1.3 hiernach).

## 6.1

**6.1.1** Das BAKOM hat den sachlichen Markt zunächst in Nutzungs- und Werbemärkte unterteilt. Die Nutzungsmärkte umfassen je sämtliche Angebote, die regelmässig lokal-regionale Informationen aus allen Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten. Angebote, die nur gewisse oder gar nur einen der interessierenden Bereiche abdecken, gehören nicht dazu. Das BAKOM grenzt im Bereich der Nutzungsmärkte die Märkte Leser- und Leserinnenmarkt, Hörer- und Hörerinnenmarkt, Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt und Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet ab. Die Abgrenzung der Werbemärkte folgt gemäss BAKOM derjenigen der Nutzungsmärkte. Entsprechend bezeichnet das BAKOM diese als Markt für Printwerbung, Radiowerbung, Fernsehwerbung und Online-Werbung.

**6.1.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Marktabgrenzung habe allein nach kartellrechtlichen Kriterien zu erfolgen. Die Bestimmung von Art. 74 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG und Art. 11 Abs. 3 VKU lasse keinen Raum für eine Marktdefinition nach primär publizistischen Kriterien.

Dem ist zu entgegnen, dass auch wenn publizistische Kriterien in die Marktabgrenzung einbezogen werden, die massgeblichen kartellrechtlichen Kriterien beachtet werden. Einziger Unterschied ist, dass ausser den acht genannten Märkten nicht auch noch weitere Einzelmärkte untersucht wurden. Dieses Vorgehen ist deshalb nicht zu beanstanden, weil ein missbräuchliches Verhalten in solchen "zusätzlichen" Märkten aufgrund der Definition des Leistungsauftrags und der Zielsetzung des RTVG für das vorliegende Verfahren ohnehin nicht von Bedeutung gewesen wären. Wären weitere Märkte einbezogen worden, hätten diese keinen Einfluss auf die Abgrenzung der acht untersuchten Märkte gehabt, diese wären mithin nicht anders abgegrenzt worden. Aus der Argumentation des Beschwerdeführers ergeben sich überdies keine Anhaltspunkte, inwiefern sich eine Nichtberücksichtigung publizistischer Kriterien konkret auf das vorliegende Verfahren ausgewirkt hätte.

**6.1.3** Im Vordergrund der Zielsetzung der Regionalfernsehkonzession stehen die relevanten lokal-regionalen Informationen des Gebiets und die Sicherstellung der Angebots- und Meinungsvielfalt. Deshalb ist bei der Marktabgrenzung den Besonderheiten der im Konzessionsverfahren rele-

vanten Medienmärkte und dem rundfunkrechtlichen Regulierungssystem Rechnung zu tragen.

Die Vorinstanz hat sich somit in Kenntnis der entsprechenden Praxis der WEKO und mit Blick auf die ratio legis der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG zu Recht für eine eigene räumliche und sachliche Marktdefinition entschieden, die den medien- und rundfunkrechtlichen Besonderheiten Rechnung trägt und auch nach publizistischen Kriterien erfolgt ist.

**6.2** Nach richtiger Auffassung des BAKOM sind die sachlich abgegrenzten Märkte für publizistische lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport in erster Linie für das Publikum des thematisierten geographischen Gebiets interessant. Entsprechend grenzt es den räumlich relevanten Markt auf das betroffene VG 11 ab. Der Bundesrat hat spezifische rundfunkrechtliche Versorgungsgebiete definiert, deren Märkte jedenfalls bei elektronischen Medien von den Marktdefinitionen der Wettbewerbsbehörde abweichen können. Dabei war dem Bundesrat bewusst, dass der Regulator mit der Vergabe von Rundfunkkonzessionen, die zum Teil zum Bezug von Gebührenanteilen berechtigen, auch in den Wettbewerb eingreift. Diesen rundfunkrechtlich gewollten Gebietsdefinitionen und Marktconstellationen im Rahmen der Definition der räumlich relevanten Märkte ist bei der Prüfung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG Rechnung zu tragen.

**6.3** Die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte entspricht den Vorgaben von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU und trägt den Besonderheiten des rundfunkrechtlichen Regulierungssystems Rechnung. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts auf das betroffene Versorgungsgebiet ist mit Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU vereinbar und daher nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat die Marktabgrenzung somit korrekt vorgenommen.

## **7.**

Als Nächstes ist zu beurteilen, ob die WEKO die Marktbeherrschung gestützt auf die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung richtig beurteilt hat.

**7.1** Die WEKO ist die in Fragen der Marktbeherrschung ausgewiesene Fachbehörde. Das Bundesverwaltungsgericht weicht – wie auch bei der Beurteilung von Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 Bst. e VwVG

– nicht ohne triftigen Grund von der Beurteilung der WEKO in ihrem Gutachten ab. Eine andere Beurteilung ist nur dann zulässig, wenn sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Parteivorbringen ernsthafte Einwände gegen die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen (vgl. zu Art. 12 VwVG: CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 58 zu Art. 12).

Entsprechende Hinweise liegen nicht vor. Das Gutachten der WEKO hält sich an den "Gutachtensauftrag" des BAKOM, ist klar strukturiert und setzt sich eingehend mit den einzelnen Märkten und den seitens des BAKOM in Auftrag gegebenen Sonderauswertungen der Stiftung Mediapulse AG und der WEMF AG für Werbemedienforschung je für das VG 11 auseinander. Die Beurteilungen der WEKO sind nachvollziehbar und schlüssig.

Dagegen, wie die WEKO die konkrete Prüfung der marktbeherrschenden Stellung vorgenommen hat, bringt der Beschwerdeführer denn auch keine Einwände vor.

**7.2** Folglich ist in Übereinstimmung mit dem WEKO-Gutachten und der Vorinstanz davon auszugehen, dass die NZZ-Gruppe auf dem Markt für Radiowerbung im VG 11 über eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. In den übrigen beurteilten Märkten kann hingegen nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der NZZ-Gruppe nach Art. 4 Abs. 2 KG ausgegangen werden.

## **8.**

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Missbrauchs begriff korrekt definiert und den Sachverhalt richtig darunter subsumiert hat.

**8.1** Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 in E. 12.11 fest, da der Vorinstanz als Fachbehörde hinsichtlich der (näheren) Bestimmung des medienpolitischen Missbrauchs begriffs ein besonderes Fachwissen zukomme, sei sie es, die in erster Linie solche Kriterien zu definieren und zu begründen habe.

**8.1.1** Die Vorinstanz führt aus, welche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich und daher geeignet seien, die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden, definiere sich nach Art. 74 RTVG. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergäben sich

keine Anhaltspunkte zur konkreten Auslegung des Missbrauchs- bzw. des Gefährdungstatbestands.

Der rundfunkrechtliche Missbrauchs begriff sei nicht derselbe, wie derjenige, welcher der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsprüfung gemäss Art. 7 KG zugrunde liege. Die Vorinstanz führt weiter aus, historisch lasse sich dieses Auslegungsergebnis mit Verweis auf die Ausführungen in den parlamentarischen Beratungen stützen. Im Rahmen der systematischen Gesetzesauslegung sei zum Einen auf die vom Gesetzgeber festgelegte und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Zuständigkeitsordnung zu verweisen: Ein Beizug der WEKO sei nur für die Prüfung einer möglichen Marktbeherrschung vorgesehen, den möglichen Missbrauch habe das UVEK hingegen in eigener Kompetenz zu prüfen. Zudem würde Art. 74 RTVG bei einem rein kartellrechtlichen Missbrauchsverständnis obsolet, weil sein Regelungsgehalt nicht über Art. 7 KG hinausginge. Aus teleologischer Sicht trage die vom UVEK vertretene Auslegung des rundfunkrechtlichen Missbrauchs begriffs auch dem unterschiedlichen Schutz- und Regelungsgedanken der beiden Prüfbereiche Rechnung. Während die wettbewerbsrechtliche Missbrauchs kontrolle die Gewährleistung einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung bezwecke, sei zentrales Anliegen der rundfunkrechtlichen Missbrauchsprüfung die Sicherstellung der publizistischen Vielfalt.

Ausgangspunkt für die Definition eines publizistischen Missbrauchs sei die zentrale Bedeutung der Medien für die demokratische Meinungs- und Willensbildung. Diese Funktion der Medien fusse auf dem Konzept der Vielfalt. Demnach solle in einer demokratischen Gesellschaft eine Vielzahl an Inhalten, Akteuren, Meinungen, Perspektiven und Interessen thematisiert und reflektiert werden. Als missbräuchlich im Sinn von Art. 74 RTVG erschienen Verhaltensweisen eines Medienunternehmens, die geeignet seien, in den von ihm beherrschten Markt bzw. den beherrschten Märkten die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzerinnen und -nutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einzuschränken. Dies sei namentlich der Fall, wenn den verschiedenen Meinungen und Interessen kein chancengleicher publizistischer Zugang gewährt werde, relevante Themen einseitig dargestellt oder ignoriert werden, oder wenn mittels einer einseitigen Auswahl von Meinungen und Akteuren versucht werde, demokratische Entscheidungsprozesse zu beeinflussen, ohne dass diese Absicht transparent gemacht werde. Ferner könne die Verletzung der allgemeinen Grundsätze journalistischen Handelns (z.B. vermutete und/oder festge-

stellte Verletzungen des Journalistenkodexes) als missbräuchliches Verhalten bewertet werden.

Ein publizistischer Missbrauch müsse systematisch und zukunftsgerichtet sein, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden. Blosser Indizien für ein missbräuchliches Verhalten in Einzelfällen bzw. singuläre Verstösse gegen die Grundsätze journalistischen Handelns seien den übrigen Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens und allfälligen organisatorischen Vorkehrungen und Korrektiven zur Vermeidung von Missbräuchen gegenüberzustellen. Als systematisch erscheine ein Missbrauch dann, wenn entweder wenige gleichartige oder viele verschiedenartige, publizistisch missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen werden könnten. Da es bei der Erteilung einer Radio- oder Fernsehkonzession um eine zukunftsgerichtete Massnahme zur Sicherstellung eines lokalen bzw. regionalen publizistischen Service public gehe, müssten es die gegebenen Umstände schliesslich als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass auch zukünftig mit publizistisch missbräuchlichen Verhaltensweisen des Medienunternehmens zu rechnen sei. Auch hier seien mögliche Korrektive auf organisatorischer Ebene in die Prüfung mit einzubeziehen.

Ein Missbrauch, der eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt impliziere, könne nach dem Willen des Gesetzgebers nur dort stattfinden, wo eine Marktbeherrschung festgestellt werde. Dies mache sowohl aus einer publizistisch-medienspezifischen wie auch aus einer wettbewerbsrechtlichen Sichtweise Sinn: Ohne Marktbeherrschung bestehe für das Publikum die Möglichkeit, sich in substituierenden Medien im gleichen Markt über bestimmte Themen zusätzlich/alternativ zu informieren, bzw. ganz auf ein Konkurrenzprodukt umzusteigen. Demnach könne ein Unternehmen, welches in einem bestimmten Markt über keine marktbeherrschende Stellung verfüge, die Meinungs- und Angebotsvielfalt in diesem Markt auch nicht gefährden.

**8.1.2** Im vorliegenden Fall habe das UVEK gestützt auf das Gutachten der WEKO eine beherrschende Stellung der NZZ-Gruppe im Markt für Radiowerbung im VG 11 festgestellt. Gemäss der dargelegten Missbrauchsdefinition müsse die Prüfung allerdings im publizistischen Bereich erfolgen, der Missbrauch im Werbemarkt müsse sich jedenfalls publizistisch auswirken. Daher seien auch allfällige missbräuchliche Verhaltensweisen im zum Radiowerbemarkt komplementären Radionutzungsmarkt in die Prüfung mit einzubeziehen, weil die Finanzierung der publizisti-

schen Inhalte nicht einfach ausgeklammert werden könne. Dass in reinen Finanzierungsmärkten ein Missbrauch kaum publizistischer Art sein könne, brauche nicht weiter vertieft zu werden. Das bedinge bei der Prüfung im konkreten Fall, wo eine beherrschende Stellung im Radiowerbemarkt gegeben sei, zumindest eine Mitberücksichtigung des Radionutzungsmarkts mit Blick auf mögliche publizistische Auswirkungen eines allfälligen Missbrauchs im Radiowerbemarkt.

**8.1.3** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe keine Missbrauchskriterien aufgestellt, sondern sie habe einfach einen rundfunkrechtlichen Missbrauchsbegriff vom wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsbegriff abzugrenzen versucht. Im Gesetzestext fänden sich weiter keine Einschränkungen, wie sie die Vorinstanz für ihre eigene Definition des Missbrauchsbegriffs verwendet habe. Es gebe keinen sachlichen Grund, wieso ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- oder Fernsehmarkt tätige Unternehmung, die ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten missbrauche, wegen irgendwelchen verschärften Voraussetzungen die Konzession doch erhalten sollte.

**8.1.4** Aufgabe der Vorinstanz war es, den Missbrauchsbegriff nach Art. 74 Abs. 1 RTVG zu definieren, d.h. Kriterien festzulegen, anhand derer beurteilt wird, wann ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Sie hatte also die Grenze zu ziehen zwischen Unternehmen, die zwar eine beherrschende Stellung im relevanten Markt haben, diese jedoch nicht missbrauchen und denjenigen, die durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährden. Nur letztere erfüllen die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG nicht.

**8.1.5** Mit ihren Ausführungen (vgl. E. 8.1.1 und 8.1.2 hiervor) hat die Vorinstanz zum Einen den publizistischen Missbrauchsbegriff allgemein definiert. Diese Definition ist schlüssig, nachvollziehbar und sachgerecht. Auch das Bundesverwaltungsgericht kam im Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 in E. 12.7, wo es sich mit verschiedenen Lehrmeinungen und der Entstehungsgeschichte von Art. 74 RTVG auseinandersetzte, zum Schluss, dass der medienpolitische Missbrauchsbegriff nach Art. 74 RTVG nicht derselbe ist, wie der wettbewerbsrechtliche nach Art. 7 KG.

Zum Andern hat die Vorinstanz den sachlichen Prüfbereich für den hier zu beurteilenden Fall festgelegt. Dabei entspricht es dem klaren Wortlaut von Art. 74 Abs. 1 RTVG, dass ein Missbrauch nur in denjenigen Märkten zu prüfen ist, in denen eine marktbeherrschende Stellung des fraglichen Medienunternehmens vorliegt. Aufgrund der festgestellten beherrschenden Stellung im Radiowerbemarkt erscheint es aufgrund der engen Verflechtung und der Wechselwirkung zwischen den beiden Märkten sachgerecht und zweckmässig, bei der Beurteilung des Missbrauchs im Radiowerbemarkt auch den Radionutzungsmarkt mit einzubeziehen. Das entsprechende Vorgehen der Vorinstanz ist damit nicht zu beanstanden.

## **8.2**

**8.2.1** Bei der Missbrauchsprüfung im konkreten Fall hat sich die Vorinstanz eingehend mit den vom Beschwerdeführer geltend gemachten angeblichen Indizien für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auseinandergesetzt (vgl. dazu ausführlich Erwägung 3.3.4 der angefochtenen Verfügung). Dabei kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die meisten Vorfälle hätten nicht den von der NZZ-Gruppe beherrschten Radiowerbemarkt bzw. den reziproken Radionutzungsmarkt betroffen. Nach richtiger Auffassung der Vorinstanz bewegen sich die Vorhaltungen betreffend das beanstandete politische Lobbying im Rahmen des Verfahrens der Konzessionsvergabe sowie der Festlegung der Fernsehversorgungsgebiete ausserhalb der Thematik, die in eine Missbrauchsprüfung mit einzubeziehen ist. Schliesslich wird das Ergebnis, welches keine missbräuchlichen Verhaltensweisen der NZZ-Gruppe konstatiert, durch die strukturellen und organisatorischen Vorkehrungen der TVO bzw. der Tagblatt Medien/NZZ-Gruppe ergänzt. Diese erscheinen gemäss Vorinstanz geeignet, einen möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Radiowerbemarkt bzw. dem reziproken Radionutzungsmarkt auch in Zukunft zu vermeiden.

**8.2.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte gemäss Auftrag des Bundesverwaltungsgerichts weitere Sachverhaltsabklärungen vornehmen müssen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern der rechts-erhebliche Sachverhalt ungenügend erhoben worden wäre. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt insbesondere im Hinblick auf die Erteilung des Gutachtensauftrags erhoben. Diese umfassenden Sachverhaltsabklärungen genügten jedoch auch, um zu beurteilen, ob die NZZ-Gruppe ihre beherrschende Stellung im Markt für Radiowerbung – unter zusätzlicher Berücksichtigung der Verhältnisse im Radionutzungsmarkt – missbraucht.

Die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers ist somit nicht begründet.

**8.2.3** Damit ist auch die durchgeführte Missbrauchsprüfung nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat sich mit den vom Beschwerdeführer aufgeführten Indizien für einen Missbrauch der NZZ-Gruppe eingehend und ausführlich auseinandergesetzt. Dabei kam sie richtigerweise zum Schluss, insgesamt sei ein systematischer, zukunftsgerichteter Missbrauch der beherrschenden Stellung der NZZ-Gruppe im Radiowerbemarkt Ostschweiz nicht gegeben. Somit gefährde die NZZ-Gruppe in den hier interessierenden Märkten die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht. TVO erfülle folglich die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG (vgl. E. 3.4 der angefochtenen Verfügung). Die dazu gemachten Ausführungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar, vollständig und sachgerecht. Für die einzelnen Begründungen wird daher auf die angefochtene Verfügung verwiesen (vgl. E. 3.3.4 der angefochtenen Verfügung).

## **9.**

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz berechtigt war, die Abgrenzung der relevanten Märkte selbst vorzunehmen, dass diese Abgrenzung korrekt erfolgte und dass die WEKO die Marktbeherrschung gestützt auf diese Marktabgrenzung richtig beurteilte. Weiter hat die Vorinstanz den Missbrauchsbegriff korrekt definiert und den vollständig erhobenen relevanten Sachverhalt richtig unter diese Definition subsumiert. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

## **10.**

**10.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 8'000.– in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**10.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die in der Hauptsache obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Mit Eingabe vom 24. April 2012 hat die Beschwerdeführerin eine

detaillierte Kostennote über insgesamt Fr. 13'472.05 eingereicht, welche zu keinen Beanstandungen Anlass gibt. Die Parteientschädigung wird deshalb auf Fr. 13'472.05 (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt und dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt.

**11.**

Dieses Urteil ist endgültig und kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**3.**

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 13'472.05 zu entrichten.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; vorab per E-Mail)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; vorab per E-Mail)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. TV-VG 11/1000288857; Einschreiben; vorab per E-Mail)
- die Wettbewerbskommission (in Kopie z.K.)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Anita Schwegler