



Abteilung I
A-3121/2011

Urteil vom 25. Oktober 2011

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz),
Richter Lorenz Kneubühler, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Anita Schwegler.

Parteien

Dr. iur. Günter **Heuberger**, Tele Sántis AG (in Gründung),
Postfach 2299, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführer,

gegen

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

und

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Konzessionsverfahren VG 11; Prozessleitende Verfügung.

Sachverhalt:**A.**

Im Verfahren betreffend die Erteilung einer Veranstalterkonzession im Lokalfernseh-Versorgungsgebiet Ostschweiz (VG 11) stellte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) mit Schreiben vom 14. März 2011 den beiden Konzessionsbewerberinnen das Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 28. Februar 2011 zur Frage der marktbeherrschenden Stellung zu und gewährte ihnen das rechtliche Gehör. Den Parteien wurde ebenfalls Gelegenheit gegeben, das BAKOM mit Hinweisen zur Frage eines möglichen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung zu dokumentieren und sich zu dieser Frage zu äussern. Die Frist zur Stellungnahme wurde auf den 15. April 2011 festgesetzt.

Am 15. April 2011 beantragte Günter Heuberger sinngemäss, es sei eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung betreffend die Ergebnisse des WEKO-Gutachtens und die Ausführungen des BAKOM zu den Kriterien für einen allfälligen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu erlassen.

B.

Mit Verfügung vom 19. April 2011 trat das BAKOM auf den Antrag auf Erlass einer beschwerdefähigen Zwischenverfügung nicht ein und entzog einer allfälligen gegen diese Verfügung erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

C.

Gegen diese Verfügung sowie gegen das Schreiben des BAKOM vom 14. März 2011 erhebt Günter Heuberger (Tele Sántis AG [in Gründung], nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 31. Mai 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Zwischenverfügungen vom 14. März 2011 und vom 19. April 2011 seien aufzuheben und das BAKOM (nachfolgend Vorinstanz) sei anzuweisen, bei der Abklärung der Marktbeherrschung und bei den zugrundeliegenden Marktabgrenzungen kartellrechtliche Kriterien anzuwenden sowie die vertieften Abklärungen zur Marktdefinition und zur marktbeherrschenden Stellung umfassend gemäss Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) i.V.m. Art. 44 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) vorzunehmen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 23. Juni 2011 wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und es wurde auch keine andere Massnahme angeordnet.

E.

Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 4. August 2011, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde.

F.

Von der Möglichkeit, bis zum 9. September 2011 allfällige Bemerkungen einzureichen, machte der Beschwerdeführer keinen Gebrauch.

G.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig, die Beschwerde zu beurteilen.

1.2. Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

1.3. Verfahrensleitende Verfügungen sind nur selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1070 f.).

Die Verfügung vom 14. März 2011 ist eine verfahrensleitende Verfügung und als solche nicht selbständig anfechtbar. Denn inwiefern dem Beschwerdeführer durch Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme ein Nachteil erwachsen sollte, ist nicht ersichtlich. Daher musste die Verfügung vom 14. März 2011 auch keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten, soweit sie sich gegen diese Verfügung richtet.

1.4. Etwas anders sieht es bei der Nichteintretensverfügung vom 19. April 2011 aus. Durch die Weigerung der Vorinstanz, das Gesuch zu prüfen, ist der Beschwerdeführer formell und materiell beschwert. Dieser Nichteintretensentscheid ist aber eine Zwischenverfügung, mit der bloss eine formell- bzw. materiellrechtliche Frage im Hinblick auf die Verfahrenserledigung, nicht aber die Konzessionserteilung selber oder ein Teilaspekt davon, geregelt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_444/2007 vom 26. März 2008 E. 1.2.2 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2160/2010 vom 3. Januar 2011 E. 1.3). Als Folge davon wäre sie nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie für den Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG).

Damit soll verhindert werden, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenverfügungen überprüfen muss, die durch einen für den Betroffenen günstigen Endentscheid jeden Nachteil verlieren. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen und sich überdies nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3997/2011 vom 13. September 2011 E. 2.1).

Das besondere Rechtsschutzinteresse, das die sofortige Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung begründet, liegt im Nachteil, der entstünde, wenn die Anfechtung der Zwischenverfügung erst zusammen mit der Beschwerde gegen den Endentscheid zugelassen wäre (vgl. PIERRE

TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines
Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 84).

Ein Nachteil, der nur vorübergehend besteht und durch einen günstigen Endentscheid vollständig behoben bzw. rückgängig gemacht werden kann, gilt als wieder gutzumachend (MARTIN KAYSER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 13 zu Art. 46).

1.4.1. Das BAKOM hat sich im Rahmen der Instruktion des Verfahrens für ein bestimmtes Vorgehen entschieden und der WEKO jene Fragen vorgelegt, die sich aus seiner Sicht von der gesetzlichen Ausgangslage her ergeben. Ob sich dieser Verfahrensschritt im konkreten Fall als bundesrechtskonform erweist, kann zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer beurteilt werden. Insbesondere ist aber weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern dem Beschwerdeführer dadurch, dass er seine Einwände gegen das Vorgehen des BAKOM erst mit dem Endentscheid des UVEK anfechten kann, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen würde (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2160/2010 vom 3. Januar 2011 E. 2.2.7).

1.4.2. Der Beschwerdeführer konnte die von ihm geltend gemachte marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin bzw. seine Ausführungen dazu im Rahmen des ihm mit Verfügung vom 14. März 2011 gewährten rechtlichen Gehörs vorbringen. Ebenso wird er seine diesbezüglichen Einwände in einer allfälligen Beschwerde gegen den Endentscheid einbringen können. Fällt der Endentscheid jedoch zu seinen Gunsten aus, wäre sein Nachteil nur ein vorübergehender gewesen. Seine Argumente begründen somit keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Fall, dass die Verfügung nicht selbständig anfechtbar ist.

1.4.3. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2010 vom 23. August 2010 E. 4.3 wurde überdies festgehalten, dass das System der Konzessionserteilung eine Gleichstellung von sich neu bewerbenden und ehemaligen Konzessionären anstrebt. 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 könne nicht von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil gesprochen werden. Der Beschwerdeführer

argumentiert, die provisorische Konzessionsnehmerin profitiere von jeder unnötigen Verlängerung des Verfahrens und baue ihre Marktstellung zu Lasten der Tele Sántis AG (in Gründung) aus. Damit versucht er, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu begründen. Mit Blick auf das vorgenannte Urteil stösst der Beschwerdeführer mit dieser Argumentation jedoch ins Leere.

1.4.4. Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäss, der WEKO sei ein neuer Gutachtensauftrag mit veränderter Fragestellung zu erteilen. Er scheint sich daraus zu erhoffen, dass das Resultat des Gutachtens betreffend die marktbeherrschende Stellung der St. Galler Tagblatt AG anders ausfallen und dass dies das Konzessionierungsverfahren zu seinen Gunsten beeinflussen würde. Er zeigt jedoch nicht auf, inwiefern ihm durch die Nichtbeurteilung der Frage im jetzigen Zeitpunkt ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen würde.

1.4.5. Auf die Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung ist somit mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht einzutreten.

2.

2.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- dem Beschwerdeführer als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dieser Betrag wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 1'000.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er seine Bankverbindung oder Postkontonummer anzugeben.

2.2. Angesichts seines Unterliegens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung gemäss Art. 64 VwVG.

2.3. Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat im vorliegenden Verfahren obsiegt und daher gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist unter Berücksichtigung des Aufwands und des Streitwerts (vgl. Art. 10 Abs. 1 und 3 VGKE) für die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin auf Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt und Auslagen) festzusetzen. Diese Parteientschädigung ist dem

unterliegenden Beschwerdeführer zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG).

3.

Dieses Urteil ist endgültig und kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Überschuss ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Zahlungsverbindung bekannt zu geben.

3.

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 5232-10/1000288857; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Forster

Anita Schwegler

Versand: