Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-7841/2010

Urteil vom 7. Februar 2011

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiber Pascal Baur.

Parteien

Radio Argovia AG, Bahnhofstrasse 41, Postfach, 5001 Aarau,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Urs Saxer und Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Rieser, Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

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

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

Gegenstand

Beiladung zu Konzessionierungsverfahren.

Sachverhalt:

A.
Am 31. Oktober 2008 erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet 15 (Region Aargau) der Radio Argovia AG und für das Versorgungsgebiet 32 (Region Südostschweiz) der Radio Südostschweiz AG und wies die Bewerbung der Radio AG (in Gründung) bzw. der Radio Südost AG (in Gründung) ab. Gleichentags erteilte es der Tele Ostschweiz AG (nachfolgend: TVO AG) die Regionalfernseh-Konzession für das Versorgungsgebiet 11 (Region Ostschweiz); die Bewerbung der Tele Säntis AG (in Gründung) wies es ab.

B.
Mit Urteilen vom 3., 7. bzw. 10. Dezember 2009 hob das Bundesverwaltungsgericht die drei Konzessionsverfügungen des UVEK aufgrund mangelhafter Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt auf und wies die Sache jeweils zur Neubeurteilung an das UVEK zurück (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009, A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 und A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009).

C.
In einem als verfahrensleitende Verfügung bezeichneten Schreiben vom 1. März 2010 zeigte das BAKOM den Verfahrensbeteiligten in den drei Konzessionierungsverfahren das weitere Vorgehen auf. Es erklärte, es sei von einem zweistufigen Verfahren (Prüfung der Marktbeherrschung und eines allfälligen Missbrauchs) auszugehen, das in die drei Phasen Vorbereitungsverfahren (BAKOM, Parteien, Dritte), Gutachten zur Marktbeherrschung (Wettbewerbskommission [WEKO]) und allfällige Abklärung des Missbrauchs sowie Entscheid (BAKOM, Parteien, UVEK) unterteilt werden könne. Hinsichtlich der zweiten Phase hielt es fest, um eine präjudizierende Wirkung zu vermeiden und die Parteirechte einheitlich zu handhaben, finde keine "Staffelung" statt, d.h. die Gutachten für die drei Versorgungsgebiete würden parallel fertiggestellt.

D.
Gegen die verfahrensleitende Verfügung des BAKOM erhoben in den Konzessionierungsverfahren betreffend die Versorgungsgebiete 15 bzw. 32 die Gründungsmitglieder der Radio AG (in Gründung) bzw. der Radio

Südost AG (in Gründung) je mit Eingaben vom 1. April 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses trat mit Urteil vom 3. Januar 2011 auf die unter der gemeinsamen Verfahrensnummer A-2160/2010 vereinigten Beschwerden nicht ein.

E.
Mit Schreiben vom 15. April 2010 informierte das BAKOM die Verfahrensbeteiligten in den beiden von den Beschwerden betroffenen Konzessionierungsverfahren, es habe in Absprache mit dem UVEK beschlossen, die Verfahren bis zum Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts auszusetzen. Zur Begründung verwies es auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerden und die Prozessökonomie. Nicht betroffen von diesem Entscheid sei das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11, das wie geplant weitergeführt werde, um weitere unnötige und den Parteien dieses Verfahrens nicht zumutbare Verzögerungen zu vermeiden.

F.
Am gleichen Tag stellte das BAKOM den Beteiligten des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 eine Definition der medienrelevanten Märkte, einen Fragebogen zur Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich lokal-regionaler Information und Werbung in den Medien sowie eine Liste der Adressaten des Fragebogens zu und setzte ihnen Frist an, um sich dazu zu äussern. Es erklärte, gestützt auf die Marktdefinition solle die Marktbefragung durchgeführt werden und die Prüfung eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in den Versorgungsgebieten 11, 15 und 32 erfolgen. Die zugestellten Dokumente bildeten auch die Grundlage für die Erteilung des Gutachtensauftrags an die WEKO betreffend die Frage, ob eine der Bewerberinnen in den erwähnten Versorgungsgebieten über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Weiter informierte das BAKOM über die Sistierung der beiden Konzessionierungsverfahren betreffend die Versorgungsgebiete 15 und 32.

G.
Nach mehreren Eingaben und der Einreichung zweier Gutachten betreffend die Marktdefinition, die vom BAKOM zu den Akten des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 15 genommen worden waren, ersuchte die Radio Argovia AG am 12. August 2010 formell um Beiladung ins Konzessionierungsverfahren für das Versorgungsgebiet 11, begrenzt auf die Prozesshandlungen betreffend

die Erarbeitung und Festlegung der Marktdefinition. Sie erklärte, durch die Beiladung sollten die beiden bereits eingereichten Parteigutachten aktiv in dieses Verfahren einbezogen werden, ausserdem solle ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, zur vorgeschlagenen Marktdefinition ergänzend Stellung zu nehmen.

H.
Am 3. September 2010 ersuchte auch die Radio AG (in Gründung) um Beiladung ins Konzessionierungsverfahren für das Versorgungsgebiet 11, begrenzt auf die Prozesshandlungen betreffend die Erarbeitung und Festlegung der Marktdefinition. Durch die Beiladung sei ihr insbesondere Gelegenheit zu geben, sich zur vorgeschlagenen Definition der medienrelevanten Märkte, zum Fragebogen zur Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, zur Liste der Adressaten und zu den Stellungnahmen der Mitbewerberinnen sowie den von diesen eingereichten Unterlagen zu äussern.

I.
Mit Verfügung vom 4. Oktober 2010 wies das UVEK die beiden Beiladungsgesuche ab. Zur Begründung machte es geltend, die Gesuche seien verspätet erfolgt. Eine Verlängerung des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 erscheine unter diesen Umständen nicht als opportun und sei überdies den Parteien dieses Verfahrens, welche sich beide skeptisch zur Beiladung äusserten, nicht zumutbar. Die Gesuchstellerinnen könnten ihre Standpunkte zur Marktdefinition zudem im eigenen Konzessionierungsverfahren voll einbringen, sobald über die Beschwerde der Radio AG (in Gründung) gegen die verfahrensleitende Verfügung vom 1. März 2010 rechtskräftig entschieden und die Sistierung dieses Verfahrens aufgehoben worden sei. Eine Parteistellung der beiden Gesuchstellerinnen im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 sei zu verneinen.

J.
Gegen die Verfügung des UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt die Radio Argovia AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) – nicht aber die Radio AG (in Gründung) – am 4. November 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung und die Beiladung ins Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11. Die Vorinstanz sei zudem anzuweisen, die Verfahrensschritte in diesem Verfahren derart auszugestalten, dass sie

zu allen sie betreffenden Punkten vollständig und wirksam Stellung nehmen könne. Eventualiter sei festzustellen, dass ihr das Recht zukomme, im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 15 rechtzeitig und uneingeschränkt zum Gutachtensauftrag an die WEKO bzw. zu den Marktdefinitionen und zum Fragebogen Stellung zu nehmen. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, sie habe ein sehr grosses Interesse an einer einheitlichen Entscheidung über die Marktdefinition und die übrigen Bestandteile des Gutachtensauftrags. Angesichts des weiterlaufenden Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 und des passiven Verhaltens des BAKOM bleibe ihr zur Wahrung des rechtlichen Gehörs keine andere Möglichkeit, als in diesem Verfahren als beigeladene Partei mitzuwirken. Der Vorwurf der verspäteten Gesuchstellung sei im Weiteren zurückzuweisen.

K.
Mit Zwischenverfügung vom 13. Dezember 2010 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, da einerseits kein Anordnungsgrund vorliege und andererseits die beantragten vorsorglichen Massnahmen als unverhältnismässig erschienen.

L.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 14. Januar 2011, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei.

M.
Die Beschwerdegegnerin verzichtet in ihrer Beschwerdeantwort vom 26. Januar 2011 auf eine Stellungnahme zur Frage der Beiladung. Sie hält fest, eine allfällige Beiladung der Beschwerdeführerin dürfe zu keinerlei Verzögerungen des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 führen.

N.
Auf weitere Vorbringen der Parteien sowie 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), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Nach Auffassung der Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführerin handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung, welche gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG selbstständig anfechtbar ist, da sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Diese Qualifikation erweist sich als unzutreffend. Da das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 mit der Abweisung des Beiladungsgesuchs bezogen auf diese Frage endgültig erledigt wird, ist die angefochtene Verfügung vielmehr als Teilentscheid zu qualifizieren (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7597/2010 vom 7. Januar 2011 E. 1.2 und A-692/2008 vom 7. April 2008 E. 1; LORENZ MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 146/2010, S. 808 f. mit Hinweisen; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 44 N. 21; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 6 N. 11 [nachfolgend: HÄNER, Kommentar VwVG]). Sie ist daher ohne weitere Voraussetzungen wie eine Endverfügung nach Art. 44 VwVG anfechtbar (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., Art. 44 N. 30 mit Hinweisen).

1.3. Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem durch die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Oktober 2010 geregelten Rechtsverhältnis, soweit es von der Beschwerdeführerin angefochten wird. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, weil sie ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8).

Mit der angefochtenen Verfügung werden die Beiladungsgesuche der Beschwerdeführerin und der Radio AG (in Gründung) betreffend das Konzessionierungsverfahren für das Versorgungsgebiet 11 abgewiesen. Die Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 15 bildet dagegen nicht Gegenstand der Verfügung. Sie ist entsprechend auch nicht Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin für den Fall der Abweisung ihres Beiladungsgesuchs beantragt, es sei festzustellen, dass ihr im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 15 das Recht zukomme, rechtzeitig und uneingeschränkt zum Gutachtensauftrag an die WEKO bzw. zu den Marktdefinitionen und zum Fragebogen Stellung zu nehmen, ist darauf daher nicht einzutreten.

1.4. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG 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. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit der ihr Gesuch um Beiladung abgewiesen wurde. Ihr Rechtsschutzinteresse ist entsprechend ohne Weiteres zu bejahen. Sie ist mithin zur Beschwerde legitimiert.

1.5. Die Beschwerde wurde im Übrigen form- und fristgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), weshalb abgesehen vom Eventualantrag (vgl. oben E. 1.3) auf sie einzutreten ist.

2.

Die Beiladung Dritter zum Verfahren ist im Verfahrensrecht des Bundes nicht ausdrücklich geregelt, in der Praxis aber ohne Weiteres zugelassen (vgl. HÄNER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 6 N. 10; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.2; vgl. auch die nachfolgend zitierte Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts). Der Begriff wird freilich höchst unterschiedlich verwendet (vgl. dazu ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 21 N. 107 ff. mit Hinweisen). Teilweise wird der Zweck der Beiladung darin gesehen, die Rechtskraft des Urteils auf den Beigeladenen auszudehnen, sodass dieser in einem später gegen ihn gerichteten Prozess dieses Urteil gegen sich gelten lassen muss. Entsprechend wird verlangt, es müsse eine Rückwirkung auf die Rechtsbeziehung zwischen der Hauptpartei und dem Mitinteressierten in Aussicht stehen (vgl. BGE 125 V 80 E. 8b und BGE

131 V 133 E. 13; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.2; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 183 f. sowie die weitere bei KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 21 N. 108 f. zitierte Literatur).

Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts kann als Zweck der Beiladung neben der Ausdehnung der Rechtskraft des anstehenden Entscheids auf die beigeladene Person auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs verstanden werden. Eine Beiladung erfolgt entsprechend, wenn ein Dritter, der in einem (Beschwerde-) Verfahren nicht Partei ist, von dessen Ausgang unmittelbar in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen berührt sein kann. Vorausgesetzt ist dabei, dass es dem Betroffenen nicht möglich war bzw. er keinen Anlass hatte, die Verfügung selber anzufechten und von Anfang an als Partei aufzutreten (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7597/2010 vom 7. Januar 2011 E. 3.1, A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 8.2, A-5646/2008 vom 13. August 2009 E. 3.4 und A-6623/2008 vom 9. März 2009 E. 1.2.1; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-8797/2007 vom 3. April 2008 E. 2; Teilentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-692/2008 vom 7. April 2008 E. 2; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 299 ff., 305, 311 und 317; DIES., Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 6 N. 10 f.).

Gestützt auf diese Praxis ist nachfolgend zunächst zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin vom Ausgang des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 unmittelbar in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen berührt sein und deshalb Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG beanspruchen kann. Sollte dem so sein, wäre in einem weiteren Schritt zu klären, ob das Beiladungsgesuch der Beschwerdeführerin verspätet erfolgte.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei auf eine Beiladung in das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 angewiesen. Durch die rechtskräftige Marktdefinition und ein darauf beruhendes Gutachten der WEKO in diesem Verfahren werde die Gefahr eines Präjudizes geschaffen, das in den Konzessionierungsverfahren betreffend die Versorgungsgebiete 15 und 32 faktisch nicht mehr umgestossen werden könne, ohne wieder neue Ungleichheiten zu schaffen. Habe sich eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht in einer

Angelegenheit einmal festgelegt, sei nicht vorstellbar, dass sie bzw. es in einem Parallelverfahren kurz darauf die frühere Auffassung als unzutreffend bezeichne und eine abweichende Entscheidung treffe. Die Verfügung des BAKOM vom 1. März 2010 zeige, dass die Gefahr eines Präjudizes real sei und die Koordination der drei Verfahren nur der Abwendung dieser Gefahr diene. Es sei somit widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz trotz dieser Verfügung behaupte, unterschiedliche Marktdefinitionen seien möglich und es fehle ihr an einem Beiladungsinteresse.

3.2. Die Vorinstanz räumt zwar ein, dass der Verfügung des BAKOM vom 1. März 2010 zu entnehmen sei, die drei Konzessionierungsverfahren sollten grundsätzlich parallel geführt werden, um eine allfällige präjudizierende Wirkung des zuerst behandelten Gesuchs von vornherein auszuschliessen. Es sei jedoch nie die Meinung gewesen, dass bei einer teilweisen oder kompletten Blockierung eines oder mehrerer der Verfahren auch die anderen Verfahren sistiert oder mit einer Beiladung "belastet" werden sollten. Die Verfahren würden in jedem Versorgungsgebiet eigenständig geführt, auch könnten sich bei der Marktdefinition regionale Besonderheiten ergeben. Es werde Sache der Parteien in den Versorgungsgebieten 15 und 32 sein, sich mit Blick auf diese Konstellation zur Marktbefragung zu äussern. Diese hätten zudem die Möglichkeit, im Verfahren betreffend ihr Versorgungsgebiet zur Marktdefinition Stellung zu nehmen. Ein Interesse der Beschwerdeführerin an einer Beiladung sei somit fraglich, ihre Parteistellung im Verfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 zu verneinen. Selbst wenn im Zeitpunkt des Beiladungsgesuchs ein Beiladungsanspruch der Beschwerdeführerin bestanden haben sollte, was indes bestritten werde, erscheine ein Beiladungsinteresse nunmehr als zweifelhaft, da im Verfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 die beiden von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen Parteigutachten betreffend die Marktdefinition mittlerweile von anderer Seite eingebracht worden seien.

3.3.

3.3.1. Vorliegend wird aus den Akten deutlich und ist unstrittig, dass der Marktdefinition und dem Fragebogen für die Marktbefragung vorbehältlich allfälliger regionaler Besonderheiten über das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 hinaus auch Bedeutung für die Konzessionierungsverfahren betreffend die Versorgungsgebiete 15 und 32 zukommen soll. Weiter erscheint

plausibel, dass jedenfalls die grundsätzlichen Ausführungen in dem auf diese Grundlagen gestützten Gutachten der WEKO betreffend eine allfällige marktbeherrschende Stellung der St. Galler Tagblatt AG im Versorgungsgebiet 11 auch in den beiden anderen Konzessionierungsverfahren eine Rolle spielen könnten. Soweit die Beschwerdeführerin daher geltend macht, ein rechtskräftiger Entscheid im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 schaffe die Gefahr eines Präjudizes hinsichtlich der Marktdefinition und der Grundsätze der darauf beruhenden Prüfung der marktbeherrschenden Stellung in den beiden anderen Konzessionierungsverfahren, ist dem grundsätzlich nicht zu widersprechen.

3.3.2. Die Gefahr eines derartigen Präjudizes bedeutet freilich nicht, dass die Beschwerdeführerin in das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 beizuladen wäre. Wie dargelegt (vgl. oben E. 2), hätte eine Beiladung in dieses Konzessionierungsverfahren gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur dann zu erfolgen, wenn die Beschwerdeführerin durch dessen Ausgang unmittelbar in einem rechtlichen oder tatsächlichen Interesse berührt sein und daher Parteistellung beanspruchen könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Konzessionsentscheid in diesem Verfahren legt weder die Marktdefinition und die Grundsätze der darauf beruhenden Prüfung der marktbeherrschenden Stellung für das Konzessionierungsverfahren der Beschwerdeführerin verbindlich fest noch berührt er diese auf andere Weise unmittelbar. Er wirkt sich auf sie vielmehr nur dann und insoweit aus, als er deren eigenes Konzessionierungsverfahren hinsichtlich dieser Punkte zu beeinflussen vermag. Da er die Beschwerdeführerin somit, wenn überhaupt, nur mittelbar berührt, kann diese weder Parteistellung im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 noch Beiladung in dieses Verfahren beanspruchen. Im Weiteren kann sie sich auch nicht auf das rechtliche Gehör berufen, da dieses an die Parteistellung anknüpft (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 29 VwVG; statt vieler BGE 130 II 521 E. 2.8).

3.3.3. An diesem Ergebnis ändert nichts, dass sich in den drei Konzessionierungsverfahren betreffend die Versorgungsgebiete 11, 15 und 32 hinsichtlich der Marktdefinition und der Grundsätze der darauf beruhenden Prüfung der marktbeherrschenden Stellung im Wesentlichen die gleichen Fragen stellen. Würden immer dann, wenn sich die

Beantwortung bestimmter Fragen im Rahmen eines Verfahrens mittelbar auf die Beantwortung der im Wesentlichen gleichen Fragen in anderen Verfahren auswirken könnte, auch die Beteiligten dieser anderen Verfahren einbezogen, widerspräche dies dem Institut der Beiladung. Dieses bezweckt gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, bisher nicht in das Verfahren einbezogenen Dritten, welche Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG beanspruchen könnten, das rechtliche Gehör zu gewähren und die Rechtskraft des Entscheids förmlich auf sie auszudehnen. Die Beiladung – einer allenfalls auch grossen Zahl – nur mittelbar Betroffener, die sich nicht auf die Parteistellung berufen können, ist mit diesem Zweck nicht vereinbar. Dies nicht zuletzt deshalb, weil diesen Dritten – wie vorliegend der Beschwerdeführerin – im eigenen Verfahren Parteistellung zukommt und sie dort uneingeschränkt von ihren Parteirechten Gebrauch machen können.

3.3.4. Die Abweisung des Beiladungsgesuchs durch die Vorinstanz stellt somit weder eine Verletzung von Art. 6 und Art. 29 VwVG noch von Art. 29 Abs. 2 BV dar und erscheint auch nicht als unangemessen. Die weitere Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in treuwidriger Weise ihre Beiladung ins Verfahren verschleppt und hinausgezögert und somit gegen Art. 5 Abs. 3 BV verstossen, geht von einem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Beiladung bzw. auf Parteistellung im Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 aus. Da dies zu verneinen ist, ist sie ohne weitere Ausführungen ebenfalls zurückzuweisen. Im Ergebnis ist die Abweisung des Beiladungsgesuchs durch die Vorinstanz somit nicht zu beanstanden. Auf die Frage, ob das Beiladungsgesuch verspätet gestellt wurde, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

3.3.5. Ergänzend sei an dieser Stelle schliesslich auf zweierlei hingewiesen: Zum einen hat die Beschwerdeführerin die beiden von ihr zur Marktdefinition in Auftrag gegebenen Parteigutachten mittlerweile auf anderem Weg in das Konzessionierungsverfahren betreffend das Versorgungsgebiet 11 einbringen können. Ihr Standpunkt bezüglich dieser Frage fand somit auch ohne Beiladung Eingang in dieses Verfahren. Zum anderen ist das Bundesverwaltungsgericht, wie dargelegt (vgl. oben Bst. D), mit Urteil vom 3. Januar 2011 auf die vereinigten Beschwerden betreffend die Konzessionierungsverfahren für die Versorgungsgebiete 15 und 32 nicht eingetreten. Da dieser Entscheid nicht angefochten werden kann, ist davon auszugehen, dass die beiden wegen dieser Beschwerden sistierten Konzessionierungsverfahren noch

vor rechtskräftiger Erledigung des Konzessionierungsverfahrens betreffend das Versorgungsgebiet 11 fortgesetzt werden.

4.
Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.
Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin unterliegend. Sie hat daher die auf Fr. 1'500.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.330.2]). Die Kosten sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

6.
Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Erhebt eine Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung, hat sie dem Gericht eine detaillierte Kostennote einzureichen (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, legt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–.

Vorliegend verzichtet die Beschwerdegegnerin zwar auf einen Antrag bezüglich Beiladung. Sie beantragte jedoch die Abweisung der von der Beschwerdeführerin verlangten vorsorglichen Massnahmen und ist insoweit obsiegend. Es ist ihr daher grundsätzlich eine Parteientschädigung für die Kosten zuzusprechen, die ihr in diesem Zusammenhang erwachsen sind. Der von ihrem Rechtsvertreter für die Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen angegebene Zeitaufwand von 10 ½ Stunden erscheint allerdings als übersetzt, umfasst die Eingabe vom 30. November 2010 doch bloss drei Seiten. Er ist weiter auch nicht mit einer detaillierten Kostennote ausgewiesen. Die Höhe der Parteientschädigung ist entsprechend aufgrund der Akten festzusetzen. Vorliegend erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen als angemessen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin zur Zahlung aufzuerlegen.

Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben der Beschwerdegegner, der sich am Verfahren nicht beteiligt hat, und die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Der Beschwerdeführerin als unterliegenden Partei steht ebenfalls keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

7.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– verrechnet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

André Moser Pascal Baur

Versand: