Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.18/2007 /zga

Urteil vom 8. August 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
Tele 2 Telecommunication Services AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Jürg Eberhart,

gegen

Bundesamt für Kommunikation,
Postfach, 2501 Biel/Bienne,
Eidgenössische Rekurskommission für
Infrastruktur und Umwelt, p.A. Bundesverwaltungsgericht, Postfach 336, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Wiedererwägung des technischen Netzbeschriebes (Konzessionsgebühren) für das Jahr 2004,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 22. November 2006.

Sachverhalt:
A.
Am 25. Februar 2004 erteilte die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) der Tele2 Telecommunication Services AG (nachfolgend: Tele2) für die Zeit vom 1. März 2004 bis 31. Dezember 2013 eine Konzession für die Erbringung von Mobilfunkdiensten über ein landesweites Mobilfunknetz auf der Grundlage des GSM-Standards (GSM = Global System for Mobile Communications). Gestützt auf diese Konzession erliess das Bundesamt für Kommunikation am 25. Februar 2004 den technischen Netzbeschrieb (Anhang III zur Konzession), worin es unter anderem die Verwaltungs- und Konzessionsgebühren festlegte. Es stützte sich dabei auf eine am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Verordnungsregelung (Art. 9 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Gebühren im Fernmeldebereich [GFV; SR 784.106]in der Fassung vom 5. Dezember 2003 [AS 2003 4777]), die gegenüber der früher geltenden (AS 1997 2897) deutlich höhere Konzessionsabgaben vorsah.
B.
Gegen die Festsetzung der Funkkonzessionsgebühren für das Jahr 2004 erhoben zwei andere Konzessionärinnen Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM). Diese hiess die beiden Beschwerden am 10. Februar 2005 gut, im Wesentlichen mit der Begründung, die in der neuen Verordnung getroffene Regelung, die am wirtschaftlichen Wert der Frequenzen anknüpfe, verfüge nicht über eine genügende gesetzliche Grundlage. Die Rekurskommission legte die Gebühr daher reformatorisch nach dem bisherigen Berechnungsmodell fest. Am 17. Oktober 2005 wies das Bundesgericht dagegen erhobene Beschwerden des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation ab (Urteile 2A.175/2005, auszugsweise wiedergegeben in sic! 3/2006 S. 167, und 2A.176/2005).
C.

Nachdem Tele2 von den Entscheiden der Rekurskommission Kenntnis erhalten hatte, stellte sie am 17. März 2005 beim Bundesamt für Kommunikation ein Gesuch um Reduktion der Konzessionsgebühren mit Rückwirkung auf den 25. Februar 2004. Das Bundesamt wies das Begehren um Reduktion der Konzessionsgebühren für das Jahr 2004 ab und verzichtete vorläufig wegen des vor dem Bundesgericht hängigen Verfahrens auf die Festlegung der Konzessionsgebühren für das Jahr 2005. Nachdem das Bundesgericht am 17. Oktober 2005 über die bei ihm hängigen Beschwerden entschieden hatte, stellte Tele2 am 2. November 2005 erneut ein Gesuch um Reduktion der Konzessionsgebühren. Das Bundesamt lehnte dieses Gesuch am 9. Dezember 2005 ab, teilte aber gleichzeitig mit, dass die Konzessionsgebühren ab dem Jahr 2005 zum alten, tieferen Ansatz berechnet würden.

Nachdem Tele2 eine anfechtbare Verfügung verlangt hatte, trat das Bundesamt mit formeller Verfügung vom 7. Juni 2006 auf das Gesuch um Reduktion der Konzessionsgebühren für das Jahr 2004 nicht ein. Dagegen erhob Tele2 am 5. Juli 2006 Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM). Diese wies die Beschwerde am 22. November 2006 ab.

D.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 5. Januar 2007 an das Bundesgericht stellt Tele2 die folgenden Anträge:

"1. Die Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM vom 7. Juni 2006 sei aufzuheben.

2. Das BAKOM sei anzuweisen, auf das Gesuch um Reduktion der Konzessionsgebühren für das Jahr 2004 einzutreten.

Eventualiter:

Das BAKOM sei anzuweisen, die Konzessionsgebühren für die Zeit vom 1.3.2004 bis 31.12.2004 auf CHF 430'000.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin den zu viel erhobenen Betrag von CHF 464'400.– zurückzuerstatten."

Das Bundesamt für Kommunikation beantragt, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten bzw. sie eventuell abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht als Nachfolgebehörde der Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid erging vor dem 1. Januar 2007, d.h. vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110; vgl. AS 2006 1242). Das Verfahren richtet sich daher noch nach dem Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943 (OG; siehe Art. 132 Abs. 1 BGG).

1.2 Gemäss dem hier noch anwendbaren Art. 61 Abs. 2 und 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) in Verbindung mit Art. 97 ff. OG unterliegen Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM) in Anwendung des Fernmeldegesetzes der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Dies gilt insbesondere auch für solche über Konzessionsgebühren (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.175/2005 vom 17. Oktober 2005, E. 1).

1.3 Nicht eingetreten werden kann allerdings auf das Rechtsbegehren, die Verfügung des Bundesamts aufzuheben. Diese ist durch den Entscheid der Rekurskommission ersetzt worden (sog. Devolutiveffekt); immerhin gilt sie als inhaltlich mitangefochten (vgl. BGE 129 II 438 E. 1 S. 441; 125 II 29 E. 1c S. 33, mit Hinweisen). Der Hauptantrag 1 der Beschwerdeführerin ist daher dahingehend zu verstehen, dass sie um Aufhebung des Entscheids der Rekurskommission ersucht. Zulässig ist demgegenüber der Hauptantrag 2, ist es dem Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde doch möglich, die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen (vgl. Art. 114 Abs. 2 OG). Als unzulässig erweist sich hingegen der Eventualantrag. Strittig ist hier nur, ob auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Reduktion der Konzessionsgebühren für das Jahr 2004 inhaltlich hätte eingetreten werden müssen. Nachdem die Rekurskommission den Entscheid des Bundesamtes, das entsprechende Gesuch nicht zu behandeln, geschützt hat, liegt kein materieller Entscheid vor, der überprüft werden könnte. Erweist sich der angefochtene Entscheid als bundesrechtswidrig, müssten die unteren Instanzen zuerst in der Sache befinden, bevor das Bundesgericht ebenfalls inhaltlich
darüber urteilen könnte. Streitgegenstand und zu prüfen ist hier somit nur, ob der Entscheid, auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht einzutreten, vor Bundesrecht standhält.

2.

2.1 Die fragliche Konzessionsgebühr für das Jahr 2004 ist in Rechtskraft erwachsen. Nach der Rechtsprechung

können rechtskräftig festgesetzte Abgaben grundsätzlich nicht zurückgefordert werden. Eine Rückerstattung ist nur möglich, wenn die rechtskräftige Erhebung entweder aufgehoben oder materiell geändert wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.112/2003 vom 29. August 2003, E. 2.4.1, in RDAF 2004 II S. 161). Die Beschwerdeführerin hält sinngemäss dafür, auf die Verfügung sei zurückzukommen, indem sie entweder widerrufen oder in Wiedererwägung gezogen werde.

2.2 Ein Widerruf kommt nur bei fehlerhaften Verfügungen in Betracht. Dabei ist eine Abwägung zwischen den Interessen an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Rechtssicherheit vorzunehmen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2006, Rz. 997 ff.). Im vorliegenden Fall geht es für die strittige Frage der Konzessionsgebühr für das Jahr 2004 nicht um eine eigentliche Dauerverfügung, da die Gebühr - im Unterschied zur eigentlichen Konzessionserteilung - nicht für eine mehrjährige Periode, sondern nur für jeweils ein Jahr festgelegt wird. Fraglich ist denn auch folgerichtig grundsätzlich die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Gebührenfestlegung, da sich nicht nachträglich das Recht geändert, sondern lediglich durch Gerichtsurteil in zwei Parallelverfahren ergeben hat, dass eine andere Rechtslage gilt, als von der verfügenden Behörde ursprünglich angenommen wurde (dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 998 f.). Damit handelt es sich um einen Fall der unrichtigen Rechtsanwendung. Eine solche ist aber grundsätzlich im Anschluss an die Verfügung durch Ergreifen von ordentlichen Rechtsmitteln geltend zu machen und rechtfertigt nur ganz
ausnahmsweise dann ein Rückkommen auf die Verfügung, wenn dieser schwerwiegende materielle Fehler anhaften (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31, Rz. 42 f.)

2.3 Eine Wiedererwägung liegt grundsätzlich im Ermessen der Behörde, die entsprechend darüber entscheiden kann, ob sie auf ein Wiedererwägungsgesuch eintreten will oder nicht. Eine Wiedererwägung des angefochtenen Entscheids wäre grundsätzlich auch vorliegend möglich. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sogar ein Anspruch auf Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch. Steht wie hier ein ursprünglicher Fehler der Verfügung in Frage, gibt es insbesondere einen solchen Anspruch, der dann praktisch einem Revisionsrecht nahekommt, wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1041 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 31, Rz. 41 und 48 ff.).

2.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt indessen die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Erlasses im inzidenten Normenkontrollverfahren die früher ergangenen Anwendungsakte grundsätzlich unberührt. Die akzessorische Normenkontrolle führt im Unterschied zur abstrakten nicht zur formellen Aufhebung der als verfassungswidrig erkannten Rechtsnormen, sondern lediglich dazu, dass deren Anwendung im konkreten Anwendungsfall unterbleibt. Die entsprechende Rechtswirkung entfaltet sich wegen des individualrechtlichen Charakters von Rechtsmittelverfahren einzig gegenüber denjenigen Parteien, die am konkreten Verfahren direkt beteiligt sind, bzw. insbesondere gegenüber der beschwerdeführenden Partei selbst. Eine Ausnahme davon lässt die Rechtsprechung nur dann zu, wenn die als rechtswidrig erkannte Verfügung an derart groben Mängeln leidet, dass sie selbst als nichtig erscheint. Die von der Beschwerdeführerin zu viel entrichtete Gebühr wäre demnach nur dann zurückzuerstatten, wenn sie aufgrund einer nichtigen und damit der Rechtskraft nicht fähigen Verfügung erhoben worden wäre. Eine Verfügung ist lediglich dann nichtig, d.h. absolut unwirksam, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er
offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (vgl. BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571, sowie das Urteil des Bundesgerichts 2P.112/2003 vom 29. August 2003, E. 2.4.1 und 2.4.2, in RDAF 2004 II S. 161).

2.5 Das Bundesgericht hat im vorliegenden Zusammenhang nicht grundsätzlich verneint, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Konzessionsgebühren besteht. Im Gegenteil ging es davon aus, dass es eine solche Grundlage in Art. 38 und 39 FMG an sich gibt. Das Bundesgericht hat einzig entschieden, dass Art. 39 Abs. 2 lit. d FMG keine Grundlage für eine Verordnungsregelung darstellt, die den wirtschaftlichen Wert der Frequenzen als Bemessungsgrundlage für die Gebührenberechnung beizieht (Urteil 2A.175/2005 vom 17. Oktober 2005, teilweise wiedergegeben in sic! 3/2006 S. 167). Dies ergab sich aufgrund einer vertieften Auslegung der fraglichen Bestimmung, die sich insbesondere auf den Gesetzeswortlaut und -zweck sowie die damals laufenden gesetzgeberischen Bestrebungen zur Einführung gerade des fraglichen Bemessungskriteriums stützte. Weder erscheint der Mangel der falschen Berechnungsgrundlage für eine an sich durchaus zulässige Gebühr besonders schwer, noch war er offensichtlich oder allenfalls leicht erkennbar. Im Übrigen hat

der Gesetzgeber die früher fehlende gesetzliche Grundlage inzwischen geschaffen (Art. 39 Abs. 2 FMG in der Fassung vom 24. März 2006, in Kraft getreten am 1. April 2007, vgl. AS 2007 737 ff.,
781 und 784, sowie 921 ff., 933 und 936 ff.), was zwar nicht zur Heilung des früheren Mangels führt, aber belegt, dass es sich nicht um eine andauernde Verfassungswidrigkeit und damit um einen bleibenden Mangel handelt.
2.6 Sodann wäre es der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Auffassung möglich und zumutbar gewesen, den Gebührenentscheid anzufechten. Es ist ihr zwar einzuräumen, dass sie als Neueinsteigerin in den Markt der Mobiltelefonie keine eigenen Erfahrungen von früheren Funkkonzessionen bzw. von früheren Gebühren für entsprechende Konzessionen mitbrachte. Die mit der neuen Verordnungsregelung eingeführte Praxisänderung war daher für sie weniger offenkundig als für ihre beiden Konkurrentinnen, die sich sofort dagegen zur Wehr setzten. Dennoch wäre es ihr zumutbar gewesen, sich entsprechend kundig zu machen bzw. selbst die Frage der gesetzlichen Grundlage zu prüfen, auf deren Fehlen sie sich nunmehr beruft. Dass es sich um die Anwendung einer neuen Verordnungsbestimmung handelte, war auch für sie ersichtlich, weshalb sie umso mehr Anlass gehabt hätte, die Recht- und insbesondere Verfassungsmässigkeit der Norm zu hinterfragen. Die Beschwerdeführerin hätte durch die Anfechtung der Konzessionsgebühr den Konzessionsentscheid als solchen bzw. insbesondere die Erteilung der Konzession nicht gefährdet. Es ist zulässig und kommt auch verbreitet vor, eine Verfügung (als Anfechtungsobjekt) nur teilweise anzufechten, soweit dies von der Sache her
sinnvoll erscheint, und damit den Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren zu beschränken. Gerade im vorliegenden Zusammenhang trifft dies zu, wo sich die Fragen der Konzessionserteilung und der Konzessionsgebühr ohne weiteres auseinander halten lassen. Die beiden Hoheitsakte erfolgten im Übrigen in verschiedenen Verfügungen mit unterschiedlicher Geltungsdauer und wurden durch verschiedene Behörden erlassen. Das belegt die Möglichkeit der auf das Objekt der Konzessionsgebühr beschränkten Anfechtung zusätzlich. Die beiden Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin haben dies in ihren Verfahren denn auch getan (vgl. die Urteile 2A.175/2005 und 2A.176/2005 vom 17. Oktober 2005).
2.7 Damit erweisen sich weder die Voraussetzungen eines Widerrufs noch diejenigen eines Anspruchs auf Wiedererwägung des Gebührenentscheids als erfüllt.
3.
3.1 Die Beschwerdeführerin sieht eine selbständige Grundlage für einen Rückerstattungsanspruch in Art. 6 GFV. Danach fordert das Bundesamt für Kommunikation einen Fehlbetrag nach oder erstattet ihn zurück, wenn es eine Gebühr nicht oder zu Unrecht in Rechnung gestellt oder falsch berechnet hat. Überdies beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine analoge Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR). Auch diese beiden angerufenen Grundlagen hätten nach Auffassung der Beschwerdeführerin zu einem Eintreten auf ihr Gesuch führen müssen.
3.2 Wieweit auf Verordnungsstufe die Voraussetzungen des Rückkommens auf eine Verfügung nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts allenfalls abgeändert werden können, ist strittig, kann hier aber offen bleiben. Weder hat das Bundesamt die fragliche Konzessionsgebühr zu Unrecht in Rechnung gestellt, noch hat es sie falsch berechnet. Eine Konzessionsgebühr war jedenfalls grundsätzlich geschuldet, und es lag auch kein Rechenfehler vor, sondern der Mangel des Gebührenentscheides lag in einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage für einen einzigen mehrerer Berechnungsfaktoren. Auf diesen Fall ist Art. 6 GFV, unabhängig davon, ob damit das allgemeine verwaltungsrechtliche System des Rückkommens auf Verfügungen modifiziert wird oder nicht, nicht anwendbar.
3.3 Auch im öffentlichen Recht gilt, in Analogie zu den Bereicherungsregeln des Privatrechts, dass Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erfolgen, zurückzuerstatten sind (vgl. etwa Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 760 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 16, Rz. 8). Eine Leistung ist jedoch nicht ohne Rechtsgrund erbracht worden, wenn sie aufgrund einer zwar materiellrechtlich falschen, aber rechtskräftigen Verfügung erfolgt und auf diese Verfügung nicht zurückzukommen ist (BGE 124 II 570 E. 4b und c S. 578 f., mit Hinweisen). Die Fehlerhaftigkeit einer rechtskräftigen Abgabeverfügung ändert grundsätzlich nichts daran, dass die Abgabe geschuldet wird. Die Rückerstattung der bezahlten Abgabe kann deshalb nur dann in Frage kommen, wenn auf die ihr zugrunde liegende Abgabeverfügung zurückgekommen wird. Nur diesfalls entfällt der Grund der erbrachten Leistung, d.h. tritt der Fall der ungerechtfertigten Zuwendung ein. Ist die hier fragliche Gebührenverfügung in Rechtskraft erwachsen und ist darauf nicht zurückzukommen, liegt demgemäss kein Fall der ungerechtfertigten Bereicherung vor. Die Beschwerdeführerin hat damit auch nicht gestützt darauf einen Anspruch auf Rückerstattung des zu

viel geleisteten Gebührenbetrags.
4.
Demnach musste das Bundesamt für Kommunikation auf das Gesuch um Rückkommen auf die Gebührenverfügung bzw. um Rückerstattung eines Teils der geleisteten Gebühr nicht eintreten, weshalb der angefochtene Entscheid nicht gegen Bundesrecht verstösst. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Bei diesem Verfahrensausgang wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156, 153 und 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Bundesamt für Kommunikation und der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. August 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: