Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I

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

Geschäfts-Nr. A-1703/2016
dik/mer

Zwischenverfügung vom 31. März 2016

In der Beschwerdesache

Parteien

1. **Verband Schweizer Medien,**
Konradstrasse 14, 8021 Zürich 1,
2. **Tamedia AG,**
Werdstrasse 21, 8004 Zürich,
beide vertreten durch Advokat Dr. iur. Jascha Schneider-Marfels, LEXPARTNERS.MCS Advokaten & Notare, Gerbergasse 48, Postfach, 4001 Basel,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG,
Generaldirektion, Giacomettistrasse 1, Postfach 570, 3000 Bern 31,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Donatsch, Donatsch Rechtsanwälte, Kreuzplatz 1, Postfach 2016, 8032 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Beteiligung an einem Joint-Venture,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 13. Juli 2015 meldete die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) gestützt auf Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) eine geplante Kooperation (Joint Venture) im Bereich der Werbeakquisition mit der Ringier AG (nachfolgend: Ringier) und der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom). Die Joint-Venture-Gesellschaft soll das Werbeinventar der drei Unternehmen (TV-Werbung, Inserate, Sponsoring etc.) sowie Werbeinventare von Dritten gegenüber Werbetreibenden vermarkten.

Das BAKOM leitete nach einer ersten Sichtung der Meldung ein Verfahren zur Prüfung von Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG ein. Es übernahm für das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), das diese Anordnungen gegebenenfalls trifft, die Instruktion des Verfahrens.

B.
Am 30. September 2015 reichte der Verband Schweizer Medien (nachfolgend: VSM) dem BAKOM eine Stellungnahme ein. Er beantragte, es sei ihm sowie seinen Mitgliedern Tamedia AG, A._____ und B._____ im Verfahren nach Art. 29 RTVG Parteistellung einzuräumen sowie Akteneinsicht zu gewähren. In der Sache beantragte der VSM, der SRG sei die Beteiligung am Joint Venture zu untersagen, eventualiter seien verschiedene Auflagen zu machen.

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2015 ersuchte das BAKOM den VSM darzulegen, in welchem Verhältnis der Antrag des Verbands zu demjenigen der genannten Mitglieder stehe und ob der Verband als Rechtsvertreter dieser Mitglieder auftrete. Der VSM teilte darauf mit Schreiben vom 28. Oktober 2015 mit, seine Stellungnahme sei im Namen des Verbands sowie der genannten Mitglieder erfolgt. Zwecks Vereinfachung des Verfahrens werde nunmehr für den VSM und die Tamedia AG Parteistellung beantragt. Auf erneute Nachfrage des BAKOM vom 2. November 2015 bestätigte der VSM mit E-Mail vom 12. November 2015, die Anträge der A._____ und der B._____ gälten als zurückgezogen.

C.
Andere Medienunternehmen wandten sich am 29. September sowie am 13. und am 21. Oktober 2015 ans BAKOM und stellten ebenfalls entsprechende Anträge.

D.
Am 14. Dezember 2015 wurde der Unternehmenszusammenschluss seitens der Wettbewerbskommission (WEKO) zugelassen.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2015 ordnete das BAKOM im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme an, die SRG habe neue Werbevermarktungsaktivitäten und einen Marktauftritt im Rahmen des Joint Venture bis zum erstinstanzlichen Abschluss des Verfahrens nach Art. 29 RTVG, spätestens aber bis zum 31. März 2016 zu unterlassen.

F.
Am 29. Februar 2016 entschied das UVEK über allfällige Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG. Das Dispositiv seines Entscheids lautet wie folgt (ohne Kosten- und Entschädigungsfolgen):

"1. Die Beteiligung der SRG am Joint Venture zusammen mit der Swisscom AG und der Ringier AG gemäss Meldung vom 13. Juli 2015 wird im Sinne der Erwägungen zur Kenntnis genommen. Es werden keine Auflagen gemacht.

2. Die Anträge der Intervenienten auf Parteistellung werden abgewiesen. Auf ihre übrigen Anträge wird nicht eingetreten.

3. Der Antrag der Ringier AG auf Beiladung im Verfahren nach Art. 29 RTVG wird abgewiesen.

4. Die Anträge der SRG auf Entfernung der Eingaben der Intervenienten aus den Verfahrensakten werden abgewiesen.

5. Die SRG wird aufgefordert, bis auf weiteres jeweils Mitte (30.6.) und Ende (31.12.) Jahr, erstmals per 31.12.2016, dem BAKOM über folgende Punkte Bericht zu erstatten:

   a) Übersicht über das durch das Joint Venture vermarktete Portfolio;

   b) Zugangsbedingungen für kommerzielle Partner;

   c) Kommissionssatz für kommerzielle Partner und für die Mitaktionäre;

   d) Entwicklung der Werbe- und Sponsoringeinnahmen der SRG."

Was die Frage der Parteistellung der verschiedenen Medienunternehmen betrifft, kam das UVEK zum Schluss, es gelinge diesen nicht darzulegen, dass sie von den Aktivitäten des Joint Venture im Sinne der massgeblichen Bestimmungen besonders betroffen seien. Die Gesuche um Einräumung der Parteistellung seien daher abzuweisen.

Die Ausführungen des UVEK zur Sache lassen sich wie folgt zusammenfassen: Es stelle sich insbesondere die Frage, ob die Beteiligung der SRG am Joint Venture den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 RTVG erheblich beschränke. So habe die zielgruppenspezifische Werbung, die im Rahmen des Joint Venture eingeführt werden solle, bei den anderen Medienunternehmen grösste Befürchtungen provoziert. Mit der Frage nach der Zulässigkeit dieser Werbung habe sich das BAKOM in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde im Sinn von Art. 86 ff. RTVG befasst. Es sei zum Schluss gekommen, dass aufgrund der geltenden konzessionsrechtlichen Grundlagen eine zielgruppenspezifische Werbung in den Programmen der SRG derzeit nicht möglich sei, und habe – ebenfalls am 29. Februar 2016 – eine entsprechende Feststellungsverfügung erlassen. Angesichts dessen erübrige es sich, auf die Auswirkungen einer allfälligen zielgruppenspezifischen Werbung einzugehen. Weiter werde befürchtet, dass das Joint Venture aufgrund seiner Grösse zu einer irreversiblen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Medienmarkt führen könne. Zum heutigen Zeitpunkt könnten jedoch keine gefestigten Aussagen über die Entwicklung des Marktes oder die Auswirkungen auf bestimmte Medien gemacht werden. Es bestünden damit keine hinreichenden Gründe, um von einer konkreten Gefährdung anderer Medienunternehmungen auszugehen. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass das Joint Venture gemäss seinen eigenen Grundsätzen allen Medienunternehmen diskriminierungsfreien Zugang garantiere. Aus diesen Gründen sei es im jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt, Auflagen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 RTVG gegenüber der SRG zu erlassen. Doch sei die SRG hinsichtlich ihrer Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Joint Venture einer Berichterstattungspflicht zu unterwerfen. Sollten nach Aufnahme der Tätigkeit des Joint Venture konkrete Anhaltspunkte für eine erhebliche Beschränkung anderer Medienunternehmen vorliegen, seien allfällige Auflagen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 RTVG erneut zu prüfen.

G.

Am 16. März 2016 erheben der VSM und die Tamedia AG (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen

den Entscheid des UVEK vom 29. Februar 2016. Sie beantragen, der Entscheid sei aufzuheben und die Sache mit der Anweisung, den Beschwerdeführern Parteistellung zu gewähren, ans UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) zurückzuweisen; eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und der SRG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Beteiligung am Joint Venture mit Ringier und Swisscom zu untersagen (Rechtsbegehren 1 und 2).

In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführer unter anderem, es seien "bei Bedarf von Amtes wegen angemessene Massnahmen zu treffen, um die aufschiebende Wirkung der Beschwerde (…) sicherzustellen bzw. einen Vollzug der angefochtenen Verfügung durch die Beschwerdegegnerin vor Rechtskraft zu verhindern" (Verfahrensantrag 2).

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe ihnen die Parteistellung zu Unrecht verweigert. In der Sache führen sie zusammengefasst aus, das geplante Gemeinschaftsunternehmen der Beschwerdegegnerin, von Ringier und von Swisscom beeinträchtige die übrigen Medien massiv in ihrem Entwicklungs- und Entfaltungsspielraum und vermöge die Presse in ihrer Existenz zu gefährden. So erlaube die Kombination von Daten der Beschwerdegegnerin und der Swisscom dem Joint Venture künftig die zielgruppenspezifische Werbung. Zwar habe das BAKOM mit separater Verfügung vom 29. Februar 2016 festgestellt, dass der Beschwerdegegnerin die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Fernsehwerbung in ihren Programmen nicht erlaubt sei. Ebenfalls sei im Angebot der Beschwerdegegnerin Online-Werbung verboten. Doch sei nicht entscheidend, welche Werbung die Beschwerdegegnerin isoliert betrachtet schalten könne, sondern welche Werbeformen dem Joint Venture als Ganzes möglich seien. Weiter könne der Auffassung der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wonach die Entwicklung des Marktes im jetzigen Zeitpunkt nicht schlüssig beurteilt werden könne. Denn mit dem geplanten Joint Venture entstehe der mit Abstand grösste Werbevermarkter, was zweifellos von grosser Tragweite sei und komplexe Auswirkungen auf verschiedene Märkte habe. Was die Möglichkeit betreffe, Kunde des neuen Unternehmens zu werden, so schaffe dies für die übrigen Medienunternehmen Abhängigkeiten von den sie konkurrierenden Joint-Venture-Partnern. Auch seien die Kooperationsmöglichkeiten noch sehr vage umschrieben und im Detail völlig ungeklärt. Im Übrigen bestehe die Gefahr, dass Erträge aus dem Leistungsauftrag der Beschwerdegegnerin zur Quersubventionierung rein kommerzieller Aktivitäten verwendet würden. Es sei nicht ersichtlich, wie sichergestellt

werden solle, dass Ringier und Swisscom nicht vom Gebührenprivileg der Beschwerdegegnerin profitieren würden.

H.
In einer Medienmitteilung vom 17. März 2016 lässt die neue Joint-Venture-Gesellschaft der Beschwerdegegnerin, von Ringier und von Swisscom verlauten, sie trete unter dem Namen "Admeira" am Markt auf und nehme den operativen Betrieb am 4. April 2016 auf.

I.
Mit Eingabe vom 18. März 2016 weisen die Beschwerdeführer das Bundesverwaltungsgericht auf den bevorstehenden Marktauftritt des Joint Venture hin und ersucht unter Hinweis auf den Verfahrensantrag 2 darum, die notwendigen Massnahmen, z.B. ein Vollzugsverbot, zu erlassen.

J.
Am 24. März 2016 nimmt die Beschwerdegegnerin zum Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer Stellung. Sie beantragt, der Antrag sei abzuweisen und es sei zumindest in den Erwägungen festzuhalten, dass die aufschiebende Wirkung nicht zum Tragen komme.

K.
Die Vorinstanz lässt sich am 29. März 2016 zum Verfahrensantrag 2 vernehmen. Sie beantragt ebenfalls, dieser sei abzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Mit der vorliegenden Zwischenverfügung ist über den Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer zu entscheiden.

1.1. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist die Instruktionsrichterin zuständig (vgl. Art. 55 Abs. 2 f. und Art. 56 VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 VGG).

1.2. Die Befugnis zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen setzt die Zuständigkeit in der Hauptsache voraus (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 3.18, und REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 56 Rz. 11). Vorab ist deshalb zu prüfen, ob das Bundesverwaltungsgericht voraussichtlich für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist.

1.2.1. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Voraussetzung dafür ist, dass die Verfügung von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG erlassen wurde und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2.2. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG und Art. 99 Satz 1 RTVG).

1.2.3. Als Verfügungen gelten nach Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und mit denen Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt werden (vgl. Bst. a bzw. b) oder ein entsprechendes Begehren abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wird (vgl. Bst. c).

Aus dem angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz die Beteiligung der Beschwerdegegnerin am Joint Venture zur Kenntnis nimmt und keine Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG trifft. Sie auferlegt der Beschwerdegegnerin damit prima vista keine zusätzlichen Pflichten bzw. räumt ihr keine zusätzlichen Rechte ein (vgl. Dispositiv-Ziffer 1). Auf die anderslautenden Begehren der Beschwerdeführer wurde, indem ihre Parteistellung verneint wurde, nicht eingetreten (vgl. Dispositiv-Ziffer 2). Letzteres stellt eine negative Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar. Zumindest bezüglich Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung des UVEK vom 29. Februar 2016 liegt demnach ein taugliches Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde vor.

1.2.4. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit voraussichtlich zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.3. Der Verfahrensantrag 2 ist demnach näher zu prüfen.

2.
Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, mit dem angefochtenen Entscheid sei der Beschwerdegegnerin die Genehmigung für eine nicht konzessionierte Tätigkeit erteilt worden. Da diese Genehmigung aufgrund der aufschiebenden Wirkung noch nicht wirksam sei, dürfe die Beschwerdegegnerin die fragliche Tätigkeit während des Beschwerdeverfahrens nicht ausüben. Mit ihrem prozessualen Antrag fordern die Beschwerdeführer Massnahmen, "um die aufschiebende Wirkung sicherzustellen" bzw. "einen Vollzug der angefochtenen Verfügung zu verhindern".

2.1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 RTVG kann die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, falls eine nicht konzessionierte Tätigkeit die Erfüllung des Programmauftrages beeinträchtigt oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränkt, Auflagen zur Geschäftstätigkeit, zur Finanzierung, zur Trennung der Rechnungsführung und zur organisatorischen Trennung machen oder die Tätigkeit untersagen (vgl. Abs. 2).

Aus Art. 29 Abs. 2 RTVG geht prima vista somit hervor, dass die Ausübung nicht konzessionierter Tätigkeiten durch die Beschwerdegegnerin keiner besondere Genehmigung bedarf und die Vorinstanz aktiv Anordnungen zu treffen hat, wenn sie eine solche Tätigkeit einschränken oder verhindern will. Die in Art. 29 Abs. 1 RTVG statuierte Meldepflicht ist Voraussetzung dafür, dass solche aktiven Anordnungen geprüft werden können. Sie macht das Verfahren prima vista aber nicht zu einem Genehmigungsverfahren (vgl. zu Letzterem Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des RTVG, BBl 2003 1569, S. 1610, 1693). Der Standpunkt der Beschwerdeführer, wonach sich das Meldeverfahren aufgrund der Aufnahme von vertieften Abklärungen zu einem Genehmigungsverfahren gewandelt hat (vgl. Beschwerde, Rz. 98 und 99), erweist sich damit voraussichtlich als unzutreffend. Es besteht vorliegend prima vista keine gesetzliche Grundlage, aufgrund derer von einer solchen "Verfahrensumwandlung" ausgegangen werden könnte. Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid demnach prima vista keine Genehmigung erteilt.

2.2. Wie aus Art. 55 Abs. 1 VwVG hervorgeht, hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Dies bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern bis zum Beschwerdeentscheid vollständig gehemmt wird. Zweck der aufschiebenden

Wirkung ist es, die Beschwerde führende Person die nachteiligen Wirkungen der Verfügung so lange nicht fühlen zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.19).

Zwar gilt die aufschiebende Wirkung für alle Kategorien von Verfügungen. Bei negativen Verfügungen läuft sie indessen ins Leere: Wird einem Begehren um Erlass einer positiven Verfügung nicht entsprochen, bleibt es ohnehin bei der Rechtslage, die vor Erlass der Verfügung bestanden hat. Um den Adressaten der negativen Verfügung so zu stellen, wie wenn seinem Begehren entsprochen worden wäre, bedarf es einer positiven vorsorglichen Massnahme nach Art. 56 VwVG (vgl. KIENER, a.a.O., Art. 55 Rz. 6 und 7; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.34 und HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Auflage 2016, Art. 55 Rz. 24).

2.3. Festzuhalten ist somit, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin in Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids nicht implizit eine Genehmigung erteilt hat. Es bleibt vielmehr dabei, dass diese Dispositiv-Ziffer der Beschwerdegegnerin keine zusätzlichen Rechte einräumt bzw. Pflichten auferlegt (vgl. vorne E. 1.2.3). Daher kommt ihr prima vista kein Verfügungscharakter zu. Dispositiv-Ziffer 2, mit der auf die Begehren der Beschwerdeführer nicht eingetreten wurde, hat sodann ausschliesslich negativen Charakter (vgl. wiederum E. 1.2.3). Sieht man von der "Berichterstattungspflicht" gemäss Dispositiv-Ziffer 5 ab, enthält der angefochtene Entscheid demnach keine positiven Anordnungen. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde führt folglich nicht dazu, dass die Beschwerdegegnerin die in Frage stehende Tätigkeit nicht aufnehmen darf.

3.
Zu prüfen bleibt indes der Erlass einer "anderen vorsorglichen Massnahme" nach Art. 56 VwVG (vgl. soeben E. 2.2).

3.1. Gemäss Art. 56 VwVG können von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen getroffen werden, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden zwischen "sichernden" Massnahmen, mit denen der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen erhalten bleibt, und "gestaltenden" oder "regelnden" Massnahmen, mit denen ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt wird (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des

BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und KIENER, a.a.O., Art. 56 Rz. 9).

3.2. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Weiter muss der Verzicht auf solche Massnahmen für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.1).

3.3. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beruht auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Neben den Untersuchungspflichten sind daher auch die Beweisanforderungen herabgesetzt: Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.18a). Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1 und Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.2).

3.4. Vorliegend ist zu prüfen, ob es der Beschwerdegegnerin zu verbieten ist, die Werbeakquisition wie beabsichtigt an die neue Joint-Venture-Gesellschaft zu übertragen (vgl. Sachverhalt H).

Aufgrund der soeben erwähnten Vorgaben ergibt sich folgende Entscheidsystematik (vgl. dazu Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 3.3; in anderem Zusammenhang zudem MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.28a): Zunächst ist eine Hauptsachenprognose vorzunehmen. Sodann ist zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt, d.h. der Verzicht auf die Massnahme für die Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte und die Massnahme dringlich ist. Schliesslich ist zu beurteilen, ob das Interesse an der Anordnung der Massnahme die entgegenstehenden Interessen überwiegt und die Massnahme verhältnismässig ist.

4.
An dieser Stelle ist demnach zu prüfen, ob eine Hauptsachenprognose getroffen werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur zu beurteilen haben, ob den Beschwerdeführern zu Recht keine Parteistellung zuerkannt wurde.

4.1. Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, es komme der Parteibegriff von Art. 6 VwVG zur Anwendung. Neben Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren solle, gälten gemäss dieser Bestimmung auch jene Personen als Parteien, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zustehe. Auch für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren gälten daher sinngemäss die Bestimmungen von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG betreffend Beschwerdelegitimation. Vorauszusetzen sei somit ein besonderes Berührtsein sowie ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sich die angerufene Instanz mit der Sache befasse. Ob diese Voraussetzungen erfüllt seien, sei für jedes Rechtsgebiet und in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Die Tatsache, dass die Medienunternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb zur Beschwerdegegnerin stünden und eine verstärkte Konkurrenz fürchteten, bedeute für sich allein noch keine besondere Betroffenheit. Vorliegend bestehe mit Art. 29 RTVG zwar eine besondere Bestimmung, die bei der Frage der besonderen Betroffenheit des Konkurrenten zu berücksichtigen sei. Auch unter diesen Umständen vermöge die Befürchtung einer blossen Verschärfung des Wettbewerbs jedoch keine Parteistellung des Konkurrenten zu begründen. So sei im Gesetzgebungsverfahren bewusst auf eine Bewilligungspflicht für nicht konzessionierte Tätigkeiten verzichtet und eine blosse Meldepflicht eingeführt worden, die mit der Möglichkeit verbunden sei, bei Fehlentwicklungen zu intervenieren.

4.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe zu hohe Anforderungen an die Einräumung der Parteistellung gestellt. Sie weisen unter anderem darauf hin, die Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin seien keine herkömmlichen Konkurrenten auf einem beliebigen Markt, sondern unterstünden gemeinsam den marktregulierenden Verfassungsbestimmungen von Art. 93 BV und dem diese konkretisierenden RTVG. Letzteres sehe verschiedene Massnahmen zum Schutz der privaten Veranstalter in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung vor. Die WEKO habe treffend erkannt, dass mit dem geplanten Joint Venture ein gewichtiger Marktteilnehmer entstehe. Die rundfunkrechtliche Rahmenordnung, die vom RTVG verkörpert werde, habe für einen Ausgleich zwischen der Beschwerdegegnerin und den übrigen inländischen Marktteilnehmern zu sorgen.

4.3. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen, unter welchen Umständen einem Intervenient Parteistellung zu verschaffen ist (vgl. dazu BGE 139 II 279 E. 2.3). Zur Beantwortung der Frage, ob den Beschwerdeführern die Parteistellung zu Recht verweigert worden ist, werden daher verschiedene rechtliche und tatsächliche Aspekte zu prüfen sein, die sich im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht beurteilen lassen. Es kann deshalb keine Entscheidprognose getroffen werden.

5.
In einem nächsten Schritt ist nach einem Anordnungsgrund für die vorsorgliche Massnahme zu fragen. Wie aufgezeigt, ist ein solcher gegeben, wenn der Verzicht auf die Massnahme für die Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte und die Massnahme dringlich ist.

5.1. Die Beschwerdeführer legen im Zusammenhang mit ihrem prozessualen Antrag nicht dar, welche Nachteile ihnen im Einzelnen drohen, sollte das Joint Venture bereits während laufendem Beschwerdeverfahren aktiv werden (vgl. dazu Beschwerde, Rz. 96 ff.). In anderem Zusammenhang machen sie zwar geltend, wenn das geplante Joint Venture einmal auf dem Markt aufgetreten sei, sei der dadurch entstandene Schaden irreparabel, selbst wenn am Ende eines mehrerer Jahre andauernden Aufsichtsverfahrens ein Verstoss gegen das RTVG festgestellt werde (vgl. Beschwerde, Rz. 44). Auch diesen Ausführungen lässt sich jedoch nicht entnehmen, welche Nachteile die Beschwerdeführer aufgrund des Markteintritts des Joint Venture bereits kurzfristig, d.h. noch während des Beschwerdeverfahrens erwarten.

Immerhin aber ist zu beachten, dass auch die Vorinstanz (bzw. das BAKOM als instruierende Behörde) eine vorsorgliche Massnahme getroffen und der Beschwerdegegnerin neue Werbevermarktungsaktivitäten und einen Marktauftritt im Rahmen des Joint Venture während laufendem vorinstanzlichem Verfahren untersagt hat (vgl. Sachverhalt E). Es ist daher angezeigt, von Amtes wegen näher zu prüfen, ob auch im Beschwerdeverfahren ein Anordnungsgrund für eine solche Massnahme gegeben ist.

5.2. Das BAKOM führte in seiner Zwischenverfügung aus, es sei nicht auszuschliessen, dass andere Medienunternehmen noch vor Beendigung der Prüfung nach Art. 29 RTVG durch neue Werbevermarktungsaktivitäten der Beschwerdegegnerin bzw. einen Marktauftritt des Joint Venture erheblich

in ihrem Entfaltungsspielraum beschränkt werden könnten. Mit einem unmittelbaren Marktauftritt der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Joint Venture könnten Fakten geschaffen werden, welche nachträglich nur schwer korrigiert bzw. rückgängig gemacht werden könnten (vgl. Zwischenverfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2015 S. 6).

5.3. Ein nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil lässt sich bereits aufgrund eines tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesses bejahen (vgl. oben E. 3.2). Die Ausführungen des BAKOM sind in dieser Hinsicht indes sehr allgemein gehalten. Angesichts dessen, dass es sich um ein erstinstanzliches Verfahren handelte, ist dies zwar nicht zu beanstanden. Auch im weiteren vorinstanzlichen Verfahren haben sich jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein Markteintritt des Joint Venture den Entfaltungsspielraum der nicht beteiligten Medienunternehmen bereits innert kurzer Frist erheblich beeinträchtigen könnte. Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegnerin (wenn auch nicht den anderen Joint-Venture-Partnern) unterdessen immerhin die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Werbung untersagt worden ist. Mit den angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin zudem einer Berichterstattungspflicht unterworfen, die sich unter anderem auf die Zugangsbedingungen für Drittunternehmen bezieht, sowie in Aussicht gestellt, dass sie nötigenfalls erneut Auflagen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 RTVG prüfen werde. Im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden, summarischen Beurteilung ist daher nicht davon auszugehen, dass die von Art. 29 Abs. 2 RTVG geschützten Interessen der Medienunternehmen bereits kurzfristig gefährdet sind.

5.4. Wie aufgezeigt, darf der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand mit einer vorsorglichen Massnahme weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. E. 3.2). Andererseits kann es gerade das Ziel einer vorsorglichen Massnahme sein, den Rechtsschutz nicht illusorisch werden zu lassen (vgl. SEILER, a.a.O., Art. 56 Rz. 41). Das BAKOM verwies entsprechend darauf, es dürften keine Fakten geschaffen werden, die nachträglich nur schwer rückgängig gemacht werden könnten.

Die Beschwerdeführer beantragen in der Sache, der Beschwerdegegnerin sei eine Beteiligung am Joint Venture zu untersagen. Es muss somit faktisch möglich sein, der Beschwerdegegnerin eine Tätigkeit im Rahmen dieses Joint Venture nach erfolgtem Markteintritt nachträglich zu verbieten. Diese Möglichkeit bleibt indessen gewahrt. Denn wird die Beschwerdegegnerin bereits vor Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Rahmen

des Joint Venture aktiv, geschieht dies auf eigenes Risiko. Es oblag bzw. obliegt ihr, dafür zu sorgen, dass sie sich gegebenenfalls ohne übermässige Nachteile vom Joint Venture zurückziehen kann. Sollten allfällige Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG neu zu prüfen sein, dürfte sich die Beschwerdegegnerin somit nicht auf die von ihr selber geschaffenen Fakten berufen können. Auch insoweit drängt sich somit keine vorsorgliche Massnahme auf.

5.5. Ein Verzicht auf die vorsorgliche Massnahme hat für die Beschwerdeführer somit voraussichtlich keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile zur Folge. Da es daher bereits an einem Anordnungsgrund für die Massnahme fehlt, erübrigt es sich, auf die weiteren Voraussetzungen (Interessenabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung) einzugehen. Auf die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist vielmehr zu verzichten.

6.
Zusammenfassend kommt der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vorliegend keine Bedeutung zu (E. 2); auch ist keine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 56 VwVG anzuordnen (E. 3 bis 5). Der Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer ist daher abzuweisen.

7.
Über die Kosten dieser Zwischenverfügung und eine allfällige Parteientschädigung ist im Entscheid über die Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführer wird abgewiesen.

2.
Je ein Exemplar des Schreibens der Beschwerdeführer vom 18. März 2016, der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 24. März 2016 und der Stellungnahme der Vorinstanz vom 29. März 2016 (mit einer Kopie des Aktenverzeichnisses) gehen wechselseitig an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

3.
Die Vorinstanz wird ersucht, bis zum 2. Mai 2016 eine Vernehmlassung zur Beschwerde in 5 Exemplaren einzureichen.

4.
Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, bis zum 2. Mai 2016 eine Beschwerdeantwort in 5 Exemplaren samt den greifbaren Beweismitteln einzureichen.

5.
Über die Kosten dieser Zwischenverfügung und eine allfällige Parteientschädigung wird mit der Hauptsache entschieden.

6.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen; **vorab per Fax […]** [ohne Beilagen])
– die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen; **vorab per Fax […]** [ohne Beilagen])
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben mit Rückschein; Beilagen; **vorab per Fax […]** [ohne Beilagen])

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die Instruktionsrichterin:	Der Gerichtsschreiber:
Kathrin Dietrich	Andreas Meier

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: