



## Urteil vom 18. März 2021

---

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richter Jürg Marcel Tiefenthal, Richter Maurizio Greppi,  
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_**,  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber, Rechtsanwalt, und  
Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin,  
Bratschi AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Kommunikation BAKOM**,  
Medien,  
Zukunftstrasse 44, Postfach 256,  
2501 Biel/Bienne,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Radio und Fernsehen; einmalige Zahlung im Zusammen-  
hang mit dem Coronavirus.

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

Am 20. Mai 2020 erliess der Bundesrat die Verordnung über Übergangsmassnahmen zugunsten der elektronischen Medien im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung elektronische Medien, SR 784.402; nachfolgend auch: Medien-VO). Die Verordnung regelt die durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit dem Coronavirus bedingten einmaligen Beiträge an elektronische Medien für das Jahr 2020, insbesondere eine einmalige Zahlung an Radio- und Fernsehveranstalter.

**B.**

Am 5. Juni 2020 reichte A. \_\_\_\_\_ beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Gesuch um eine einmalige Auszahlung von Fr. 487'128.– gestützt auf die Covid-19-Verordnung elektronische Medien ein. A. \_\_\_\_\_ bezweckt den Betrieb von politisch und konfessionell neutralen Radiosendern, digitalen Musikplattformen, die Erbringung von Dienstleistungen im Medien-, Veranstaltungs-, Werbe- und E-Commercebereich sowie die Herstellung von Medienprodukten, Vermittlung von Know-How und Zusammenarbeit mit anderen Medienbetrieben im In- und Ausland.

**C.**

Mit Verfügung vom 9. Juli 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch der A. \_\_\_\_\_ ab und erhob eine Verwaltungsgebühr von Fr. 840.–. Sie begründete ihre Abweisung damit, dass A. \_\_\_\_\_ ein meldepflichtiges Radio betreibe, das nicht über UKW, sondern via DAB+ verbreitet werde. Meldepflichtige DAB+-Radios hätten gestützt auf die Covid-19-Verordnung elektronische Medien keinen Anspruch auf eine finanzielle Unterstützung und der Adressatenkreis sei in der Verordnung abschliessend geregelt. Der Bundesrat habe sich bewusst dafür entschieden, die Soforthilfe einem begrenzten Kreis von Radioveranstaltern zukommen zu lassen. Aus praktischen Gründen – um die Zielgruppe möglichst einfach und präzise zu beschreiben – habe er das Kriterium der UKW-Verbreitung gewählt. Dieses sei das gemeinsame Merkmal aller Radioprogramme, die seit Jahren regionale Information anbieten und die über eine grosse Reichweite verfügen würden.

**D.**

Am 31. August 2020 reicht A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragt, die Verfü-

gung des BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) vom 9. Juli 2020 sei aufzuheben und ihr Gesuch auf einmalige Auszahlung des Betrages von 487'128.– gutzuheissen.

**E.**

Die Vorinstanz reicht am 19. Oktober 2020 eine Vernehmlassung ein.

**F.**

Am 19. November 2020 reicht die Beschwerdeführerin eine Replik ein und am 17. Dezember 2020 die Vorinstanz eine Duplik ein.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) erlassen wurde.

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG unzulässig gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Wie beim gleichlautenden Art. 83 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) sollen damit im Sinne einer Ausnahme von der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV Anordnungen mit vorwiegend politischem Charakter von der richterlichen Überprüfung ausgenommen werden (BGE 142 II 313 E. 4.3; 137 I 371 E. 1.2; BVGE 2013/33 E. 1.2). Die Ausnahmebestimmung zielt auf die politische Regierungstätigkeit in den Bereichen der nationalen Sicherheit und der Aussenbeziehungen des Landes ab und ist grundsätzlich restriktiv auszulegen (BGE 121 II 248 E. 1; BVGE 213/33 E. 1.2). Die angefochtene Verfügung wurde vom Bundesrat gestützt auf die Covid-19-Verordnung elektronische Medien erlassen. Diese stützt sich ihrerseits auf die Notverordnungskompetenz des Bundesrates nach Art. 185 Abs. 3 BV, die dem Bundesrat erlaubt, Massnahmen zu ergreifen, um schweren Stö-

rungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Daraus folgt jedoch nicht ohne Weiteres, dass Beschwerden gegen Verfügungen, die sich auf diese Verordnung stützen, aufgrund von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG unzulässig wären. Die Gewährung eines einmaligen finanziellen Beitrages an eine kommerzielle Radioveranstalterin dient der Bewältigung der wirtschaftlichen und sozialen Folgeprobleme der zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor der Coronapandemie erlassenen Massnahmen. Sie stellt damit keinen «*acte de gouvernement*» dar und eignet sich für eine gerichtliche Prüfung (vgl. ANDREAS STÖCKLI, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?, in: Jusletter 15. Februar 2021, Rz. 29). Die von der Vorinstanz erlassene Verfügung stellt somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar.

Das Bundesverwaltungsgericht ist entsprechend zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG).

**1.2** Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.3** Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es 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.**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zahlung eines einmaligen Beitrags in der Höhe von Fr. 487'128.– gestützt auf die Covid-19-Verordnung elektronische Medien zu Recht abgelehnt hat.

#### **4.**

**4.1** Die Covid-19-Verordnung elektronische Medien regelt unter anderem die durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit dem Coronavirus bedingten einmaligen Beiträge zugunsten von Radio- und Fernsehveranstalter für das Jahr 2020 (Art. 1 Abs. 1 Bst. a Medien-VO). Der Bundesrat erliess die Verordnung auf Aufforderung des Parlaments, dessen Räte im April 2020 zwei gleichlautende Motionen mit dem Titel: «Covid-19. Nothilfegelder für die privaten Radio- und Fernsehstationen in der Schweiz sofort ausschütten», überwiesen (Geschäftsnummern 20.3146 und 20.3155 vom 23. respektive 27. April 2020).

#### **4.2**

**4.2.1** Seit dem Erlass der angefochtenen Verfügung am 9. Juli 2020 wurde die Covid-19-Verordnung elektronische Medien zweimal geändert. Die Verordnung trat am 1. Juni 2020 für die Dauer von sechs Monaten in Kraft. Mit einer Änderung vom 11. November 2020 (AS 2020 4673) wurden einerseits die Geltungsdauer der Verordnung bis zum 31. Dezember 2021 verlängert und andererseits die Bestimmungen, auf die sich der vorliegend in Streit stehende finanzielle Beitrag stützt – Art. 1 Abs. 1 Bst. a, Art. 2 und Art. 4 Abs. 1–3 –, aufgehoben. Damit stellt sich zunächst die Frage des anwendbaren Rechts.

**4.2.2** Die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes ist im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. Es ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen (vgl. BGE 141 II 393 E. 2.4 und 129 II 497 E. 5.3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 202).

**4.2.3** Die Covid-19-Verordnung elektronische Medien enthält keine Übergangsbestimmungen. Das neue Recht ist für die Beschwerdeführerin nicht günstiger und es liegen keine zwingenden Gründe vor, die für die ausnahmsweise Anwendung des neuen Rechts sprechen würden. Entsprechend ist das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung der Vorinstanz am 9. Juli 2020 in Kraft war, mithin die Covid-19-Verordnung elektronische Medien, Stand am 1. Juni 2020 (AS 2020 1769).

**4.3** Art. 2 Abs. 1 Medien-VO sieht vor, dass die Vorinstanz auf Gesuch hin einmalig eine Zahlung an folgende Radioveranstalter leistet:

- «a. kommerzielle Radioveranstalter mit einer UKW-Funkkonzession für die Verbreitung ihres Radioprogramms in einem Versorgungsgebiet nach Anhang 1 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV);
- b. komplementäre nicht gewinnorientierte Radioveranstalter mit einer Konzession nach Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe b RTVG in einem Versorgungsgebiet nach Anhang 1 RTVV».

Innerhalb der jeweiligen Kategorie erhält jeder Veranstalter im Rahmen der verfügbaren Mittel dieselbe Summe (Art. 2 Abs. 2 Medien-VO).

**4.4** Für die Finanzierung dieser (und weiterer) Massnahmen steht der nicht verwendete Ertrag aus der Abgabe für Radio und Fernsehen im Umfang von 30 Millionen Franken zur Verfügung. Die kommerziellen Radioveranstalter mit oder ohne Abgabenteil nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a Medien-VO erhalten Fr. 487'128.– pro Veranstalter (Art. 4 Medien-VO).

**4.5** Bei den in Art. 2 Medien-VO vorgesehen Beiträgen an Radioveranstalter handelt es sich um Finanzhilfen im Sinne des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1), auf die ein Anspruch besteht (Art. 3 Abs. 1 SuG).

## 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Verfügung der Vorinstanz verletze das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV, die Wettbewerbsneutralität nach Art. 27 BV, das Vielfaltsgebot nach Art. 93 Abs. 2 BV, das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV sowie das in der Bundesgesetzgebung verankerte Gebot der Technologieneutralität.

Sie bringt vor, das Parlament habe in den Motionen, mit denen es den Bundesrat aufgefordert habe, die Radio- und TV-Veranstalter finanziell zu unterstützen, nicht zwischen Medien mit und ohne *service public*-Leistungen unterschieden, sondern es sei um den Erhalt der Medien- und Angebotsvielfalt gegangen. Das Parlament habe wegen den Einnahmenausfällen alle Radios unterstützen wollen. Die Frage des *service public* habe bei den Beratungen keine Rolle gespielt. Die Radiovielfalt werde nun jedoch nicht unterstützt, da die reinen DAB+-Radios – entgegen früheren Plänen der Vorinstanz – keine Unterstützung erhielten. Selbst wenn der Bundesrat bei

der Umsetzung der Motionen einen gewissen Spielraum habe, sei der Inhalt der Motionen zu beachten.

Es widerspreche dem Rechtsgleichheitsgebot, dass sie als reines DAB+-Radio keine Unterstützung bekomme, während Radios, die eine UKW-Funkkonzession hätten, Unterstützung erhielten. Die UKW-Funkkonzession sei eine rein technische Konzession, sie beinhalte keine Verpflichtung, zum *service public* beizutragen oder andere Verpflichtungen zur Qualität der Sendungen. Es würden auch meldepflichtige Radios unterstützt, die – ebenso wie die Beschwerdeführerin – keine Veranstalterkonzession und entsprechend keine Verpflichtung hätten, regionale Informationen zu senden. Alle Radios würden sich an das gleiche Publikum richten und hätten Einbrüche bei den Werbeeinnahmen zu verzeichnen. Auch UKW-Radios sendeten (zusätzlich) über DAB+, weil UKW eine auslaufende Technologie sei. Die Technologieneutralität sei zudem ein wichtiges Prinzip, das auf Gesetzesebene verankert sei. Zudem widerspreche es der Verhältnismässigkeit, dass alle Radioveranstalter, unabhängig von ihrem Umsatz und den erlittenen finanziellen Einbussen, den gleichen Beitrag erhalten hätten. Die Behauptung der Vorinstanz, man habe Radios unterstützen wollen, die regionale Informationen senden würden, und die eine gewisse Reichweite hätten, sei nicht belegt. Selbst Radios mit einer Veranstalterkonzession würden ihren Leistungsauftrag sehr unterschiedlich umsetzen, insbesondere hinsichtlich der Ausstrahlung von regionalen Informationen. Das Abstellen auf einen Leistungsauftrag und ein angeblich demokratie-relevantes Informationsangebot sei deshalb unzulässig. Daraus ergebe sich, dass weder ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung beziehungsweise die Diskriminierung der DAB+-Radioveranstalter vorliege, noch ein gewichtiges öffentliches Interesse dafür bestehe. Dass die Vorinstanz zwei Radioveranstalter – 20 Minuten Radio und die Beschwerdeführerin – unterschiedlich behandle, obwohl beide überwiegend Musik spielten, stelle einen Verstoss gegen das Vielfaltsgebot und gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität dar.

**5.2** Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin betreibe ein meldepflichtiges, reines Musik-Radioprogramm, das nicht über UKW, sondern nur via DAB+ verbreitet werde. Die Covid-19-Verordnung elektronische Medien stelle aus praktischen, gesetzgebungstechnischen Gründen auf die UKW-Konzession ab, da die Zielgruppe sich so unkompliziert umschreiben lasse. Zielgruppe seien Radioprogramme, die seit Jahren regionale

Informationen anböten und über eine grosse Reichweite verfügten. Die Beschwerdeführerin erfülle weder das formelle Kriterium – eine UKW-Funkkonzession – noch das materielle – ein regionales Informationsangebot.

Der Bundesrat habe die finanzielle Soforthilfe bewusst einem begrenzten Kreis zukommen lassen, damit der Effekt der Finanzhilfen nicht verpuffe. Die Hilfe fliesse so zum einen an die Inhaber einer Veranstalterkonzession, die einen Leistungs- und Informationsauftrag hätten. Zum anderen würden sechs meldepflichtige UKW-Radios unterstützt, die keine Veranstalterkonzession und damit keinen Leistungsauftrag mehr hätten, die aber regelmässig tagesaktuelle Regionalinformationen senden und eine grosse Publikumsreichweite aufweisen würden. Diese zweite Kategorie von Radioprogrammen erbringe nach Einschätzung des Bundesrates beziehungsweise der Vorinstanz weiterhin relevante Informationsleistungen. Für die Anknüpfung an die UKW-Funkkonzession bestünden somit sachlich nachvollziehbare gesetzgebungstechnische Gründe. Wären demgegenüber alle Radioprogramme ungeachtet der Technologie ihrer Verbreitung und unabhängig von ihrem publizistischen Angebot unterstützt worden – also UKW-, DAB+- und Internetradioprogramme – hätte jedes der 179 Radios nur Fr. 77'832.– erhalten, was den Unterstützungseffekt massiv abgeschwächt hätte.

Eine Gleichbehandlung der reinen DAB+-Radioprogramme und der Radioprogramme mit Informationsangebot sei nie vorgesehen gewesen. Die Technologieneutralität sei nicht verletzt, da nur auf die UKW-Funkkonzession abgestellt werde, weil diese das gemeinsame Merkmal aller Radioprogramme mit einem Informationsangebot sei. Der Bereich der Radios sei zudem seit jeher eng reguliert, was zu Marktverzerrungen führen könne, die vom Gesetzgeber in Kauf genommen würden, um bestimmte Ziele zu erreichen. Schliesslich seien die Massnahmen auch in den parlamentarischen Beratungen mit dem *service public* begründet worden, unter anderem mit der Bedeutung von Radio und Fernsehen für die Demokratie und bei der Verbreitung von Informationen.

## 6.

**6.1** Die Beschwerdeführerin fordert wie bereits vor der Vorinstanz die einmalige Auszahlung von Fr. 487'128.–. Sie macht im Beschwerdeverfahren aber nicht mehr geltend, sie habe als Veranstalterin eines reinen DAB+-Radioprogramms Anspruch auf einen Unterstützungsbeitrag aufgrund von Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Covid-19-Verordnung elektronische Medien. Vielmehr führt sie aus, die Verordnung verstosse gegen Verfassungsrecht, da



sie ihr als Veranstalterin eines reinen DAB+-Radioprogramms keinen Anspruch auf einen finanziellen Beitrag einräume.

**6.2** Bei der Covid-19-Verordnung elektronische Medien handelt es sich um eine verfassungsunmittelbare, das heisst direkt auf der Verfassung beruhende, selbstständige Verordnung des Bundesrates. Die Verordnung stützt sich auf Art. 185 Abs. 3 BV, gemäss dem der Bundesrat unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen kann, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Art. 185 Abs. 3 BV ist die Grundlage eines verfassungsunmittelbaren, selbstständigen Notverordnungs- und Notverfügungsrechts des Bundesrates in ausserordentlichen Lagen. Die Covid-19-Verordnung elektronische Medien stützt sich nicht auf Art. 7 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101). Dies entspricht der Strategie des Bundesrates, die «Primärmassnahmen», die sich direkt gegen die Pandemie richten, auf Art. 7 EpG abzustützen, die «Sekundärmassnahmen» hingegen, die der Bewältigung von Folgeproblemen dienen, auf Art. 185 Abs. 3 BV (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz], BBl 2020 6563, 6571).

**6.3** Art. 185 Abs. 3 BV lässt dem Bundesrat ein weites Ermessen bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahmen (URS SAXER, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [SGK BV], Art. 185, Rz. 89; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 185, Rz. 10c). Die Massnahmen müssen jedoch grundsätzlich die verfassungsrechtlichen Vorgaben respektieren, insbesondere deren grundlegenden Bestimmungen wie die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV, die Rechtsgleichheit, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Grundrechte (URS SAXER, SGK BV, Art. 185, Rz. 97 ff.; FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: AJP 2020, S. 685 ff., S. 689 und 697).

Das Bundesverwaltungsgericht kann verfassungsunmittelbare Verordnungen im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle daraufhin prüfen, ob sie zu einer Verfassungsbestimmung namentlich zu den Grundrechtsgarantien in Widerspruch stehen, soweit die Verfassung ein Abweichen nicht ausdrücklich vorsieht (BGE 125 II 326 E. 3a; 123 IV 29 E. 2; 64 I 365

E. 2). Weder Art. 189 Abs. 4 BV noch Art. 190 BV stehen einem solchen Vorgehen entgegen (BGE 138 I 61 E. 7.1). Dies gilt grundsätzlich auch für Verordnungen, die sich auf das Notverordnungsrecht nach Art. 185 Abs. 3 BV stützen (vgl. BGE 64 I 365 E. 2, der sich auf die Vorgängerbestimmung des heutigen Art. 185 Abs. 3 BV, Art. 102 Ziff. 10 aBV, bezieht; vgl. auch URS SAXER, SGK BV, Art. 173, Rz. 75; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 185, Rz. 12; ANDREAS STÖCKLI, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?, in: Jusletter 15. Februar 2021, Rz. 28). Der Spielraum, der Art. 185 Abs. 3 BV dem Bundesrat für die Gestaltung der Regelung auf Verordnungsstufe einräumt, ist für das Bundesverwaltungsgericht bei selbstständigen Verordnungen – analog zu unselbstständigen Verordnungen – verbindlich. Das Gericht darf deshalb bei der Überprüfung der Verordnung sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen. Die Zweckmässigkeit einer Regelung hat das Gericht entsprechend nicht zu beurteilen; die Bundesratsverordnungen unterliegen mithin keiner Angemessenheitskontrolle (BGE 143 II 87 E. 4.4 und 140 II 194 E. 5.8; BVGE 2015/22 E. 4.2). Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf jene Aspekte der Verordnung, die gerügt werden und entscheidungswesentlich sind. Zeigt sich, dass die Verordnungsbestimmungen insgesamt oder teilweise verfassungswidrig sind, bleibt die angefochtene generell-abstrakte Norm zwar weiterhin in Kraft, doch ist der darauf beruhende individuell-konkrete Anwendungsakt aufzuheben (vgl. Urteil des BGer 2C\_423/2014 vom 30. Juli 2015 E.2.3.2).

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie eine gegen das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV und gegen das Gebot der Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten nach Art. 27 BV verstossende Ungleichbehandlung. Sie macht im Wesentlichen geltend, ihr reines DAB+-Radioprogramm werde im Vergleich zu Radioprogrammen, deren Veranstalter über eine UKW-Funkkonzession verfügten, und deshalb einen Beitrag erhielten, ungleich behandelt. Für diese Ungleichbehandlung liege kein vernünftiger Grund vor.

**7.2** Das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Ein Erlass verstösst entsprechend gegen das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die in den zu regelnden Verhältnissen kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, oder er Unterscheidungen unterlässt, die sich auf-

grund der Verhältnisse aufdrängen. Die ungerechtfertigte Gleich- respektive Ungleichbehandlung muss sich auf eine wesentliche Tatsache beziehen. Dem Gesetz- oder Verordnungsgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 138 I 225 E. 3.6.1 und 136 I 1 E. 4.1). Erlaubt sind Typisierungen von Sachverhalten und schematische Lösungen, um einen unverhältnismässigen Aufwand für die Behörden zu verhindern, die Umsetzung vollzugstauglich zu machen oder aus verwaltungsökonomischen Gründen (vgl. BGE 121 II 183 E. 4b/aa und 107 V 203 E. 3b; RAINER J. SCHWEIZER, SGK BV, Art. 8, Rz. 22).

### 7.3

**7.3.1** Die Vorinstanz bringt vor, der Bundesrat habe mit den einschlägigen Bestimmungen der Covid-19-Verordnung elektronische Medien (Art. 1 Abs. 1 Bst. a, Art. 2 und Art. 4 Abs. 1–3) das Ziel verfolgt, diejenigen Radioprogramme mit einem einmaligen finanziellen Beitrag zu unterstützen, die regelmässig regionale Informationen senden und deren Sendegebiet eine gewisse Grösse erreicht.

**7.3.2** Das vom Bundesrat gewählte Kriterium eines Angebots von regionalen Informationen ist insofern sachlich nachvollziehbar, als der Grund für die finanzielle Unterstützung von kommerziellen Radioveranstaltern in der demokratiepolitischen Bedeutung ihrer Radioprogramme liegt. Ein Angebot von regionalen Informationen ist wichtig für das Funktionieren einer Demokratie, wohingegen die demokratiepolitische Bedeutung eines reinen Musikradioprogramms – wie demjenigen der Beschwerdeführerin – nicht ohne Weiteres ersichtlich ist. Auch die beiden Motionen von National- und Ständerat begründeten die Aufforderung an den Bundesrat, den privaten Radiostationen Nothilfegelder auszuschütten, insbesondere damit, dass diesen «eine entscheidende Rolle bei der Nachrichtenvermittlung in den Regionen» zukomme, womit sie «einen unverzichtbaren demokratiepolitischen Beitrag zur Bewältigung der Krise» leisten würden. In den parlamentarischen Beratungen der Motionen wurde die finanzielle Hilfe an die privaten Radioveranstalter ebenfalls verschiedentlich mit der demokratiepolitischen Bedeutung und dem Informationsangebot der Radioprogramme begründet (vgl. Voten Engler, für die Kommission, AB S 2020 207 ff., und Pasquier-Eichenberger, AB N 2020 473). Das Kriterium eines Angebots regionaler Informationen stellt damit einen vernünftigen Grund in den wesentlichen Verhältnissen dar, auf den der Bundesrat zur Bestimmung der Radioprogramme, die eine Finanzhilfe erhalten sollten, abstellen durfte. Auch ist der Bundesrat damit dem parlamentarischen Auftrag durch die Motionen nachgekommen. Dies, zumal einer Motion im Sinne von Art. 120

des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10) lediglich eine politische, rechtlich letztlich nicht durchsetzbare Behördenverbindlichkeit zukommt, vergleichbar mit einem Grundsatz- und Planungsbeschluss nach Art. 28 Abs. 2 ParlG (vgl. überzeugend MARTIN GRAF, in: Graf/Theiler/von Wyss [Hrsg.], Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Art. 120 Rz. 14 ff.). Dass – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – alle Radioveranstalter unabhängig von der Verbreitungsart ihrer Radioprogramme Einbrüche bei den Werbeeinnahmen zu verzeichnen hatten, ändert daran nichts. Der Entscheid des Bundesrates, den Kreis der begünstigten Radioveranstalter nicht umfassend, sondern eng zu ziehen, um die Wirkung der Unterstützung sicherzustellen, ist insbesondere insofern nachvollziehbar, als der zur Verfügung stehende Betrag von vornherein beschränkt war (vgl. Art. 4 Abs. 1 Medien-VO). Dass der Bundesrat nicht alleine auf die – damals noch nicht feststehenden beziehungsweise absehbaren – finanziellen Einbussen abstellte, ist damit ebenfalls mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen. Beide Entscheidungen lagen hinsichtlich der Kompetenzen des Bundesrates nach Art. 185 Abs. 3 BV in dessen Ermessen, welches das Gericht zu respektieren hat.

**7.3.3** Festzustellen ist jedoch, dass der Bundesrat in Art. 2 Abs. 1 Bst. a Medien-VO nicht direkt auf das Kriterium eines regionalen Informationsangebots abstellte, sondern auf den Besitz einer UKW-Funkkonzession: Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a Medien-VO erhalten alle kommerziellen Radioveranstalter mit einer UKW-Funkkonzession für die Verbreitung ihres Radioprogramms in einem bestimmten Versorgungsgebiet eine Finanzhilfe.

**7.3.4** Die UKW-Funkkonzession ist die Konzession für die Nutzung eines Funkfrequenzspektrums zur Erbringung von Fernmeldediensten (vgl. Art. 22a Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, FMG, SR 784.10). Die Bestimmungen zur Regelung der UKW-Funkkonzession sehen keine inhaltlichen Verpflichtungen an die gesendeten Radioprogramme – etwa bezüglich Informationsangebot – vor (vgl. Art. 22 ff. FMG), entsprechend enthalten die UKW-Funkkonzessionen keine solchen Vorgaben (vgl. <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/technologie/ukw-funkkonzessionen.html>>, abgerufen am 4.3.2021). Solche inhaltlichen Vorgaben enthalten demgegenüber die Konzessionen für (Radio-)Veranstalter mit Leistungsauftrag (und mit oder ohne Abgabenteil) nach den Art. 38 ff. des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Radioveranstalter mit einer sol-

chen Veranstalterkonzession haben einen gesetzlich festgelegten Leistungsauftrag (vgl. Art. 38 und 43 RTVG). So müssen Radioprogramme von Veranstaltern lokal-regionaler Programme mit Leistungsauftrag insbesondere die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Informationen über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen (Art. 38 und 43 RTVG). Dass der Bundesrat entsprechend bei den Programmen der Radioveranstalter mit Veranstalterkonzession das Kriterium eines regionalen Informationsangebots als erfüllt ansah, ist aufgrund dieses gesetzlich festgelegten und in der jeweiligen Konzession konkretisierten Leistungsauftrags (vgl. die entsprechenden Konzessionen in der RTV-Datenbank des BAKOM, <<https://rtvdb.ofcomnet.ch>>, abgerufen am 4.3.2021) nicht zu beanstanden. Da alle kommerziellen Radioveranstalter mit einer Veranstalterkonzession auch eine UKW-Funkkonzession haben, ist mit der Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 Bst. a Medien-VO gewährleistet, dass alle Radioveranstalter mit einer Veranstalterkonzession eine Finanzhilfe erhalten. Dass dieser Leistungsauftrag in der Praxis unterschiedlich umgesetzt werden mag – die Beschwerdeführerin verweist diesbezüglich auf Untersuchungen bezüglich des «20 Minuten Radio» –, ändert an der grundsätzlichen Verpflichtung nichts. Insgesamt ist es damit nachvollziehbar, dass der Bundesrat davon ausging, dass die Radioprogramme von Veranstaltern mit einer Veranstalterkonzession ein regionales Informationsangebot beinhalten, weshalb sie von der Finanzhilfe profitieren sollten.

**7.3.5** Neben den Radios mit Veranstalterkonzession haben sechs weitere kommerzielle Radioveranstalter eine UKW-Funkkonzession. Diese Radioveranstalter hatten Veranstalterkonzessionen, gaben sie jedoch in den Jahren 2018 und 2019 zurück oder verlängerten sie nicht (FM 1, Radio 24, Radio Argovia, Radio One FM, Radio Pilatus und Radio Rouge fm). Seither fallen sie in die Kategorie der bei der Vorinstanz gemeldeten Radioprogrammen gemäss Art. 3 Bst. a RTVG. Sie haben entsprechend keinen Leistungsauftrag und sind in ihrer Programmgestaltung frei, insbesondere bezüglich ihres Informationsangebots. Das Gleiche trifft auf die Beschwerdeführerin zu, die jedoch im Gegensatz zu den Veranstaltern der genannten Radioprogramme keine Finanzhilfe erhalten hat.

Bei der Beurteilung der Vorgehensweise des Bundesrates ist insbesondere die zeitliche Dringlichkeit dieser und vieler anderen Massnahmen zu berücksichtigen. Die Grundlage für die Auszahlung verschiedener Finanzhilfen musste innert kürzester Zeit erarbeitet und erlassen werden, damit das

Geld im Sinne einer finanziellen Nothilfe möglichst schnell ausbezahlt werden konnte (vgl. die Auflistung der nur schon bis Ende April 2020 vom Bundesrat in diesem Zusammenhang erlassenen Verordnungen in: BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., S. 687). Vorliegend verlangten dies insbesondere auch die beiden Motionen («Nothilfegelder für die privaten Radio- und Fernsehstationen in der Schweiz *sofort* ausschütten»). Diese wurden am 4. respektive 5. Mai 2020 durch Stände- und Nationalrat angenommen. Die Covid-19-Verordnung elektronische Medien wurde bereits am 20. Mai 2020 erlassen und über die entsprechenden Finanzhilfen bis Mitte Juni 2020 verfügt. Eine weniger schematische Umsetzung des Kriteriums des Informationsangebotes – etwa durch ein Abstellen auf (allenfalls noch nicht vorhandenen) Untersuchungen dazu, welche Radioprogramme wie viele regionale Informationen senden – hätte die Auszahlung der Beiträge massgeblich verzögert und deren Effekt als Nothilfe damit geschmälert oder verfehlt.

Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, dass der Bundesrat davon ausging, dass auch die genannten sechs Radioprogramme mit einer UKW-Funkkonzession relevante Informationsleistungen erbringen, da sie noch bis vor Kurzem eine Veranstalterkonzession und einen entsprechenden Leistungsauftrag hatten. Damit ist es nachvollziehbar, dass der Bundesrat in der damaligen Ausnahmesituation auf das einfach zu handhabende Kriterium der UKW-Funkkonzession abstellte, um den Kreis der berechtigten Radioveranstalter unkompliziert bestimmen und die Finanzhilfen wie verlangt und benötigt rasch auszahlen zu können. Der Bundesrat unterstützte damit nicht eine bestimmte Technologie, sondern er verwendete das Kriterium der UKW-Funkkonzession als Bezeichnung für die Gruppe der Veranstalter, deren Radioprogramme regionale Informationen senden beziehungsweise bis vor kurzem senden mussten. Eine Verletzung des Grundsatzes der Technologieneutralität liegt damit nicht vor, auch wenn es sich – wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt – bei der UKW-Technik um eine «auslaufende» Technologie handelt. Ebenso wenig ist das Vielfaltsgebot nach Art. 93 Abs. 2 BV verletzt. Dieses soll einseitige Tendenzen in der Meinungsbildung durch Radio und Fernsehen verhindern. Es verpflichtet das audiovisuelle Mediensystem als Ganzes, die politisch weltanschauliche Vielfalt widerzuspiegeln, und bezieht sich primär auf die Programme in ihrer Gesamtheit (BGE 134 I 2 E. 3.3.2). Schliesslich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, sie sende regionale Informationen. Es handelt sich bei ihrem Radioprogramm «[...]» offensichtlich um ein reines Musikradio, das gemäss Eigenwerbung «non-stop Music Channels» betreibt (vgl. <www.[...].ch>, abgerufen am

4.3.2021). Sie hätte also, selbst wenn auf ein weniger schematisches Kriterium abgestellt worden wäre, keine Finanzhilfe erhalten.

**7.4** Das Gebot der Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV stellt eine Art besonderes Gleichbehandlungsgebot dar (GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 27, Rz. 23). Das Gebot verbietet staatliche Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich, wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Direkte Konkurrenten sind Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Zulässige öffentliche Interessen vermögen verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen; zu vermeiden sind einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen (vgl. BGE 141 V 557 E. 7.2 und 125 I 431 E. 4b/aa).

Vorliegend liegt insofern keine Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten vor, als sich die Unterstützung nur an Radioveranstalter richtet, deren Programm regionale Informationen sendet. Diese Radioprogramme unterscheiden sich deshalb hinsichtlich des Angebots von Radioprogrammen wie demjenigen der Beschwerdeführerin, die nur Musik senden. Zudem befriedigen sie ein anderes Bedürfnis von Radiohörern, nämlich dasjenige nach regionalen Informationen politischer, wirtschaftlicher und sozialer Art. Damit liegt keine Verzerrung des Wettbewerbs zwischen direkten Konkurrenten vor, zumal die Massnahme nicht bezweckt, in den Wettbewerb einzugreifen, sondern im Gegenteil zum Ziel hat, den Wettbewerb zu stärken, indem der Erhalt von Radioprogrammen sichergestellt wird.

**7.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bestehen eines regionalen Informationsangebots einen vernünftigen Grund für die Entscheidung, welche Radioprogramme finanziell unterstützt werden, darstellt. Dass der Bundesrat für die Bestimmung dieser Radioprogramme aus pragmatischen Gründen auf das formelle Kriterium der UKW-Funkkonzession abstellte, ist aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere der zeitlichen Dringlichkeit verschiedenster zu treffender Massnahmen in der damaligen, ausserordentlichen Situation, nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV oder der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV liegt entsprechend nicht vor.

**7.6** Die Beschwerdeführerin moniert schliesslich, die Gewährung der Finanzhilfen gestützt auf die Covid-19-Verordnung elektronische Medien trage dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht Rechnung, da grosse Privatradios gleich viel Geld erhalten hätten wie kleine. Da nicht ersichtlich ist – und die Beschwerdeführerin sich dazu auch nicht äussert – wie die Beschwerdeführerin aus diesem Argument einen Anspruch auf eine eigene Finanzhilfe ableiten könnte, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

**7.7** Die geprüften Bestimmungen der Covid-19-Verordnung elektronische Medien (Art. 1 Abs. 1 Bst. a, Art. 2 und Art. 4 Abs. 1–3) verstossen damit nicht gegen Verfassungsrecht. Entsprechend liegt kein Grund vor, den Bestimmungen im vorliegenden Verfahren die Anwendung zu versagen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **8.**

**8.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Beschwerdeverfahren weist einen Streitwert von Fr. 487'128.– auf. Gemäss Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] beträgt in Streitigkeiten mit Vermögensinteressen zwischen Fr. 200'000.– und Fr. 500'000.– die Gerichtsgebühr zwischen Fr. 3'000.– und 14'000.–. Entsprechend des Umfangs und der Schwierigkeit des vorliegenden Verfahrens ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 10'000.– festzusetzen (Art. 1 und 2 VGKE). Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**8.2** Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Auch die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]); Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat des UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Tobias Grasdorf

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: