

## JAAC 70.89

Auszug aus dem Entscheid exe\_200502137 des Bundesrates vom 23. November 2005 betreffend die Verwaltungsbeschwerde der M. GmbH gegen das UVEK und die B. AG i.S. Konzession für lokales Radioprogramm

---

*Concession pour un programme de radio locale. Décision impliquant l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Droit d'être entendu.*

*Art. 23 al. 2 LRTV. Art. 7 al. 4, art. 8 al. 4 ORTV. Art. 29 al. 2 Cst. Art. 49 PA.*

*- Possibilité de prendre position à l'égard du complément apporté à la demande de concession par un candidat (consid. 3.1-3.5).*

*- Caractère formel du droit d'être entendu. Une violation du droit d'être entendu ne peut pas être réparée lorsque l'autorité inférieure bénéficie d'une importante marge de manoeuvre et que l'autorité de recours, malgré un plein pouvoir de cognition, s'impose de la retenue lors de l'examen de l'exercice, par l'autorité inférieure, de son pouvoir d'appréciation (consid. 3.6- 3.8).*

---

*Konzession für lokales Radioprogramm. Ermessensentscheid. Rechtliches Gehör.*

*Art. 23 Abs. 2 RTVG. Art. 7 Abs. 4, Art. 8 Abs. 4 RTVV. Art. 29 Abs. 2 BV. Art. 49 VwVG.*

*- Möglichkeit der Stellungnahme zu einer Ergänzung des Konzessionsgesuchs eines Mitbewerbers (E. 3.1-3.5).*

*- Formeller Charakter des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann nicht geheilt werden, wenn der Vorinstanz ein erheblicher*

**Entscheidungsspielraum zukommt und sich die Beschwerdeinstanz trotz voller Kognition Zurückhaltung bei der Prüfung der vorinstanzlichen Ermessensausübung auferlegt (E. 3.6- 3.8).**

---

**Concessione per un programma radiofonico locale. Decisione basata sul potere di apprezzamento. Diritto di essere sentito.**

**Art. 23 cpv. 2 LRTV. Art. 7 cpv. 4, art. 8 cpv. 4 ORTV. Art. 29 cpv. 2 Cost. Art. 49 PA.**

**- Possibilità di prendere posizione su un complemento alla domanda di concessione di un concorrente (consid. 3.1-3.5).**

**- Carattere formale del diritto di essere sentito. Una violazione del diritto di essere sentito non può essere sanata se l'autorità inferiore ha un ampio potere di apprezzamento e se l'istanza di ricorso, malgrado la piena cognizione, esamina in modo limitato l'esercizio del potere di apprezzamento dell'autorità inferiore (consid. 3.6- 3.8).**

---

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Mit Publikation vom 27. Mai 2003 (BBl 2003 3718) schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) gestützt auf die Weisungen vom 19. Dezember 2001 über die UKW-Sendernetzplanung (BBl 2002 355) öffentlich die Erteilung einer Lokalradiokonzession für bis zu zehn Jahre im Versorgungsgebiet Region Stadt Zürich aus. Gegenstand der Ausschreibung war die Konzession für die Veranstaltung und drahtlose terrestrische Verbreitung eines lokalen Radioprogramms für Jugendliche, in erster Linie die Jugend in der Altersgruppe der 15-24-Jährigen, wobei das Einhalten dieser Vorgabe einer objektiven Kontrolle standhalten soll. Nach Absprache mit dem künftigen Konzessionär sind in der Konzession Vorgaben über den Mindestanteil des in der Zielgruppe zu erreichenden Publikums festzulegen. Als Kontrollmassstab dienen die periodischen Ergebnisse des elektronischen Messsystems Radiocontrol. Angesichts des besonderen Profils des Programms wurden die Bewerber eingeladen vorzuschlagen, wie sie folgende Programmleistungen zu erbringen beabsichtigen:

- Musikprofil: Wie wird die Jugendnähe des Musikprofils sichergestellt?
- Nachrichten: Wie kommt der Bewerber seiner Verpflichtung nach, periodisch über das internationale, nationale und lokale Geschehen zu berichten?
- Kultur: Wie wird die Berichterstattung über kulturelle Ereignisse im Bereich der Jugendkultur, namentlich der lokalen Jugendszene, organisiert?
- Serviceleistungen (z. B. Ratgebersendungen): Welche Leistungen werden erbracht?

Ferner wurden die Bewerber eingeladen, Vorschläge für strukturelle und personelle Vorkehren zu unterbreiten, um die Jugendnähe ihres Programms und das Erbringen der versprochenen Programmleistungen zu sichern.

Die Vorgaben hinsichtlich der Programmleistungen, der strukturellen und personellen Vorkehrungen sowie der Mindestquote des innerhalb der definierten Zielgruppe zu erreichenden Publikums werden - unter Berücksichtigung der unterbreiteten Vorschläge - in der Konzession festgelegt.

**B.** In der Folge wurden beim BAKOM fristgerecht 6 Konzessionsgesuche eingereicht, von denen eines wieder zurückgezogen wurde.

Die Gesuche wurden den interessierten Kreisen, das heisst dem Kanton Zürich, der Stadt Zürich, der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR idée suisse sowie den Berufs- und Interessenverbänden des Rundfunks, der Presse und der Werbewirtschaft, den betroffenen Veranstaltern und den Mitbewerbern zur Stellungnahme unterbreitet. Den Bewerbern wurde in der Folge Gelegenheit gegeben, sich zu den Anhörungsergebnissen zu äussern, wobei das BAKOM am 3. Juni 2004 mit Vertretern des Bewerbers B offene Fragen diskutierte.

Am 15. Dezember 2004 erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Konzession für Radio A und wies mit separater Verfügung das Konzessionsgesuch für Radio B ab. Erteilt wurde die Konzession mit Beginn am 1. Januar 2005 «bis 5 Jahre nach Inkrafttreten des neuen RTVG, längstens aber bis zum 31. Dezember 2014».

**C.** Gegen diese Verfügung erhob die unterlegene Bewerberin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 27. Januar 2005 Beschwerde beim Bundesrat. Sie beantragte die Erteilung einer Konzession für ihr Programm B, welches die bessere Bewerbung darstelle, sowie die Aufhebung der für das Programm A erteilten Konzession, *eventualiter* die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, die anzuweisen sei, weitere Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und neu zu entscheiden.

In formaler Hinsicht rügte die Beschwerdeführerin, dass der Gegenpartei Gelegenheit eingeräumt worden sei, ihr Konzessionsgesuch für das Programm A zu ergänzen, ohne dass die entsprechenden Änderungen den anderen Bewerberinnen bekannt gegeben worden seien. Die Feststellungen betreffend die Finanzierbarkeit des Programms A beruhten auf falschen Annahmen, und die Beschwerdeführerin habe zu den offensichtlich falschen Sachverhaltsabklärungen in Sachen Kapitalstruktur auch nicht Stellung nehmen können.

**D.** Das UVEK beantragte mit Vernehmlassung vom 29. April 2005 die Abweisung der Beschwerde. Das Ausschreibungsverfahren sei regelkonform abgewickelt worden. Im Rahmen der Anhörung sei den Bewerberinnen Gelegenheit geboten worden, ihr Gesuch zu ändern. Dass die Beschwerdeführerin zu den nachträglich eingereichten Ergänzungen hinsichtlich Kapital- und Geldgeberstruktur von Radio A nicht habe Stellung nehmen können, stelle keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

Die in einer Fussnote enthaltene fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung habe keine Auswirkungen auf den Konzessionsentscheid gehabt, weshalb auch hier keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege.

Mit Schreiben vom 8. Juni 2005 schloss sich die Gegenpartei sinngemäss der Vernehmlassung des UVEK vom 29. April 2005 an und verzichtete auf eine weitere Stellungnahme.

In der Folge lud die Instruktionsbehörde des Bundesrates die Beschwerdeführerin zur Einreichung von Schlussbemerkungen ein, welche diese am 12. August 2005 abgab.

Hinsichtlich der Geldgeber für Radio A und der Finanzierbarkeit der Programme hielt die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde erhobenen Rügen fest.

Am 19. August 2005 sowie am 3. Oktober 2005 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert weitere Eingaben ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

**3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil einer Mitbewerberin Gelegenheit zur Ergänzung ihres Gesuchs gegeben worden sei und sie selbst zu dieser Ergänzung nicht habe Stellung nehmen können.

**3.1** Aufgrund der Rechtsprechung und Praxis zu Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leiten Lehre und Rechtsprechung vorerst die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (vgl. auch Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 182 zu Art. 25). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erheischt sodann als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht, dass Behörden die Vorbringen der von ihnen Entscheiden in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich anhören, sorgfältig und ernsthaft prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen ([BGE 129 I 232](#)).

Dies heisst allerdings nicht, dass sich Behörden mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand von Gesuchstellern oder Beschwerdeführern im Einzelnen auseinandersetzen müssen; vielmehr können sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken ([BGE 130 II 530](#), mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend kann indes nicht zweifelhaft sein, dass die von der Konzessionsbehörde verlangten Ergänzungen des Gesuchs betreffend Radio A als entscheidrelevant erachtet wurden.

**3.2** Vor der Erteilung der Konzession sind gemäss Art. 23 Abs. 2 RTVG die Kantone anzuhören, in denen sich das Versorgungsgebiet befindet. Gemäss Art. 8 Abs. 4 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (RTVV, SR 784.401) erhalten daraufhin die Bewerber und Gesuchsteller Gelegenheit, ihre Bewerbungen und Gesuche zu ändern.

Sind Gesuche auf den ersten Blick unvollständig oder mit mangelhaften Angaben versehen, so setzt das BAKOM den Bewerbern bereits in diesem Zeitpunkt eine Frist zur Ergänzung der Unterlagen (Art. 7 Abs. 4 RTVV).

Dass einer Mitbewerberin Gelegenheit geboten wurde, ihr Konzessionsgesuch zu ergänzen, entsprach daher dem vom Bundesgesetz vom 21. Juni 1981 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) vorgeschriebenen Verfahren, umso mehr als auch die Beschwerdeführerin ihr Konzessionsgesuch hätte ergänzen können.

**3.3** Zu prüfen bleibt aber, ob der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Gesuchsergänzung betreffend Radio A das rechtliche Gehör gewährt wurde.

Unproblematisch erscheinen vorerst jene Ergänzungen des Gesuchs, welche die Gesuchstellerin im Sinne von Art. 7 Abs. 4 RTVV vornehmen konnte. Die Mitbewerberin hat indes auf Aufforderung des BAKOM auch nach dem Anhörungsverfahren noch ergänzende Unterlagen hinsichtlich Kapitalstrukturen und Geldgeber einreichen dürfen, welche das UVEK seinem Entscheid zu Grunde legte und zu welchen sich die Beschwerdeführerin nicht äussern konnte.

**3.4** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist gemäss konstanter Praxis formeller Natur, das heisst seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides ([BGE 120 Ib 279](#) E. 3b, mit Hinweisen).

Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann nur unter besonderen Umständen geheilt werden, nämlich wenn die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition überprüft.

In Fällen, in denen der Vorinstanz ein erheblicher Entscheidungsspielraum zukommt, muss sich eine Beschwerdeinstanz aber trotz voller Kognition Zurückhaltung bei der Prüfung der vorinstanzlichen Ermessensausübung auferlegen. Eine Heilung ist indessen nur möglich, wenn die Rechtsmittelinstanz ihre Kognition auch tatsächlich ausschöpft und den angefochtenen Entscheid in vollem Umfang überprüft ([VPB 69.92](#)). Soll eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, darf sich die Beschwerdeinstanz bei der Prüfung des angefochtenen Entscheides keine Zurückhaltung auferlegen ([BGE 116 Ia 94](#) E. 2).

**3.5** Nach Art. 49 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) überprüft der Bundesrat Konzessionsverfügungen betreffend lokale und regionale Radio- und Fernsehprogramme zwar grundsätzlich auf Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, auf ihre Angemessenheit sowie auf richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz macht indes selbst geltend, dass ihr im vorliegenden Bereich ein besonders weiter Ermessensspielraum zustehe und der Bundesrat sich bei der Überprüfung solcher Entscheide Zurückhaltung auferlege.

Es trifft zu, dass Verfügungen betreffend die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf welche das Bundesrecht wie hier keinen Rechtsanspruch gewährt, Ermessensentscheide darstellen. Dies wird durch die Botschaft des Bundesrates vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (BBl 1987 III 689 ff.) bestätigt. Der Botschaft ist diesbezüglich zu entnehmen, dass der Konzessionsbehörde beim Entscheid über die Konzessionserteilung ein Ermessensspielraum zusteht (a.a.O., S. 720) und dieser erheblich ist (a.a.O., S. 732).

Der Bundesrat setzt daher in solchen Beschwerdefällen nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vorinstanz, sondern auferlegt sich bei der Ermessensüberprüfung eine gewisse Zurückhaltung.

**3.6** Dazu kommt, dass Evaluationsentscheide immer auch auf Prognosen betreffend die Wahrscheinlichkeit der Realisierung der in den Gesuchen dargelegten Absichten und Ziele beruhen.

Wenn er künftige Entwicklungen, das heisst Prognosen, zu beurteilen hat, übt der Bundesrat aber ebenfalls Zurückhaltung. Hier geht es zwar nicht um Ermessensfragen, sondern um auf Grund von Erfahrungswissen zu beurteilende Tatfragen. Doch können Prognosen eine künftige Entwicklung nie genau voraussagen, sondern höchstens mit einer mehr oder weniger grossen Wahrscheinlichkeit in Aussicht stellen. Daher kann in solchen Fällen nicht ein strikter Beweis verlangt werden; es muss genügen, dass sich - ähnlich wie beim Glaubhaftmachen - die erwartete Entwicklung für wahrscheinlich halten lässt (Nachweis der Wahrscheinlichkeit). Soweit die Einschätzung künftiger Entwicklungen Sachkunde voraussetzt und auf Erfahrungswissen oder Erfahrungssätzen basiert, richtet der Bundesrat sein Augenmerk vor allem darauf, ob die zumutbaren Abklärungen getroffen und die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren herangezogen wurden (VPB 51.64 E. 4d S. 438 f., mit Hinweisen auf Literatur und Praxis).

**3.7** Daraus folgt, dass die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat nicht geheilt werden kann. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus verfahrensökonomischen Gründen nimmt der Bundesrat aber bereits an dieser Stelle zu einigen Rügen der Beschwerdeführerin in der Sache Stellung.

**3.8** Dass die Mitbewerberin und das UVEK nicht mehr Gelegenheit erhielten, zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. August 2005, welche gegenüber der Beschwerdeschrift keine neuen und relevanten Vorbringen enthält, sowie der unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 19. August 2005 - welche aus dem Recht gewiesen wird - Stellung zu nehmen, verletzt deren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.

(Der Bundesrat hiess daher die Beschwerde gut und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.)

**JAAC 70.89 - Auszug aus dem Entscheid exe\_200502137 des Bundesrates vom 23.  
November 2005 betreffend die Verwaltungsbeschwerde der M. GmbH gegen das UVEK  
und die B. AG i.S. Konzession für lokales Radioprogramm**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	70
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 469

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.