BVGer BVGE 2008/42 vom 2. Juli 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE 2008_42

FR: TAF BVGE 2008/42 du 2 juillet 2008

IT: TAF BVGE 2008/42 del 2 luglio 2008

Regeste

Konzessionen

Erwägungen

E. 5

Zwar hat sich die Vorinstanz materiell zu den Anträgen der Beschwerdeführerin geäussert, obwohl sie eine Pflicht zum Eintreten auf das Gesuch um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen verneint hat. Sie führt aber vorab aus, eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen bedeute eine Konzessionsänderung, die einen Änderungsgrund im Sinne von Art. 24e des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) erfordere. Ein solcher sei nicht gegeben. Auch aufgrund der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für eine Wiedererwägung sei sie nicht verpflichtet, auf die Begehren der Beschwerdeführerin einzutreten.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie würde diskriminiert, wenn eine Frequenzzuteilung nur unter den Voraussetzungen von Art. 24e FMG zugelassen würde. Diese Bestimmung betreffe nur die Fälle, in denen die Behörde im öffentlichen Interesse selbst tätig werde, nicht aber die vorliegende Situation, in der freigewordene Frequenzen auf Wunsch der Konzessionärin neu zuzuteilen seien.

E. 5.2

Gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG benötigt, wer das Funkfrequenzspektrum nutzen will, eine Funkkonzession. Für die Erteilung einer Konzession wird gemäss Art. 24 FMG in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt. Gemäss Art. 24e Abs. 1 FMG kann die Konzessionsbehörde eine Konzession veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn dies zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.

E. 5.3

Zunächst gilt es zu klären, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen tatsächlich eine Konzessionsänderung bedingt. Massgeblich ist dabei, ob für die neu zuzuteilenden Frequenzen eine neue Konzession erteilt wird, oder ob die Bestimmung der zusätzlichen Frequenzen lediglich eine neue Umschreibung des Konzessionsinhaltes und damit eine Konzessionsänderung darstellt. Eine ausdrückliche Regelung zu dieser Frage ist weder dem FMG noch der Verordnung vom 9. März 2007 über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV, SR 784.102.1) zu entnehmen. Zwar bestimmt Art. 17 Abs. 1 FKV, dass die Konzessionsbehörde die kennzeichnenden technischen und betrieblichen Merkmale der Funkanlagen, insbesondere Frequenz, belegte Bandbreite, Leistung, Standort

und Sendezeit, in einem funktechnischen Netzbeschrieb festlegt. Die Bestimmung äussert sich aber nicht dazu, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen als Änderung der Konzession zu werten ist. Angesichts der mit einer allfälligen Nutzung zusätzlicher Frequenzen verbundenen Möglichkeiten, Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin bilden die bisher von dieser genutzten und zusätzlich zugeteilte Frequenzen ein Gesamtpaket. Weiter sind mit der Nutzung von Frequenzen auch Pflichten verbunden, so namentlich Versorgungspflichten. Es erscheint deshalb sinnvoll, solche Versorgungspflichten in Hinblick auf das ganze von der Beschwerdeführerin genutzte Frequenzspektrum festzulegen. Die Frequenzen würden denn auch für den Aufbau eines einheitlichen Netzes genutzt. Die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen bedeutet damit eine Änderung der Konzession.

E. 5.4

Es ist deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Konzessionsänderung gegeben sind. Ziffer 2.3.3 der Konzession der Beschwerdeführerin sieht vor, dass die Konzessionsbehörde einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen anpassen kann. Diese Bestimmung ist, wie auch Art. 24e FMG, in erster Linie auf Fälle zugeschnitten, bei denen die Behörde von sich aus tätig wird und eine Konzessionsänderung anstrebt. Bei solchen Änderungen werden unter Umständen erhebliche Investitionen der Konzessionärin tangiert. Es rechtfertigt sich deshalb, eine Konzessionsänderung gegen den Willen der Konzessionärin nur zuzulassen, wenn dies durch wichtige öffentliche Interessen geboten ist. Fraglich ist aber, ob es angezeigt ist, eine Konzessionsänderung auf Begehren der oder im Einvernehmen mit der Konzessionärin ebenfalls nur unter den selben einschränkenden Voraussetzungen zuzulassen, oder ob eine solche auch unter den weniger strengen allgemeinen Voraussetzungen für eine Änderung von Verfügungen zulässig sein soll. Dies ist durch Auslegung von Art. 24e FMG zu ermitteln.

E. 5.4.1

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (BGE 125 III 57 E. 2b, BGE 120 II 112 E. 3a). Ist eine Bestimmung trotz ihres scheinbar klaren Wortlauts unklar, so ist nach dem wahren Sinn und Zweck der Norm zu suchen. Dieser ergibt sich in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte und dem Willen des Gesetzgebers. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten angewandte und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Massgebend ist damit der Rechtssinn des Rechtssatzes (BGE 122 V 362 E. 4a; vgl. zur Auslegung allgemein: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 214 ff. mit weiteren Hinweisen; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005, S. 47 ff.). Bei der Auslegung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegung zur Anwendung. Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu. Vielmehr befolgt das BGer einen « pragmatischen Methodenpluralismus ». Die teleologische Auslegungsmethode steht gemäss bundesgerichtlicher Praxis jedoch im

Vordergrund (BGE 128 I 34 E. 3b, BGE 125 II 206 E. 4a, BGE 124 III 266 E. 4, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 214 ff., HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, S. 157 ff.).

E. 5.4.2

Art. 24e FMG bestimmt, dass die Konzessionsbehörde die Konzession nur unter einschränkenden Voraussetzungen ändern darf. Sie äussert sich jedoch nicht zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Konzessionärin eine Konzessionsänderung beantragen kann. Sie schliesst damit nicht aus, eine Änderung zugunsten der Konzessionärin unter weniger einschränkenden Bedingungen zuzulassen. Es ist - jedenfalls in Bezug auf Änderungen zugunsten der Konzessionärin - nicht von einer klaren und eindeutigen Beschränkung auf die in Art. 24e Abs. 1 FMG aufgeführten Änderungsgründe auszugehen und die Bestimmung ist nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Norm auszulegen. Die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 führt zum inhaltlich entsprechenden Art. 9 des Revisionsentwurfs FMG aus (BBl 1996 III 1427), Änderungen der Konzession stellten einen Eingriff in das bestehende Rechtsverhältnis dar und würden deshalb einschränkenden Bedingungen unterliegen. Die Ausführungen in der Botschaft beziehen sich mithin auf den Fall der Änderung zulasten der Konzessionärin. Ebenso geben Sinn und Zweck der Norm keinen Anlass, die einschränkenden Anforderungen auch auf den Fall einer von der Konzessionärin beantragten Konzessionsänderung anzuwenden. Wie Art. 24e Abs. 2 FMG unterstreicht, dient die Bestimmung dem Schutz des Vertrauens der Konzessionärinnen in den Bestand der Konzession bzw. dem Schutz der von diesen getätigten Investitionen. Sowohl eine historische als auch eine teleologische Auslegung zeigen, dass die Bestimmung die Möglichkeiten zur Änderung der Konzession auf Betreiben der Behörde regeln, nicht aber die Änderungen auf Begehren der Konzessionärin hin einschränken soll. Es rechtfertigt sich deshalb, eine Änderung der Konzession auf Begehren der Konzessionärin zuzulassen, wenn die Anforderungen, die im Allgemeinen bei einer Wiedererwägung von Verfügungen gestellt werden, erfüllt sind (ebenso RENÉ RHINOW/ANNETTE MEYER LÓPEZ, Ein gemeinsames Funknetz für UMTS in der Schweiz, Jusletter vom 15. April 2002, Rz. 60 ff., insb. 62).

E. 5.4.3

Ein Wiedererwägungsgesuch ist von der Behörde zu prüfen, wenn der Gesuchsteller anerkannte Rückkommensgründe darlegen kann (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 48). Bei Dauerverfügungen wie einer Mobilfunkkonzession gelten etwa nachträgliche Änderungen des Sachverhaltes als Rückkommensgrund (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 31 Rz. 44). Im vorliegenden Fall haben sich die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung in einem wesentlichen Punkt verändert: Bei der Erteilung der Konzession der Beschwerdeführerin waren lediglich die der Beschwerdeführerin zugeteilten Frequenzen verfügbar. Nach dem Ablauf der Konzessionen der übrigen drei Konzessionärinnen bestehen - solange keine neuen Konzessionen vergeben sind - dagegen weitere freie Frequenzen.

E. 5.4.4

Die Vorinstanz macht nun aber geltend, eine solche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse könne als Rückkommensgrund nur herangezogen werden, wenn sie im Zeitpunkt der Konzessionserteilung noch nicht voraussehbar gewesen sei. Es ist unbestritten, dass das Auslaufen der Konzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise im Zeitpunkt der Erteilung der Konzession der Beschwerdeführerin bereits voraussehbar war.

E. 5.4.5

Eine Beschränkung der Wiedererwägungsgründe auf Änderungen des Sachverhaltes, die im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nicht voraussehbar waren, findet sich in Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1833; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 31 Rz. 44 ff.). Es ist aber denkbar, dass die Anpassung an voraussehbare Veränderungen unzulässig erscheint, da sie in der Konzession selbst ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wurde. Ein ausdrücklicher Ausschluss der Anpassung der Konzession an voraussehbare Änderungen ist nicht ersichtlich. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen nach Ablauf der übrigen Konzessionen in der Konzession der Beschwerdeführerin stillschweigend wegbedungen wurde. Ob in der Konzession ein solcher Vorbehalt enthalten ist, muss durch Auslegung bestimmt werden. Obwohl die Rechtsnatur der Konzession umstritten ist, ist bei der Auslegung ihrem vertragsähnlichen Charakter Rechnung zu tragen (BGE 126 II 171 E. 4c/bb; Entscheid der Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt F-2004-146 vom 21. März 2005 E. 7.2 mit Hinweisen). Die Bedeutung der Konzessionsbestimmungen bestimmt sich daher in erster Linie danach, wie sie von den Beteiligten im konkreten Fall tatsächlich verstanden wurden (wirklicher Parteiwille) und in zweiter Linie danach, wie sie nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 126 II 171 E. 3 und 4). Der tatsächliche Parteiwille im Zeitpunkt der Konzessionserteilung kann nicht mehr ermittelt werden. Es gilt demnach festzustellen, wie die Parteien die Bestimmungen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durften. Bei der Erteilung der Konzession an die Beschwerdeführerin war wohl absehbar, dass die Konzessionen ihrer Konkurrentinnen im Jahr 2008 auslaufen würden und über die Zuteilung der betroffenen Frequenzen in diesem Zeitpunkt neu zu befinden sein würde. Aufgrund der vielfältigen technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen im Mobilfunksektor konnte aber die Zahl der Interessentinnen für neue Konzessionen sowie deren technische und wirtschaftliche Ausgestaltung im damaligen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden. Vor diesem Hintergrund mussten die Parteien nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass die Anpassung der Konzession bereits bei deren Erteilung ausgeschlossen werden sollte. Zudem ist festzuhalten, dass die vorliegend beantragte Änderung der Konzession im Interesse der Konzessionärin liegen würde. Es sprechen damit weder Gründe der Rechtssicherheit noch solche des Vertrauensschutzes dagegen, die Änderung der Konzession zuzulassen.

E. 5.5

Der Ablauf der Konzessionen der drei Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin stellt damit einen Wiedererwägungsgrund dar. Auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen ist daher einzutreten. Von der Frage des Vorliegens eines Wiedererwägungsgrundes ist indessen die Frage zu unterscheiden, ob ein Anspruch auf Anpassung der Konzession besteht.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.