

BVGer A-1703/2016 vom 29. September 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1703_2016_d20160929

FR: TAF A-1703/2016 du 29 septembre 2016

IT: TAF A-1703/2016 del 29 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

Mit der vorliegenden Zwischenverfügung ist über den Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer zu entscheiden.

E. 1.1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist die Instruktionsrichterin zuständig (vgl. Art. 55 Abs. 2 f. und Art. 56 VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 VGG).

E. 1.2

Die Befugnis zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen setzt die Zuständigkeit in der Hauptsache voraus (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 3.18, und Regina Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 56 Rz. 11). Vorab ist deshalb zu prüfen, ob das Bundesverwaltungsgericht voraussichtlich für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist.

E. 1.2.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Voraussetzung dafür ist, dass die Verfügung von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG erlassen wurde und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

E. 1.2.2

Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG und Art. 99 Satz 1 RTVG).

E. 1.2.3

Als Verfügungen gelten nach Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und mit denen Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt werden (vgl. Bst. a bzw. b) oder ein entsprechendes Begehren abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wird (vgl. Bst. c). Aus dem angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz die Beteiligung der Beschwerdegegnerin am Joint Venture zur Kenntnis nimmt und keine Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG trifft. Sie auferlegt der Beschwerdegegnerin damit prima vista keine

zusätzlichen Pflichten bzw. räumt ihr keine zusätzlichen Rechte ein (vgl. Dispositiv-Ziffer 1). Auf die anderslautenden Begehren der Beschwerdeführer wurde, indem ihre Parteistellung verneint wurde, nicht eingetreten (vgl. Dispositiv-Ziffer 2). Letzteres stellt eine negative Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar. Zumindest bezüglich Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung des UVEK vom 29. Februar 2016 liegt demnach ein taugliches Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde vor.

E. 1.2.4

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit voraussichtlich zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 1.3

Der Verfahrensantrag 2 ist demnach näher zu prüfen.

E. 2

Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, mit dem angefochtenen Entscheid sei der Beschwerdegegnerin die Genehmigung für eine nicht konzessionierte Tätigkeit erteilt worden. Da diese Genehmigung aufgrund der aufschiebenden Wirkung noch nicht wirksam sei, dürfe die Beschwerdegegnerin die fragliche Tätigkeit während des Beschwerdeverfahrens nicht ausüben. Mit ihrem prozessualen Antrag fordern die Beschwerdeführer Massnahmen, "um die aufschiebende Wirkung sicherzustellen" bzw. "einen Vollzug der angefochtenen Verfügung zu verhindern".

E. 2.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 RTVG kann die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, falls eine nicht konzessionierte Tätigkeit die Erfüllung des Programmauftrages beeinträchtigt oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränkt, Auflagen zur Geschäftstätigkeit, zur Finanzierung, zur Trennung der Rechnungsführung und zur organisatorischen Trennung machen oder die Tätigkeit untersagen (vgl. Abs. 2). Aus Art. 29 Abs. 2 RTVG geht prima vista somit hervor, dass die Ausübung nicht konzessionierter Tätigkeiten durch die Beschwerdegegnerin keiner besondere Genehmigung bedarf und die Vorinstanz aktiv Anordnungen zu treffen hat, wenn sie eine solche Tätigkeit einschränken oder verhindern will. Die in Art. 29 Abs. 1 RTVG statuierte Meldepflicht ist Voraussetzung dafür, dass solche aktiven Anordnungen geprüft werden können. Sie macht das Verfahren prima vista aber nicht zu einem Genehmigungsverfahren (vgl. zu Letzterem Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des RTVG, BBl 2003 1569, S. 1610, 1693). Der Standpunkt der Beschwerdeführer, wonach sich das Meldeverfahren aufgrund der Aufnahme von vertieften Abklärungen zu einem Genehmigungsverfahren gewandelt hat (vgl. Beschwerde, Rz. 98 und 99), erweist sich damit voraussichtlich als unzutreffend. Es besteht vorliegend prima vista keine gesetzliche Grundlage, aufgrund derer von einer solchen "Verfahrensumwandlung" ausgegangen werden könnte. Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid demnach prima vista keine Genehmigung erteilt.

E. 2.2

Wie aus Art. 55 Abs. 1 VwVG hervorgeht, hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Dies bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern bis zum Beschwerdeentscheid vollständig gehemmt wird. Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die Beschwerde führende Person die nachteiligen

Wirkungen der Verfügung so lange nicht fühlen zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.19). Zwar gilt die aufschiebende Wirkung für alle Kategorien von Verfügungen. Bei negativen Verfügungen läuft sie indessen ins Leere: Wird einem Begehren um Erlass einer positiven Verfügung nicht entsprochen, bleibt es ohnehin bei der Rechtslage, die vor Erlass der Verfügung bestanden hat. Um den Adressaten der negativen Verfügung so zu stellen, wie wenn seinem Begehren entsprochen worden wäre, bedarf es einer positiven vorsorglichen Massnahme nach Art. 56 VwVG (vgl. Kiener, a.a.O., Art. 55 Rz. 6 und 7; vgl. auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.34 und Hansjörg Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Auflage 2016, Art. 55 Rz. 24).

E. 2.3

Festzuhalten ist somit, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin in Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids nicht implizit eine Genehmigung erteilt hat. Es bleibt vielmehr dabei, dass diese Dispositiv-Ziffer der Beschwerdegegnerin keine zusätzlichen Rechte einräumt bzw. Pflichten auferlegt (vgl. vorne E. 1.2.3). Daher kommt ihr prima vista kein Verfügungscharakter zu. Dispositiv-Ziffer 2, mit der auf die Begehren der Beschwerdeführer nicht eingetreten wurde, hat sodann ausschliesslich negativen Charakter (vgl. wiederum E. 1.2.3). Sieht man von der "Berichterstattungspflicht" gemäss Dispositiv-Ziffer 5 ab, enthält der angefochtene Entscheid demnach keine positiven Anordnungen. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde führt folglich nicht dazu, dass die Beschwerdegegnerin die in Frage stehende Tätigkeit nicht aufnehmen darf.

E. 3

Zu prüfen bleibt indes der Erlass einer "anderen vorsorglichen Massnahme" nach Art. 56 VwVG (vgl. soeben E. 2.2).

E. 3.1

Gemäss Art. 56 VwVG können von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen getroffen werden, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden zwischen "sichernden" Massnahmen, mit denen der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen erhalten bleibt, und "gestaltenden" oder "regelnden" Massnahmen, mit denen ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt wird (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und Kiener, a.a.O., Art. 56 Rz. 9).

E. 3.2

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Weiter muss der Verzicht auf solche Massnahmen für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und Urteil des BVerfG A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.1).

E. 3.3

Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beruht auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Neben den Untersuchungspflichten sind daher auch die Beweisanforderungen herabgesetzt: Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.18a). Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.2).

E. 3.4

Vorliegend ist zu prüfen, ob es der Beschwerdegegnerin zu verbieten ist, die Werbeakquisition wie beabsichtigt an die neue Joint-Venture-Gesellschaft zu übertragen (vgl. Sachverhalt H). Aufgrund der soeben erwähnten Vorgaben ergibt sich folgende Entscheidsystematik (vgl. dazu Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.3; in anderem Zusammenhang zudem Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.28a): Zunächst ist eine Hauptsachenprognose vorzunehmen. Sodann ist zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt, d.h. der Verzicht auf die Massnahme für die Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte und die Massnahme dringlich ist. Schliesslich ist zu beurteilen, ob das Interesse an der Anordnung der Massnahme die entgegenstehenden Interessen überwiegt und die Massnahme verhältnismässig ist.

E. 4

An dieser Stelle ist demnach zu prüfen, ob eine Hauptsachenprognose getroffen werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur zu beurteilen haben, ob den Beschwerdeführern zu Recht keine Parteistellung zuerkannt wurde.

E. 4.1

Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, es komme der Parteibegriff von Art. 6 VwVG zur Anwendung. Neben Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren solle, gälten gemäss dieser Bestimmung auch jene Personen als Parteien, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zustehe. Auch für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren gälten daher sinngemäss die Bestimmungen von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG betreffend Beschwerdelegitimation. Vorauszusetzen sei somit ein besonderes Berührtsein sowie ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sich die angerufene Instanz mit der Sache befasse. Ob diese Voraussetzungen erfüllt seien, sei für jedes Rechtsgebiet und in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Die Tatsache, dass die Medienunternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb zur Beschwerdegegnerin stünden und eine verstärkte Konkurrenz fürchteten, bedeute für sich allein noch keine besondere Betroffenheit. Vorliegend bestehe mit Art. 29 RTVG zwar eine besondere Bestimmung, die bei der Frage der besonderen Betroffenheit des Konkurrenten zu berücksichtigen sei. Auch unter diesen Umständen vermöge die Befürchtung einer blossen Verschärfung des Wettbewerbs jedoch keine Parteistellung des Konkurrenten zu begründen. So sei im Gesetzgebungsverfahren bewusst auf eine Bewilligungspflicht für nicht konzessionierte Tätigkeiten verzichtet und eine bloss

Meldepflicht eingeführt worden, die mit der Möglichkeit verbunden sei, bei Fehlentwicklungen zu intervenieren.

E. 4.2

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe zu hohe Anforderungen an die Einräumung der Parteistellung gestellt. Sie weisen unter anderem darauf hin, die Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin seien keine herkömmlichen Konkurrenten auf einem beliebigen Markt, sondern unterstützten gemeinsam den marktregulierenden Verfassungsbestimmungen von Art. 93 BV und dem diese konkretisierenden RTVG. Letzteres sehe verschiedene Massnahmen zum Schutz der privaten Veranstalter in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung vor. Die WEKO habe treffend erkannt, dass mit dem geplanten Joint Venture ein gewichtiger Marktteilnehmer entstehe. Die rundfunkrechtliche Rahmenordnung, die vom RTVG verkörpert werde, habe für einen Ausgleich zwischen der Beschwerdegegnerin und den übrigen inländischen Marktteilnehmern zu sorgen.

E. 4.3

Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen, unter welchen Umständen einem Intervenient Parteistellung zu verschaffen ist (vgl. dazu BGE 139 II 279 E. 2.3). Zur Beantwortung der Frage, ob den Beschwerdeführern die Parteistellung zu Recht verweigert worden ist, werden daher verschiedene rechtliche und tatsächliche Aspekte zu prüfen sein, die sich im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht beurteilen lassen. Es kann deshalb keine Entscheidprognose getroffen werden.

E. 5

In einem nächsten Schritt ist nach einem Anordnungsgrund für die vorsorgliche Massnahme zu fragen. Wie aufgezeigt, ist ein solcher gegeben, wenn der Verzicht auf die Massnahme für die Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte und die Massnahme dringlich ist.

E. 5.1

Die Beschwerdeführer legen im Zusammenhang mit ihrem prozessualen Antrag nicht dar, welche Nachteile ihnen im Einzelnen drohen, sollte das Joint Venture bereits während laufendem Beschwerdeverfahren aktiv werden (vgl. dazu Beschwerde, Rz. 96 ff.). In anderem Zusammenhang machen sie zwar geltend, wenn das geplante Joint Venture einmal auf dem Markt aufgetreten sei, sei der dadurch entstandene Schaden irreparabel, selbst wenn am Ende eines mehrerer Jahre andauernden Aufsichtsverfahrens ein Verstoss gegen das RTVG festgestellt werde (vgl. Beschwerde, Rz. 44). Auch diesen Ausführungen lässt sich jedoch nicht entnehmen, welche Nachteile die Beschwerdeführer aufgrund des Markteintritts des Joint Venture bereits kurzfristig, d.h. noch während des Beschwerdeverfahrens erwarten. Immerhin aber ist zu beachten, dass auch die Vorinstanz (bzw. das BAKOM als instruierende Behörde) eine vorsorgliche Massnahme getroffen und der Beschwerdegegnerin neue Werbevermarktungsaktivitäten und einen Marktauftritt im Rahmen des Joint Venture während laufendem vorinstanzlichem Verfahren untersagt hat (vgl. Sachverhalt E). Es ist daher angezeigt, von Amtes wegen näher zu prüfen, ob auch im Beschwerdeverfahren ein Anordnungsgrund für eine solche Massnahme gegeben ist.

E. 5.2

Das BAKOM führte in seiner Zwischenverfügung aus, es sei nicht auszuschliessen, dass andere Medienunternehmen noch vor Beendigung der Prüfung nach Art. 29 RTVG durch

neue Werbevermarktungsaktivitäten der Beschwerdegegnerin bzw. einen Marktauftritt des Joint Venture erheblich in ihrem Entfaltungsspielraum beschränkt werden könnten. Mit einem unmittelbaren Marktauftritt der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Joint Venture könnten Fakten geschaffen werden, welche nachträglich nur schwer korrigiert bzw. rückgängig gemacht werden könnten (vgl. Zwischenverfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2015 S. 6).

E. 5.3

Ein nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil lässt sich bereits aufgrund eines tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesses bejahen (vgl. oben E. 3.2). Die Ausführungen des BAKOM sind in dieser Hinsicht indes sehr allgemein gehalten. Angesichts dessen, dass es sich um ein erstinstanzliches Verfahren handelte, ist dies zwar nicht zu beanstanden. Auch im weiteren vorinstanzlichen Verfahren haben sich jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein Markteintritt des Joint Venture den Entfaltungsspielraum der nicht beteiligten Medienunternehmen bereits innert kurzer Frist erheblich beeinträchtigen könnte. Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegnerin (wenn auch nicht den anderen Joint-Venture-Partnern) unterdessen immerhin die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Werbung untersagt worden ist. Mit den angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin zudem einer Berichterstattungspflicht unterworfen, die sich unter anderem auf die Zugangsbedingungen für Drittunternehmen bezieht, sowie in Aussicht gestellt, dass sie nötigenfalls erneut Auflagen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 RTVG prüfen werde. Im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden, summarischen Beurteilung ist daher nicht davon auszugehen, dass die von Art. 29 Abs. 2 RTVG geschützten Interessen der Medienunternehmen bereits kurzfristig gefährdet sind.

E. 5.4

Wie aufgezeigt, darf der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand mit einer vorsorglichen Massnahme weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. E. 3.2). Andererseits kann es gerade das Ziel einer vorsorglichen Massnahme sein, den Rechtsschutz nicht illusorisch werden zu lassen (vgl. Seiler, a.a.O., Art. 56 Rz. 41). Das BAKOM verwies entsprechend darauf, es dürften keine Fakten geschaffen werden, die nachträglich nur schwer rückgängig gemacht werden könnten. Die Beschwerdeführer beantragen in der Sache, der Beschwerdegegnerin sei eine Beteiligung am Joint Venture zu untersagen. Es muss somit faktisch möglich sein, der Beschwerdegegnerin eine Tätigkeit im Rahmen dieses Joint Venture nach erfolgtem Markteintritt nachträglich zu verbieten. Diese Möglichkeit bleibt indessen gewahrt. Denn wird die Beschwerdegegnerin bereits vor Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Rahmen des Joint Venture aktiv, geschieht dies auf eigenes Risiko. Es oblag bzw. obliegt ihr, dafür zu sorgen, dass sie sich gegebenenfalls ohne übermässige Nachteile vom Joint Venture zurückziehen kann. Sollten allfällige Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG neu zu prüfen sein, dürfte sich die Beschwerdegegnerin somit nicht auf die von ihr selber geschaffenen Fakten berufen können. Auch insoweit drängt sich somit keine vorsorgliche Massnahme auf.

E. 5.5

Ein Verzicht auf die vorsorgliche Massnahme hat für die Beschwerdeführer somit voraussichtlich keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile zur Folge. Da es daher bereits an einem Anordnungsgrund für die Massnahme fehlt, erübrigt es sich, auf die weiteren Voraussetzungen (Interessenabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung)

einzugehen. Auf die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist vielmehr zu verzichten.

E. 6

Zusammenfassend kommt der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vorliegend keine Bedeutung zu (E. 2); auch ist keine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 56 VwVG anzuordnen (E. 3 bis 5). Der Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer ist daher abzuweisen.

E. 7

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung und eine allfällige Parteientschädigung ist im Entscheid über die Hauptsache zu befinden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.