Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-6533/2010

Urteil vom 18. Juli 2011

Besetzung

Richter Markus Metz (Vorsitz),
Richter Christoph Bandli, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

Parteien

Tele M1 AG, Neumattstrasse 1, 5001 Aarau,
vertreten durch Rechtsanwalt Kaspar Hemmeler, Hintere Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz,

Gegenstand

Gebührenanteile 2008/2009, Verfügung des BAKOM vom 14. Juli 2010.

Sachverhalt:

A.
Im Rahmen der Umsetzung der neuen Radio- und Fernsehgesetzgebung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) im Jahr 2008 neue Konzessionen für Regionalradio und -fernsehen. Das Verfahren erfolgte in zwei Schritten: Am 7. Juli 2008 erhielten jene Radio- und Fernsehsender eine Konzession, die sich in ihrer Region als einzige darum beworben hatten, am 31. Oktober 2008 wurden diejenigen Konzessionen erteilt, um die sich mehrere Veranstalter beworben hatten. Gegen diese Verfügungen sind verschiedentlich Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen.

B.
Die Tele M1 AG erhielt mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 eine Veranstalterkonzession für ein Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für die Region Aargau-Solothurn. Gleichzeitig wies das UVEK die Bewerbung der Arolfinger Lokalfernsehen AG um Erteilung einer entsprechenden Konzession ab.

Die Arolfinger Lokalfernsehen AG focht diese Verfügung am 5. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht an. Mit schriftlicher Erklärung vom 20. März 2009 zog sie ihre Beschwerde wieder zurück, woraufhin das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren mit Entscheid vom 24. März 2009 als gegenstandslos abschrieb.

C.
Im März 2010 teilte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) den Veranstaltern, deren Konzessionsentscheide nicht angefochten worden waren, mit, dass die Gebührenanteile für das Jahr 2008 nicht wie ursprünglich vorgesehen ab Eintritt der Rechtskraft ausbezahlt würden, sondern rückwirkend per Erteilungsdatum der Konzession, das heisst per 7. Juli 2008 bzw. 31. Oktober 2008.

D.
Am 7. Juni 2010 gelangte die Tele M1 AG an das BAKOM und beantragte, ebenfalls rückwirkend auf das Datum der Eröffnung der Konzession vom 31. Oktober 2008 neurechtliche Gebührenanteile ausbezahlt zu erhalten.

E.
Mit Schreiben vom 5. Juli 2010 lehnte das BAKOM eine rückwirkende Auszahlung von Gebührenanteilen an die Tele M1 AG ab. Nachdem diese um Zustellung einer Rechtsmittelbelehrung ersucht hatte, wies das BAKOM das Gesuch um rückwirkende Auszahlung von neurechtlichen Gebührenanteilen mit Verfügung vom 14. Juli 2010 ab.

F.
Gegen diese Verfügung erhebt die Tele M1 AG (Beschwerdeführerin) am 13. September 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt deren Aufhebung. Die neurechtlichen Gebührenanteile seien ihr ab dem 31. Oktober 2008 bis am 23. März 2009 in der Höhe von Fr. 909'084.60 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 24. März 2009 auszuzahlen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, die Praxis des BAKOM öffne Tür und Tor zu missbräuchlichen Beschwerden. Würde nämlich der Suspensiveffekt künftig dazu führen, dass die Gebühren nicht ausbezahlt würden, könnte ein im Konzessionsverfahren unterlegener Bewerber durch die Erhebung einer Beschwerde Druck auf die obsiegende Veranstalterin ausüben. Eine Veranstalterin, die in einer solchen Situation die Gebührenauszahlung rasch möglichst erreichen wolle, könne damit gezwungen werden, den Beschwerdeführer durch Zugeständnisse zum Beschwerderückzug zu bewegen. Zudem gehe die Argumentation des BAKOM, eine Konzession erlange im Falle einer Beschwerde lediglich ex nunc Wirksamkeit, fehl. Denn es käme vor, dass die Rechtsmittelinstanz kein Sachurteil, sondern einen Prozessentscheid fälle, mithin keine materielle Überprüfung vorgenommen werde. So seien die Kriterien für die Erteilung der Konzession vorliegend nicht mit Abschreibungsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. März 2009, sondern mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 geprüft worden, und die Konzession gelte unverändert seit diesem Datum. Sodann spreche auch die dienende Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht dafür, die Wirkung der rechtskräftigen Konzessionserteilung ex post auf den Zeitpunkt ihres Erlasses zurückzubeziehen. Im Übrigen sei die Erbringung des Service Public-Auftrags ab Erteilung der Konzession für die Auszahlung des Gebührenanteils nicht vorausgesetzt worden. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots geltend. Sie habe keinen Einfluss auf das Gebaren ihrer Mitbewerberin gehabt, die mit der

Verfügung nicht einverstanden gewesen sei. Dennoch habe sie sich um eine Einigung und einen Beschwerderückzug bemüht. Es erscheine in einem unhaltbaren Mass stossend, wenn die Auszahlung des Gebührenanteils von der Dauer eines Verfahrens abhängig gemacht werde, auf das sie keinen Einfluss gehabt habe und das letztlich ohne Sachentscheid erledigt worden sei. Nicht zuletzt sei dabei zu beachten, dass das BAKOM bereits bei der Konzessionserteilung diejenigen Veranstalter vorgezogen habe, in deren Sendegebiet nur ein einziges Gesuch eingegangen sei, was eine stossende Ungleichbehandlung zur Folge gehabt habe.

G.

In seiner Vernehmlassung vom 12. November 2010 beantragt das BAKOM (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Es weist darauf hin, die Beschwerdeführerin könne daraus, dass sie den Service Public "freiwillig" erbracht habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten, auch nicht aus der von ihr zitierten Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz mache sie an keiner Stelle geltend und könne entsprechend keine Berechtigung für einen rückwirkenden Gebührenanteil nachweisen. Es bestehe sodann kein Widerspruch zur vorsorglichen Massnahme in den Versorgungsgebieten 11 und 32. Die provisorische Konzessionierung der TVO AG in der Ostschweiz sei auf ausdrückliche Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts geprüft worden. In jenem Fall hätten sich die Verhältnisse aufgrund des Rückweisungsurteils des Bundesverwaltungsgerichts grundlegend geändert und es sei neu mit einer unerwartet langen Verfahrensdauer zu rechnen gewesen, mit der Gefahr, dass das Programm ohne provisorischen Gebührenanteil über einen längeren Zeitraum hätte reduziert werden müssen. Als Gegenleistung für die Gebührenanteile habe die TVO AG zudem einen klar umrissenen Leistungsauftrag zu erfüllen. Des Weiteren sei auch keine Ungleichbehandlung mit anderen Veranstaltern erfolgt. In den Genuss der rückwirkenden Zahlungen seien nur diejenigen Veranstalter gelangt, deren Konzessionsverfügungen unbestritten geblieben seien. Dagegen habe kein Veranstalter, der in ein Beschwerdeverfahren involviert gewesen sei, rückwirkend auf das Datum der Konzessionserteilung Gebührengelder zugesprochen erhalten. Die vorliegende Beschwerde sei daher abzuweisen und es könne offen gelassen werden, ob die Aussage in der angefochtenen Verfügung stimme, wonach es herrschender Lehre entspreche, dass die

aufschiebende Wirkung die Wirksamkeit der Konzession und nicht lediglich deren Vollstreckbarkeit hemme.

H.

Am 5. Januar 2011 reicht die Beschwerdeführerin Bemerkungen zur Vernehmlassung der Vorinstanz ein. Sie hält daran fest, die Frage, ob die aufschiebende Wirkung die Wirksamkeit oder lediglich die Vollstreckbarkeit der Konzession hemme, sei für den Ausgang des Verfahrens zentral. Massgebend seien die Besonderheiten des Einzelfalls und die Interessenlage, wobei der Grundsatz gelte, dass der durch die aufschiebende Wirkung ausgelöste Schwebezustand dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zum Schaden des obsiegenden Beschwerdegegners einen Vorteil bringen dürfe. Die Vorinstanz habe es unterlassen, eine Interessenabwägung durchzuführen. Die Beschwerdeführerin weist weiter darauf hin, dass sich die Situation vorliegend anders darstelle als bei der TVO AG: Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei durch den Abschreibungsentscheid rechtskräftig entschieden, eine provisorische Veranstalterkonzession könne sie also gar nicht mehr beantragen. Deswegen sei es richtig, ihr den Gebührenanteil rückwirkend ab Datum der Konzessionserteilung auszubezahlen. Da sie bereits seit diesem Zeitpunkt den Service Public erbringe, stehe dem nichts im Wege. Es sei auch nicht ersichtlich, weshalb sie im Gegensatz zu denjenigen Konzessionärinnen, die die Gebühren bereits ausbezahlt erhalten hätten, die Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz geltend machen müsse, wie dies die Vorinstanz fordere. Im Übrigen sei die Erfüllung des Leistungsauftrags ab Datum der Konzessionserteilung für die rückwirkende Ausrichtung des Gebührenanteils gerade nicht vorausgesetzt worden. Ausserdem dürfe die Ungleichbehandlung nicht mit dem Umstand begründet werden, dass einige Konzessionserteilungen unangefochten geblieben seien. Relevant sollte einzig sein, dass das UVEK die Konzessionsvoraussetzungen als gegeben betrachtet habe und demzufolge die Konzessionen – unabhängig davon, ob der Leistungsauftrag bereits erbracht wurde – erteilte.

I.

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

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). Das BAKOM 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 zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

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, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

3.
Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

4.
Im vorliegenden Beschwerdeverfahren umstritten ist die Frage, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Auszahlung der neurechtlichen Gebührenanteile ab dem Datum der Konzessionserteilung zu Recht abgewiesen hat, mithin die Gebührenanteile der Beschwerdeführerin richtigerweise erst mit Abschreibungsentscheid vom 24. März 2009 des Bundesverwaltungsgerichts auszubezahlen waren.

4.1. Die Vorinstanz begründet die angefochtene Verfügung im Wesentlichen damit, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Konzessionserteilung die Wirksamkeit der Konzession schlechthin hemme. Eine Konzession erlange im Falle einer Beschwerde lediglich ex nunc Wirksamkeit, da erst mit der Bestätigung durch die Rechtsmittelinstanz auch deren Rechtmässigkeit festgestellt werde. Ein Rückbezug der Rechtskraft bzw. der Rechtswirksamkeit sei im Beschwerdefall demnach generell ausgeschlossen. Zum selben Schluss

gelange man überdies auch unter Berücksichtigung des Devolutiveffekts. Die Vorinstanz könne bis zu einem Entscheid der Beschwerdeinstanz keine Rechte und Pflichten aus der angefochtenen Konzession durchsetzen. In ihrer Vernehmlassung lässt die Vorinstanz die Frage der Rechtsfolgen der aufschiebenden Wirkung offen, verzichtet auf weitere Ausführungen rechtsdogmatischer Natur und beschränkt sich, auf die Besonderheiten des Einzelfalls und die konkrete Interessenlage einzugehen. Zusammengefasst gelangt sie dabei zum Schluss, es habe keine Verpflichtung der Beschwerdeführerin bestanden, während der Hängigkeit der gegen die Konzessionserteilung eingereichten Beschwerde einen Service Public zu erbringen. Zudem habe allen Bewerbern um eine neurechtliche Konzession gestützt auf die öffentliche Ausschreibung klar sein müssen, dass eine Auszahlung von Gebührengeldern erst ab Rechtskraft des Konzessionsentscheides vorgenommen werden könne.

4.2. Die Beschwerdeführerin besteht dagegen darauf, dass die Frage, ob die aufschiebende Wirkung der Beschwerde die Wirksamkeit oder lediglich die Vollstreckbarkeit der Konzession hemme, für den Ausgang des Verfahrens zentral sei. Lehre und Rechtsprechung gingen überwiegend davon aus, zur Lösung dieser Frage seien die Besonderheiten des Einzelfalls und die Interessenlage massgebend. Als Grundsatz für die Beurteilung dieser Streitfrage müsse gelten, dass der durch die aufschiebende Wirkung ausgelöste Schwebezustand dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zum Schaden des Beschwerdegegners einen Vorteil erbringen dürfe. Vorliegend habe die Mitkonkurrentin, obwohl sie nicht einmal die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt habe, Beschwerde gegen die Konzessionserteilung erhoben und damit die Gebührengelder blockiert, die nun nach Ansicht der Vorinstanz gar nicht zur Auszahlung kommen sollen. Führte der Suspensiveffekt dazu, dass künftig Gebühren nicht ausbezahlt würden, könne ein im Konzessionsverfahren unterlegener Bewerber durch die Erhebung einer Beschwerde Druck auf die obsiegende Veranstalterin ausüben. Eine solche Praxis öffne Tür und Tor zu missbräuchlichen Beschwerden. Hinzu komme, dass das Bundesverwaltungsgericht in jenem Beschwerdeverfahren keinen Sach-, sondern einen Prozessentscheid gefällt habe. Die Kriterien für die Erteilung der Konzession seien nicht mit dem Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, sondern mit der Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008 geprüft worden. Auch die Bezugnahme der Vorinstanz auf den Devolutiveffekt vermöge daran nichts zu ändern.

Dieser falle eben gerade dahin, wenn die Beschwerde zurückgezogen werde. Schliesslich spreche auch die dienende Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht dafür, dass die Wirkung der rechtskräftigen Konzessionserteilung ex post auf den Zeitpunkt ihres Erlasses zurückzubeziehen sei. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe keine Interessenabwägung im konkreten Fall vorgenommen.

4.3.

4.3.1. Nach Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge oder Rechtswirkung vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 55 N 8). Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Wirkungen der Verfügung so lange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.19). In der Folge bleiben der rechtliche und tatsächliche Zustand vor Erlass des erstinstanzlichen Entscheids bestehen, bis über das Rechtsmittel entschieden ist (ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], NF 116/2007, II. Halbband, S. 274). Die Rechtslage befindet sich gewissermassen in einem Schwebezustand. Wird, wie vorliegend, zugunsten der Verfügungsadressatin eine positive Verfügung erlassen, hat die aufschiebende Wirkung zur Folge, dass von der erteilten Konzession noch kein Gebrauch gemacht werden kann und die daraus entspringenden Rechte und Pflichten vorläufig nicht zum Zug kommen. Wird das Beschwerdeverfahren wegen Rückzugs der Beschwerde abgeschrieben, wird der vorinstanzliche Entscheid rechtskräftig und die aufschiebende Wirkung entfällt (SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 67). Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt in einem solchen Fall das Verfügte wirksam wird, ob mithin ein Rückbezug auf den Zeitpunkt der Verfügungseröffnung erfolgt oder die Wirksamkeit erst mit dem Beschwerdeentscheid eintreten soll.

4.3.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt sich die Frage nicht einheitlich beantworten, sondern es ist jeweils auf die Besonderheiten des Einzelfalls und die jeweilige Interessenlage

abzustellen. In jedem einzelnen Fall muss geprüft werden, welche Tragweite vernünftigerweise dem Suspensiveffekt zuzumessen ist bzw. welchen Zwecken er vernünftiger- und legitimerweise dienen soll (BGE 112 V 74 E. 2a und c, BGE 106 Ia 155 E. 5). Dabei gilt es den Grundsatz zu beachten, dass die aufschiebende Wirkung nicht dem unterliegenden Beschwerdeführer zum Schaden des obsiegenden Beschwerdegegners einen materiellrechtlichen Vorteil bringen darf (BGE 112 V 74 E. 2b).

4.3.3. Ein überwiegender Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass der Suspensiveffekt nicht nur allfällige Konsequenzen, sondern die Wirksamkeit der Verfügung selbst aufschiebt (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1627; XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 218 ff., 343 ff. mit weiteren Hinweisen; GEROLD STEINMANN, Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993, S. 148; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 243). In Bezug auf die Frage einer allfälligen Rückwirkung der Wirksamkeit im Fall einer Abweisung der Beschwerde wird in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung mehrheitlich betont, es sei zu vermeiden, dass der opponierenden Partei aufgrund der unbegründeten Beschwerdeführung zulasten der obsiegenden Partei ein ungerechter Vorteil erwachse. Stets seien die besonderen Verhältnisse oder die konkrete Interessenlage zu berücksichtigen, die zu einem anderen Ergebnis führen können (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, zu Art. 68, N. 10; STEINMANN, a.a.O., S. 149; REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 11 zu Art. 50; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, Bd. 2 S. 922 f.). Materiellrechtlich soll die Rechtsfolge grundsätzlich dann eintreten, wenn ihre Tatbestandselemente erfüllt sind; dass es zur verbindlichen Festlegung noch einer behördlichen (Beschwerde-) Entscheidung bedarf, ist nur ein prozessualer Aspekt, der an der materiellrechtlichen Lage nichts ändert (SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 69). Diesbezüglich angeführt wird zudem, dass das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts diene (FRITZ GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 1976, S. 12; SEILER, Praxiskommentar

VwVG, Art. 55 N 69). In Bezug auf die Erfüllung finanzieller Leistungen wird daher geltend gemacht, dass diese im Allgemeinen nachträglich ab Zeitpunkt der ursprünglichen Verfügung geschuldet seien (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 407; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1991, Rz. 1095; SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 70). Grundsätzlich solle vermieden werden, dass sich die Beschwerdeführung trotz Unterliegens dadurch lohne, dass die Verfügung erst mit ihrer rechtskräftigen Beurteilung wirksam werde (THOMAS MERKLI, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, ZBl 2008, S. 422).

Demgegenüber wird aber auch vorgebracht, die aufschiebende Wirkung habe unter Berücksichtigung eines materiellrechtlichen Massstabs zur Folge, dass eine Verfügung lediglich ex nunc Wirksamkeit erlangen könne; denn erst mit der Bestätigung durch die Rechtsmittelinstanz sei auch deren Rechtmässigkeit festgestellt (HÄNER, a.a.O., S. 385). Hinsichtlich Verfügungen, die auf eine Geldleistung lauten, lässt es aber auch HÄNER als fraglich erscheinen, ob nur die Vollstreckbarkeit oder auch die Entstehung oder zumindest die Fälligkeit der Forderung durch das Rechtsmittel gehemmt wird. Unter Umständen werde hier der grundlosen Rechtsmitteleinlegung Vorschub geleistet und damit die staatliche Aufgabenerfüllung gefährdet, wenn die Forderung erst mit Rechtskraft der Verfügung fällig werde. Dies betreffe insbesondere Bereiche der Massenverwaltung wie das Sozialversicherungs- oder das Steuerrecht. Die Umkehrung des Grundsatzes, dass die aufschiebende Wirkung bei Geldleistungen nur die Vollstreckung hemme, solle aber nicht in allen Fällen Gültigkeit haben, insbesondere nicht, wenn nicht gleichzeitig die Finanzierung der staatlichen Aufgaben ernsthaft gefährdet sei (HÄNER, a.a.O., S. 385 f.).

4.4. Demnach lässt sich keine einheitliche Regelung aufstellen, die für alle Fälle Gültigkeit hätte. Daher ist im Folgenden entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falls und der bestehenden Interessenlage zu prüfen, welche Tragweite dem Suspensiveffekt vorliegend zuzumessen ist.

4.4.1. Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 eine Veranstalterkonzession für ein Regionalfernsehen mit

Leistungsauftrag und Gebührenanteil für die Region Aargau-Solothurn erteilt. Gleichzeitig wurde die Bewerbung der Arolfinger Lokalfernsehen AG um Erteilung einer entsprechenden Konzession abgewiesen. Daraufhin focht die Arolfinger Lokalfernsehen AG diese Verfügung am 5. Dezember 2008 beim Bundesverwaltungsgericht an. Mit schriftlicher Erklärung vom 20. März 2009 zog sie ihre Beschwerde wieder zurück, woraufhin das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren mit Entscheid vom 24. März 2009 als gegenstandslos abschrieb.

Die Vorinstanz teilte im März 2010 den Veranstaltern, deren Konzessionsentscheide nicht angefochten worden waren, mit, dass die Gebührenanteile für das Jahr 2008 nicht wie ursprünglich vorgesehen ab Eintritt der Rechtskraft ausbezahlt würden, sondern rückwirkend per Erteilungsdatum der Konzession, das heisst per 7. Juli 2008 bzw. 31. Oktober 2008. Die Beschwerdeführerin beantragte deshalb, ebenfalls rückwirkend auf das Datum der Konzessionseröffnung (in ihrem Fall per 31. Oktober 2008) die neurechtlichen Gebührenanteile ausbezahlt zu erhalten.

4.4.2. Der Suspensiveffekt hat vorliegend somit dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin einerseits bis zum rechtskräftigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. März 2009 keinem Leistungsauftrag nachkommen musste, ihr andererseits während diesem Zeitraum keine Gebührengelder ausbezahlt wurden. Die Vorinstanz begründete die Auszahlung der neurechtlichen Gebührenanteile an diejenigen Radio- und Fernsehveranstalter, deren Konzession unbestritten geblieben war, mit dem für die lokalen Medien schwierigen Umfeld, den vorhandenen Mitteln und der Tatsache, dass die Ausrichtung per Erteilungsdatum der Konzession gesetzlich zulässig sei. Sie beschränkte sich dabei bewusst auf die unbestritten gebliebenen Konzessionen, da sie davon ausging, dass nach Lehre und Rechtsprechung ein Rückbezug der Rechtskraft bzw. der Rechtswirksamkeit im Beschwerdefall generell ausgeschlossen sei, während dies im Fall des ungenutzten Ablaufs der Beschwerdefrist grundsätzlich möglich sei.

4.4.3. In der – von beiden Parteien zitierten – Zwischenverfügung A-7762/2008 vom 3. Februar 2009 liess das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob die aufschiebende Wirkung nur die Vollziehbarkeit oder auch die Wirksamkeit der Verfügung hemme, offen, weil die damalige Beschwerdegegnerin auch ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung keine (finanziellen) Nachteile zu erleiden hatte. Das

Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass allen Bewerbern aufgrund der Formulierung der öffentlichen Ausschreibung klar gewesen sein musste, dass eine Auszahlung von Gebührengeldern erst ab Rechtskraft des Konzessionsentscheids vorgenommen werden könne. Diese Regeln wurden zu Beginn des Konzessionsverfahrens allen Bewerbern bekannt gegeben. Als wesentliches Kriterium beurteilte das Bundesverwaltungsgericht die mangelnde Verpflichtung zur Erbringung eines Service Public-Auftrags. Ohne eine rechtskräftige Konzession unterstand der betroffene Bewerber während der Verfahrensdauer keinen konzessionsrechtlichen Verpflichtungen und war demnach frei, ein weniger kostenintensives Programm zu veranstalten. Es stand ihm aber auch frei, ein Programm – in freier Programmgestaltung – zu senden. Im Übrigen verwies das Bundesverwaltungsgericht auch auf die Übereinstimmung mit dem Grundsatz, wonach bei der Neuzuteilung von Konzessionen für sämtliche Bewerber die gleiche Ausgangslage geschaffen werden und nach alter Radio- und Fernsehgesetzgebung konzessionierten Fernsehveranstaltern kein Startvorteil zukommen soll. Ebenso leite sich aus Art. 109 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) ab, dass eine Auszahlung von neurechtlichen Gebühren im Fall einer Beschwerde erst mit der endgültigen Erteilung der Konzession, nämlich dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, möglich sei. Dass während der Dauer des hängigen Verfahrens keine Gebührengelder ausbezahlt wurden, wurde folglich nicht als finanzieller Nachteil angesehen (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-7762/2008 vom 3. Februar 2009 E. 8.2 ff.).

4.4.4. Nachdem vorliegend eine neurechtliche Konzession zur Diskussion steht, die im selben Konzessionserteilungsverfahren zugesprochen wurde wie im soeben dargelegten Fall, ist diese Rechtsprechung auch hier zu berücksichtigen. Massgeblich ist dabei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin während des hängigen Verfahrens, bis zur Rechtskraft der Konzession durch den Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, keinen Service Public zu erbringen hatte, dies insbesondere, nachdem sie die altrechtliche Konzession am 3. November 2008 zurückgegeben hatte. Aber selbst wenn sie diese nicht vorzeitig zurückgegeben hätte, wäre sie regulär am 31. Dezember 2008 abgelaufen. Es blieb der Beschwerdeführerin unbenommen, auch ohne einen Leistungsauftrag ein Fernsehprogramm zu senden, was sie auch tat, indem sie – wie sie geltend macht – einen lokalen Service Public wie schon auf Basis der alten Konzession erbrachte. Dass sie zudem Investitionen tätigen musste, Einsparungen im Personalbereich vermied

und davon absah, ein weniger kostenintensives Programm durchzuführen, mag aufgrund des stark umworbenen Marktes wirtschaftlich schwierig gewesen sein, doch offensichtlich auch möglich. Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Beschwerdeführerin aufgrund des im Ergebnis sehr kurzen Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht wird von ihr denn auch nicht behauptet. Wie die Vorinstanz zu Recht darauf hinweist, lässt sich aus dem Entscheid, einen Service Public freiwillig zu erbringen, kein rückwirkender Gebührenbezug ableiten. Es ist somit kein Grund auszumachen, vorliegend von der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts abzuweichen.

4.4.5. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2010 vom 23. August 2010 erweist sich insofern anders, als in jenem Verfahren eine provisorische Übergangskonzession erteilt worden war, die einerseits die Ausrichtung eines provisorischen Gebührenanteils vorsah, andererseits aber auch an die Erfüllung eines Leistungsauftrags gebunden war. Die Gebührengelder wurden somit gestützt auf eine (provisorische) Konzession und im Gegenzug gegen die Erbringung eines Leistungsauftrags ausgerichtet, womit die Rechtslage nicht vergleichbar ist mit dem vorliegenden Verfahren und sich daraus keine weiteren Ansprüche der Beschwerdeführerin ableiten lassen.

4.4.6. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin spielt es sodann keine Rolle, ob eine materielle Abweisung oder bloss ein Prozessentscheid in Frage steht, da im einen wie im anderen Fall mit dem Urteil die ursprüngliche Verfügung in Rechtskraft tritt (vgl. BGE 112 V 74 E. 1). Auch gehört es zu einem Mehrparteienverfahren, dass gegen den Willen der einen Partei ein Rechtsmittel eingelegt wird. Der Beschwerdeführerin musste schon zu Beginn des Verfahrens klar sein, dass die Wirksamkeit der Konzession im Fall einer Anfechtung aufgeschoben würde und die Gebührengelder dementsprechend höchstwahrscheinlich erst ab Rechtskraft der Konzession ausbezahlt würden (vgl. auch Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 16. Februar 2009 E. 8.5).

4.5. Demnach entsteht der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren insofern kein Nachteil dadurch, dass sie die Gebührengelder erst ab Rechtskraft des Konzessionsentscheids und nicht schon seit dem Tag der Konzessionserteilung erhält, als sie während der Dauer des

Verfahrens auch nicht verpflichtet war, einen Leistungsauftrag zu erfüllen. Den Bewerbern war von Anfang an bekannt, dass die Gebührengelder erst mit rechtskräftigem Entscheid über die Konzessionsverfügungen ausgerichtet würden. Dass die Vorinstanz den Veranstaltern, deren Konzessionen unangefochten blieben, im Nachhinein rückwirkend per Datum der Konzessionserteilung Gebührengelder ausbezahlte, vermittelt – wie sogleich zu sehen ist (E. 4.6 ff. nachstehend) – der Beschwerdeführerin auch aus Sicht der Rechtsgleichheit keinen Anspruch, ebenfalls in den Genuss einer rückwirkenden Ausrichtung der Gelder zu kommen.

4.6. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) besagt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidwesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. statt vieler BGE 135 V 361 E. 5.4.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 750 ff.).

4.6.1. Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang darauf hin, lediglich denjenigen Veranstaltern, deren Konzessionsverfügungen unbestritten geblieben waren, rückwirkend per Datum der Konzessionsverfügung Gebührenanteile ausbezahlt zu haben. Dagegen habe kein Veranstalter, der in ein Beschwerdeverfahren involviert gewesen sei, solche Zahlungen erhalten. Es liege somit keine Ungleichbehandlung vor.

4.6.2. Die Unterscheidung in Veranstalter, gegen deren Konzessionsverfügungen ein Rechtsmittel ergriffen wurde, und in solche, deren Konzessionen unangefochten blieben, lässt sich sachlich und vernünftig begründen. So ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die unangefochten gebliebenen Konzessionen mit ihrem Erteilungsdatum in Rechtskraft erwuchsen und damit resp. innert der angesetzten Frist auch die Verpflichtung zur Erbringung des Leistungsauftrags entstand, wohingegen dies in den Verfahren, in denen

es zu einer Anfechtung der Konzessionsverfügung kam, gerade nicht der Fall war. Die Sachverhalte erweisen sich somit als unterschiedlich, weshalb die Unterscheidung durch die Vorinstanz mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar ist. Von einer willkürlichen Rechtsanwendung kann somit erst recht keine Rede sein, weshalb auch diese Rüge der Beschwerdeführerin fehl geht. Im Übrigen ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass sie die Gebührengelder mit Rechtskraft des Entscheids ausbezahlt erhielt, ohne schon ab diesem Tag den Service Public-Auftrag zu erfüllen. Sie wurde daher nicht anders gestellt als die Veranstalter, deren Konzessionen unangefochten blieben, sondern erhielt wie diese eine Frist zur Aufnahme des Programmbetriebs.

5.
Zusammenfassend ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

6.
Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten, bestimmt auf Fr. 12'000.--, zu tragen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.-- zu verrechnen.

7.
Der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE e contrario).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 12'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.-- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Markus Metz	Mia Fuchs

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: