Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6827/2008
{T 0/2}

Urteil vom 2. März 2009

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz), Richter Markus Metz, Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Gerichtsschreiber Stefan von Gunten.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Radiosender.

Sachverhalt:

A.
Der Bundesrat erteilte der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft SRG am 28. November 2007 eine Konzession (vgl. BBL 2007 8557 ff.). Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e der Konzession verbreitet die SRG ein Programm für die italienische Sprachregion ("Monte Ceneri") über Mittelwelle (MW). Mit Bundesratsbeschluss vom 18. Juni 2008 (BBL 2008 5779) wurde diese Bestimmung aufgehoben und der Radiosender abgeschaltet. Nach Art. 33 Abs. 3 der Konzession erlischt das Recht der SRG, das deutschsprachige Programm ("Beromünster") über Mittelwelle zu verbreiten, per 31. Dezember 2008.

B.
Mit Schreiben vom 12. September 2008 reichte A._____ eine "Betroffenheitsbeschwerde" beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein. Darin wehrte er sich gegen den Beschluss des Bundesrates bzw. gegen die Konzessionsbestimmung, die SRG die Frequenzen der MW-Sender "Monte Ceneri" und "Beromünster" nicht mehr nutzen zu lassen. Zudem forderte er eine Zusicherung, dass der MW-Sender "Sottens" nicht abgeschaltet werde.

C.
In seiner Antwort vom 1. Oktober 2008 wies das BAKOM darauf hin, dass der Entscheid des Bundesrates nur dann anfechtbar sei, wenn das Gesetz es vorsehe. Falls dies hier der Fall sei, komme das dem Bundesrat untergeordnete BAKOM nicht als Beschwerdeinstanz in Frage. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, inwiefern A._____ mehr als jede andere Person von der Verfügung des Bundesrates betroffen und damit zur Beschwerde berechtigt sein solle. Falls A._____ die Beschwerde nicht zurückziehe, werde das BAKOM sie an die zuständige Stelle weiterleiten.

D.
Am 29. Oktober 2008 gelangte A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) mit "Beschwerde gegen die Schliessung schweizerischer Mittelwellen-Radiosender" an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, der MW-Sender "Monte Ceneri" sei wieder einzuschalten und der Weiterbetrieb des MW-Senders "Beromünster" sei sicherzustellen. Weiter fordert er eine Garantie, dass der MW-Sender "Sottens" nie abgeschaltet werde. Überdies verlangt er eine Klärung, weshalb

der Gesetzgeber in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) auf einen Emmissionsgrenzwert von 8.5 V/m abstelle und ob anlässlich der Messungen auf dem Blosenberg (Standort der grossen Sendeantenne des MW-Senders "Beromünster") Inkompetenz oder Manipulation im Spiel gewesen seien. Seine Beschwerde begründet er im Wesentlichen damit, dass die Abschaltung des MW-Rundfunks unverhältnismässig sei und gegen das öffentliche Interesse verstosse. Zudem werde durch die Abschaltung der MW-Radiosender Art. 10 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzt.

E.
In seinem Schreiben vom 20. November 2008 führt das BAKOM (nachfolgend Vorinstanz) aus, dass es im vorliegenden Fall gar keine anfechtbare Verfügung erlassen habe und daher auch nicht als Vorinstanz anzusehen sei. Infolgedessen werde auf eine Vernehmlassung verzichtet.

F.
Mit Stellungnahme vom 1. Dezember 2008 teilt der Beschwerdeführer in Bezug auf die Zuständigkeit der Vorinstanz bzw. des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde mit, die Vorinstanz sei u.a. zuständig für alle Fragen in Bezug auf Radio und Rundfunk, insbesondere auch für die Ausgestaltung der Konzessionen. Seine Beschwerde sei im Übrigen auch aufgrund von Art. 35 lit. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) direkt an das Bundesverwaltungsgericht möglich. Dafür sei eine Verfügung der Vorinstanz nicht nötig.

G.
Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Nach Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG).

1.1 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung vom 20. November 2008 aus, dass sie im vorliegenden Fall keine anfechtbare Verfügung erlassen habe. Zu prüfen ist daher, ob es sich beim Schreiben der Vorinstanz vom 1. Oktober 2008 trotzdem um eine solche handelt.

1.1.1 Vorab ist festzustellen, dass die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, durch *Verfügung* auf die Sache nicht eintritt, wenn eine Partei die Zuständigkeit behauptet (Art. 9 Abs. 2 VwVG).

Der "Betroffenheitsbeschwerde" vom 12. September 2008, S. 1, Ziffer 3, einerseits und dem Schreiben des Beschwerdeführers an die Vorinstanz vom 24. September 2008 andererseits ist klar zu entnehmen, dass er von deren Zuständigkeit für die Beurteilung seiner Begehren ausging. Die Vorinstanz teilte ihm am 1. Oktober 2008 aber mit, dass sie hierfür nicht zuständig sei. Insofern bestand Uneinigkeit zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer. Art. 9 Abs. 2 VwVG wäre daher zur Anwendung gekommen und die Vorinstanz hätte deshalb im vorliegenden Fall eine Verfügung erlassen müssen. Wie nachfolgend ersichtlich wird, hat sie dies entgegen ihrer Auffassung auch getan.

1.1.2 Für das Vorliegen einer Verfügung ist nicht massgebend, ob sie als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 29 Rz. 3).

1.1.3 Als Verfügung gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, welche in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkung ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind, d.h. mit den Worten von Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (oder richtigerweise hätten stützen sollen) und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens

oder Umfanges von Rechten oder Pflichten, Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren (ANDRÉ MOSER/ MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 24 Rz. 2.3; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 858 ff.).

1.1.4 Das Schreiben der Vorinstanz vom 1. Oktober 2008 wird zwar nicht als Verfügung bezeichnet. Darüber hinaus fehlt es ihm an einem Dispositiv und einer Rechtsmittelbelehrung. Solche Formvorschriften vermögen dem (materiellen) Verfügungscharakter des Schreibens aber nicht zu schaden.

Mit der Aussage der Vorinstanz, sie komme nicht als Beschwerdeinstanz in Frage, ordnet sie autoritativ, einseitig, verbindlich und auf den Fall des Beschwerdeführers bezogen an, dass dessen Begehren von ihr nicht beurteilt werden, insofern auf seine Eingabe nicht eingetreten werde. Sie führt dabei Art. 189 Abs. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als Begründung an. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich wird, sind noch weitere Bestimmungen des öffentlichen Rechts des Bundes massgeblich (vgl. E. 2).

Das Schreiben der Vorinstanz vom 1. Oktober 2008 erweist sich daher als Verfügung und damit als beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt.

1.2 Das BAKOM gehört zu den Behörden im Sinne von Art. 33 VGG. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht ersichtlich (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.3 Der Beschwerdeführer bringt zudem vor, dass er seine Beschwerde auch direkt beim Bundesverwaltungsgericht einreichen könne und dafür keine Verfügung der Vorinstanz vorliegen müsse. Hierfür verweist er auf das Klageverfahren, bei dem das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz urteilt (Art. 35 f. VGG).

1.3.1 Nach Art. 35 lit. a VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage als erste Instanz Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes.

Der Beschwerdeführer geht offenbar davon aus, dass es sich bei der Konzession vom 28. November 2007 um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Nur dann stünde der direkte Weg ans Bundesverwaltungsgericht offen.

1.3.2 Das Konzessionsverhältnis wird aber in der Rechtsform der mitwirkungsbedürftigen *Verfügung* und damit durch einseitigen Hoheitsakt begründet. Dies gilt auch dann, wenn sich der Inhalt der Konzession nicht unmittelbar aus der Anwendung der massgeblichen Rechtsvorschriften ergibt, sondern von den Beteiligten ausgehandelt werden kann und die Konzession damit auch vertragliche Elemente enthält (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O, § 45 Rz. 24/25).

Weil es sich bei der vorliegenden Konzession um eine Verfügung und nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, ist das Klageverfahren und damit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz ausgeschlossen. Bezüglich dieses Vorbringens ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten.

1.4 Die Beschwerdeanträge haben sich auf den Streitgegenstand zu beschränken, der vorliegend ausschliesslich in der Frage besteht, ob die Vorinstanz auf die Eingabe des Beschwerdeführers vom 12. September 2008 hätte eintreten müssen oder nicht (vgl. BGE 124 II 499 E. 1c mit Hinweisen). Die Gutheissung der Beschwerde hätte allein die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge, was bedeuten würde, dass sich die Vorinstanz materiell mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen hätte. Soweit der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht deshalb weitergehende Anträge – Wiedereinschaltung bzw. Weiterbetrieb der MW-Sender "Monte Ceneri" und "Beromünster", die Garantie bezüglich des MW-Sender "Sottens" sowie die beiden Abklärungen – stellt und diese ausführlich begründet, ist darauf nicht einzutreten (vgl. hierzu das Urteil des Bundesgerichts 1A.66/2004 E. 1.2 vom 7. September 2004).

1.5 Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist – vorbehältlich der vorstehenden Erwägungen – einzutreten.

2.
Zur Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf die einzelnen Begehren des Beschwerdeführers eingetreten ist, sind diese getrennt voneinander zu behandeln.

2.1 Bei der Forderung, den MW-Sender "Monte Ceneri" wieder aufzuschalten, handelt es sich (formell betrachtet) um eine Beschwerde gegen den Bundesratsbeschluss vom 18. Juni 2008, wonach die betreffende Konzessionsbestimmung aufgehoben und der Sender daher abgeschalten wird.

2.1.1 Verfügungen des Bundesrates sind nur im Fall von Art. 61a Abs. 5 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010; betrifft die strafrechtliche Immunität des Bundesrates) bei der Bundesversammlung anfechtbar. Als Vorinstanz des Bundesgerichts ist der Bundesrat im Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gar nicht aufgeführt (Art. 86 Abs. 1 und 88 Abs. 1 lit. b BGG; vgl. auch Art. 189 Abs. 4 BV); und beim Bundesverwaltungsgericht kann gegen Verfügungen des Bundesrates nur unter den speziellen Voraussetzungen von Art. 33 lit. a und b VGG Beschwerde geführt werden. Alle übrigen Verfügungen und Beschwerdeentscheide des Bundesrates sind endgültig (MARINO LEBER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 3 zu Art. 79 VwVG).

Der Bundesratsbeschluss vom 18. Juni 2008 ist daher endgültig, d.h. nicht anfechtbar. Er kann insbesondere nicht von der Vorinstanz als einer dem Bundesrat untergeordneten Verwaltungseinheit überprüft werden. Aus diesen Gründen ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf dieses Begehren eingetreten.

2.2 Mit der Forderung, den MW-Sender "Beromünster" nicht abzuschalten, verlangt der Beschwerdeführer die Änderung der bestehenden bzw. die Erteilung einer neuen Konzession (vgl. Art. 25 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40] und Art. 33 Abs. 3 der Konzession). Es kann offen gelassen werden, ob es sich bei seiner Forderung um eine Änderung oder eine Erneuerung einer Konzession handelt; weder im einen noch im anderen Fall wäre die Vorinstanz die zuständige Behörde.

2.2.1 Falls es sich um eine Änderung der bestehenden Konzession handeln würde, käme Art. 25 Abs. 5 RTVG und Art. 31 der Konzession zur Anwendung. Danach kann das UVEK und nicht die Vorinstanz einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer nach Anhörung der SRG ändern, wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Ver-

hältnisse sich verändert haben und die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.

2.2.2 Geht man hingegen davon aus, dass es sich um die Erteilung einer neuen Konzession handelt, so findet Art. 25 Abs. 1 RTVG Anwendung. Danach erteilt der Bundesrat und nicht die Vorinstanz der SRG die Konzession.

2.3 Die gleiche Bestimmung – Art. 25 RTVG – ist in Bezug auf den MW-Sender "Sottens" einschlägig. Eine verbindliche Zusage kann, wenn überhaupt, nur der Bundesrat und nicht die Vorinstanz erteilen. Diese könnte er aber (allenfalls) auch nur gegenüber der Betreiberin des Senders (SRG), nicht aber gegenüber dem Beschwerdeführer – als Programmzuhörer – aussprechen.

2.4 Die Vorinstanz ist daher zu Recht nicht auf die Begehren des Beschwerdeführers eingetreten. Insofern ist die Beschwerde abzuweisen.

3.
Mit dem vorliegenden Entscheid wird die Beurteilung der mit Schreiben vom 5. Januar 2009 vom Beschwerdeführer beantragten vorsorglichen Massnahmen gegenstandslos.

4.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als unterliegende Partei und hat daher die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten für das vorliegende Verfahren werden auf Fr. 1'000.-- festgesetzt (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Dem Beschwerdeführer ist, da er unterliegt, keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Der Antrag des Beschwerdeführers auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird gegenstandslos.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

4.
Es werden keine Parteikosten gesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben)
- GS UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant Stefan von Gunten

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 den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: