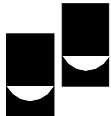


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-897/2010
{T 1/2}

Urteil vom 23. August 2010

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz), Richter Markus Metz,
Richterin Marianne Ryter Sauvant,
Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

Parteien

Günter **Heuberger**, Tele Sántis AG (in Gründung), Post-
fach 2299, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführer,

gegen

TVO AG, Bionstrasse 4, 9001 St. Gallen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jascha Schneider-
Marfels, Gerbergasse 48, Postfach, 4001 Basel,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Fernsehkonzession (Zwischenentscheid).

Sachverhalt:**A.**

Am 4. September 2007 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen in der Schweiz aus. Im Dezember 2007 bewarben sich die Tele Sántis AG (in Gründung) und die TVO AG um die Fernsehkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 11 (Region Ostschweiz), welches die Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden sowie die Bezirke Arbon und Bischofszell (Kanton Thurgau) umfasst.

B.

Nach Durchführung einer öffentlichen Anhörung bewertete das BAKOM die Bewerbungen, wobei es in einem ersten Schritt prüfte, ob die Bewerber die Qualifikationskriterien (bzw. Konzessionsvoraussetzungen) erfüllten, ihnen mithin überhaupt eine Konzession erteilt werden könne. In einem zweiten Schritt beurteilte es, welcher der Bewerber besser in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Dazu bewertete es die Bewerbungen anhand von vorgängig definierten Selektionskriterien, nämlich der Strukturen der Bewerber (Qualitätssicherung, Arbeitsbedingungen, Ausbildung und Anzahl der Programmschaffenden, sog. Inputkriterien), der journalistischen Leistungen (Art, Umfang und Vielfalt der Informationsangebote, sog. Outputkriterien) sowie des technischen, zeitlichen und finanziellen Konzepts zur Verbreitung des Programms.

Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) der TVO AG mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 11. Die Bewerbung der Tele Sántis AG (in Gründung) wies es ab.

C.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2008 erhob Günter Heuberger (Tele Sántis AG [in Gründung]) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 31. Oktober 2008 sowie die Erteilung der Konzession an sich.

Am 3. Februar 2009 wies die Instruktionsrichterin mit Zwischenverfügung die Anträge der TVO AG auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bzw. der Deponierung der Gebührengelder auf einem Sperrkonto während der Dauer des Verfahrens ab.

D.

Mit Urteil vom 10. Dezember 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Günter Heuberger aufgrund mangelhafter Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gut. Die Verfügung des UVEK wurde aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung zurückgewiesen. In den Erwägungen wurde zudem festgehalten, dass das UVEK die Notwendigkeit einer Übergangsregelung bis zur Rechtskraft des neu zu fällenden Entscheides zu prüfen habe (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 12.11).

E.

Daraufhin gelangten mit Eingaben vom 22. Dezember 2009 resp. 8. Januar 2010 sowohl die TVO AG als auch die Tele Sántis AG (in Gründung) an das UVEK und ersuchten um Erteilung einer Übergangskonzession.

F.

Das UVEK hiess mit Zwischenverfügung vom 29. Januar 2010 das Gesuch der TVO AG gut und erteilte dieser eine provisorische Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 11. Das Gesuch der Tele Sántis AG (in Gründung) wies es dagegen ab. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Zwischenverfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

G.

Gegen diese Zwischenverfügung hat Günter Heuberger (Tele Sántis AG [in Gründung], nachfolgend: Beschwerdeführer) am 12. Februar 2010 (Postversand 13. Februar 2010) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung und der an die TVO AG erteilten provisorischen Konzession. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt er die sofortige Wiederherstellung der mit der Zwischenverfügung entzogenen aufschiebenden Wirkung sowie den Beizug der Akten aus dem Verfahren A-7762/2008.

Zur Begründung führt er einerseits formelle Fehler des UVEK an. So habe dieses seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den Entscheid ungenügend begründet. Andererseits seien provisorische Konzessionen weder im Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) noch in den anwendbaren Prozessgesetzen vorgesehen und die Voraussetzungen für eine im Ausnahmefall mögliche vorsorgliche Massnahme vor Erlass der erstinstanzlichen Verfügung nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer verweist dabei insbesondere auf ein Gutachten von Prof. Dr. Felix Uhlmann vom 18. Januar 2010 betreffend verfahrensrechtliche Anordnungen des UVEK nach dem Urteil A-7762/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2009 (nachfolgend: Gutachten). Er ist der Auffassung, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für die Erteilung einer Übergangskonzession fehle. Zudem habe das UVEK in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der Nichtgefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-7762/2008 nicht zur Kenntnis genommen. Gerügt wird ausserdem, dass die TVO AG die Anforderungen an den Programminhalt ihrer Sendungen nach Erlass dieses Urteils verletzt habe und sich gegen den vom BAKOM vorgesehenen Verfahrensablauf stelle. Für das Hauptverfahren liege insgesamt keine günstige Prognose vor. Selbst wenn, wie das UVEK ausführe, eine offene Erfolgsprognose genüge, um den rechtlichen Status quo zu sichern, reiche eine solche im vorliegenden Fall, wo nicht etwas gesichert, sondern der TVO AG vorsorglich erteilt werde, worum sie in der Hauptsache ersuche, nicht aus. Schliesslich werden die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung zur Dringlichkeit, dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und der Verhältnismässigkeit bestritten.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2010 hat der Instruktionsrichter das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

I.

Das UVEK (Vorinstanz) beantragt in seiner Vernehmlassung vom 17. März 2010 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Es stellt zunächst in Frage, ob der Beschwerdeführer überhaupt ein aktuelles Rechtsschutzinteresse nachweisen könne. Weder aus der Beschwerde noch deren Begründung gehe hervor, dass er die Erteilung der provisorischen Konzession an sich selber verlange. In

Bezug auf den Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs weist die Vorinstanz auf die Rechtsnatur des Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen hin und macht geltend, dass aufgrund der Dringlichkeit und des vorläufigen Charakters die Behörde in einem beschleunigten Verfahren mit einem reduzierten Prüfungsmassstab zu entscheiden habe. In materieller Hinsicht verweist sie auf die angefochtene Verfügung und betont, gemäss der ausdrücklichen Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts geprüft zu haben, ob bis zur Rechtskraft eines künftigen Hauptsachenentscheids eine Übergangslösung notwendig erscheine. Eine Abwägung der Voraussetzungen führe zum Ergebnis, dass die TVO AG die Sicherung des regionalen Service public bis zu einem rechtskräftigen Hauptentscheid besser wahrnehmen könne als der Beschwerdeführer.

J.

Mit Stellungnahme vom 15. März 2010 zum Verfahrensantrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie mit Beschwerdeantwort vom 15. April 2010 stellt die TVO AG (Beschwerdegegnerin) den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese inklusive der Verfahrensanträge abzuweisen. Sie bestreitet, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutmachenden Nachteil erleide, weshalb die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) nicht erfüllt seien und auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne. Sollte aber auf die Beschwerde eingetreten werden, sei in materieller Hinsicht nichts daran auszusetzen, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer summarischen Prüfungspflicht zu Recht zum Schluss gelangt sei, eine Übergangskonzession könne auch ohne abschliessende Beurteilung der im Hauptverfahren relevanten Frage der Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt an die Beschwerdegegnerin erteilt werden, zumal keine konkreten Indizien ersichtlich seien, die auf einen publizistischen Missbrauch wiesen. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme bedürfe sodann keiner expliziten gesetzlichen Grundlage. Die Beschwerdegegnerin betont des Weiteren mit Verweis auf einen Bericht der Ombudsstelle für Radio und Fernsehen und eine Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, dass ihre Berichterstattung im Zusammenhang mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts stets korrekt und nicht zu beanstanden gewesen sei. Ausserdem hält sie fest, durch den angekündigten Stellen- und Programmabbau wäre der lokale Service

public in der Ostschweiz ernsthaft gefährdet worden. Mit der Übergangskonzession sei sie verpflichtet worden, im Interesse der Allgemeinheit sowie der Rezipienten während der Dauer des Verfahrens ihr bestehendes publizistisches Angebot aufrecht zu erhalten. Der Entscheid in der Hauptsache werde dadurch nicht vorweggenommen.

K.

In seinen Schlussbemerkungen vom 21. Mai 2010 und den am 3. Juni 2010 nachgereichten Dokumenten hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen in der Beschwerdeschrift fest.

L.

Mit Eingaben vom 8. Juni 2010 nehmen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin ein letztes Mal Stellung und halten ebenfalls an ihren Standpunkten fest.

M.

Auf weitergehende Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2.

2.1 Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Nicht die Verfügung selbst ist also Streitgegenstand (sie bildet das Anfechtungsobjekt), sondern das in der Verfügung geregelte oder zu regelnde, im Beschwerdeverfahren noch streitige Rechtsverhältnis. Bezieht sich die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses,

gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungsobjekt, nicht aber zum Streitgegenstand. Die Rechtsmittelinstanz darf mithin im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in der Regel die Verfügung nur insoweit überprüfen, als sie angefochten ist. In der Verfügung festgelegte, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige Fragen prüft das Gericht hingegen nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8 mit Hinweisen).

2.2 Erstes Erfordernis an eine Beschwerde ist gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG das Vorliegen eines Begehrens, das auf Aufhebung oder Abänderung der Verfügung oder auf Erlass einer solchen lautet. Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand bestimmt, indem die beschwerdeführende Partei festlegt, in welche Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will. Sofern das Beschwerdebegehren lediglich auf Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung lautet, muss auf die Beschwerdebegründung zurückgegriffen werden, um zu ermitteln, was nach dem massgeblichen Willen der beschwerdeführenden Partei Streitgegenstand ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.211 ff.).

2.3 Die angefochtene Zwischenverfügung vom 29. Januar 2010 heisst in Dispositiv Ziff. 1, 1. Satz das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen gut, in Satz 2 wird das Gesuch des Beschwerdeführers abgewiesen. In Dispositiv Ziff. 2 wird sodann der Beschwerdegegnerin bis zu einem rechtskräftigen Hauptentscheid eine provisorische Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet 11 erteilt. Ziff. 3 und 4 regeln die Kosten und den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Zwischenverfügung.

2.4 Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerde – nebst prozessualen Begehren – in der Hauptsache einerseits die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Rechtsbegehren 1), andererseits die Aufhebung der an die Beschwerdegegnerin erteilten provisorischen Konzession (Rechtsbegehren 2).

In seiner Begründung führt er zunächst aus, dass die Erteilung einer provisorischen Übergangskonzession bereits mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig sei, aber auch die Voraussetzungen der günstigen Hauptsachenprognose sowie des drohenden Nachteils resp. der Dringlichkeit fehlten. Zudem rügt er die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Wesentlichen kritisiert er sodann die Erteilung der Übergangskonzession an die Beschwerdegegnerin ohne Abklärung der Nichtgefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG.

2.5 Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht hervor, dass er sich vor allem deshalb um eine provisorische Konzession beworben hat, weil er von der möglichen Erteilung einer solchen an die Beschwerdegegnerin erfuhr. Er macht indes nicht ausdrücklich geltend, dass die provisorische Konzession an ihn zu erteilen und er zudem in der Lage sei, einen regionalen Service public sicherzustellen. Auch in seinen Schlussbemerkungen wird nicht deutlich – obwohl zuvor sowohl von der Vorinstanz als auch der Beschwerdegegnerin angesprochen und in Zweifel gezogen –, dass er weiterhin am Antrag auf Erteilung einer Übergangskonzession an sich festhalten würde. Vielmehr beschränkt er sich darauf, die als unrechtmässig bezeichnete provisorische Konzessionierung der Beschwerdegegnerin zu rügen.

Den Anträgen und der Beschwerdebegründung ist somit zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer die Erteilung der provisorischen Konzession an die Beschwerdegegnerin missbilligt und deren Aufhebung begehrt, nicht aber ausdrücklich verlangt, dass ihm stattdessen die provisorische Konzession bis zum Entscheid in der Hauptsache erteilt werde. Es muss demnach davon ausgegangen werden, dass er lediglich die an die Beschwerdegegnerin erteilte Konzession anfechtet (Dispositiv Ziff. 1, 1. Satz und Dispositiv Ziff. 2). Demgegenüber macht er nicht geltend, sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei zu Unrecht abgewiesen worden (Dispositiv Ziff. 1, 2. Satz). Letzteres bildet somit nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

3.

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein

schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer ist formeller und materieller Adressat der Verfügung. Er rügt primär die Erteilung einer Übergangslösung als solches, da er dadurch eine Besserstellung der Inhaberin der provisorischen Konzession befürchtet. Nachdem sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin ein Gesuch um Erteilung einer Fernsehkonzession eingereicht hatten, treten sie im Verfahren um Erteilung der definitiven, aber auch der provisorischen Konzession in direkten Wettbewerb zueinander. Als Konkurrent hat der Beschwerdeführer aber nicht nur ein Interesse daran, dass ihm die provisorische Konzession erteilt wird, sondern auch daran, dass sich aus einer allfälligen Erteilung der provisorischen Konzession an die Beschwerdegegnerin keine ungerechtfertigten Bevorzugungen ergeben. Somit weist er ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz auf, weshalb er zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach mit der genannten Einschränkung (vorne E. 2.5) einzutreten.

4.

Angefochten wird vorliegend die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 29. Januar 2010. Fraglich ist, ob diese überhaupt anfechtbar ist.

4.1 Die angefochtene Verfügung stellt eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar. Nach Art. 46 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde gegen eine solche nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Bewirkt eine Zwischenverfügung dagegen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 VwVG). Von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil ist dann auszugehen, wenn die beschwerdeführende Person dadurch möglicherweise einen Nachteil erleiden würde, dass sie die Zwischenverfügung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung anfechten könnte (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 46 N. 4). Mit dem Erfordernis des

irreparablen Nachteils wird mithin die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Zwischenentscheids umschrieben (MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 10 zu Art. 46). Dieser Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein (Urteil des Bundesgerichts 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2). Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll verhindern, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen müssen (vgl. BGE 133 III 629 E. 2.1).

4.2 Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2010 stellte der Instruktionsrichter fest, dass sich die angefochtene Verfügung für den Beschwerdeführer insofern nachteilig auswirkt, als sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen wurde (Dispositiv Ziff. 1, 2. Satz), da ihm damit für die Dauer des Verfahrens bis zum Entscheid in der Hauptsache keine provisorische Konzession erteilt wurde. Dieser Punkt stellt indessen, wie gesehen (vorne E. 2.5), nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens dar. Dagegen wurde in der Zwischenverfügung des Instruktionsrichters offengelassen, ob die Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin (Dispositiv Ziff. 1, 1. Satz) und die Erteilung der Übergangskonzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil an diese (Dispositiv Ziff. 2) ebenfalls einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken.

4.3 Fraglich erscheint, ob dem Beschwerdeführer überhaupt ein irreversibler Nachteil entsteht. So strebt das System der Konzessionserteilung eine Gleichstellung von sich neu bewerbenden Konzessionären und ehemaligen Konzessionären an (vgl. Botschaft zur Totalrevision des RTVG vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569, 1710 f.; nachfolgend: Botschaft). Die Tatsache, dass ein Bewerber über eine provisorische Konzession verfügt, sollte sich daher nicht nachteilig auf den Entscheid über die Zuteilung der definitiven Konzession auswirken. Insofern kann nicht von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil gesprochen werden. Zudem stellen die hier umstrittene Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin und die Erteilung der Übergangskonzession an diese als solches für den Beschwerdeführer grundsätzlich noch keinen irreversiblen Nachteil

dar, denn sie haben nicht direkt zur Folge, dass – wenn nicht der Beschwerdegegnerin – dem Beschwerdeführer die Konzession erteilt worden wäre. Es hätte auch sein können, dass weder das Gesuch des Beschwerdeführers noch dasjenige der Beschwerdegegnerin gutgeheissen und keine Übergangskonzession erteilt worden wäre. Zwar ist diesbezüglich wiederum zu beachten, dass der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen; beide haben sich mit einem Gesuch um eine Regionalfernsehkonzession beworben und sind daher im Verfahren um Erlass der (definitiven und provisorischen) Konzession als Konkurrenten zu betrachten. Ob unter diesen Umständen von einem irreparablen Nachteil zulasten des Beschwerdeführers gesprochen werden kann, wenn der Beschwerdegegnerin eine provisorische Konzession für die Dauer des Hauptverfahrens erteilt wird, ist zweifelhaft, braucht letztlich an dieser Stelle jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, zumal die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, ohnehin aus anderen Gründen abzuweisen ist.

5.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

6.

Der Beschwerdeführer macht in seiner Begründung mit Verweis auf das Gutachten zunächst geltend, dass im vorliegenden nichtstreitigen Verwaltungsverfahren die Erteilung einer Übergangskonzession rechtlich gar nicht möglich gewesen sei. Es ist somit als Erstes zu prüfen, ob im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren betreffend Fernsehkonzessionen provisorische Massnahmen erlassen werden können.

6.1 Das Gutachten, das der Beschwerdeführer eingereicht hat, gelangt zum Schluss, die Vorinstanz hätte keine Übergangskonzession erteilen dürfen. Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen in einem nichtstreitigen Verwaltungsverfahren bedürfe es einer gesetzlichen Grundlage, einer günstigen Hauptsachenprognose sowie eines drohenden Nachteils resp. der Dringlichkeit. Alle drei Voraussetzungen seien zweifelhaft. So fehle es bereits an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, da weder das Prozessrecht noch das RTVG den Er-

lass einer vorsorglichen Massnahme explizit vorsähen. Aber auch die qualifizierten Erfordernisse zur Annahme einer impliziten gesetzlichen Grundlage – ein qualifiziertes öffentliches Interesse oder die Gefährdung der definitiven Verfügung durch Zuwarten – seien nicht gegeben. Auch die Hauptsachenprognose könne nicht als günstig, sondern müsse vielmehr als offen bezeichnet werden. Schliesslich sei auch die Dringlichkeit zu verneinen oder mit anderen Worten erscheine der Abschluss des Verfahrens – die Abklärung der noch offenen Frage der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt – für die Behörde auch ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen zumutbar.

6.2 Die Beschwerdegegnerin vertritt dagegen die Ansicht, dass es zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen keiner expliziten gesetzlichen Grundlage bedürfe, sondern die Verfahrensleitung den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts folgend befugt sei, vorsorgliche Anordnungen, wie zum Beispiel eine Übergangsregelung, in Form einer Zwischenverfügung zu treffen.

6.3 Vorsorgliche Massnahmen sind vorläufige Anordnungen in Form einer Verfügung, die im Hinblick auf ein einzuleitendes Hauptverfahren oder während der Dauer eines solchen erlassen werden. In der Regel wird zwischen gestaltenden Massnahmen, die ein Rechtsverhältnis provisorisch schaffen oder einstweilig neu regeln, und sichernden Massnahmen, die einen bestehenden Zustand vorläufig aufrechterhalten wollen, unterschieden (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2). Im nichtstreitigen, erstinstanzlichen Verfahren werden vor allem gestaltende Massnahmen ergriffen, mit welchen die Rechte und Pflichten der Verfügungsadressaten vorweg geregelt werden. Zweck vorsorglicher Massnahmen ist es primär, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Sie dienen daher insbesondere der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden und können sekundär auch zum Entscheidungsprozess beitragen und Signalwirkung entfalten (zum Ganzen STEFAN VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 88 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 329 ff.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], NF 116/1997, II. Halbband, S. 253 ff.).

Anders als gewisse kantonale Gesetze enthält das VwVG keine Regelung über vorsorgliche Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren; Art. 56 VwVG bezieht sich lediglich auf das Beschwerdeverfahren. Nach herrschender Ansicht haben Inhalt und Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen indes ihre Grundlage ohnehin im materiellen Recht, dessen Durchsetzung die Massnahmen sichern sollen (VOGEL, a.a.O., S. 92; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 333; HÄNER, a.a.O., S. 313; CHRISTOPH SCHAUB, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Diss. Zürich 1990, S. 45). Eine Regelung im Verfahrensrecht ist insoweit hinfällig (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 333), eine implizite Grundlage reicht – jedenfalls im Grundsatz – aus (VOGEL, a.a.O., S. 92). In diesem Sinne erachtet auch das Bundesgericht im Anwendungsbereich des VwVG vorsorgliche Massnahmen ohne ausdrückliche Regelung als zulässig (Urteil des Bundesgerichts 2A.198/1997 vom 3. November 1997 E. 2.b; BGE 130 II 149 E. 2.1; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3129/2008 vom 19. März 2009 E. 1.2.1 und A-6043/2007 vom 8. Oktober 2007 E. 4. ff.).

6.4 An Veranstalter lokal-regionaler Programme können unter den Voraussetzungen von Art. 38 RTVG Konzessionen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil erteilt werden. Gemäss Rechtsprechung und Lehre bedarf es für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im nichtstreitigen, erstinstanzlichen Verfahren keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Vielmehr genügt eine implizite Grundlage, die sich aus den materiellrechtlichen Bestimmungen, deren Durchsetzung gesichert werden soll, ergibt. In Art. 86 Abs. 4 RTVG ist ein Verbot vorsorglicher Massnahmen im Verfahren der Aufsicht über redaktionelle Sendungen statuiert. Ein solches Verbot macht, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, nur Sinn, wenn in den übrigen Bereichen des RTVG vorsorgliche Massnahmen zulässig sind. Dies kommt auch in der Botschaft zum Ausdruck: Die Vorschrift soll unterstreichen, dass der besonders empfindliche Programmbereich vor vorsorglichen Massnahmen geschützt ist. Dagegen sollen vorsorgliche Massnahmen, welche nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln auch ohne ausdrückliche Grundlage in einem speziellen Gesetz möglich sind und sich auch nicht auf Aufsichtsverfahren beschränken, im Aufsichtsbereich zulässig sein (BBI 2003 1737). Das RTVG steht dem Erlass vorsorglicher Massnahmen – ausser im Verfahren der Aufsicht über redaktionelle Sendungen – demnach nicht entgegen. Vielmehr ist

der Erlass einer provisorischen Konzession in Form einer vorsorglichen Massnahme grundsätzlich zulässig.

7.

Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, dass, sofern die Erteilung einer Übergangskonzession zulässig sein sollte, vor Einholen der Gesuche minimale Ausschreibungskriterien hätten festgelegt und bekannt gegeben werden müssen.

7.1 Gemäss Art. 45 RTVG werden Konzessionen in der Regel öffentlich ausgeschrieben. In der Botschaft zum RTVG wurde ausgeführt, ein Abweichen von dieser Regel komme allenfalls bei örtlich oder zeitlich begrenzten Konzessionen mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil in Frage (BBl 2003 1710). In den parlamentarischen Beratungen führte die Bestimmung sodann zu kontroversen Diskussionen. Bundesrat Leuenberger wies darauf hin, es solle eigentlich immer eine öffentliche Ausschreibung erfolgen. Aber der Ausdruck "in der Regel" würde für Ausnahmefälle einen kleinen Türspalt offen lassen. Als Beispiel führte er die ablaufenden Lokalradiokonzessionen an, die auf diese Weise ohne erneute Ausschreibung bis zum Abschluss der RTVG-Revision verlängert werden könnten. Der Nationalrat folgte indessen zunächst dem Antrag Hutter ("Das Bundesamt schreibt die Konzessionen öffentlich aus.", siehe Amtliches Bulletin [AB] 2004 N 126 f.). Im Ständerat hat die zuständige Kommission jedoch einstimmig beantragt, die Formulierung "in der Regel" wieder einzufügen. In Ausnahmefällen könne es sehr wohl richtig und gut sein, dass nicht ausgeschrieben werde, da mit einer Ausschreibung nur administrativer Aufwand produziert werde (AB 2005 S 92, Votum Escher). Im Ergebnis entschied sich der Gesetzgeber schliesslich für die Formulierung "in der Regel" wie im Entwurf vorgesehen.

7.2 Im vorliegenden Verfahren geht es um die für das Versorgungsgebiet Nr. 11 zu vergebende Regionalfernsehkonzession. Das UVEK hatte diese in einem ersten Entscheid der Beschwerdegegnerin zugesprochen. Im folgenden Beschwerdeverfahren hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers aufgrund der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt teilweise gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Falls eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin oder ein Missbrauch der markt-

beherrschenden Stellung tatsächlich zu verneinen sei, könne die Konzession an die Beschwerdegegnerin vergeben werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009). Die Vorinstanz hat unter Berücksichtigung dieser Umstände für das laufende Verfahren bis zum Abschluss der vom Bundesverwaltungsgericht anberaumten Abklärungen eine Übergangskonzession erteilt. Nachdem sowohl die Beschwerdegegnerin als auch der Beschwerdeführer ein Gesuch eingereicht hatten und ein dritter Bewerber ohnehin nicht in Frage gekommen wäre, ist nichts daran auszusetzen, dass die Vorinstanz die Übergangskonzession im Vorfeld nicht öffentlich ausgeschrieben hat.

8.

Der Beschwerdeführer rügt zudem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid massgeblich auf ein Schreiben des Verwaltungsratspräsidenten der St. Galler Tagblatt Medien AG abgestützt habe, welches ihm nicht zur Stellungnahme zugestellt worden sei. Ausserdem sei der Entscheid mangelhaft begründet.

8.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 29 ff. VwVG. Er umfasst zunächst den Anspruch der Parteien gegenüber der Behörde auf vorgängige Äusserung und Anhörung, welcher den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhalts sichert. Unerlässliches Gegenstück der Mitwirkungsrechte der Parteien bildet sodann – als weiterer wichtiger Teilgehalt des rechtlichen Gehörs – die Pflicht der Behörden, die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidung zu berücksichtigen; daraus folgt schliesslich auch die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten und die Rechtsmittelinstanz ihn sachgerecht beurteilen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 133 III 439 E. 3.3, BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 12.7.1, vgl. auch BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 5 und Art. 32; LORENZ KNEUBÜHLER, Kommentar zum VwVG, Rz. 6 ff. zu Art. 35). Eine ver-

fügende Behörde muss sich somit nicht mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Sie kann sich vielmehr auf die entscheiderelevanten Gesichtspunkte beschränken. Erforderlich ist jedoch eine Auseinandersetzung mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt; Erwägungen allgemeiner Art vermögen nicht zu genügen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.106).

8.2 Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur. Daraus folgt, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt. Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs indes als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Kognition prüft wie die untere Instanz. Ausgeschlossen ist die Heilung jedoch, wenn die Verletzung der Parteirechte besonders schwer wiegt; überdies darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 135 I 279 E. 2.6.1, BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4597/2009 vom 17. Juni 2010 E. 2.5.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2006, Rz. 986 f.).

8.3 Beim Entscheid über vorsorgliche Massnahmen werden weder der Sachverhalt endgültig festgestellt noch die sich stellenden Rechtsfragen definitiv geklärt. Ob dem jeweiligen Gesuch zu entsprechen ist, wird vielmehr aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage entschieden (HÄNER, a.a.O., S. 264). Die Vorinstanz führte – wegen der Dringlichkeit des Massnahmeverfahrens – lediglich einen einfachen Schriftwechsel durch, wobei der Beschwerdeführer zu den Anträgen der Beschwerdegegnerin Stellung nehmen konnte. Das vom Beschwerdeführer angeführte Schreiben bekräftigt, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, im Wesentlichen lediglich die Positionen der Beschwerdegegnerin, zu denen der Beschwerdeführer hatte Stellung nehmen können. Es kann daher nicht gesagt werden, dass er sich im Rahmen des Massnahmeverfahrens nicht ausreichend hätte einbringen können oder ihm für den Entscheid wesentliche Unterlagen vorenthalten worden seien. Doch selbst wenn dies zutreffen würde, hat

der Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Gelegenheit erhalten – und wahrgenommen –, sich zu sämtlichen Eingaben zu äussern. Eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre damit im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, dem eine umfassende Kognition zukommt (vgl. oben E. 5), geheilt.

Desgleichen kann nicht davon gesprochen werden, dass die Vorinstanz ihre Verfügung ungenügend begründet hätte. Vielmehr kommen die entscheidungsrelevanten Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess, klar zum Ausdruck. Der Beschwerdeführer konnte durchaus erkennen, weshalb sein Begehren abgewiesen worden war. Ist die Vorinstanz in ihrem Entscheid zu einer anderen rechtlichen Auffassung gelangt als der Beschwerdeführer, hat dies nichts mit einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu tun. Denn dieser beschlägt nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht aber dessen rechtliche Würdigung (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.89). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher insgesamt abzuweisen.

9.

Damit vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, müssen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen): Ergeben sich Inhalt und Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen aus dem materiellen Recht, sind sie nur dann zulässig, wenn die Rechtsdurchsetzung selber gefährdet ist. Durch das Zuwarten mit einer Regelung bis zum Abschluss des Verfahrens muss ein schwerwiegender Nachteil für die Hauptsache bzw. für öffentliche Rechtsgüter drohen. Eng damit zusammen hängt das Erfordernis der zeitlichen Dringlichkeit, wonach es sich als notwendig erweisen muss, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann bedingt die Festsetzung vorsorglicher Massnahmen eine günstige Prognose für die Hauptsache, das heisst, es muss wahrscheinlich sein, dass die getroffenen Vorkehren durch den Endentscheid voraussichtlich bestätigt werden. Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen. Fällt die Prognose – positiv oder negativ – eindeutig aus, erübrigt sich in der Regel ein Entscheid über die vorsorgliche Massnahme, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurück-

haltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Geht die vorsorgliche Massnahme in inhaltlicher Sicht über das hinaus, was die Endverfügung regeln wird, sind zudem die besonderen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu beachten: Je nach Schwere des Eingriffs ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage unabdingbar. Schliesslich verlangt die Praxis, dass die Massnahme verhältnismässig ist. Sie muss geeignet und erforderlich sein zur Verhinderung des Nachteils und die Interessen, die für sie sprechen, haben die Interessen namentlich der Betroffenen zu überwiegen (zum Ganzen VOGEL, a.a.O., S. 92 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 322 ff.).

Somit ergibt sich folgendes Prüfschema: Zuerst bedarf es einer Entscheidungsprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden. Dieser letzte Schritt erfordert insbesondere eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.

10.

Die Entscheidungsprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen.

10.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Ausblendung der Meinungs- und Angebotsvielfalt sei auch oder erst recht bei Erteilung einer Übergangskonzession rechtswidrig. Werde wie hier nicht etwas gesichert, sondern vorsorglich erteilt, worum in der Hauptsache ersucht werde, könne eine offene Erfolgsprognose nicht ausreichen. Vielmehr bedürfe es einer günstigen Prognose für das Hauptverfahren, wovon vorliegend keine Rede sein könne.

10.2 Die Vorinstanz hatte in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, es lasse sich hinsichtlich der Prognose in der Hauptsache keine klare Tendenz feststellen, zumal es zur Frage des Missbrauchs einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung laut dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 vertiefte Abklärungen brauche. Eine summarische Prüfung gebe keine Hinweise, die eindeutig auf einen offensichtlichen Missbrauch schliessen lassen würden. Eine Erfolgsprognose könne somit nicht gemacht und, weil Gegenstand des Hauptverfahrens, die Erteilung der Übergangskonzession auch nicht an Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geknüpft werden.

10.3 Das Bundesverwaltungsgericht hatte mit Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2010 die Beschwerde des Beschwerdeführers insofern gutgeheissen, als es die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückwies, weil diese den Sachverhalt in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt mangelhaft abgeklärt hatte. Diese Frage bildet nun Gegenstand des laufenden Verfahrens vor der Vorinstanz, die – auch wegen des Beizugs der Wettbewerbskommission zur Abklärung des möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – nicht mit einem rechtskräftigen letztinstanzlichen Entscheid vor dem Jahr 2011 rechnet. Der Streitgegenstand in der Hauptsache bedarf einer eingehenden Prüfung. Da diesbezüglich noch weitgehend Unklarheit besteht, kann keine eindeutige Prognose angestellt werden. Vielmehr ist Zurückhaltung auszuüben, bis die notwendigen Sachverhaltsabklärungen getätigt wurden. Die offene Erfolgsprognose ist daher hinzunehmen und am Vorgehen der Vorinstanz nichts auszusetzen.

11.

Als Nächstes ist zu prüfen, ob für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein Anordnungsgrund besteht, das heisst ob überzeugende Gründe hierfür sprechen. Praxisgemäss ist dieses Erfordernis dahingehend auszulegen, dass ein schwerer, wahrscheinlich eintretender Nachteil droht, würde die Massnahme nicht angeordnet (BGE 129 II 286 E. 3.1). Es kann diesbezüglich auch ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen (BGE 127 II 132 E. 3).

11.1 Der Beschwerdeführer führt dazu aus, es sei für die Behörde zumutbar, die einzige noch offene Frage der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuklären. Ein dringendes Bedürfnis nach einer Übergangsregelung sei nicht auszumachen. Zudem dürften die offenbar primär finanziellen Interessen der Beschwerdegegnerin kaum als hinreichend gelten, um die unter dem Titel des drohenden Nachteils und der Dringlichkeit geforderte Schwelle zu erreichen.

11.2 Dagegen gelangt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass ohne eine im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen verfügte Übergangslösung der vom Gesetzgeber angestrebte regionale Service public im Fernsehbereich der Ostschweiz gefährdet sei. Insbesondere wegen der bereits angekündigten Sparmassnahmen bei der Beschwerdegegnerin

und den damit einhergehenden bevorstehenden Reduktionen von programmlicher Leistung und Personal sei die Dringlichkeit einer Übergangslösung zu bejahen. Für die Beschwerdegegnerin sei sodann eine solche dringlicher als für den Beschwerdeführer, der im Versorgungsgebiet kein Fernsehprogramm veranstalte und auch nicht in der Lage sei, innert nützlicher Frist ein Fernsehprogramm mit Service public-Qualität zu produzieren und auszustrahlen. Das Ausbleiben einer Übergangslösung hätte für die Beschwerdegegnerin und deren Belegschaft im Gegensatz zum Beschwerdeführer vor allem aus wirtschaftlichen Gründen nicht leicht wieder gutmachende Nachteile. Eine Einstellung oder eine Reduktion des lokalen Service public hätte daneben auch für die Öffentlichkeit schwerwiegende Nachteile.

Auch die Beschwerdegegnerin hält fest, die Verhältnisse hätten sich insofern verändert, als ihre Aktionäre nicht mehr bereit bzw. nicht mehr in der Lage seien, jährliche Verluste von Fr. 1 bis 2 Millionen zu tragen. Ohne Übergangskonzession hätte ein massiver Programmabbau gedroht, was als schwerwiegender Nachteil für die Bevölkerung anzusehen sei und nicht im öffentlichen Interesse liege. Die Dringlichkeit setze sich sodann aus mehreren Komponenten zusammen. Einerseits sei die Dauer des Verfahrens entscheidend, andererseits habe die Beschwerdegegnerin glaubhaft dargelegt, dass Entlassungen sowie ein markanter Programmabbau unmittelbar bevorstünden.

11.3 Die vorsorgliche Massnahme bezweckt, einen rechtlichen oder tatsächlichen Zustand vorübergehend unverändert zu erhalten oder einstweilig zu regeln und die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (siehe oben E. 6.3). Würde die vorsorgliche Massnahme vorliegend nicht erlassen bzw. aufgehoben, geriete die Beschwerdegegnerin in eine existenzbedrohende Situation, da sie ohne Einnahme von Gebühren geldern Stellen abbauen müsste. Dies würde massive Einschränkungen ihres Fernsehprogramms nach sich ziehen. Deshalb ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass beim Absehen von einer vorsorglichen Massnahme einerseits der Beschwerdegegnerin ernsthafte wirtschaftliche Nachteile drohten, andererseits dadurch aber auch der regionale Service public im Versorgungsgebiet Nr. 11 nicht mehr gewährleistet wäre. Ohne eine Übergangslösung entstünde somit nebst den privaten Nachteilen bei der Beschwerdegegnerin auch ein Nachteil für die Bevölkerung, das heisst für die Öffentlichkeit. Die Vorinstanz hat daher zu Recht das Vorliegen eines Anordnungsgrunds bejaht.

12.

Schliesslich bleibt noch zu prüfen, ob der Erlass der vorsorglichen Massnahme verhältnismässig ist. Verhältnismässig ist eine Massnahme dann, wenn sie im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet und erforderlich ist und ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 581 ff.).

12.1 In Bezug auf die Verhältnismässigkeit rügt der Beschwerdeführer, würden die finanziellen Überlegungen der Vorinstanz viel zu kurz greifen. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, dass das Ausbleiben einer Übergangsregelung finanzielle Konsequenzen haben werde, sei überhaupt nicht in den Gesamtzusammenhang gestellt worden. Die Ausführungen des Geschäftsführers der Beschwerdegegnerin und des Verwaltungsratspräsidenten der Tagblatt Medien AG, wonach Letztere bzw. die NZZ-Gruppe die Verluste der Beschwerdegegnerin nicht mehr tragen könnten, seien erpresserisch.

12.2 Die Gegenüberstellung der betroffenen Interessen führt gemäss Vorinstanz zum eindeutigen Ergebnis, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Erteilung einer provisorischen Konzession an die Beschwerdegegnerin besser gewahrt sei, weil diese den regionalen Service public umgehend erbringen könne, ohne dass der Beschwerdeführer, der noch kein Fernsehprogramm für das Versorgungsgebiet 11 veranstalte, von der befristeten und provisorischen Massnahme empfindlich getroffen würde. Es würden sich auch keine Konflikte mit den Fernmeldediensteanbietern ergeben, die aus dem Must-Carry-Status eines konzessionierten Programms resultieren könnten, insbesondere wenn – wie im Fall des Beschwerdeführers – ein Programm neu aufgeschaltet werden müsste. Die Vorinstanz gelangte in ihrer Verfügung daher zum Schluss, die Beschwerdegegnerin könne aufgrund ihrer bestehenden Produktions- und Personalinfrastruktur und der gesicherten Verbreitung den geforderten regionalen Service public umgehend und ohne Unterbruch erbringen. Dieses Ergebnis stehe auch im Einklang mit der rechtskräftigen inhaltlichen Beurteilung der Bewerbungen im Hauptverfahren, wo die Beschwerdegegnerin besser abgeschnitten habe als der Beschwerdeführer.

12.3 Die Erteilung einer provisorischen Konzession ist zweifelsfrei geeignet, das öffentliche Interesse an einem regionalen Service public vorläufig sicherzustellen. Sie ist zu dessen Aufrechterhaltung auch erforderlich, da die Beschwerdegegnerin ohne eine Konzession und damit verbundene Gebührengelder ihr Programm reduzieren müsste. Ohne eine finanzielle Unterstützung wäre in der Folge der Service public gefährdet. Eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich.

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne ist das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Ausstrahlung von Lokalfernsehen im betroffenen Versorgungsgebiet mittels Vergabe einer provisorischen Konzession an die Beschwerdegegnerin den Interessen des Beschwerdeführers gegenüberzustellen. Die von der Vorinstanz vorgesehene Übergangslösung stellt sicher, dass die zurzeit erbrachten Leistungen beibehalten werden können. Ohne diese Konzession und die damit einhergehenden Gebührengelder müsste die Beschwerdegegnerin, wie sie glaubhaft dargelegt hat, ihr Personal reduzieren und das Programm abbauen. Dies bedeutet einen quantitativen und qualitativen Verlust für die Beschwerdegegnerin und ihre Mitarbeitenden, aber auch für das regionale Fernsehen. Der Service public könnte nicht mehr gewährleistet werden, womit auch ein grosser Teil der Öffentlichkeit betroffen wäre. Demgegenüber ändert sich für den Beschwerdeführer durch die provisorische Massnahme insofern nichts, als er – davor wie danach – kein Regionalfernsehen betreibt. Es stellt sich darüber hinaus ohnehin die Frage, ob er überhaupt in der Lage wäre, innert kurzer Frist den Betrieb als Fernsehveranstalter aufzunehmen. So macht er dies im vorliegenden Verfahren auch gar nicht mehr geltend (vgl. E. 3.4). Hinzu kommt, dass – wie die Vorinstanz zu Bedenken gibt – im Falle einer Übergangskonzession an den Beschwerdeführer die Verbreitung notfalls über anfechtbare Aufschaltverfügungen sichergestellt werden müsste. Damit würde in die Rechte der Fernmeldediensteanbieter eingegriffen, und technisch, rechtlich und ökonomisch aufwändige Verfahren könnten die Folge sein.

Insgesamt ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass mit Erteilung der Übergangskonzession an die Beschwerdegegnerin das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des regionalen Service public besser sichergestellt ist. Die Beschwerdegegnerin ist im Gegensatz zum Beschwerdeführer in der Lage, in personeller wie betrieblicher Hinsicht auf eine bereits bestehende Infrastruktur greifen zu

können und dem Leistungsauftrag gemäss der provisorischen Konzession umgehend und ohne Unterbruch nachzukommen. Die Erteilung der Übergangskonzession an die Beschwerdegegnerin erweist sich somit als verhältnismässig.

13.

Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, auf die Anträge des Beschwerdeführers in seinen Schlussbemerkungen vom 21. Mai 2010 betreffend Anhörung der Wettbewerbskommission (WEKO; vgl. S. 14 der Schlussbemerkungen) und Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu den Auswirkungen des Zeitungstauschs zwischen Tamedia und NZZ (vgl. S. 17 der Schlussbemerkungen) einzugehen. Die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 29. Januar 2010 ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

14.

Der Beschwerdeführer als unterliegende Partei hat nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Kosten dieses Verfahrens (einschliesslich der Kosten für die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. März 2010 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung), bestimmt auf Fr. 3'000.--, zu tragen. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

15.

Ganz oder teilweise obsiegende Parteien haben für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Auferlegt wird die Parteientschädigung in erster Linie der unterliegenden Gegenpartei im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

Die Beschwerdegegnerin macht eine Parteientschädigung im Umfang von 30 Stunden à Fr. 350.--, das heisst von Fr. 10'500.--, zuzüglich Mehrwertsteuer, geltend. Nachdem die Parteien betreffend dasselbe Konzessionsverfahren bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht (Urteil A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009) aufeinander getroffen sind, die Materie somit nicht neu war und die vorliegende Angelegenheit lediglich eine Zwischenverfügung betrifft, ist die Kostennote zu reduzieren und eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Diese ist dem Beschwerdeführer zur Bezahlung aufzuerlegen.

16.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht ist ausgeschlossen gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs von Radio und Fernsehen betreffend Konzessionen, die Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung waren (Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Bei der sich im Streit befindlichen Konzession handelt es sich um eine provisorische Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil. Sie wurde der Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz im Rahmen des laufenden Konzessionsverfahrens erteilt, um für die Dauer des Hauptverfahrens, in dem im Jahr 2007 13 Veranstalterkonzessionen öffentlich ausgeschrieben worden waren, eine Übergangsregelung zu treffen. Die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht fällt somit weg und das Urteil tritt mit Eröffnung in Rechtskraft.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet.

3.

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1000288857; Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Mia Fuchs

Versand: