

# **BVGer A-5075/2018 vom 22. März 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-03-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5075\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5075_2018)

FR: TAF A-5075/2018 du 22 mars 2019

IT: TAF A-5075/2018 del 22 marzo 2019

## **Regeste**

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren des Bundes (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG, sofern diese von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen wurden und kein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG vorliegt. Die Abschreibungsverfügung der Vorinstanz vom 3. Juli 2018 ist eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG. Das BAKOM 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 RTVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktionell zuständig.

### **E. 2**

Nachfolgend ist die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers zu prüfen.

#### **E. 2.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und eigene Anträge gestellt. Bezüglich der Beantwortung der Frage, ob er nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG besonders berührt ist, kann vollumfänglich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016 vom 29. September 2016 sowie auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_1024/2016 vom 23. Februar 2018 verwiesen werden, in denen dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren Parteistellung und damit auch die geforderte Nähe zur Streitsache zugesprochen wurde. Fraglich und näher zu untersuchen ist jedoch, ob dem Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zukommt.

#### **E. 2.2**

Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 140 II 214 E. 2.1). Das Rechtsschutzinteresse

besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen (BGE 141 II 307 E. 6.2 und 141 II 14 E. 4.4; Urteile des BVGer A-3156/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.1.3 und A-149/2016 vom 2. September 2016 E. 5.1; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 944). Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (BGE 139 II 279 E. 2.2 und 131 II 587 E. 2.1; Urteil des BGer 2C\_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 2.1; Urteile des BVGer A-149/2016 vom 2. September 2016 E. 5.1 und C-3090/2014 vom 4. März 2016 E. 5.2). Dieser drohende Nachteil muss im Zeitpunkt des Entscheids noch bestehen und unmittelbar mit dem gutheissenden Entscheid abgewendet werden können. Der praktische Nutzen muss mithin bereits mit dem Obsiegen eintreten (Urteile des BVGer A-3156/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.1.3 und A-149/2016 vom 2. September 2018 E. 5.1; Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), *Kommentar VwVG*, 2. Aufl. 2019, Art. 48 N 22). Kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht auch dann, wenn die Interessen in einem anderen Verfahren gewahrt werden können (Urteil des BGer 2A.288/2006 vom 28. Juni 2006 E. 1.4; Urteile des BVGer A-3156/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.1.3 und A-149/2016 vom 2. September 2018 E. 5.1; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 945).

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer beantragte im vorinstanzlichen Verfahren, es sei der Beschwerdegegnerin die Beteiligung am Joint Venture zu untersagen. Damit wollte er eine Beteiligung der Beschwerdegegnerin am geplanten Joint Venture (Admeira AG) verhindern. Nachdem das geplante Joint Venture im Laufe des Verfahrens realisiert wurde, hätte eine Gutheissung des Antrages des Beschwerdeführers dazu geführt, dass die Beschwerdegegnerin ihre Beteiligung an der Admeira AG hätte aufgeben bzw. verkaufen müssen. Einer solchen möglichen Anordnung ist die Beschwerdegegnerin durch den freiwilligen Verkauf der Beteiligung zuvorgekommen. Der Beschwerdeführer äussert zwar Zweifel daran, dass der Verkauf der Beteiligung tatsächlich vollzogen wurde, doch hat die Beschwerdegegnerin den Vollzug mit entsprechenden Abtretungserklärungen belegt und hat auch die Admeira AG den Verkauf in einer Medienmitteilung bestätigt. Es ist deshalb ohne Weiteres von der tatsächlichen Veräusserung der Beteiligung auszugehen, zumal auch keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen. Der Umstand, dass die Abtretungserklärungen nur von der Beschwerdegegnerin unterzeichnet sind und keine Empfangsbestätigungen der Käufer vorliegen, ändert daran nichts. Eine Abtretung gemäss Art. 164 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]) ist zwar ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft und bedarf nebst einer Veräusserungserklärung des Zedenten einer Annahme des Zessionars, diese kann jedoch auch stillschweigend erfolgen oder gar als antizipiert erteilt gelten, wenn der Zessionar aufgrund des Verpflichtungsgeschäftes mit der Abtretung rechnet oder gar darauf drängt (vgl. Girsberger/Hermann, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl. 2015, Art. 164 N 15; Urteile des BGer 4A\_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 2.1.2 und 4A\_686/2012 vom 21. Oktober 2013 E. 4.3). Die Abtretungserklärung als Verfügungsgeschäft im Rahmen eines Aktienkaufs bedarf somit einzig der Unterschrift des Zedenten, vorliegend also der Beschwerdegegnerin (vgl. Urteil des BGer 4A\_133/2009 vom 3. Juni 2009 E. 2.4 m.w.H.;

Girsberger/Hermann, a.a.O., Art. 165 N 2). Eine Mitunterzeichnung durch die Käufer oder deren schriftliche Empfangsbestätigung war daher nicht erforderlich. Im Ergebnis hat der Beschwerdeführer mit dem Verkauf der Beteiligung durch die Beschwerdegegnerin sein Ziel, nämlich die Verhinderung einer Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG, trotz Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit erreicht. Mehr hätte er auch bei einer Gutheissung seines Antrages nicht erlangen können. Faktisch entspricht die aufgrund des Verkaufs der Beteiligung an der Admeira AG durch die Beschwerdegegnerin erfolgte Abschreibung des Verfahrens somit einer Gutheissung bzw. Anerkennung des Hauptantrages des Beschwerdeführers. Bei diesem Ausgang war auf die Eventualanträge des Beschwerdeführers nicht mehr einzugehen. Durch die Abschreibung des Verfahrens entsteht dem Beschwerdeführer somit kein Nachteil. An der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung bzw. der Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz besteht folglich für den Beschwerdeführer grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse.

#### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer begründet seinen Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz denn auch hauptsächlich damit, dass zusätzliche Untersuchungshandlungen in Bezug auf die zwischen der Beschwerdegegnerin und der Admeira AG abgeschlossene Zusammenarbeit vorzunehmen seien. Damit macht er geltend, das vorinstanzliche Verfahren hätte sich nicht auf die Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG beschränken dürfen, sondern hätte auch den nach Veräusserung der Beteiligung abgeschlossenen Vermarktungsvertrag mitumfassen müssen. Sodann verlangt er, dass sich die Vorinstanz in ihrer Verfügung zu den rundfunkrechtlichen Konsequenzen äussert, welche die Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG während mehr als zwei Jahren zur Folge hat.

##### **E. 2.4.1**

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, soweit es im Streit liegt. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.8). Zu klären gilt es somit, ob der Vermarktungsvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Admeira AG Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder hätte sein müssen und ob die Vorinstanz auch allfällige Konsequenzen der zwischenzeitlich bestandenen Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG hätte prüfen müssen.

##### **E. 2.4.2**

Nach Art. 29 Abs. 1 RTVG muss die Beschwerdegegnerin in der Konzession nicht festgelegte Tätigkeiten, welche die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen beeinträchtigen könnten, der Vorinstanz vorgängig melden. Diese Meldepflicht eröffnet dem UVEK die Möglichkeit, bei Fehlentwicklungen zu intervenieren und allenfalls gestützt auf Art. 29 Abs. 2 RTVG Auflagen zu verfügen (vgl. Urteil des BVer A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016 vom 29. September 2016 E. 5.3; Botschaft des Bundesrates vom 18. Dezember 2018 zur Totalrevision des RTVG, BBl 2003

1610 und 1693). Im Gegensatz zu einer Bewilligung als "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" stellt die Meldepflicht eine "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt" dar und löst noch kein Verwaltungsverfahren aus (Uhlmann/Kaspar, Meldepflichten im Verwaltungsrecht, in: recht 03/2013 S. 135ff. Ziff. 2.3 und 3.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 44 N 5; Urteil des BVGer A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016 vom 29. September 2016 E. 5.4). Beim Verfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG handelt es sich denn auch um eine spezielle Form der staatlichen Aufsicht über Radio und Fernsehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1024/2016 vom 23. Februar 2018 E. 2.3.1). Das Verfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG wird somit nicht durch die Meldung an sich ausgelöst, sondern stellt eine Reaktion der Behörde auf die Meldung dar.

#### **E. 2.4.3**

Die Vorinstanz hat das Verfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG nicht auf Gesuch hin eröffnet, sondern von Amtes wegen aufgrund der Meldung der Beschwerdegegnerin vom 13. Juli 2015. Während ein auf Gesuch hin eingeleitetes Verfahren von der Dispositionsmaxime beherrscht wird und ein Rückzug des Gesuches dazu führt, dass der Verfahrensgegenstand dahinfällt und das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit beendet wird, gilt bei einem von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren die Officialmaxime, womit die Behörde über den Verfahrensgegenstand bestimmt und das Verfahren auch vorzeitig ohne Erlass einer materiellen Verfügung beenden und wegen Gegenstandslosigkeit abschreiben kann (vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 82 ff und 457 ff.; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 138 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 30 N 19; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 983 ff.).

#### **E. 2.4.4**

Gelangte nach dem Ausgeführten im vorinstanzlichen Verfahren die Officialmaxime zur Anwendung, so oblag es der Vorinstanz, den Verfahrensgegenstand zu bestimmen. Sie beschränkte das Verfahren der Meldung der Beschwerdegegnerin entsprechend auf deren Beteiligung an der Admeira AG. Der Rückzug der Meldung vom 13. Juli 2015 durch die Beschwerdegegnerin zog zwar insofern - im Gegensatz zu auf Gesuch hin eingeleitete Verfahren, bei welchen die Dispositionsmaxime zur Anwendung gelangt - nicht ohne Weiteres die Beendigung des Verfahrens nach sich, nichtdestotrotz fiel der Verfahrensgegenstand nach der tatsächlichen Veräusserung der Beteiligung durch die Beschwerdegegnerin dahin. Zwar wäre es aufgrund der Officialmaxime allenfalls möglich gewesen, das Verfahren auf den neu abgeschlossenen Vermarktungsvertrag auszudehnen, eine Verpflichtung hierzu bestand für die Vorinstanz jedoch nicht. Es obliegt der Vorinstanz bzw. dem UVEK als Aufsichtsbehörden der Beschwerdegegnerin (vgl. Art. 36 und 86 RTVG) zu entscheiden, ob und in welchem Rahmen die neue Konstellation zu prüfen ist und welche Massnahmen allenfalls zu ergreifen sind. Hierzu können sie jederzeit ein neues Verfahren von Amtes wegen eröffnen. Ohnehin ist fraglich, ob der Abschluss des erwähnten Vermarktungsvertrages unter die nicht konzessionierten Tätigkeiten fällt und damit Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 29 RTVG bilden kann. Auf diese Frage braucht vorliegend jedoch nicht näher eingegangen zu werden. Die Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit ist bei dieser Sachlage jedenfalls nicht zu beanstanden. Auch allfällige rundfunkrechtliche Konsequenzen der vorübergehenden Beteiligung bildeten nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Art. 29 RTVG gibt der Vorinstanz bzw. dem UVEK die Möglichkeit, nach erfolgter Meldung einer Tätigkeit bei Bedarf zu intervenieren. Die Intervention in Form von Auflagen oder gar einem Verbot

gilt nur für die Zukunft und nicht rückwirkend. Wie erwähnt handelt es sich bei der Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 1 RTVG um eine "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt", weshalb die Tätigkeit bis zu einer Intervention des UVEK rechtmässig erfolgt. Das RTVG sieht keine Sanktionen oder andere Konsequenzen für den Fall vor, dass sich die vorgängig gemeldete und zwischenzeitlich aufgenommene Tätigkeit als unzulässig erweisen sollte. Nur bei einer Verletzung der Meldepflicht könnte die Beschwerdegegnerin sanktioniert und mit einem Betrag von bis zu Fr. 10'000.- belastet werden (Art. 90 Abs. 2 Bst. i RTVG). Entsprechend musste sich die Vorinstanz nicht mit der Frage nach allfälligen Konsequenzen der vorübergehenden Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG auseinandersetzen, nachdem die Beschwerdegegnerin ihrer Meldepflicht diesbezüglich nachgekommen war.

#### **E. 2.4.5**

Im vorinstanzlichen Verfahren bildete somit einzig die Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Admeira AG Verfahrensgegenstand und dieser musste nicht auf den Vermarktungsvertrag ausgedehnt werden. Auch allfällige Konsequenzen der vorübergehenden Beteiligung mussten nicht geprüft werden und bildeten nicht Verfahrensgegenstand. Der Beschwerdeführer geht mit seinen Anträgen somit über den Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und damit auch über den möglichen Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinaus, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 2.5**

Zusammengefasst ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung kein Rechtsschutzinteresse zukommt und er im Übrigen mit seinen Anträgen über den möglichen Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinausgeht. Auf die Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten. Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass der Vorinstanz wegen des Verzichts auf Abklärungen betreffend den Vermarktungsvertrag keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes oder eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden kann, denn der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Pflicht der Behörde zur Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen wird durch den Streitgegenstand begrenzt. Einzig der zum Streitgegenstand gehörende Sachverhalt ist von Amtes wegen abzuklären (vgl. Krauskopf/Emmenegger/Babey in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N 23; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsgerichtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 43). Schliesslich erweist sich auch die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet. Die Vorinstanz konnte auf eine Anhörung des Beschwerdeführers zum Meldungsrückzug der Beschwerdegegnerin vor Abschreibung des Verfahrens verzichten, zumal diesem durch die Verfahrenserledigung kein Nachteil entstand und die Abschreibung faktisch einer Gutheissung des Hauptantrages entsprach. Vor Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht, braucht sie diese nicht anzuhören (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). Die Akteneinsicht wurde dem Beschwerdeführer sodann auf Gesuch hin mit Verfügung vom 21. August 2018 gewährt.

#### **E. 3**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden

### **E. 3.1**

Dem Verfahrensausgang entsprechend gilt der Beschwerdeführer als unterliegend, weshalb er die auf Fr. 2'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen hat (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 3'000.- ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

### **E. 3.2**

Angesichts seines Unterliegens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Dasselbe gilt für die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE) sowie die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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