Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-3124/2008
{T 1/2}

Urteil vom 8. Januar 2009

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

Orange Network SA, c/o Orange Communications SA, avenue Gratta Paille 2, 1000 Lausanne,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fernmeldekonzession (provisorische Verlängerung).

Sachverhalt:

A.
Die Orange Communications SA war Inhaberin einer nationalen GSM-Mobilfunkkonzession. Diese berechtigte die Orange Communications SA zur Nutzung von Frequenzen in den Frequenzbändern 900 Mhz und 1800 Mhz. Die Konzession war bis am 31. Mai 2008 befristet. Im Hinblick auf den Ablauf dieser Konzession hat die eidgenössische Kommunikationskommission (nachfolgend ComCom) ein Verfahren auf Erneuerung dieser Konzession eingeleitet.

B.
Mit Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 hat die ComCom nach vorhergehender Anhörung der interessierten Kreise entschieden, die Konzession nicht öffentlich auszuschreiben, sondern die bestehende Konzession zu erneuern. Gleichzeitig hat die ComCom beschlossen, den Betrieb von UMTS-Systemen im zugeteilten GMS-Spektrum zuzulassen und die Frequenzen teilweise unter den Inhaberinnen von GSM-Mobilfunkkonzessionen neu aufzuteilen. Dieser Grundsatzbeschluss wurde der Orange Communications SA am 8. März 2007 mitgeteilt.

C.
Da eine Konkurrentin, Tele2, verlangte, dass ihr in diesem Verfahren Parteistellung eingeräumt werde, und sie diesen Anspruch auf dem Beschwerdeweg durchsetzte, verzögerte sich die Erteilung einer neuen Konzession über den Ablauf der bisherigen Konzession hinaus.

Am 8. April 2008 erteilte deshalb die ComCom der Orange Network SA eine provisorische Konzession für die Nutzung des Frequenzspektrums für die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen. In dieser Konzession teilte die ComCom Orange die gleichen Kanäle zu wie in der bisherigen.

D.
Gegen diese Verfügung erhebt die Orange Network SA (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 13. Mai 2008 Beschwerde und beantragt, es sei festzustellen, dass der Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 bzw. dessen Mitteilung an die Orange Communications SA durch das BAKOM vom 8. März 2007 als Verfügung zu betrachten sei und die angefochtene Verfügung eine rechtswidrige Abänderung dieses Grund-

satzentscheides sei. Demzufolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, soweit sie dem Grundsatzentscheid widerspreche und der Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 sei zu bestätigen.

Die angefochtene Konzessionsverfügung weiche von der ursprünglich erteilten Konzession ab und verstosse gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit. Der Grundsatzentscheid der ComCom weise alle Merkmale einer Verfügung auf, aus der mangelhaften Bezeichnung als Verfügung dürfe ihr kein Nachteil erwachsen. Die angefochtene provisorische Konzession sei daher als unzulässige Abänderung bzw. als Widerruf einer Verfügung zu betrachten. Die Voraussetzungen einer Änderung der Verfügung seien nicht gegeben, diese sei nach einem aufwändigen Konsultationsverfahren ergangen. Die ComCom bzw. das BAKOM hätten von der Forderung von Tele2, in das Verfahren einbezogen zu werden, Kenntnis gehabt. Die Situation habe sich auch insofern nach dem Beschluss vom 28. Februar 2007 nicht verändert.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, ihr Interesse an der Rechtssicherheit und am Schutz des Vertrauens in die erteilte Konzession überwiege die Interessen von Tele2 an einer Abänderung des Konzessionsentscheides. Die im Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 zugesprochenen zusätzlichen Frequenzen im 900 MHz Bereich seien für sie von grosser Wichtigkeit. Es sei nicht anzunehmen, dass die ComCom bei einem neuen Entscheid über die Zuteilung der Frequenzen Tele2 zusätzlich Kanäle im 900 MHz Bereich zuteilen würde, zudem laufe die neue Konzession bereits im Jahr 2013 aus, so dass das Interesse von Tele2 an den zusätzlichen Kanälen nur gering sei.

E.

Mit Stellungnahme vom 27. Juni 2008 beantragt die ComCom (nachfolgend Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerin habe betreffend die gestellten Feststellungsbegehren kein Rechtsschutzinteresse.

Die Vorinstanz hält fest, sie habe mit dem Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 keine Rechtsfolgen verbindlich regeln wollen, der Entscheid sei nicht als Verfügung zu betrachten. Selbst wenn der Beschluss als Verfügung anzusehen wäre, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es seien nicht alle der in einer Konzession zu regelnden Fragen entschieden worden, so dass der Beschluss höchstens als Teil- oder Zwischenverfügung zu

beurteilen wäre. Gerade die strittige Frage der zeitlichen Umsetzung der Frequenzumverteilung (sog. Teilrefarming) sei offen gelassen worden. Weiter habe das Bundesverwaltungsgericht in einem andern Verfahren festgehalten, dass der Beschluss noch angefochten werden könnte, falls er als Verfügung betrachtet werde. Schliesslich seien die Voraussetzungen für einen Widerruf der Verfügung gegeben, da das Bundesverwaltungsgericht Tele2 im Verfahren auf Erteilung einer Konzession Parteirechte eingeräumt habe.

F.
In ihrer Replik vom 20. August 2008 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und führt aus, es bestehe ein Feststellungsinteresse betreffend die Verbindlichkeit der Konzessionserteilung im Beschluss vom 28. Februar 2007, ansonsten bestehe die Gefahr, dass sie nach einer Aufhebung der Konzession vom 8. April 2008 ohne Konzession da stehen würde.

Die Konzession vom 28. Februar 2007 bestehe ebenso wie die Konzessionsverlängerung aus einer Grundverfügung, welche die Konzessionserteilung im Grundsatz enthalte, und einer zweiten Verfügung, welche dazu die materiellen Bedingungen umschreibe.

Als die angeblichen Probleme mit Einzelheiten des Refarmings bekannt geworden seien, habe die Vorinstanz erklärt, sie sei nicht bereit, ihre Entscheidung vom 28. Februar 2007 zu ändern.

Der Verfügungscharakter eines Aktes hänge nicht vom Willen der Behörde, eine Verfügung zu erlassen, sondern von objektiven Kriterien ab. Der Entscheid vom 28. Februar 2007 weise diese Merkmale auf und sei als Verfügung zu betrachten.

Die Parteistellung von Tele2 im Konzessionierungsverfahren ändere nichts am Verfügungscharakter des Entscheids. Die Verfügung sei nicht fehlerhaft und deshalb auch nicht zu widerrufen. Eine Interessenabwägung spreche zudem dafür, die bisherige Regelung beizubehalten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein solches Interesse fehlt, wenn die sich stellende Rechtsfrage unmittelbar durch eine positive oder negative Verfügung geklärt werden kann (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 Rz. 62). Würde die Verfügung vom 8. April 2008 aufgehoben, weil dem Entscheid vom 28. Februar 2007 entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführerin der Charakter einer rechtsbeständigen Verfügung zuerkannt würde, wäre dieser Beschluss auch ohne eine entsprechende Feststellung weiterhin gültig. Ein Feststellungsinteresse ist damit nicht erkennbar. Auf die Feststellungsbegehren ist daher nicht einzutreten.

1.2 Im Übrigen ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

2. Das Bundesverwaltungssgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt zunächst, es sei festzustellen, dass ihr mit Beschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007 eine rechtskräftige Konzession erteilt worden sei und dass die provisorische Konzession vom 8. April 2008 eine rechtswidrige Abänderung des Entscheides darstelle.

3.
Die Beschwerdeführerin verlangt weiter die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da diese gegen die mit Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 gemäss ihrer Auffassung rechtskräftig erteilte Konzession verstosse. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, der Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 habe keinen Verfügungscharakter und entfalte der Beschwerdeführerin gegenüber keine Rechtswirkung. Selbst wenn der Beschluss als Verfügung betrachtet würde, könnte er von der Vorinstanz in Wiedererwägung gezogen werden. Die Verhältnisse hätten sich insofern verändert, als das Bundesverwaltungsgericht Tele2 im Konzessionierungsverfahren Parteistellung eingeräumt und sich die Konzessionserteilung dadurch verzögert habe.

3.1 Es ist damit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob dem Beschluss vom 28. Februar 2007 Rechtsverbindlichkeit zukommt, mithin ob der Beschluss Verfügungscharakter hat und in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Wird dies bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die Vorinstanz berechtigt war, in Abweichung von diesem Beschluss eine provisorische Konzession zu erteilen.

3.1.1 Als erstes ist festzuhalten, dass die Rechtsnatur und die Wirkung eines Beschlusses wie desjenigen vom 28. Februar 2007 weder im FMG noch in den dazu gehörenden Verordnungen geregelt wird. Bei der Beurteilung der Auswirkungen des Beschlusses ist damit auf die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regelungen abzustellen.

3.1.2 Für das Vorliegen einer Verfügung ist nicht entscheidend, ob sie als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 29 Rz. 3). Eine Verfügung liegt demnach vor, wenn eine Verwaltungshandlung die folgenden Merkmale erfüllt: Es handelt sich um eine Anordnung einer Behörde im Einzelfall, die ein Rechtsverhältnis einseitig und verbindlich regelt und sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28 Rz. 17). Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz mit ihrem Beschluss vom 28. Februar 2007 die genannten Merkmale erfüllt hat.

Unzweifelhaft ist, dass die Vorinstanz eine Behörde ist und in einem bzw. drei Einzelfällen im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit und damit gestützt auf öffentliches Recht des Bundes gehandelt hat.

Fraglich ist dagegen, ob die Vorinstanz die Absicht hatte, ein Rechtsverhältnis rechtsverbindlich zu regeln. Dies dürfte insofern zu bejahen sein, als die Vorinstanz festlegen wollte, welcher Verfahrensweg einzuschlagen sei.

Im damaligen Zeitpunkt war dagegen noch nicht klar, wie die Konzession konkret ausgestaltet werden sollte, namentlich war die Umsetzung des Refarmings im Einzelnen noch nicht bestimmt. Auch aus dem Schreiben des BAKOM vom 8. März 2007 geht hervor, dass mit dem Entscheid noch nicht verbindlich eine Konzession erteilt, sondern lediglich über den einzuschlagenden Weg entschieden wurde. Mit dem Schreiben des BAKOM vom 8. März 2007 sollte lediglich über das weitere Vorgehen informiert und ein Treffen zum Erörtern des weiteren Vorgehens einberufen werden. Das Schreiben des BAKOM enthielt dagegen weder eine Umschreibung des Konzessionszwecks noch der Konzessionsbedingungen. Es fehlen vielmehr wesentliche Regelungen, die für eine Konzessionserteilung unverzichtbar sind. So enthält der Beschluss weder Bestimmungen betreffend die Konzessionsgebühr oder die Versorgungspflichten noch über den Zeitplan und die Modalitäten des Refarmings. Die Konzessionbedingungen sind damit nicht festgelegt. Hieraus wird deutlich, dass die Vorinstanz nicht die Absicht hatte, mit ihrem Beschluss die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin verbindlich zu regeln.

3.1.3 Der Beschluss vom 28. Februar 2007 ist demnach, wenn überhaupt, als verfahrensleitende Zwischenverfügung zu betrachten. Als solche kann sie bei Bedarf abgeändert werden (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 143). Der Beschluss steht damit der Erteilung einer provisorischen Konzession nicht entgegen.

3.2 Die Frage, ob der Beschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007 als Verfügung zu betrachten ist, wurde zudem vor dem Bundesverwaltungsgericht bereits in den Verfahren A-7311/2008, A-7312/2008 und A-7313/2008 aufgeworfen. Tele2 führte in diesen Verfahren Beschwerde gegen einen Entscheid der Vorinstanz, ihr in den Konzessionserneuerungsverfahren von Orange, Sunrise und Swisscom keine Parteistellung einzuräumen. Dabei war zu prüfen, ob durch den Beschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007 rechtskräftig entschieden worden war, die Konzessionen an Orange, Swisscom und Sunrise zu vergeben. Wäre dies bejaht worden, hätte Tele2 kein Interesse an

einer Teilnahme am Konzessionierungsverfahren geltend machen können.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesen Verfahren die Frage des Verfügungscharakters des Beschlusses vom 28. Februar 2007 offen gelassen. Es hat aber festgestellt, dass der Entscheid Tele2 nicht entgegengehalten werden könnte, selbst wenn er als Verfügung zu betrachten wäre. Es führte aus, dass der Beschluss, wenn er als Zwischenverfügung im Konzessionierungsverfahren betrachtet würde, zusammen mit dem Endentscheid, d.h. der Konzession, angefochten werden könnte (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Werde der Beschluss als Endentscheid betrachtet, sei festzuhalten, dass er Tele2 nicht eröffnet worden sei. Aus dieser mangelhaften Eröffnung dürfe Tele2 gemäss Art. 38 VwVG kein Nachteil erwachsen. Tele2 habe alles ihr zumutbare unternommen, um den Beschluss anzufechten; er müsse deshalb als mitangefochten betrachtet werden (Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-7311/2008, A-7312/2008 und A-7313/2008 vom 27. Mai 2008, je E. 3.3).

3.2.1 Auch im Entscheid A-7362/2007 vom 2. Juli 2008, E. 6, hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, über die Erneuerung der Konzession unter anderem von Orange sei bisher nicht rechtskräftig entschieden worden. Es sei zunächst – unter Einbezug von Tele2 in das Verfahren – zu entscheiden, ob die auslaufenden Konzessionen von Orange, Swisscom und Sunrise vor deren Neuvergabe öffentlich auszuschreiben seien.

3.2.2 Es ist damit festzuhalten, dass der Beschluss vom 28. Februar 2007 aufgrund der Intervention von Tele2 als aufgehoben zu gelten hat, falls ihm überhaupt eine über eine rein verfahrensleitende Funktion hinausgehende Wirkung zugeschrieben wird.

3.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführerin mit dem Beschluss vom 28. Februar 2007 bzw. durch dessen Mitteilung durch das BAKOM am 8. März 2007 keine rechtskräftige Konzession erteilt wurde und entsprechend die Erteilung einer provisorischen Konzession in der angefochtenen Verfügung mit dem Beschluss vereinbar ist. Die Konzession vom 8. April 2008 erscheint damit rechtmässig und die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

4.
Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin den Beschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007 bzw. dessen Mitteilung durch das BAKOM nach Treu und Glauben als verbindliche Zusicherung verstehen und auf deren Beständigkeit vertrauen durfte.

4.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Äusserungen im Verkehr zwischen Behörden und Privaten so zu interpretieren, wie die jeweils andere Seite sie nach Treu und Glauben verstehen durfte (Urteil des Bundesgerichts 1P.551/2004 E. 3.1 vom 10. Februar 2005 mit Hinweisen). Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 122 II 113 E. 3b cc). Dieser Schutz setzt voraus, dass eine Behörde dem betroffenen Bürger eine konkrete Auskunft oder Zusicherung erteilt hat, dass sie dafür zuständig war, dass der Bürger die Unrichtigkeit der Angabe nicht erkennen konnte und dass er im Vertrauen auf die erhaltene Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat (Urteil des Bundesgerichts 4P.48/2002 E. 2c vom 4. Juni 2002 mit Hinweisen).

4.2 Es erscheint vorliegend bereits als fraglich, ob die Mitteilung des Beschlusses durch das BAKOM als behördliche Zusicherung betrachtet werden kann. Die Beschwerdeführerin wusste als erfahrene Betreiberin eines Mobilfunknetzes von der Komplexität einer Mobilfunkkonzession. Es war ihr bekannt, dass eine Konzession nicht nur den Grundsatz umfasst, dass eine Konzession eingeräumt wird, sondern dass daneben eine Vielzahl technischer, finanzieller und juristischer Fragen geregelt werden. Angesichts des vertragsähnlichen Charakters einer Konzession (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 45 Rz. 24) konnte die Beschwerdeführerin nicht annehmen, dass ihr eine Konzession erteilt worden sei, ohne dass wenigstens die wesentlichen Konzessionsbestimmungen geregelt worden wären. Zudem musste ihr – nicht zuletzt angesichts des vom BAKOM angesetzten Besprechungstermins – bewusst sein, dass in Bezug auf die konkrete Umsetzung des Refarmings noch verschiedene Fragen offen waren und unklar war, ob und welche Einigung in dieser Frage zwischen den Beteiligten gefunden werden würde. Die Mitteilung des BAKOM vom 8. März 2007 durfte damit von der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht als verbindliche Auskunft betrachtet werden.

4.3 Es sind zudem auch keine nicht wieder rückgängig zu machenden Dispositionen ersichtlich, welche die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf eine allfällige Auskunft gemacht haben könnte. Namentlich macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sie habe im Vertrauen auf die Auskunft Investitionen in ein an die neu zugeteilten Frequenzen angepasstes Netz getätigt. Eine Berufung auf das Prinzip des Vertrauensschutzes ist aus diesem Grund nicht statthaft.

4.4 Die Beschwerde erweist sich damit auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als unbegründet und ist abzuweisen.

5.
Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Die auf Fr. 2'000.-- zu bestimmenden Verfahrenskosten sind daher der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

6.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

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

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2000.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 25100003; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Ryter Sauvant	Simon Müller

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: