



Abteilung I

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. A-3464/2013
gri/bat

Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Rolf Auf der Maur und
Rechtsanwältin lic. iur. Azra Dizdarevic,
VISCHER AG, Schützengasse 1, Postfach 1230,
8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. Mediapulse Stiftung für Medienforschung,
Thunstrasse 18, 3005 Bern,

2. Mediapulse AG für Medienforschung,
Thunstrasse 18, 3005 Bern,
Beschwerdegegnerinnen 1 und 2
beide vertreten durch Fürsprecher Daniel Staffelbach und
lic. iur. L.L.M Oliver Kunz, Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,

3. Publica Data AG,
Thunstrasse 18, 3005 Bern,
Beschwerdegegnerin 3,
vertreten durch Rechtsanwalt Marc Blöchliger,
Alter Postplatz/City, Postfach 147, 6371 Stans

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

Gegenstand

Neues Messsystem / Erfüllung des gesetzlichen Auftrags
(RTVG),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Von 1985 bis Ende Dezember 2012 wurde die Fernsehnutzung in der Schweiz mit dem Messsystem "Telecontrol" der GfK Switzerland AG erhoben. Seit dem 1. Januar 2013 kommt das Messsystem von Kantar Media zum Einsatz. Nach einer ersten Verschiebung wurden am 14. Februar 2013 die mit Hilfe dieses neuen Messsystems erhobenen Fernsehnutzungsdaten für die Zeit ab dem 1. Januar 2013 den Kunden der Mediapulse-Gruppe (Mediapulse) zur internen Verwendung zugänglich gemacht. Mit Medienmitteilung vom 19. Februar 2013 gab die Mediapulse bekannt, die Freigabe der TV-Nutzungsdaten erneut zu verschieben.

B.

Mit Verfügung vom 27. März 2013 verbot das Präsidium des Obergerichts Nidwalden der Mediapulse Stiftung für Medienforschung, der Mediapulse AG für Medienforschung und der Publica Data AG in Form einer superprovisorischen Massnahme die mittels der Geräte "5000 Series People-Meter" und/oder "VirtualMeter" des Anbieters Kantar Media in der Schweiz erhobenen Fernsehnutzungsdaten, insbesondere die Einschaltquoten und Marktanteile der Fernsehsender, zu veröffentlichen und/oder über Dritte veröffentlichen zu lassen. Davon ausgenommen wurde die Lieferung von Fernsehnutzungsdaten an Fernsehprogrammveranstalter und ihre Vermarktungsagenturen, die seit dem 1. Januar 2013 bereits Fernsehnutzungsdaten unter Geheimhaltungspflicht erhalten hatten. Mit Verfügung vom 22. April 2013 dehnte das Präsidium des Obergerichts Nidwalden diese superprovisorische Anordnung auf die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, die AZ TV Productions AG, die publisuisse SA, die Goldbach Media (Switzerland) AG und die Belcom AG aus. Mit Verfügung vom 11. Juni 2013 hob das Präsidium des Obergerichts Nidwalden die angeordneten Publikationsverbote superprovisorisch vollständig auf.

C.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2013 stellte das Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK) fest, dass die Mediapulse Stiftung für Medienforschung, die Mediapulse AG für Medienforschung sowie die Publica Data AG bei der Einführung des Messsystems der Firma Kantar Media die Vorgaben des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) eingehalten hätten und dass die mit Hilfe des neuen Systems erhobenen Daten die gesetzlichen Grundan-

forderungen erfüllen würden. Im Übrigen verpflichtete es die Mediapulse AG, in Zusammenarbeit mit den betroffenen Akteuren einen Massnahmenplan zur Optimierung des eingeführten Systems auszuarbeiten sowie umzusetzen und dem UVEK regelmässig, jeweils auf Monatsende, schriftlich über den Stand der Umsetzung Bericht zu erstatten.

D.

Mit Eingabe vom 18. Juni 2013 reicht A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Anträgen ein:

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des UVEK vom 23. Mai 2013 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerinnen bei der Einführung des Messsystems der Firma Kantar Media die Vorgaben des RTVG nicht eingehalten haben und dass die mit Hilfe des Messsystems der Firma Kantar Media erhobenen Daten die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen;
2. Satz 1 der Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung des UVEK vom 23. Mai 2013 sei aufzuheben, und die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 seien zu verpflichten, einen Massnahmenplan mit mindestens folgenden Punkten mit den betroffenen Akteuren einschliesslich der Beschwerdeführerin auszuarbeiten und innert des jeweiligen Umsetzungszeitraums seit der rechtskräftigen Beurteilung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens umzusetzen (Umsetzungszeitraum jeweils ab der rechtskräftigen Beurteilung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gerechnet):

(...)

Verfahrensanträge

1. Es sei den Beschwerdegegnerinnen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Beschwerdegegnerinnen und unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 STGB (Busse) zu verbieten, die ab 1. Januar 2013 mit dem Messsystem der Firma Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten, insbesondere die Einschaltquoten und Marktanteile der Fernsehsender, zu veröffentlichen und/oder über Dritte veröffentlichen zu lassen. Davon ausgenommen ist die Lieferung von Fernsehnutzungsdaten an Fernsehprogrammveranstalter und ihre Vermarktungsagenturen, die seit 1. Januar 2013 bereits Fernsehnutzungsdaten unter Geheimhaltungspflicht erhalten haben, solange die Beschwerdegegnerinnen die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht durchsetzen können.
2. Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens zu gewähren, und es sei ihr

anschliessend angemessene Frist einzuräumen, ihre Rechtsbegehren zu präzisieren und die Begründung ihrer Beschwerde zu ergänzen.

3. Für den Fall, dass diese Beschwerdeschrift oder die Beilagen dazu im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens Dritten zugänglich gemacht werden sollen, sei der Beschwerdeführerin vorab Gelegenheit zu geben, Geschäftsgeheimnisse zu kennzeichnen."

E.

Mit Verfügung vom 19. Juni 2013 untersagte der Instruktionsrichter der Mediapulse Stiftung für Medienforschung (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1), der Mediapulse AG für Medienforschung (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 2) und der Publica Data AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 3) unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) superprovisorisch, die ab dem 1. Januar 2013 mit dem Messsystem der Firma Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten, insbesondere die Einschaltquoten und Marktanteile der Fernsehsender, zu veröffentlichen und/oder über Dritte veröffentlichen zu lassen. Davon ausgenommen wurde die Lieferung von Fernsehnutzungsdaten an Fernsehprogrammveranstalter und ihre Vermarktungsagenturen, die seit 1. Januar 2013 bereits Fernsehnutzungsdaten unter Geheimhaltungspflicht erhalten hatten, solange die Beschwerdegegnerinnen die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht durchsetzen könne. Mit Verfügung vom 25. Juni 2013 wies er das Gesuch der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 um sofortige Aufhebung, allenfalls Abänderung der Zwischenverfügung vom 19. Juni 2013, das gleichlautende Gesuch der Beschwerdegegnerin 3 sowie deren Gesuche um superprovisorische Anordnung einer Sicherheitsleistung ab.

F.

In ihrer Stellungnahme vom 3. Juli 2013 beantragt die Beschwerdeführerin, die Gesuche der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sowie 3 um Leistung einer angemessenen Sicherheit abzuweisen. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 3. Juli 2013, es sei die mit Zwischenverfügung vom 19. Juni 2013 superprovisorisch angeordnete Massnahme aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht abzuweisen. Die Beschwerdegegnerinnen beantragen in ihren Stellungnahmen vom 10. Juli 2013 die Aufhebung der superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Massnahme, eventualiter die Einschränkung des

Publikationsverbots auf Daten der Beschwerdeführerin, sowie die Anordnung einer Sicherheitsleistung.

G.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird in den Erwägungen, soweit für die Beurteilung der vorsorglichen Massnahme rechtserheblich, eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Beschwerdeführerin verlangt, den Beschwerdegegnerinnen unter Androhung von Art. 292 StGB vorsorglich zu untersagen, die ab dem 1. Januar 2013 mit dem Messsystem der Firma Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen.

1.1. Über solche Verfahrensanhträge hat im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht der mit der Instruktion betraute Richter zu entscheiden (vgl. Art. 56 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] und Art. 39 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]), sofern glaubhaft erscheint, dass das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung des Rechtsschriftenwechsels und eines allfälligen Beweisverfahrens auf die Beschwerde wird eintreten können. An die Glaubhaftmachung sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Nur wenn auf die Beschwerde offensichtlich nicht eingetreten werden kann, dürfen verfahrensrechtliche Anträge nicht an Hand genommen werden. Ansonsten hat die beschwerdeführende Partei Anspruch darauf, dass ihr effektiver Rechtsschutz gewährt wird (vgl. BGE 129 II 286 E. 1.3; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-769/2013 vom 28. März 2013 E. 1.1, A-3766/2012 vom 22. August 2012 E. 1; ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz [nachfolgend: BSK BGG], 2. Aufl., Basel 2011, Art. 103 N. 28).

1.2. Das Bundesverwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG zuständig (Art. 31 VGG), die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG stammen, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so tritt das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerden ein, die von einer zur Be-

schwerdeführung berechtigten Partei frist- und formgerecht eingereicht wurden (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48, Art. 50 und Art. 52 VwVG). Im Sinne dieser Ausführungen ist die begehrte vorsorgliche Massnahme demzufolge anhand zu nehmen, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage von vornherein nicht ausgeschlossen werden kann, dass die erforderlichen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

1.3. Beim UVEK handelt es sich um eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Es hat den angefochtenen Entscheid, in dem es Feststellungen und Anordnungen in Bezug auf das am 1. Januar 2013 eingeführte System zur Messung der Radio- und TV-Nutzer (vgl. Sachverhalt A) trifft, in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Beschwerdegegnerin 1 und der von ihr zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe gegründeten Tochtergesellschaften gefällt. Sowohl der für die Stiftungsaufsicht im Allgemeinen massgebliche Art. 84 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) als auch die diesen konkretisierenden Regelungen im Bereich der Radio- und Fernsehgesetzgebung (vgl. Art. 78-81 RTVG, Art. 74 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401], Art. 15 f. der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007 [SR 784.401.11]) sind öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. zur Stiftungsaufsicht im Allgemeinen: BGE 119 Ib 46 E. 1a, BGE 100 Ib 137 E. 2a, BGE 96 I 406 E. 2; HANS MICHAEL RIEMER, in: Das Personenrecht, Die Stiftungen, Bern 1975, Art. 84 N. 37, 47 ff. und N. 121; HAROLD GRÜNINGER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 84 N. 1 f.). Damit dürfte die Verfügung als individuell konkreter Entscheid ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellen, zumal eine Ausnahme, was das Sachgebiet betrifft, nicht besteht (vgl. Art. 32 VGG).

1.4. Die Beschwerdegegnerinnen und die Vorinstanz sind der Auffassung, die Beschwerdeführerin sei nicht berechtigt, die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Mai 2013 anzufechten. Zur Begründung führen sie zusammengefasst im Wesentlichen aus, die angefochtene Verfügung wirke sich nicht unmittelbar auf die rechtliche und tatsächliche Stellung der Beschwerdeführerin aus. Deshalb sei sie laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zur Beschwerdeführung berechtigt. Dies müsse umso mehr gelten, als andernfalls sämtliche anderen in der Branche tätigen Medienunternehmen ebenfalls zur Beschwerde berechtigt wären und bei der Aufsicht über die Beschwerdegegnerin 1 jeweils zu begrüssen wären. Dieser Argumentation hält die Beschwerdeführerin entgegen, die Beschwerdeführerin habe gemäss Art. 78 Abs. 2 RTVG einen gesetzlichen

Anspruch auf die Belieferung mit zuverlässigen TV-Nutzungsdaten. Die angefochtene Verfügung betreffe und beeinflusse die Erhebung und die Qualität dieser Daten, indem die nach ihrer Rechtsauffassung mangelhafte Datenerhebung, die zu falschen und den Anforderungen des RTVG nicht genügenden Daten führe, legalisiere. Für die Beschwerdeführerin, die sich praktisch ausschliesslich über Werbeeinnahmen finanziere, stellten diese Daten den wichtigsten Massstab für die Wirtschaftlichkeit und die Qualität ihrer Programmes dar. Bei dieser Ausgangslage sei die Beschwerdeführerin von der angefochtenen Verfügung stärker als die Allgemeinheit betroffen. Im Übrigen sei zu beachten, dass sich die Position der Beschwerdeführerin mit jener eines Destinatärs vergleichen lasse. Dabei hätten die TV-Veranstalter zwar kein Anrecht auf finanzielle Leistungen, jedoch auf die Lieferung von nach wissenschaftlichen Kriterien erhobenen TV-Nutzungsdaten, welche die Beschwerdegegnerin 1 über ihre Tochtergesellschaft die Beschwerdegegnerin 2 erheben lasse. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre komme den tatsächlichen und potentiellen Destinatären in der Stiftungsaufsicht Beschwerdelegitimation zu.

1.4.1. Gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c) hat. Mit dem erstgenannten Erfordernis wird im Sinne einer formellen Beschwerde vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und dort mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist. Die Pflicht zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren entfällt, wenn jemand ohne eigenes Verschulden an der Teilnahme verhindert war, weil ihm die Durchführung des Verfahrens nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein konnte. Dasselbe gilt, wenn die Vorinstanz den Beschwerdeführenden zu Unrecht die Parteistellung versagt hat oder wenn erst der angefochtene Hoheitsakt Parteistellung begründet (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.61, ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 48 N. 8). Im Übrigen muss die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonders beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskom-

mentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: Praxiskommentar], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 10; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.64 ff.).

1.4.2. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Eröffnung des Aufsichtsverfahren nicht angezeigt und ihre keine Möglichkeit geboten, am vorinstanzlichen Verfahren teilzunehmen. Die Beschwerdeführerin behauptet, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, ihr im fraglichen Verfahren Parteistellung zuzubilligen und habe mit ihrem Vorgehen demnach ihre Parteirechte schwerwiegend verletzt (vgl. zur Frage der Nichtigkeit einer solchen Verfügung: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5926/2012 vom 9. April 2013 E. 2.2 f.). Würde die Beschwerdeführerin allein aufgrund einer solchen Parteibehauptung die Beschwerdelegitimation zuerkannt, so käme dies der Zulassung der Popularbeschwerde gleich. Solches erscheint daher nur statthaft, wenn sich der Parteistandpunkt der Beschwerdeführerin aufgrund einer summarischen Prüfung als zutreffend erweisen könnte (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_395/2012 vom 23. April 2013 E. 2.3 und 1C_346/2011 vom 1. Februar 2012 E. 2.4).

Die Beschwerdegegnerin 1 hat gemäss Art. 78 Abs. 1 RTVG die Aufgabe, Daten über die Radio- und Fernsehnutzung zu beschaffen und diese Daten den in der Schweiz tätigen Programmveranstaltern und der wissenschaftlichen Forschung zur Verfügung zu stellen. Dieser gesetzliche Auftrag hat seinen Niederschlag in dem in der Stiftungsurkunde umschriebenen Stiftungszweck gefunden (vgl. den Handelsregistereintrag der Beschwerdeführerin 1: abrufbar unter: <http://www.jgk.be.ch/de/index/direktion/organisation/hra.html> > Firmensuche im Kanton Bern, besucht am 27. Juni 2013). Dadurch wird unter anderem der Kreis der Destinatäre bestimmt, die von der Stiftung profitieren sollen und somit die eigentlichen Adressaten des Stiftungszweckes sind (vgl. GRÜNINGER, a.a.O., Art. 80 N. 12; RIEMER, a.a.O., Art. 80 N. 37). Tatsächliche und potentielle Destinatäre sind nach gefestigter Praxis und einhelliger Lehre zur Aufsichtsbeschwerde berechtigt (vgl. BGE 112 Ia 180, S. 190 f., BGE 110 II 436 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-383/2009 vom 29. September 2009 E. 3.1; RIEMER, a.a.O., Art. 84 N. 119; GRÜNINGER, a.a.O., Art. 84 N. 17, je m.w.H.). Die Beschwerdeführerin wäre folglich in ihrer Eigenschaft als Programmveranstalterin und Destinatärin berechtigt, bei der Vorinstanz eine Aufsichtsbeschwerde zu erheben. Diese Beschwerde wird im Gegensatz zur blossen aufsichtsrechtlichen Anzeige als eigentliches Rechtsmittel betrachtet, das dem Einzelnen einen Anspruch auf einen Entscheid einräumt (vgl. dazu eingehend BGE 107 II 385 E. 3, mit

zahlreichen Nachweisen; s. auch BGE 110 II 436 E. 2; BGE 108 II 497 ff.). Für den zur Beurteilung stehenden Fall lässt sich daraus nicht unmittelbar auf einen notwendigen Beizug der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren schliessen, da dieses, soweit ersichtlich, von Amtes wegen eingeleitet wurde. Jedoch hatte die Vorinstanz mutmasslich bereits bei Einleitung des Verfahrens, jedenfalls vor Erlass der angefochtenen Verfügung, Kenntnis von dem vor Obergericht Nidwalden laufenden zivilrechtlichen Verfahren wegen Verletzung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241). Bei dieser Ausgangslage erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin ins vorinstanzliche Verfahren hätte mit einbeziehen und ihr Parteistellung zubilligen müssen. Spätestens aber mit Erlass der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin als Destinatarin in ihren schützenswerten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen derart betroffen, dass ihr für das vorliegende Beschwerdeverfahren voraussichtlich die Beschwerdelegitimation zuzuerkennen ist.

Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin im laufenden zivilrechtlichen Verfahren wegen Verletzung des UWG vom Obergericht Nidwalden am 27. März 2013 ein superprovisorisch angeordnetes vorsorgliches Verbot gleichen Inhalts wie das streitgegenständliche erwirkt hatte und der Entscheid über den Erlass des am 11. Juni 2013 superprovisorisch wieder aufgehobenen Verbots im Rahmen einer provisorischen Massnahme noch ausstehend ist. Von der Rechtsprechung und Lehre wird anerkannt, dass Destinatäre neben dem Zivilrichter auch die Aufsichtsbehörde bzw. folgerichtig auch die Rechtsmittelbehörde anrufen können, um ihre Ansprüche durchzusetzen. Eine konkurrenzierende Zuständigkeit von Zivilrichter und Aufsichtsbehörde ist nicht ausgeschlossen (vgl. BGE 108 II 497 E. 6; RIEMER, a.a.O., N. 141 zu Art. 84 ZGB). Eine Parallelität von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren ist somit durchaus denkbar und muss vorliegend um so mehr zugelassen sein, nachdem die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen eine Untersuchung über die auch im zivilrechtlichen Verfahren zentrale Frage führte, ob die erhobenen TV-Nutzungsdaten die gesetzlichen Grundanforderungen erfüllen, und in der angefochtenen Verfügung vom 23. Mai 2013 zu einer positiven Feststellung gelangte.

1.5. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen unstrittig vorliegen (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG), ist es der Beschwerdeführerin gelungen glaubhaft zu machen, dass das Bundesverwaltungsgericht auf ihre Beschwerde eintreten und in der Hauptsache entscheiden wird.

2.

Der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kommt von Amtes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 VwVG). Aufschiebende Wirkung besagt, dass die in einer Verfügung angeordnete Rechtsfolge bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens gehemmt bleibt. Der beschwerdeführenden Partei wird dadurch insofern vorläufig Rechtsschutz gewährt, als der rechtliche und tatsächliche Zustand, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Hauptsache aufrechterhalten bleibt (vgl. Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-2662/2013 vom 24. Juni 2013 E. 2.1, ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.19). Für die angefochtene Verfügung bedeutet dies, dass die Beschwerdegegnerin 2 die an sie gerichteten Weisungen vorläufig nicht umsetzen muss (vgl. Dispo-Ziff. 2; im Einzelnen: Sachverhalt D.). Im Übrigen wird zwar die in Dispo-Ziff. 1 enthaltene Feststellung gehemmt (vgl. Sachverhalt D.), ohne jedoch die Rechtslage in materieller Hinsicht zu beeinflussen, so dass die diesbezügliche Rechtslage durch die Beibehaltung bzw. den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht geändert wird (vgl. zum Ganzen: ISABELLE HÄNER, Praxiskommentar, Art. 25 N. 7; DIESELBE, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, in: ZSR 1997 S. 271, BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG-Kommentar], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N. 5, HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar, Art. 55 N. 29, XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 69 f.).

3.

Insofern ist es folgerichtig, dass die Beschwerdeführerin beantragt, den Beschwerdegegnerinnen in Form einer vorsorglicher Massnahmen unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die ab 1. Januar 2013 mit dem Messsystem der Firma Kantar Media erhobenen Fernsehnutzungsdaten, insbesondere die Einschaltquoten und Marktanteile der Fernsehsender, zu veröffentlichen und/oder über Dritte veröffentlichen zu lassen. Davon ausgenommen ist die Lieferung von Fernsehnutzungsdaten an Fernsehprogrammveranstalter und ihre Vermarktungsagenturen, die seit 1. Januar 2013 bereits Fernsehnutzungsdaten unter Geheimhaltungspflicht erhalten haben, solange die Beschwerdegegnerinnen die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht durchsetzen können.

3.1. Zur Begründung dieses Begehrens bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, auf dem Zivilweg ein superprovisorisches Verbot der Datenpublikation erreicht zu haben. Mit der angefochtenen Verfügung habe sich die Vorinstanz in dieses Verfahren eingemischt und die Aufhebung des fraglichen Publikationsverbots erwirkt. Mit der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz die Zuständigkeit zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts an sich gezogen. In ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde wäre es ihr durchaus möglich gewesen, die Publikation der Daten solange zu verbieten, bis deren Qualität sichergestellt sei. Sehe das Bundesverwaltungsgericht von der beantragten Anordnung ab, so drohe ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Würden die Kantar Messdaten publiziert, so würde sie durch den damit ausgewiesenen, um (...) tieferen Marktanteil einen beträchtlichen Reputationsschaden erleiden, der durch den Erlass eines Urteils zu ihren Gunsten nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Die Publikation der Kantar-Daten hätte ausserdem zur Folge, dass die Werbekunden nach Massgabe dieser Daten TV-Werbung schalten würden. Da diese Daten zu tief seien, würde dies bei ihr zu einem Schaden in Form von entgangenen Werbeeinnahmen in der Höhe von jährlich (...) Franken führen. Die gerichtliche Durchsetzung des daraus resultierenden Schadenersatzanspruches wäre mit unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten verbunden. Schliesslich erweise sich die beantragte vorsorgliche Massnahme als verhältnismässig. Diesbezüglich sei zu beachten, dass die öffentlichen Interessen und die Interessen der Beschwerdeführerin gleichlaufend seien. So könne niemand an fehlerhaften TV-Nutzungsdaten ein berechtigtes Interesse haben. Dies gelte gleichermassen für TV-Nutzungsdaten, deren Korrektheit nicht feststehe. Im Übrigen habe sich gezeigt, dass die Marktteilnehmer durch das bis zum 11. Juni 2013 andauernde Publikationsverbot nicht geschädigt worden seien. Eine weitere Einschränkung des begehrten Publikationsverbots sei nicht möglich. Insbesondere könne das Publikationsverbot nicht auf einzelne Daten aus dem Kantar-Messsystem beschränkt werden, da die einzelnen TV-Nutzungsdaten miteinander zusammenhängen würden, sodass von den veröffentlichten Daten wiederum auf die nichtveröffentlichten geschlossen werden könne. Durch eine solche Einschränkung würde das Publikationsverbot demnach seinen Zweck verfehlen.

3.2. Dieser Argumentation halten die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 im Wesentlichen entgegen, das Bundesverwaltungsgericht könne keine vorsorgliche Massnahme anordnen, die nie bei der Vorinstanz oder beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) beantragt worden sei und nicht

Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilde. Mit einem solchen Antrag sprengte die Beschwerdeführerin den Verfahrens- und Anfechtungsgegenstand. Im Übrigen sei zu beachten, dass die mit dem neuen System ermittelten Fernsehnutzungsdaten spätestens seit dem 20. Juni 2013 publiziert und einem weiten Kreis zugänglich gemacht worden seien. Insbesondere verfügten alle Vermarkter und die meisten Werbeagenturen in der Schweiz bereits über sämtliche Daten. Das beantragte Verbot sei daher nicht geeignet, angebliche, durch die Publikation eintretende Mängel zu verhindern. Schliesslich sei ein Verbot höchst unverhältnismässig. Ein einzelner unzufriedener Marktteilnehmer dürfe nicht in der Lage sein, den gesamten Werbemarkt lahmzulegen. Ausserdem verursache das Verbot den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 immense Schäden, welche durch die angeblichen Nachteile der Beschwerdeführerin nicht aufgewogen würden. Schliesslich würde die Einschränkung auf ein Verbot der Veröffentlichung der Fernsehnutzungsdaten der Beschwerdeführerin dasselbe Ziel erreichen, wäre verhältnismässiger und offensichtlich die mildere Massnahme.

3.3. Die Beschwerdegegnerin 3 schliesst sich den Ausführungen der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 an. Ihr drohe ein Einnahmeausfall, weil sie ihren Vertragspartnern zwar Daten liefern könne, diese aber die Daten nicht zweckmässig nutzen dürften. Die Fernsehsender und die Vermarktungsagenturen seien darauf angewiesen, dass sie ihre Werbezeiten unter Verweis auf die TV-Nutzungsdaten gegenüber Werbeagenturen und Werbeauftraggeber vermarkten dürfen. Wenn sie die Daten nicht so verwenden dürften, könnten die TV-Sender die TV-Nutzung nicht ausweisen und den Wert der Sendezeit nicht optimieren. Die TV-Sender würden diese Verluste nicht selbstlos selber tragen, sondern gegenüber ihr Schadenersatzansprüche geltend machen, weil sie die Daten nicht vertragskonform zur zweckmässigen Nutzung zur Verfügung stellen könne.

3.4. Die Vorinstanz bestreitet das Vorliegen eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils. Aufgrund der Tatsache, dass die Nutzungsdaten in der Zwischenzeit publiziert worden seien, sei ein allfälliger Schaden bereits entstanden. Das Einzelinteresse der Beschwerdeführerin dürfe nicht überwiegen. Die Mehrheit der Branche fordere eine Publikation der Daten und die Branche weise bereits heute auf erhebliche Einnahmeausfälle hin. Die jährlichen Netto-Werbeumsätze des Fernsehens in der Schweiz entsprächen insgesamt beinahe 700 Mio. Franken. Eine Abwägung der Interessen führe klar zu einer Stützung der anderen Marktteilnehmer. Ebenfalls sei die Dringlichkeit auch mit Blick auf die zukünftige

Bekanntgabe der aktualisierten Daten fraglich. Dass die im Jahr 2013 erhobenen Daten von den vorangehenden abweichen, und unter anderem die Beschwerdeführerin schlechter abschneide, sei seit einiger Zeit allgemein bekannt. Mehrheitlich sei die Branche an einer Publikation interessiert. Bei einem anhaltenden Publikationsverbot müsse die ganze Schweizer Fernsehwerbebranche erneut über längere Zeit ohne aktuelle Daten operieren. Die Massnahme sei auch deshalb ungeeignet, weil die Daten der übrigen Marktteilnehmer publiziert werden könnten, ohne dass daraus direkte Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin möglich sei. Schliesslich liege die superprovisorische Massnahme auch ausserhalb des Verfügungsgegenstands.

4.

4.1. Gemäss Art. 56 i.V.m. Art. 39 VwVG kann der Instruktionsrichter nach Einreichung der Beschwerde von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen (als die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) ergreifen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten. Nach dem Gesetzeswortlaut fallen im Beschwerdeverfahren demnach nur sichernde Massnahmen in Betracht. Praxis und Lehre gehen jedoch davon aus, dass gestützt auf Art. 56 VwVG ebenfalls rechtsgestaltende Vorkehren in Form sogenannter Gestaltungs- oder Regelungsmassnahmen getroffen werden können. Der Kreis der zulässigen vorsorglichen Massnahmen ergibt sich dabei aus der Zielsetzung des vorläufigen Rechtsschutzes, die antragstellende Partei vor Nachteilen zu schützen, die einzutreten drohen, bevor das Gericht – nach einem möglicherweise langen Prozess – mit dem Hauptsachenentscheid "endgültigen" Rechtsschutz gewähren kann. Dabei kann die vorsorgliche Massnahme weniger weit reichen als der Hauptantrag und, soweit der Zusammenhang zum Streitgegenstand gewahrt bleibt, selbst ein Aliud beinhalten (vgl. HÄNER, a.a.O., S. 309; REGINA KIENER, VwVG-Kommentar, Art. 56 N. 8; THOMAS SPRECHER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Vorbem. Art. 261-269 N. 2).

4.2. Aufgrund ihrer Akzessorietät zur Hauptsache können vorsorgliche Massnahmen indes grundsätzlich nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstandes liegen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 1A.6/2002 vom 15. Februar 2002 E. 4; BAUMBERGER, a.a.O., S. 27). Die Abgrenzung ist deshalb bedeutsam, weil der Streitgegenstand gleichzeitig die sachliche

und funktionelle Zuständigkeit der Beschwerdebehörde bestimmt. Es gilt insoweit das Prinzip, dass die vorsorgliche Massnahme nicht dazu führen darf, dass mehr erreicht wird, als mit dem Hauptprozess verlangt werden kann. Dieser Grundsatz darf allerdings nicht verabsolutiert werden. Nach HÄNER dürfen und müssen über den Streitgegenstand hinausgehende vorsorgliche Massnahmen ergriffen werden, wenn das Ergebnis des Verfahrens ansonsten gefährdet oder der Streit ganz oder teilweise gegenstandslos zu werden droht (HÄNER, a.a.O., S. 346). Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre verlangen jeweils eine besondere Rechtfertigung, wenn mittels vorsorglicher Massnahmen über den Streitgegenstand hinausgegangen und auf das im Streit liegende Rechtsverhältnis gestaltend eingewirkt wird (vgl. BGE 117 V 185 E. 1.d; Urteile des Bundesgerichts 2C_309/2008 vom 13. August 2008 E. 5.3.2, 1A.6/2002 vom 15. Februar 2002 E. 4; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2008 etc. vom 18. März 2008 E. 4; SEILER, Praxiskommentar, Art. 55 N. 29, BAUMBERGER, a.a.O., S. 16 f.).

4.3. Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung – wie dargelegt – in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde gefasst. Die Stiftungsaufsicht ist grundsätzlich umfassend und erstreckt sich auf die gesamte Stiftungstätigkeit. Die Aufsichtsbehörde hat sich bei der Ausübung dieser Tätigkeit an den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, namentlich am Verhältnismässigkeitsprinzip und am Grundsatz der Subsidiarität zu orientieren (GRÜNINGER, a.a.O., Art. 84 N. 10, RIEMER, a.a.O., Art. 84 N. 37). Sie kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach pflichtgemäsem Ermessen der erforderlichen Aufsichtsmittel bedienen (GRÜNINGER, a.a.O., Art. 84 N. 12 f.). Insofern hat die Vorinstanz bei der von Amtes wegen eingeleiteten und vorgenommenen Überprüfung der Rechtmässigkeit des von den Beschwerdegegnerinnen entwickelten und seit dem 1. Januar 2013 verwendeten neuen Messsystems sämtliche sich stellende Fragen geprüft und auf der Grundlage der Ergebnisse ihrer Untersuchung einerseits festgestellt, die Beschwerdegegnerinnen hätten bei der Einführung des Messsystems der Firma Kantar Media die Vorgaben des RTVG eingehalten und die mit Hilfe des neuen Systems erhobenen Daten würden die gesetzlichen Grundanforderungen erfüllen (Dispo-Ziff. 1), und andererseits die Beschwerdegegnerin 1 verpflichtet, in Zusammenarbeit mit den betroffenen Akteuren einen Massnahmeplan zur Optimierung des eingeführten Systems auszuarbeiten sowie umzusetzen und die Vorinstanz regelmässig, jeweils auf Monatsende, schriftlich über den Stand der Umsetzung zu informieren (Dispo-Ziff. 2). Zur Publikation wird in den Erwägungen ausgeführt, "...Die Mediapulse sollte mit dem neuen System in

der Lage sein, ihren gesetzlichen Auftrag auszuführen. Aus Sicht der Vorinstanz sollten die mit dem neuen System erhobenen Daten deshalb weitergegeben, publiziert und dem Markt zur Verfügung gestellt werden können" (Rz. 54). Diese Aussage hat als blosser Empfehlung keinen Eingang ins Dispositiv gefunden, weshalb sie nicht angefochten werden kann und damit nicht zum Streitgegenstand wird (BGE 131 II 591 E. 4.2.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.10). Konsequenterweise beantragt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift lediglich, die getroffenen Anordnungen aufzuheben, die positive Feststellung in eine negative zu verkehren und die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 zu verpflichten, einen ihren Vorstellungen entsprechenden Massnahmeplan auszuarbeiten (Rechtsbegehren Ziff. 2a-I). Damit hat die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Mai 2013 zwar insgesamt angefochten, doch liegt das mittels vorsorglicher Massnahme begehrte Publikationsverbot gleichwohl ausserhalb des Streitgegenstandes. Nach dem vorangehend Ausgeführten erweist sich dessen Anordnung nur bei Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung als zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_309/2008 vom 13. August 2008 E. 5.3.2).

4.4. Sieht das Bundesverwaltungsgericht von der Anordnung des begehrten Publikationsverbots ab, so wird die Beschwerdegegnerin 3 die mittels des neuen Messsystems bereits erhobenen und die während des Beschwerdeverfahrens fortlaufend ermittelten TV-Nutzungsdaten publizieren. Hierdurch wird weder das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens bedeutungslos noch das Beschwerdeverfahren gegenstandslos, da nicht nur der subjektive Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erhalt korrekter und zuverlässiger Daten über die Radio- und Fernsehnutzung in der Schweiz, sondern die Gesetzmässigkeit des Systems als solches und der gegebenenfalls zu treffenden Aufsichtsmaßnahmen zur Diskussion steht. Jedoch ist nicht zu verkennen, dass der Beschwerdeführerin durch die Publikation falscher TV-Nutzungsdaten ein schwerer, nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Einerseits droht die Publikation den ihr zustehenden Anspruch auf Lieferung korrekter TV-Nutzungsdaten zu vereiteln, da dieser so, wie er lautet, nicht oder nicht mehr gehörig vollstreckt werden könnte. Andererseits droht ihr ein erheblicher Reputationsschaden, wenn der durch die strittigen Messdaten tiefer ausfallende Marktanteil fortlaufend publiziert würde, der durch den Erlass eines zu ihren Gunsten ausfallenden Urteils nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Schliesslich erlitt sie in Form entgangener Werbeeinnahmen einen erheblichen Schaden.

4.5. Die Stiftungsaufsicht hat unter anderem darüber zu wachen, dass sich die Organe einer Stiftung an das Gesetz, die Stiftungsurkunde, allfällige Reglemente und die guten Sitten halten. Zur Erfüllung dieser Aufgaben steht der Aufsichtsbehörde eine Anzahl präventiver und repressiver Aufsichtsmittel zur Verfügung (Urteil des Bundesgerichts 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1). Die Vorinstanz hätte demnach im Rahmen ihrer Stiftungsaufsicht auch die Kompetenz, ein Publikationsverbot zu verfügen. Die Vorinstanz opponiert jedoch der beantragten vorsorglichen Massnahme. Unter diesen Umständen erscheint es ausnahmsweise statthaft, mit dem begehrten Publikationsverbot eine über den Streitgegenstand hinausgehende vorsorgliche Massnahmen zu treffen, da ein effektiver, einstweiliger Rechtsschutz nur mit einer solchen Massnahme erreicht werden kann (BGE 121 V 112, S. 116, implizit auch BGE 117 V 185). Dies freilich nur, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erfüllt sind.

5.

5.1. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. die fraglichen Vorgehen müssen sofort getroffen werden, um einen der gesuchstellenden Partei drohenden Nachteil abzuwenden. Weiter muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen mit einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil verbunden sein (BGE 130 II 155 E. 2.2, BGE 129 II 286 E. 3.1; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-3766/2012 vom 22. August 2012 E. 3.2). Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für die vorsorgliche Massnahme gibt und sich diese als verhältnismässig erweist (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-7862/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 3). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen; das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; falls nicht, drängt sich Zurückhaltung auf (Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts A-2559/2013 vom 14. Juni 2013 E. 2.1, B-546/2008 vom 18. März 2008 E. 4.2).

5.2. Die hier strittige Angelegenheit bezieht sich auf ein stiftungsrechtliches Aufsichtsverfahren (vgl. Art. 84 Abs. 2 ZGB und Art. 78-81 RTVG, Art. 74 RTVV, Art. 15 f. der Verordnung des UVEK über Radio und Fern-

sehen vom 5. Oktober 2007. Was die Aussichten auf dessen Ausgang anbelangt, liegen die Verhältnisse angesichts der Schwierigkeit der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen nicht derart eindeutig, dass ihnen bereits im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Rechnung getragen werden könnte.

5.3. Dass ein Anordnungsgrund in Form eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils vorliegt, wurde bereits festgestellt. Damit bleibt nur mehr zu prüfen, ob die Massnahme verhältnismässig ist. Verhältnismässig ist eine vorsorgliche Massnahme, wenn sie zur Beseitigung des Nachteils nicht bloss geeignet, sondern vor allem in sachlicher Hinsicht erforderlich ist, d.h. wenn das Erforderliche nicht mit milderer (vorsorglichen) Massnahmen erreicht werden kann. Die Interessen an der Anordnung der vorsorglichen Massnahme müssen zudem die gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen überwiegen (vgl. BGE 122 II 364; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-2559/2013 vom 14. Juni 2013 E. 3.2.2).

5.4. Was die Interessenabwägung betrifft, so stehen sich vorliegend zunächst die Interessen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerinnen gegenüber.

5.4.1. Die Beschwerdeführerin macht als Folge ihres um (...) tieferen Marktanteils einen Reputationsschaden und einen jährlichen Werbeeinbustrverlust von (...) Franken geltend. Den Schaden könne sie wegen Beweisschwierigkeiten kaum gerichtlich durchsetzen. Die Beschwerdegegnerinnen ihrerseits beklagen auch einen Reputationsverlust und einen Liquiditätsengpass, weil sich ihre Vertragskunden aufgrund des Publikationsverbots weigern würden, die Rechnungen der Beschwerdegegnerin 3 zu bezahlen. Zudem befürchten sie Schadenersatzansprüche von Vertragskunden, deren Anspruch auf Belieferung mit TV-Nutzungsdaten verletzt werde.

Über den rein finanziellen Aspekt hinaus stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass die Beschwerdegegnerinnen durch die fehlerhaften Messungen die Wirtschafts- und Medienfreiheit verletzen. Insbesondere verletzen sie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sowie den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns. Da die Vorinstanz ihre Aufsichtsfunktion nicht wahrgenommen habe, verletze auch diese ihre Grundrechte. Zur Abklärung der Interessenlage ist daher zunächst zu untersuchen, in welchem Rechts-

verhältnis die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerinnen zueinander stehen.

5.4.2. Werden einzelne Konkurrenten vom Staat begünstigt oder benachteiligt, kann die Wirtschaftsfreiheit verletzt sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) – über den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV) hinaus – ein besonderer Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung durch den Staat. Der tragende Gedanke dieses besonderen Anspruchs liegt darin, dass das Gemeinwesen sich gegenüber den am freien Markt direkt konkurrierenden neutral zu verhalten hat (Wettbewerbsneutralität). Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHÄFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S. 1056). Den Beschwerdegegnerinnen kann eine allfällige Grundrechtsverletzung jedoch nur entgegengehalten werden, wenn sie, wie Art. 35 Abs. 2 BV festhält, staatliche Aufgaben wahrnehmen.

Die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen sowie über andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist Sache des Bundes. Radio und Fernsehen tragen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck (Art. 93 Abs. 1 und 2 BV). Es ist das RTVG, das die Veranstaltung, die Aufbereitung, die Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen regelt (Art. 1 Abs. 1 RTVG). Gemäss Art. 78 RTVG sorgt die am 24. April 2007 hierfür gegründete Beschwerdegegnerin 1 für die Erhebung wissenschaftlicher Daten zur Radio- und Fernsehnutzung in der Schweiz. Stiftungsrechtliche Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 78 Abs. 1 RTVG in Verbindung mit Art. 84 Abs. 1 ZGB die Vorinstanz. Die Aufgaben der Stiftung und ihre Finanzierung sind vom Gesetzgeber vorgegeben. Sie veröffentlicht mindestens einmal jährlich die wichtigsten Ergebnisse ihrer Erhebungen und stellt die grundlegenden Nutzungsdaten Dritten zu kostendeckenden Preisen zur Verfügung. Der universitären Forschung und dem Bundesamt werden die Daten unentgeltlich überlassen (Art. 79 Abs. 1 und 2 RTVG). Die Stiftung regelt ihre Organisation und ihre Tätigkeiten in einem Reglement, das von der Aufsichtsbehörde zu ge-

nehmigen ist (Art. 80 Abs. 1 RTVG). Ihre Organisation ist insoweit bereits gesetzlich geregelt, als die Zusammensetzung des Stiftungsrates und die Verwaltungsräte allfälliger Tochtergesellschaften weitgehend vorgeschrieben ist (Art. 80 Abs. 2 RTVG). Investitionen der Stiftung für die Entwicklung und Beschaffung von Erhebungsmethoden und –systemen werden mit einem Beitrag aus dem Ertrag der Empfangsgebühren finanziert (Art. 81 Abs. 1 RTVG). Die Beschwerdegegnerinnen haben somit einen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen und die Verfahrensparteien gehend übereinstimmend davon aus, dass deren Pflicht zur Lieferung hinreichender TV-Nutzungsdaten öffentlich-rechtlicher Natur ist. Bei summarischer Beurteilung scheint diese Auffassung zutreffend.

Es ist unbestritten, dass Art. 35 Abs. 2 BV auch für die dezentrale oder verselbständigte staatliche Verwaltung durch öffentliche-rechtliche Körperschaften, öffentlich-rechtliche (selbständige oder unselbständige) Anstalten einschliesslich Stiftungen sowie für die dem Staat zurechenbaren Privatrechtssubjekte gilt. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn diese Grundrechtsrechtsverpflichteten in den Formen des Privatrechts handeln (BGE 138 I 289 E. 2.3 und 2.8.1; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 35 Rz. 25). Es ist daher gestützt auf eine summarische Prüfung davon auszugehen, dass nicht nur die Vorinstanz, sondern auch die Beschwerdegegnerinnen an die Grundrechte gebunden sind.

5.4.3. Bei der Abwägung der gegenläufigen Interessen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerinnen ist demnach zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin nebst ihren finanziellen Interessen und dem Interesse an der Vermeidung eines Reputationsverlusts auch grundrechtlich geschützte Interessen verfolgt. Die Interessenabwägung darf daher nicht auf die Gegenüberstellung der finanziellen Interessen sowie der Reputationsinteressen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerinnen reduziert werden. Diesem Umstand kommt grundlegende Bedeutung zu, ist doch den von der Beschwerdeführerin verfolgten grundrechtlich geschützten Interessen ein hoher Stellenwert einzuräumen. Es hat zur Folge, dass die Interessenabwägung, ginge es alleine um die Gegenüberstellung dieser gegenläufigen Interessen der Verfahrensparteien, wahrscheinlich zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausfiele.

5.5. Bei der Interessenabwägung sind indes auch die Interessen Dritter zu berücksichtigen.

5.5.1. Gemäss der Stiftung Werbestatistik Schweiz 2013 betragen die jährlichen Netto-Werbeumsätze des Fernsehens in der Schweiz insgesamt beinahe 700 Mio. Franken. In diesem grossen Werbemarkt kommt den TV-Nutzungsdaten grundlegende Bedeutung zu. Sie haben nach den Worten der Beschwerdeführerin Währungscharakter. Sie seien der Massstab für die Allokation des Werbevolumens auf die verschiedenen Fernsehsender. Die Einschaltquoten seien die Masseinheit, an welche sich Werbeverträge regelmässig hielten. In vielen Werbeverträgen werde nach der Einheit TKP abgerechnet (Tausend-Kontakt-Preis). Dies könne zum Beispiel zur Folge haben, dass im Falle eines Werbespots mit zu wenigen "Kontakten", d.h. zu tiefen Einschaltquoten, der Sender erneut einen Werbespot schalten müsse, um seinen Vertrag gegenüber dem Werbekunden einzuhalten.

5.5.2. Die superprovisorisch angeordnete Massnahme erlaubt es den Beschwerdegegnerinnen, die fraglichen Daten Programmveranstaltern und Vermarktungsagenturen zur Verfügung zu stellen, solange sie die Einhaltung der Geheimhaltungspflichten durchsetzen können. Die direkt betroffenen Nutzer können somit weiterhin mit den Daten beliefert werden, was ihnen ermöglicht, die Werbung wirksam zu platzieren. Unter Geheimhaltungspflicht stehend können sie aber ihren Auftraggebern keine Rechenschaft ablegen. Solange den Werbekunden und Werbeagenturen keine neuen Nutzungsdaten zur Verfügung stehen, beruht überdies die Vergabe der periodisch neu ausgehandelten Werbeaufträge auf veralteten Daten. Dies hat zur Folge, dass diejenigen Fernsehsender, deren Nutzungsdaten sich seit Einführung des neuen Systems erhöht haben, diese nicht werbewirksam umsetzen können. Weil sie keine Steigerung der Werbeeinnahmen erzielen können, erleiden sie dadurch einen finanziellen Schaden.

Zu berücksichtigen ist sodann, dass der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin 1 und die Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 aus gleich vielen Vertreterinnen und Vertretern der SRG wie der übrigen schweizerischen Veranstalter bestehen. Daneben werden andere Personen in den Stiftungsrat beziehungsweise in die Verwaltungsräte gewählt (Art. 80 Abs. 2 RTVG). Aktuell sind zu gleichen Teilen Delegierte der SRG SSR, der Privatradios und -fernsehen sowie der Werbebranche vertreten. Diese paritätische Zusammensetzung der wichtigsten Gremien von Mediapulse entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der die Datenerhebung bei Radio und Fernsehen von einer branchenweit abgestützten Stiftung wahrgenommen sehen wollte. Die Kunden der Beschwerdegegnerinnen

sind demnach in die Entscheidungsprozesse eingebunden und die in die Entscheidungsgremien der Beschwerdegegnerinnen delegierten Branchenvertreter wollten - zumindest in ihrer Mehrheit - nach einem anfänglichen freiwilligen Datenstopp und einer ersten Nachbesserung des Messsystems die Nutzungsdaten nicht mehr unter Verschluss halten. Dies ist kein Beweis für die Richtigkeit der Daten, zeigt aber das Bedürfnis der Branche oder die Notwendigkeit, trotz teilweiser bestehender Skepsis, die Nutzungsdaten dem Markt endlich zugänglich zu machen.

5.6. Das Publikationsverbot beeinträchtigt somit mit dem in den verschiedenen betroffenen Branchen bestehenden Interesse an der Verfügbarkeit der fraglichen Daten, den finanziellen Interessen anderer Programmveranstalter und Vermarktungsagenturen sowie dem Interesse der Betroffenen an einem funktionierenden und berechenbaren Fernsehwerbemarkt Drittinteressen, denen in ihrer Gesamtheit ein erhebliches Gewicht zukommt. Diesen Interessen sowie den Interessen der Beschwerdegegnerinnen, denen indes nur eingeschränkt Bedeutung zukommt, stehen mit den Interessen der Beschwerdeführerin einzig die Interessen einer einzelnen Marktteilnehmerin gegenüber. Obschon die Interessen der Beschwerdeführerin wie dargelegt, nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erscheinen sie angesichts der ihnen in der Gesamtheit gegenüberstehenden Interessen – insbesondere auch mit Blick auf die mögliche Dauer des Beschwerdeverfahrens und damit des beantragten Publikationsverbots – als weniger gewichtig. Sie vermögen daher den verlangten vorsorglichen Rechtsschutz nicht zu rechtfertigen.

5.7. Das von der Beschwerdeführerin angerufene öffentliche Interesse an der Richtigkeit der Daten vermag diese Interessengewichtung nicht zu beeinflussen. Es handelt sich dabei um die strittige Hauptfrage, zu welcher im jetzigen Verfahrensstadium noch keine Entscheidungsprognose gestellt werden kann. Ein damit begründetes öffentliches Interesse kann daher nicht entscheidend ins Gewicht fallen (vgl. BGE 127 II 132 E. 4.e). Das beantragte einstweilige Publikationsverbot erweist sich demnach als unverhältnismässig. Das Gesuch um Anordnung dieses Verbots ist abzuweisen und das superprovisorisch angeordnete Verbot aufzuheben.

5.8. Die Beschwerdegegnerinnen stellten den Eventualantrag, das Publikationsverbot auf Daten der Beschwerdeführerin einzuengen. Diese erhob bereits vorgängig in ihrer Beschwerdegründung den Einwand, dass eine solche Anordnung untauglich sei und ihr keinen Rechtsschutz bieten

würde. Daher ist nicht weiter zu prüfen, ob im Sinne der Verhältnismäßigkeit ein eingeschränktes Publikationsverbot anzuordnen ist.

5.9. Bei diesem Ausgang können die Verfahrensanträge der Beschwerdegegnerinnen um Anordnung einer Sicherheitsleistung als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden.

6.

Die Vorinstanz beantragt die Abweisung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerin mit der Begründung, dass dieser keine Parteistellung zukomme. Nach vorstehender summarischer Beurteilung ist jedoch festzustellen, dass der Beschwerdeführerin die Beschwerdelegitimation zuzuerkennen ist. Da indessen von der Akteneinsicht auch Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerinnen 1 bis 3 betroffen sein könnten, ist diesen Gelegenheit zu geben, allfällige von Geschäftsgeheimnissen betroffene Aktenstücke aus dem vorinstanzlichen Verfahren zu bezeichnen und zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht Stellung zu nehmen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (Publikationsverbot) wird abgewiesen.

2.

Die mit Verfügung vom 19. Juni 2013 superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme (Publikationsverbot) wird ersatzlos aufgehoben.

3.

Die Gesuche der Beschwerdegegnerinnen um Anordnung einer Sicherheitsleistung werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

4.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung und eine allfällige Parteientschädigung wird mit der Hauptsache entschieden.

5.

Die Vorinstanz wird ersucht, bis zum 19. August 2013 eine Vernehmlassung in der Hauptsache in 3 Exemplaren unter Beilage der gesamten Akten (nummeriert und in einem Aktenverzeichnis aufgenommen) einzureichen.

6.

Die Beschwerdegegnerinnen erhalten Gelegenheit, innert Frist bis 19. August 2013 eine Beschwerdeantwort zur Hauptsache, soweit sie nicht bereits mit ihren Stellungnahmen vom 10. Juli 2013 wahrgenommen wurde, und eine Stellungnahme zum Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin einzureichen.

7.

Die Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Juli 2013, die Eingabe der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 5. Juli 2013 und die Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen vom 10. Juli 2013 gehen wechselseitig an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

8.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Juli 2013, Eingabe der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 5. Juli 2013, Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen vom 10. Juli 2013)
- die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen: Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Juli 2013, Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 3 vom 10. Juli 2013)
- Die Beschwerdegegnerin 3 (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen: Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Juli 2013, Eingabe der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 5. Juli 2013, Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 10. Juli 2013)
- die Vorinstanz (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen: Eingabe der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 5. Juli 2013, Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen vom 10. Juli 2013)

Der Instruktionsrichter:

Die Gerichtsschreiberin

Maurizio Greppi

Christa Baumann

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Der Fristenstillstand während der Gerichtsferien gilt nicht (Art. 46 Abs. 2 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: