



Urteil vom 27. Januar 2015

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Ivo Hartmann.

Parteien

Digris AG,
Flüelastrasse 47, 8047 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Stephan Bernard,
Advokatur Aussersihl, Hallwylstrasse 78,
Postfach 8866, 8036 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

SwissMediaCast AG,
Muttriweg 26, 8855 Wangen SZ,
vertreten durch Fürsprecher Franz Probst,
Probst & Partner AG, Bahnhofstrasse 18, 8401 Winterthur,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Abt. Medien und Post, Sektion Post,
Zukunftstrasse 44, 2501 Biel/Bienne,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kostenorientierte Entschädigung für die Verbreitung eines
Radioprogramms.

Sachverhalt:**A.**

Am 19. September 2007 erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) der Radiolab AG (heute: Digris AG) eine Konzession für die Veranstaltung eines sprachregionalen DAB-Radioprogramms.

Das Programm der Digris AG wurde am 15. Oktober 2009 auf dem Sendernetz der SwissMediaCast AG (nachfolgend: SMC) aufgeschaltet, welche über eine Funkkonzession für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Multimediadiensten verfügt.

B.

Am 8. April 2010 ersuchte die SMC das BAKOM um Einleitung eines Verfahrens nach Art. 56 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40). Sinngemäss beantragte sie unter anderem, die Digris AG sei zur Unterzeichnung des Nutzungsvertrages für die Nutzung eines Programmplatzes auf dem DAB-Distributionsnetz der SMC zu verpflichten und die Entschädigung für die Verbreitung des Programms sei vom BAKOM festzulegen.

C.

Mit Schreiben vom 25. August 2010 beschied das BAKOM der Digris AG und der SMC, dass es die Verbreitungsentschädigung unter anderem nach Massgabe des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) festsetzen und hierzu den Preisüberwacher konsultieren werde. Dies sei nötig, da das BAKOM im Markt für die Verbreitung von Radioprogrammen über den Standard DAB+ in der Deutschschweiz von einer marktmächtigen Stellung der SMC ausgehe. Für den Fall, dass die Verfahrensparteien diese Einschätzung nicht teilen sollten, stellte das BAKOM die Konsultation der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Frage der Marktbeherrschung in Aussicht.

D.

Am 21. April 2011 teilte die Digris AG dem BAKOM mit, dass sie den Sendebetrieb auf dem Distributionsnetz der SMC per sofort einstelle und das UVEK um Sistierung der Veranstalterkonzession ersucht habe.

E.

Mit Verfügung vom 4. März 2013 legte das BAKOM die kostenorientierte Entschädigung für die Verbreitung des Radioprogramms der Digris AG ab

dem Zeitpunkt der Aufschaltung des Programms im Oktober 2009 bis zur Einstellung des Sendebetriebs im April 2011 fest (Ziff. 1). Zugleich wies es die Begehren beider Parteien um Parteientschädigung ab (Ziff. 2) und setzte die Verwaltungsgebühr auf Fr. 42'000.– fest, welche der SMC im Umfang von Fr. 28'000.– sowie der Digris AG im Umfang von Fr. 14'000.– auferlegt wurden (Ziff. 3).

F.

Gegen den Entscheid des BAKOM vom 4. März 2013 erhebt die Digris AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 15. April 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt im Hauptbegehren die Aufhebung der Ziffern 1 und 3 der angefochtenen Verfügung sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zum erneuten Entscheid. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen Verfahrensfehler geltend, weil es die Vorinstanz – entgegen ihrer ursprünglichen Ankündigung (vgl. oben Bst. C) – unterlassen habe, vor dem Erlass der Verfügung den Preisüberwacher anzuhören.

G.

Am 16. August 2013 ersucht das BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) um Sistierung des Verfahrens, da zwischen den Verfahrensparteien Vergleichsgespräche stattfänden.

Mit Stellungnahme vom 21. August 2013 teilt die Beschwerdeführerin ihr Einverständnis zur beantragten Verfahrenssistierung mit. Demgegenüber beantragt die SMC (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) am 30. August 2013 die Abweisung des Gesuchs.

Das Bundesverwaltungsgericht weist das Sistierungsgesuch der Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 3. September 2013 ab.

H.

Mit Vernehmlassung vom 27. September 2013 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie bestreitet das Vorliegen eines Verfahrensfehlers, da das PüG mangels Marktmacht der Beschwerdegegnerin nicht anwendbar sei.

I.

In der Beschwerdeantwort vom 30. September 2013 schliesst die Beschwerdegegnerin ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde. Sie legt dar, dass sie kein marktmächtiges Unternehmen sei und bestreitet damit sinngemäss die Anwendbarkeit des PüG.

J.

Die Beschwerdeführerin hält mit ihrer Replik vom 19. Dezember 2013 an ihren Beschwerdebegehren fest.

K.

Am 30. Januar 2014 reicht die Vorinstanz eine Stellungnahme ein und hält an ihrem Antrag fest.

L.

Die Beschwerdegegnerin hält mit Duplik vom 19. Februar 2014 ihre Begehren aufrecht.

M.

Auf die weitergehenden Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheiderelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Die angefochtene Verfügung stellt ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Sie stammt von einer Behörde gemäss Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1, B. Ziff. VII 1.6 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]) und eine Ausnahme bezüglich des Sachgebietes liegt nicht vor. Zudem ist in Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 RTVG ausdrücklich vorgesehen, dass sich der Rechtsschutz gegen Verfügungen der Vorinstanz betreffend Verbreitungspflicht und Verbreitungsbedingungen nach den allgemeinen Regeln der Bundesrechtspflege richtet. Demzufolge ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheides nicht nur formell beschwert, sondern auch in materieller Hinsicht, führt sie doch Beschwerde gegen die ihr mit der vorinstanzlichen Verfügung auferlegten, angeblich zu hohen Verbreitungsentschädigungen. Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer, wissenschaftlicher oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (vgl. BGE 138 II 77 E. 6.4, 133 II 35 E. 3, 130 II 449 E. 4.1; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des BVGer A-769/2011 vom 24. Mai 2013 E. 2.2; Jérôme Candrian, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, 2013, Rz. 190 f.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.154).

Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine Behörde, welche über ein ausgeprägtes Fachwissen in rundfunktechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Zusammenhang mit dem Aufbau und Betrieb einer Rundfunkdistributionsinfrastruktur, insbesondere den dabei entstehenden Kosten, verfügt. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen. Entsprechend auferlegt es sich bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung und weicht nicht leichthin bzw. nur bei Vorliegen guter Gründe von der

Auffassung der Vorinstanz ab. Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen überlassen (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.2; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des BVGer A-3152/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Beschwerde Mängel im vorinstanzlichen Verfahren. Sollten sich diese formellen Vorbringen als begründet erweisen und im Verfahren der Vorinstanz schwerwiegende Verfahrensfehler festgestellt werden, führte dies grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz. Entsprechend erübrigte sich in diesem Fall eine materielle Prüfung der weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, weshalb es sich rechtfertigt, die formellen Rügen vorab zu prüfen.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin behauptet, dass die Beschwerdegegnerin ein marktmächtiges Unternehmen darstelle, da sie aufgrund ihrer Funkkonzession eine Monopolstellung inne habe und keine Konkurrenzprodukte bestünden. Entsprechend falle die vorliegende Angelegenheit in den Geltungsbereich des PüG. Deshalb hätte die Vorinstanz gestützt auf Art. 14 und 15 PüG vor Erlass ihrer Verfügung den Preisüberwacher anhören müssen, zumal sie ursprünglich selbst von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin ausgegangen sei. Dabei handle es sich um einen zwingend durchzuführenden Verfahrensschritt, weshalb die Unterlassung einen unheilbaren Verfahrensmangel darstelle. Folglich müsse das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Die Vorinstanz hält an ihrer Beurteilung fest, wonach die Beschwerdegegnerin im relevanten Markt über keine marktbeherrschende Stellung verfüge und der vorliegende Sachverhalt nicht in den Geltungsbereich des PüG falle. Demnach sei der Preisüberwacher zu Recht nicht ins Verfahren einbezogen worden und es liege kein Verfahrensfehler vor.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet ebenfalls, eine beherrschende Stellung im relevanten Markt inne zu haben. Es bestünden einerseits in Form von mobil über Internet genutzten Digitalradioangeboten Substitute zu ihrem DAB-Angebot. Zudem stünden Veranstaltern für die Verbreitung ihres Programms Alternativen zum Netz der Beschwerdegegnerin zur Verfügung.

4.2 Bevor im Folgenden auf die Frage, ob der Preisüberwacher von der Vorinstanz vor Erlass der Verfügung hätte angehört werden müssen, eingegangen werden kann, muss geprüft werden, ob der vorliegende Sachverhalt in den Geltungsbereich des PüG fällt.

4.2.1 Nach Art. 1 PüG gilt das Gesetz in sachlicher Hinsicht für Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich Kredite. Ausgenommen sind dabei Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Kreditfähigkeit der Schweizerischen Nationalbank. Gemäss Art. 2 PüG umfasst der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes Wettbewerbsabreden im Sinn des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) sowie marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts.

4.2.2 Weiter regelt Art. 5 PüG die Zusammenarbeit des Preisüberwachers oder weiteren Behörden mit aussenstehenden Organisationen, insbesondere der WEKO. Diesbezüglich verlangt Art. 5 Abs. 4 PüG, dass der Preisüberwacher oder die zuständige Behörde im Sinn von Art. 15 Abs. 1 PüG die WEKO zu konsultieren haben, bevor sie eine Verfügung treffen, falls Fragen zum persönlichen Geltungsbereich (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) zu beurteilen sind.

Nach Art. 15 Abs. 1 PüG ist dabei – anstelle des Preisüberwachers – eine andere Behörde für die Beurteilung von Preisen zuständig, wenn verabredete Preise oder Preise eines marktmächtigen Unternehmens bereits aufgrund anderer bundesrechtlicher Vorschriften überwacht werden.

4.2.2.1 Der Begriff der Konsultation im Sinn von Art. 5 Abs. 4 PüG bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass eine Stellungnahme der WEKO einzuholen ist, bevor der Preisüberwacher oder die zuständige Behörde eine Anordnung trifft (ROLF H. WEBER, in: Stämpfli Handkommentar zum Preisüberwachungsgesetz [PüG], 2009 [nachfolgend: SHK PüG], Art. 5 N 17). Die Anhörung der WEKO liegt dabei nicht im Ermessen des Preisüberwachers oder der zuständigen Behörde; vielmehr besteht eine Pflicht zur Konsultation (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz [PüG; nachfolgend: Botschaft PüG], BBl 1984 II 755, S. 784; vgl. jedoch WEBER, in: SHK PüG, Art. 5 N 18, welcher die Konsultationspflicht auf grundsätzliche Fragen einschränkt). Obwohl diese Stellungnahme für den Preisüberwacher oder die zuständige Behörde nicht verbindlich ist, hat die WEKO dennoch aufgrund ihres besonderen Fachwissens faktisch eine Expertenstellung inne (WEBER, in:

SHK PüG, Art. 5 N 18; JACQUES BOVIN/OLIVIER SCHALLER, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand – Droit de la concurrence [nachfolgend: CR Concurrence], 2. Aufl. 2013, Art. 5 LSPr N 31). Entsprechend ist die Stellungnahme der WEKO mit einem Gutachten vergleichbar (vgl. hierzu den ähnlich gelagerten Fall betreffend den Zugang zu Fernmeldediensten: BGE 132 II 257 E. 4.4.2, wonach die WEKO zur Sachfrage der Marktbeherrschung nicht nur zwingend zu konsultieren ist, sondern dafür auch fachkundig ist und gegenüber den Parteien als neutral zu gelten hat, was es rechtfertigt, die für Gutachten geltenden Grundsätze wenigstens sinngemäss anzuwenden). Deshalb hat der Preisüberwacher oder die mit einem Entscheid betraute Behörde die Ausführungen der WEKO jeweils sorgfältig abzuwägen und Abweichungen hinreichend zu begründen (ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2011 [nachfolgend: Kommentar Wettbewerbsrecht II], Art. 5 PüG N 7).

4.2.2.2 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz als zuständige Behörde im Sinn von Art. 15 Abs. 1 PüG keine Stellungnahme der WEKO eingeholt, sondern die Beurteilung des persönlichen Geltungsbereiches des PüG eigenständig vorgenommen. Sie verkennt dabei, dass sie eine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zur Konsultation der WEKO trifft und es nicht in ihrem Ermessen liegt, von einer entsprechenden Anhörung abzusehen, wenn sie Fragen des persönlichen Geltungsbereiches des PüG zu beurteilen hat (Art. 5 Abs. 4 PüG). Ohnehin erscheint die WEKO aufgrund ihres Fachwissens als am besten geeignet, sich zu den entsprechenden Fragen zu äussern, auch wenn ihre Beurteilung für die Vorinstanz nicht verbindlich ist. Schliesslich ist diese Unterlassung vorliegend umso weniger verständlich, als die Vorinstanz mit der Verfügung vom 4. März 2013 nicht nur von ihrer ursprünglich geäusserten Einschätzung einer (eventuell) marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin abgewichen ist, sondern die Frage der Marktmacht auch unter den Verfahrensparteien während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens strittig geblieben ist. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz gegen klare bundesrechtliche Verfahrensbestimmungen verstossen, weshalb sich die Verfügung insofern als bundesrechtswidrig erweist. Damit liegt ein Verfahrensfehler vor und es stellt sich die Frage, ob dieser im derzeitigen Verfahrensstadium – insbesondere aus prozessökonomischen Gründen – geheilt werden kann.

4.2.2.3 Der Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens liegt in der Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung der wettbewerbsrechtlich relevanten Begriffe (vgl. Botschaft PüG, BBl 1984 II 755, S. 784 f.; Botschaft

des Bundesrates vom 27. November 1989 zur Volksinitiative "zur Überwachung der Preise und Kreditzinsen" und zur Revision des Preisüberwachungsgesetzes [nachfolgend: Botschaft Teilrevision PüG], BBl 1990 I 97, S. 105 und 111 f.; WEBER, in: SHK PüG, Art. 5 N 24; LEO SCHÜRMAN, KG + PüG, Teilrevision 1991, Nachtrag zum Kommentar Schürmann/Schluep, KG + PüG, 1992, Art. 5 I Ziff. 2, S. 50). Zudem bezweckt Art. 5 Abs. 4 PüG, den Sachverstand der WEKO zu nutzen (LEO SCHÜRMAN/WALTER R. SCHLUEP, Kommentar KG + PüG, 1988, Art. 5 PüG V. Ziff. 2, S. 819).

4.2.2.4 Bereits der soeben dargelegte Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 PüG verlangt, dass die zuständige Behörde, d.h. die Vorinstanz, die WEKO zwingend im Voraus um eine Stellungnahme ersucht, lässt sich doch nur so die Bildung einer einheitlichen Praxis gewährleisten und das Fachwissen der WEKO zur Beurteilung des Sachverhaltes nutzen. Sodann ist die vorgängige Konsultation der WEKO auch aus einem weiteren Grund nötig. Denn sollte im vorliegenden Fall gemäss der Stellungnahme der WEKO der persönliche Geltungsbereich des PüG erstellt sein und die Vorinstanz dieser Einschätzung folgen, müsste die strittige kostenorientierte Verbreitungsentschädigung sowohl unter dem Blickwinkel des RTVG sowie der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) als auch nach den Grundsätzen des PüG beurteilt werden. Folglich verhindern Versäumnisse bezüglich der Anhörung der WEKO und einer infolgedessen allenfalls unsachgemäss vorgenommenen Bestimmung des Geltungsbereiches des PüG eine ganzheitliche Beurteilung der Entschädigung. Mit anderen Worten dient Art. 5 Abs. 4 PüG nicht nur der Koordination, sondern die Bestimmung legt darüber hinaus auch den Grundstein für eine gesamthafte Beurteilung des Sachverhaltes durch die zuständige Behörde. Demnach stünden im konkreten Fall einer erst nachträglichen Konsultation der WEKO im Rechtsmittelverfahren sowohl die gesetzlich vorgesehene Verfahrensordnung als auch der Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 PüG entgegen. Bereits aus diesem Grund ist eine Heilung des Verfahrensmangels im vorliegenden Beschwerdeverfahren abzulehnen.

4.3

4.3.1 Zudem steht einer Heilung des Verfahrensfehlers im vorliegenden Beschwerdeverfahren noch ein weiterer Grund entgegen. Sollte nämlich eine Konsultation der WEKO zum Ergebnis führen, dass der vorliegende Fall in den Anwendungsbereich des PüG fiel, löste dies abgesehen von der Beurteilung der Verbreitungsentschädigung nach Massgabe des PüG weitere Verfahrensschritte aus. So sieht Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG vor, dass die

zuständige Behörde den Preisüberwacher über die von ihr vorzunehmenden Preisbeurteilungen orientiert. Im Rahmen dieser Konsultation kann der Preisüberwacher sodann beantragen, auf eine Preiserhöhung sei ganz oder teilweise zu verzichten oder ein missbräuchlich beibehaltener Preis sei zu senken. Weiter sieht Art. 15 Abs. 2^{ter} PüG vor, dass die Behörde die Stellungnahme des Preisüberwachers in ihrem Entscheid anführt und – sollte sie dessen Einschätzungen nicht folgen – ihr Abweichen entsprechend begründet.

4.3.2 Der Konsultationspflicht der zuständigen Behörde wird eine qualifizierte Bedeutung beigemessen. Deshalb stellt eine unterlassene Anhörung des Preisüberwachers eine Verletzung von Bundesrecht dar, welche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufhebung des Entscheids und zur Rückweisung der Angelegenheit führt. Denn eine Heilung des Mangels ist nach Ansicht des Bundesgerichtes ausgeschlossen, weil aufgrund seiner beschränkten Kognition eine Berücksichtigung der Stellungnahme des Preisüberwachers im bundesgerichtlichen Verfahren dem Sinn von Art. 15 Abs. 2^{ter} PüG zuwiderliefe (Urteil des BGer 2A.173/1994 und 2A.174/1994 vom 24. März 1995 E. 4g, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers [VKKP], Preisüberwachung: Jahresbericht 1995, 1996 Ib, S. 93 ff.; vgl. jedoch BONVIN/SCHALLER, in: CR Concurrence, Art. 15 LSPr N 52 und KÜNZLER/ZÄCH, in: Kommentar Wettbewerbsrecht II, Art. 5 PüG N 7, welche gar von der Nichtigkeit der Verfügung ausgehen). Demgegenüber erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Heilung des Verfahrensmangels als zulässig, falls der Preisüberwacher im Beschwerdeverfahren auf eine Stellungnahme verzichtet und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zwecks vorgängiger Konsultation des Preisüberwachers einem prozessökonomischen Leerlauf gleichkäme (vgl. Urteil des BVGer C-6958/2008 vom 8. Dezember 2009 E. 2.5 mit weiteren Hinweisen).

4.3.3 Zwar steht im vorliegenden Fall noch nicht fest, ob der Geltungsbereich des PüG überhaupt erstellt ist und ob sich der Preisüberwacher gegebenenfalls zur Festlegung der kostenorientierten Verbreitungsentschädigung hätte äussern wollen. Dennoch zeigt sich, dass die Heilung des festgestellten Verfahrensfehlers (vgl. E. 4.2.4) allenfalls weitere Mängel bzw. Versäumnisse im vorinstanzlichen Verfahren zu Tage treten liesse, da die Konsultation der WEKO möglicherweise nur das erste Element einer Kaskade von Verfahrensschritten darstellt, welche vorliegend allesamt unterblieben sind. Da die unterlassene Anhörung des Preisüberwachers zu-

dem für sich genommen einen schwerwiegenden Verfahrensmangel darstellt, rechtfertigt sich auch aus diesem Grund die Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung eines korrekten Verfahrens. Denn nur so kann sichergestellt werden, dass eine umfassende Beurteilung des Sachverhalts nach Konsultation der WEKO und unter Berücksichtigung einer allfälligen Stellungnahme des Preisüberwachers durch die dafür zuständige Vorinstanz vorgenommen wird.

4.4 Schliesslich erweist sich eine Rückweisung nach konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch dann als sachgerecht, wenn die Regelung des Rechtsverhältnisses besondere Fachkenntnisse verlangt oder ein Ermessensentscheid im Streit liegt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (Urteile des BVGer A-3763/2011 vom 3. Juli 2012 E. 12 und A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7.3.4 mit weiteren Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.195, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 1977).

Wie bereits dargelegt (vgl. E. 2), handelt es sich bei der Vorinstanz um eine Behörde mit ausgeprägtem Fachwissen in rundfunktechnischen Angelegenheiten. Entsprechend auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung bei der Angemessenheitskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides. Folglich ist auch aus diesem Grund die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, da ein unter Anhörung der WEKO und allenfalls des Preisüberwachers getroffener Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes eine von der Vorinstanz vorzunehmende, ganzheitliche Beurteilung der kostenorientierten Verbreitungsentschädigung nicht zu ersetzen vermöchte.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde bereits aus formellen Gründen gutzuheissen, die Verfügung vom 4. März 2013 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines korrekten Verfahrens unter Anhörung der WEKO und allenfalls des Preisüberwachers zurückzuweisen. Eine Überprüfung der weiteren materiellen Begehren kann somit unterbleiben.

6.

Abschliessend bleibt über die Verfahrenskosten und allfällige Parteient-schädigungen zu befinden.

6.1

6.1.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Ent-scheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 137 V 57 E. 2.2 und 137 V 271 E. 7.1; Urteile des BVerger A-5276/2013 vom 11. Februar 2014 E. 6 und A-4537/2013 vom 17. Januar 2014 E. 6). Zudem sind bei einer Rückwei-sung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, namentlich bei ei-ner Verletzung des rechtlichen Gehörs, der beschwerdeführenden Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen oder ihr diese zu erlassen (MO-SER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.43 Fn. 129).

6.1.2 Nach dem Gesagten gilt die Beschwerdeführerin in der Hauptsache als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Kosten auferlegt werden können. Entsprechend ist ihr der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vollumfänglich zurückzuerstatten.

6.1.3 Demgegenüber unterliegt die Beschwerdegegnerin in der Hauptsache, womit sie grundsätzlich kostenpflichtig wird. Vorliegend rechtfertigt sich jedoch aus Billigkeitsgründen ein ausnahmsweises Abweichen vom Unterliegerprinzip (vgl. Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und die Verlegung der Kosten nach dem Verursacherprinzip, da die Aufhebung der Verfügung vom 4. März 2013 und die Rückweisung der Angelegenheit einzig auf den von der Vorinstanz verur-sachten Verfahrensfehler zurückzuführen ist (vgl. auch KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: VRG-Kommentar], § 13 N 59). Demnach ist von einer Kostenaufgabe zulasten der Beschwerdegeg-nerin abzusehen.

6.1.4 Der Vorinstanz können – obwohl sie sämtliche Verfahrenskosten ver-ursacht hat – gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG ebenfalls keine Kosten aufer-legt werden.

Zusammengefasst sind im vorliegenden Fall damit keine Verfahrenskosten zu erheben.

6.2

6.2.1 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). Die Entschädigung ist gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG der Körperschaft aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Partei auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

6.2.2 Die anwaltlich vertretene und insgesamt als obsiegend zu betrachtende Beschwerdeführerin hat dem Bundesverwaltungsgericht eine in der Höhe nicht zu beanstandende Kostennote über Fr. 14'296.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht. Analog zu den obigen Ausführungen (vgl. E. 6.1.3) rechtfertigt es sich, vorliegend ausnahmsweise vom Unterliegerprinzip abzuweichen und die Parteientschädigung entgegen Art. 64 Abs. 2 VwVG nicht der unterliegenden Beschwerdegegnerin, sondern – gestützt auf das Verursacherprinzip – der Vorinstanz aufzuerlegen (vgl. Urteil des BVGer B-784/2007 vom 15. Januar 2008 E. 5; PLÜSS, in: VRG-Kommentar, § 17 N 30).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 4. März 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung eines korrekten Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 14'296.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen. Dieser Betrag ist von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 381.6/10002195730; Einschreiben)
- das GS UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Steiger

Ivo Hartmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: