Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-3129/2008/
{T 1/2}

Urteil vom 19. März 2009

Besetzung

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

Parteien

Sunrise Communications AG, Hagenholzstrasse 20/22, Postfach, 8050 Zürich,
vertreten durch Herrn Olivier Buchs und Rechtsanwältin lic. iur. Claudia Steiger, Sunrise Communications AG, Hagenholzstrasse 20/22, 8050 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Provisorische Verlängerung der Konzession Nr. 25100002.

Sachverhalt:

A.
Die Sunrise Communications AG (nachfolgend Sunrise) bzw. ihre Rechtsvorgängerin diAx AG war Inhaberin einer nationalen GSM-Mobilfunkkonzession. Diese berechtigte Sunrise 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 Sunrise am 8. März 2007 mitgeteilt.

C.
Da eine Konkurrentin, Tele2 (heute TelCommunication Services AG), 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.

D.
Am 8. April 2008 erteilte deshalb die ComCom Sunrise mit zwei Verfügungen eine provisorische Konzession für die Nutzung des bisherigen Frequenzspektrums für die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen.

E.
Dagegen erhebt Sunrise am 13. Mai 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die in der provisorisch erteilten Konzession vorgesehene Möglichkeit zur jederzeitigen Gebührenerhöhung sei aufzuheben, für die Bemessung der Gebühren sei die massgebliche Verordnung in der Fassung anzuwenden, wie sie sich

aus einem von der Beschwerdeführerin früher eingeleiteten Beschwerdeverfahren ergeben werde. Ferner sei die Bestimmung, wonach eine Entschädigungspflicht für den Fall eines vorzeitigen Widerrufs der Konzession wegbedungen wird, aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe der Vorinstanz ihre Einwände gegen die vorgesehene Konzessionsordnung mitgeteilt. Die Vorinstanz sei indessen nicht darauf eingegangen und habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Vorinstanz habe das Konzessionserneuerungsverfahren sistiert, ohne darüber in einem begründeten Entscheid zu befinden. Stattdessen habe sie lediglich die Konzession provisorisch verlängert.

Die finanziellen Bedingungen der provisorischen Konzession führten zu einem Ungleichgewicht zulasten der Beschwerdeführerin. Sie habe die auf einer revidierten Verordnung basierende Gebührenfestsetzung bereits im Rahmen der bisherigen Konzession angefochten und habe aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde keine auf der revidierten Verordnung basierenden Gebühren zu bezahlen. Diese aufschiebende Wirkung müsse auch auf die vorliegende Konzession durchschlagen, da mit der provisorischen Verlängerung der Konzession keine neuen Pflichten geschaffen werden sollten.

Die von der Vorinstanz vorbehaltene Möglichkeit zur Erhöhung der Gebühren während der Konzessionsdauer verletze mangels klarer Rahmenbedingungen ihr Bedürfnis nach Rechtssicherheit in der Investitionsplanung. Da eine Begrenzung der Gebühr durch das Äquivalenzprinzip im vorliegenden Zusammenhang nicht möglich sei, müsse die Gebühr einem strengen Legalitätsprinzip unterstellt werden. Eine hinreichende formellgesetzliche Grundlage bestehe aber nicht.

Indem die Vorinstanz eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit ohne Entschädigungspflicht vorsehe, verkenne sie, dass im Mobilfunkbereich laufend Investitionen vorzunehmen seien, die erst längerfristig amortisiert werden könnten. Es gebe keinen Grund, die gesetzlich vorgesehene Entschädigungsmöglichkeit auszuschliessen.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 27. Juni 2008 wies die Instruktionsrich-

terin das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 25. Juli 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie habe sich mit den wesentlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und sei damit den Anforderungen an das rechtliche Gehör nachgekommen. Das Konzessionserneuerungsverfahren sei nicht sistiert worden, sondern aufgrund des Devolutiveffekts der Beschwerde von Tele2 an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen worden. Angesichts des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts, dass Tele2 Parteistellung eingeräumt werden müsse, hätten allfällige Verfahrensschritte zudem wiederholt werden müssen. Die Vorinstanz habe das Konzessionserneuerungsverfahren deshalb ohnehin nicht weiterführen können.

Das von der Beschwerdeführerin genannte Beschwerdeverfahren betreffend die Konzessionsgebühren für das Jahr 2007 könne auf das vorliegende Verfahren von vornherein keinen Einfluss haben, da die massgeblichen Verordnungsbestimmungen auf Anfang 2008 erneut geändert worden seien. Die Rechtmässigkeit der anwendbaren Verordnungsbestimmung wäre gegebenenfalls im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die (separat zu erlassende) Gebührenverfügung zu beurteilen. Aus dem Umstand, dass aus pragmatischen Gründen bis zum Entscheid über die Beschwerden betreffend die Konzessionsgebühren 2007 noch keine Gebühr für das Jahr 2008 erhoben worden sei, könne die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Die Konzessionsgebühren würden durch die Verordnung festgelegt und nicht rechtsgeschäftlich vereinbart. Die angefochtene Konzessionsbestimmung halte lediglich fest, dass die Gebühr während der Konzessionsdauer angepasst werden könne. Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, die Gebühr sei zu hoch, sei dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern müsste ebenfalls im Rahmen einer Beschwerde gegen die Gebührenverfügung geltend gemacht werden. Eine Anpassung der Konzessionsgebühren an eine veränderte Rechtslage sei zulässig, wenn nicht Vertrauensschutzüberlegungen dagegen sprächen oder wohlerworbene Rechte der Konzessionärin betroffen seien. Im vorliegenden Fall bestünden weder wohlerworbene Rechte noch eine Vertrauensschutzsituation. Die entschädi-

gungslose Widerrufsmöglichkeit wirke sich wohl auf die Investitionsplanung aus, dies ergebe sich aber zwangsläufig aus dem provisorischen Charakter der Frequenznutzung. Da die Beschwerdeführerin aufgrund des provisorischen Charakters der Konzession nicht auf eine bestimmte Konzessionsdauer vertrauen könne, sei ein Widerruf auch nicht als vorzeitig zu werten und Investitionen seien ohnehin nicht zu entschädigen.

Selbst wenn ein Anspruch auf wirtschaftliches Gleichgewicht der Konzession angenommen würde, könnte dieser nicht bedeuten, dass sich gesellschaftliche oder staatliche Entwicklungen und Massnahmen nicht nachteilig auf die Wirtschaftlichkeit der Konzessionsnutzung auswirken dürften. Eine Anpassung der Gebühren an veränderte tatsächliche oder rechtliche Bedingungen sei nicht zu beanstanden.

In Bezug auf das Recht zum entschädigungslosen Widerruf der Konzession führt die Vorinstanz aus, ein Widerrufsvorbehalt sei zulässig, die Ausübung des Widerrufsrechts erfordere aber eine Interessenabwägung. Je nach dem, wie das ordentliche Konzessionsverfahren ausgehe, könne der Widerruf auch im Interesse der Beschwerdeführerin sein, so zum Beispiel, wenn die ursprünglich beabsichtigte Frequenzvergabe realisiert und damit eine UMTS-Nutzung ermöglicht würde.

H.

Mit Replik vom 18. September 2008 hält die Beschwerdeführerin an den Anträgen in der Sache fest. Sie führt aus, die Vorinstanz habe sich in der angefochtenen Verfügung mit ihren Einwänden nicht auseinandergesetzt. Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass es geboten gewesen sei, aufgrund der Verzögerung bei der Neukonzessionierung eine vorläufige Regelung der Frequenznutzung zu treffen. Dabei habe es aber die Vorinstanz unterlassen, die gegenüberstehenden Interessen abzuwägen und eine einseitig zu Lasten der Konzessionärinnen gehende Regelung getroffen.

Eine provisorische Konzessionsverlängerung könne nicht einseitig angeordnet werden, vielmehr müsse gemeinsam mit der Beschwerdeführerin eine einvernehmliche Lösung gesucht werden. Es sei der Beschwerdeführerin aber nicht angeboten worden, unter Entschädigung der im Vertrauen auf den Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 getätigten Investitionen auf eine Konzessionsverlängerung zu verzichten. Für die Dauer der provisorischen Konzessionsverlängerung

müsse die Gebührenregelung gelten, wie sie der ursprünglichen Konzession zugrunde gelegen habe. Ein Vorbehalt einseitiger Änderungen der Gebührenverordnung sei deshalb unzulässig.

Die provisorische Konzessionsverlängerung habe zusätzliche Investitionen der Beschwerdeführerin notwendig gemacht, diese müssten bei einem vorzeitigen Widerruf der Konzession entschädigt werden. Dabei könne der entstandene Schaden erst im Zeitpunkt des Widerrufs bestimmt werden. Ein Mobilfunknetz müsse laufend mit erst langfristig amortisierbaren Investitionen um- und ausgebaut werden. Die Beschwerdeführerin werde deshalb mit der provisorischen Konzessionsverlängerung nicht besser gestellt, als wenn sie gar keine Konzession erhalten hätte. Ihre Investitionen seien deshalb zu entschädigen.

I.
In ihrer Duplik vom 13. Oktober 2008 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Sie führt aus, es seien der Beschwerdeführerin keineswegs einseitig Lasten aufgebürdet worden, vielmehr sei die provisorische Konzessionsverlängerung in erster Linie im Interesse der Beschwerdeführerin erfolgt. Die Höhe der Konzessionsgebühren ergäbe sich aus den einschlägigen Rechtsnormen und könne nicht Gegenstand wohlerworbener Rechte sein. In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin getätigten Investitionen hält die Vorinstanz fest, es sei der Beschwerdeführerin bekannt gewesen, dass der Beschluss vom 28. Februar 2007 keine rechtskräftige Zusicherung dargestellt habe und daher auch keine Vertrauenssituation habe begründen können. Die geltend gemachte Vertrauenssituation würde sich zudem nicht auf die provisorische Konzessionsverlängerung beziehen und deshalb auch dem angefochtenen Widerrufsvorbehalt nicht entgegenstehen.

J.
In ihren Schlussbemerkungen vom 23. Oktober 2008 macht die Beschwerdeführerin geltend, die provisorische Konzessionsverlängerung diene wohl den Interessen der Allgemeinheit an einer Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, greife aber in ihre geschützten und schutzwürdigen Interessen ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch diese unmittelbar betroffen. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.2

1.2.1 Da sich die Verfahren zur Erteilung neuer Mobilfunkkonzessionen verzögerten, drohte nach dem Ablauf der bisherigen Konzessionen ein konzessionsloser Zustand, der dazu geführt hätte, dass in der Schweiz keine Mobilfunkdienstleistungen mehr hätten erbracht werden können. Um diesem – offensichtlich öffentlichen Interessen zuwiderlaufenden – Ergebnis vorzubeugen, erteilte die Vorinstanz die vorliegend umstrittene provisorische Konzession. Sie hat damit Massnahmen getroffen, die das Konzessionsverhältnis einstweilig neu regeln. Obwohl nicht als solche bezeichnet, ist die angefochtene provisorische Konzession damit als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung neuer Mobilfunkkonzessionen zu betrachten (vgl. dazu Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S.121 f.).

1.2.2 Verfügungen über provisorische Massnahmen sind Zwischenverfügungen (Martin Kayser im Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 46 Rz. 7) und damit gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG namentlich anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Die umstrittenen Konzessionsbestimmungen betreffend die anwendbare Berechnungsgrundlage und die Entschädigungspflicht bei einem Widerruf der Konzession haben an sich noch keine direkten nachteiligen Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin; weder wird durch die Konzession bereits der Betrag der Konzessionsgebühr festgelegt

noch kann anhand der Konzession bereits gesagt werden, ob und in welchem Umfang allenfalls Investitionen aufgrund eines entschädigungslosen Dahinfallens der Konzession nutzlos werden. Die Bestimmungen führen jedoch zu einer Unsicherheit bei der Kosten- und Investitionsplanung der Beschwerdeführerin und behindern diese bei der Gestaltung ihres Angebotes. Der Beschwerdeführerin droht damit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG.

1.2.3 Gemäss Art. 24 Abs. 4 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) ist die selbständige Anfechtung von verfahrensleitenden und anderen Zwischenverfügungen in Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen ausgeschlossen. Die Vorinstanz verzichtete im Verfahren zur Erneuerung der Konzessionen auf eine öffentliche Ausschreibung, so dass die vorliegende Zwischenverfügung nicht unter den Anwendungsbereich der Bestimmung von Art. 24 Abs. 4 FMG fällt. Die Beschwerde gegen die vorliegende Zwischenverfügung ist damit zulässig.

1.3 Auf die form-und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten (vgl. aber nachstehend E. 7.4).

2.
Das BVGer 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).

3.
Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe ihren im Vorfeld des Verfügungserlasses geäusserten Bedenken nicht Rechnung getragen bzw. sei auf die gegen die Bedingungen der Konzessionsverlängerung vorgebrachten Einwände nicht eingegangen. Sie führt aus, die Vorinstanz habe dadurch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Beschwerdeführerin beantragt aufgrund dieser geltend gemachten Gehörsverletzung die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, nicht aber die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels ist an sich geeignet, eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs vor der Vorinstanz zu heilen (BGE 125 I 209 E. 9). Nachdem die Instruktionsrichterin im Rahmen des Instruktionsverfahrens ohnehin einen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt hat, ist dieser

Antrag gegenstandslos geworden. Es erübrigt sich damit zu prüfen, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hat.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe das Verfahren zur Erneuerung der abgelaufenen Mobilfunkkonzessionen faktisch sistiert, ohne darüber einen begründeten Entscheid zu fällen. Sie macht geltend, es widerspreche den Intentionen des Gesetzgebers, der ein rasches Konzessionierungsverfahren angestrebt habe, wenn die Vorinstanz mit der Fortführung des Verfahrens zugewartet habe, bis das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren betreffend das Akteneinsichtsgesuch von Tele2 entschieden habe. Sie führt weiter aus, die Vorinstanz habe bei ihrem Entscheid über die Sistierung des Konzessionserneuerungsverfahrens die Interessen der Beschwerdeführerin ungenügend berücksichtigt.

4.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, sie habe das Konzessionserneuerungsverfahren keineswegs sistiert, aufgrund des Devolutiveffektes der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgerichts sei sie während der Verfahrensdauer indessen nicht zuständig gewesen. Da allfällige, unter Verletzung der Parteistellung von Tele2 erfolgte Verfahrensschritte ohnehin hätten wiederholt werden müssen, habe das Abwarten des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichtes auch nicht zu einer Verfahrensverlängerung geführt.

4.3 Die Beschwerdeführerin beantragt nicht die Aufhebung der kritisierten faktischen Sistierung bzw. die Fortsetzung des Hauptverfahrens auf Erteilung der definitiven Konzession. Die angebliche Sistierung ist auch weder direkt noch indirekt Gegenstand der vorliegend angefochtenen Ziffern der provisorischen Konzession. So macht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zwar geltend, die provisorische Konzessionserteilung sei erst aufgrund der angeblichen Sistierung notwendig geworden. Einen konkreten, mit der hier strittigen Konzession zusammenhängenden Aufhebungs- oder Änderungsantrag stellt sie hingegen nicht. Die Fragen, ob die Vorinstanz das Hauptverfahren vorübergehend sistiert hatte, ob sie darüber einen begründeten Entscheid hätte fällen müssen und ob die Voraussetzungen einer Sistierung tatsächlich gegeben waren, müssen deshalb vorliegend nicht geprüft werden.

Die Beschwerdeführerin macht mit ihren Ausführungen sinngemäss geltend, die Notwendigkeit einer provisorischen Konzession sei auf Verfahrensfehler der Vorinstanz zurück zu führen und es dürften ihr daraus keine Lasten erwachsen. Dieses Argument wird – soweit wesentlich – in der Folge bei der Prüfung der gegen die einzelnen Konzessionsbestimmungen erhobenen Rügen zu berücksichtigen sein.

5.
Weiter rügt die Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise, die angefochtenen Konzessionsbestimmungen verletzten das wirtschaftliche Gleichgewicht der Konzession. Der aus dem französischen Recht abgeleitete Grundsatz des wirtschaftlichen Gleichgewichts einer Konzession findet sich im schweizerischen Recht nicht als allgemeiner Grundsatz des Konzessionsrechts. Auch eine Umsetzung dieses Grundsatzes im Gesetzes- und Verordnungsrecht besteht im Bereich der Mobilfunkkonzessionen nicht (Entscheid des Bundesgerichtes 2A.432/2005 vom 18. Juli 2006 E. 3.6). Die Rüge ist damit unbegründet und es erübrigt sich, zu prüfen, ob die angefochtenen Konzessionsbestimmungen zu einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht führen.

6.
6.1 Die Beschwerdeführerin beantragt zunächst, die Konzession sei mit dem Vorbehalt zu ergänzen, dass die Verordnung vom 7. Dezember 2007 über die Gebühren im Fernmeldebereich (GebV-FMG, SR 784.106) in der Fassung massgebend sei, wie sie sich aus dem von der Beschwerdeführerin am 20. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachten Gebührenbeschwerdeverfahren (A-6328/2007) ergeben werde. Sie führt dazu aus, die GebV-FMG habe zu einer unzulässigen Gebührenerhöhung geführt. Eine darauf abgestützte Gebührenverfügung habe sie beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Da mit der provisorischen Konzession lediglich die bisherige Konzession verlängert und keine neuen Lasten eingeführt werden sollten, müsse ein allfälliger Erfolg in diesem Beschwerdeverfahren auch auf die provisorisch verlängerte Konzession durchschlagen. In der provisorischen Konzession müsse angemerkt werden, dass die Gebührenregelung zu gelten habe, wie sie sich aus dem letztlich höchstrichterlichen Entscheid ergeben werde.

6.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, im von der Beschwerdeführerin angesprochenen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sei eine auf die Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Gebühren im

Fernmeldebereich abgestützte Gebührenverfügung (aGFV; AS 1997 2895) umstritten. Diese Verordnung sei von der GebV-FMG abgelöst worden. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts würde sich damit gar nicht zur in der vorliegend angefochtenen Verfügung erwähnten Verordnung äussern. Hinzu komme, dass eine Überprüfung einer Verordnungsbestimmung im Rahmen der konkreten Normenkontrolle ohnehin nicht zu deren Aufhebung durch das überprüfende Gericht führen könne. Es würde einer Bestimmung lediglich in einem konkreten Fall die Anwendung versagt. Aus einem Urteil einer Beschwerdeinstanz könne damit nie eine andere Fassung einer Verordnungsbestimmung resultieren. Die Verordnungsbestimmungen stellten zudem zwingendes Recht dar, welches bei der Gebührenbemessung anzuwenden sei. Die Erwähnung der Verordnung in der Konzession habe daher ohnehin nur deklaratorischen Charakter.

6.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde A-6328/2007 mit Entscheid vom 4. August 2008 abgewiesen. Die Beschwerdeführerin hat dagegen Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben. Diese ist noch rechtshängig, der Ausgang des Verfahrens ist daher offen.

6.4 Die angefochtene Ziff. 2 des Dispositivs der Konzession vom 8. April 2008 verpflichtet die Beschwerdeführerin dazu, die Bestimmungen der Konzession und das anwendbare Recht einzuhalten. Ziff. 1.1 der Erwägungen der Konzession zählt eine Reihe von Rechtssätzen auf, die bei der Ausübung der Konzession namentlich zu beachten sind. Die GebV-FMG kommt bei der Bemessung der Konzessionsgebühr zur Anwendung, diese wird in einer separaten Verfügung festgesetzt.

Wird in einer Beschwerde gegen eine Gebührenverfügung geltend gemacht, diese stütze sich auf eine Verordnungsbestimmung, welche gegen übergeordnetes Recht verstosse, ist die Rechtmässigkeit der Verordnung im Verfahren der akzessorischen Normenkontrolle zu überprüfen. Wird bei einer akzessorischen Prüfung festgestellt, dass eine Bestimmung gegen übergeordnetes Recht verstösst, sind die Behörden berechtigt, sie nicht anzuwenden. Dagegen besteht keine Befugnis, den betreffenden Rechtssatz als rechtswidrig zu erklären (Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 2076). Die formelle Aufhebung bzw. Anpassung der rechtswidrigen Norm ist ausschliesslich Sache

der zuständigen Rechtssetzungsorgane (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 2078). Würde im Beschwerdeverfahren gegen eine Gebührenverfügung festgestellt, dass die Gebührenverordnung gegen übergeordnetes Recht verstosse, könnte dies lediglich zu ihrer Nichtanwendung führen, nicht aber dazu, dass das Bundesverwaltungs- bzw. das Bundesgericht eine abweichende Fassung der Verordnung schaffen würde. Es kann deshalb auch keinen Hinweis auf eine von einer Rechtsmittelinstanz geschaffene Fassung einer Verordnung angebracht werden.

6.5 Im Übrigen soll gemäss der hier strittigen Bestimmung bei der Gebührenbemessung nicht die im Verfahren A-6328/2007 überprüfte aGFV, sondern die GebV-FMG zur Anwendung gelangen. Eine Nichtanwendung der aGFV bei der Gebührenfestsetzung im Entscheid A-6328/2007 (bzw. im gegen diesen Entscheid eingeleiteten Beschwerdeverfahren 2C_679/2008 vor dem Bundesgericht) wäre auch aus diesem Grund nicht in der vorliegend angefochtenen Konzession anzumerken.

6.6 Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ergänzung der Konzession mit einem Vorbehalt betreffend den Ausgang des Verfahrens A-6328/2007 erscheint daher unbegründet und ist abzuweisen.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, die Bestimmung der Konzession, gemäss der die Gebühren während der Dauer der Konzession jederzeit erhöht werden könnten, sei aufzuheben. Zur Begründung führt sie aus, sie sei nicht in der Lage gewesen, auf die provisorische Konzessionierung zu verzichten, da sie andernfalls keine Mobilfunkdienstleistungen mehr hätte anbieten können und damit massiven Schaden für sich, ihre Mitarbeiter und die Schweizer Bevölkerung verursacht hätte. Die Konzession habe damit nicht vertraglichen Charakter und ein Vorbehalt jederzeitiger Gebührenänderungen habe deshalb nicht gültig vereinbart werden können. Die Bemessung der Konzessionsgebühr unterliege einem strengen Legalitätsprinzip, da das Äquivalenzprinzip bei Monopolkonzessionsgebühren mangels Vergleichswerten nicht als Surrogat herbeigezogen werden könne. Da im formellen Gesetz weder die konkrete Bemessung der Gebühren noch die dabei anzuwendenden Grundsätze hinreichend bestimmt seien, habe der Verordnungsgeber bei der Gebührenfestsetzung vollkommene Freiheit. Die Konzessionärin habe damit keine Anhaltspunkte,

mit welcher Abgabelast sie während der Konzessionsdauer zu rechnen habe. Die vorliegende Konzession stelle eine Verlängerung der bisherigen Konzession dar und müsse deshalb den gleichen Bedingungen unterliegen.

7.2 Die Vorinstanz hält dazu fest, strittig sei vorliegend nicht die Frage der Verfassungs- und Gesetzeskonformität der für die Gebührenfestsetzung massgebenden Rechtsgrundlagen, sondern die Rechtmässigkeit der Konzessionsbestimmung, wonach für die Gebührenfestsetzung die jeweils gültigen Rechtsgrundlagen massgebend seien. Es bestehe kein Raum für eine rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien über die Gebührenhöhe, da diese in Art. 39 FMG vorgegeben sei. Eine Anpassung der Gebührenhöhe bei einer Änderung der anwendbaren Rechtsgrundsätze sei zulässig, sofern keine wohlerworbenen Rechte entgegenstünden und der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht verletzt werde.

7.3 Vorab ist festzuhalten, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht die Festsetzung der Konzessionsgebühr ist, sondern lediglich die Bestimmung, wonach die Gebühr gemäss den im jeweiligen Zeitpunkt anwendbaren Rechtsgrundlagen festzusetzen sei. Es ist daher nicht zu prüfen, ob die Grundlagen für die Gebührenerhebung dem Legalitätsprinzip entsprechen. Die Rechtmässigkeit der Konzessionsgebühr wird gegebenenfalls in einem gegen die konkrete Gebührenverfügung gerichteten Beschwerdeverfahren zu prüfen sein.

7.4 Zu prüfen ist lediglich, ob ein Vorbehalt der Gebührenfestsetzung nach Massgabe der jeweils gültigen Rechtsgrundlage gegen wohlerworbene Rechte verstösst. Im Zusammenhang mit Konzessionen gelten nach der Rechtsprechung aufgrund des mit ihnen begründeten vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses jene Rechte als wohlerworben, die nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können. In die Substanz von auf diese Weise begründeten Rechten darf gestützt auf spätere Gesetze regelmässig nicht, jedenfalls nicht ohne Entschädigung, eingegriffen werden (BGE 127 II 69 E. 5a mit Hinweisen). Sowohl die Konzessionsdauer als auch die vereinbarte Höhe beispielsweise eines Wasserzinses gelten grund-

sätzlich als wohlerworbene Rechte, die vor Eingriffen in ihre Substanz geschützt sind (BGE 126 II 171 E. 4c aa).

Dies bedeutet indessen nicht, dass sich das Gemeinwesen nicht durch einen entsprechenden Vorbehalt die Freiheit wahren kann, die Nutzungsentschädigung zu erhöhen. Dies kann zwar nicht durch einen allgemeinen formelhaften Vorbehalt der künftigen Gesetzgebung geschehen. Zulässig ist indessen ein gezielter Vorbehalt, wonach die Nutzungsentschädigung nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung festzusetzen sei. Damit wird die Entstehung eines wohlerworbenen Rechts im Bereich der Nutzungsentschädigung ausgeschlossen, soweit die vorbehaltene Änderung vom Gesetzgeber ausgeht (BGE 126 II 171 E. 4c aa, Entscheid des Bundesgerichtes 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.3). Ein Vorbehalt der Gebührenbemessung nach dem jeweils gültigen Recht erscheint damit als zulässig.

Im Bereich des Mobilfunks wird zudem die Konzessionsgebühr regelmässig nicht in der Konzessionsurkunde festgelegt, so auch vorliegend nicht. Die Konzession hält vielmehr fest, die Konzessionärin habe gemäss Art. 39 FMG und der GFV eine Konzessionsgebühr zu entrichten; deren Höhe bemesse sich auf der Grundlage des technischen Netzbeschriebs. Damit enthält die Konzession keine für die Bestimmung der Gebührenhöhe relevante Regelung. Die Festlegung erfolgt vielmehr ausschliesslich aufgrund von Rechtsnormen (vgl. Entscheid A-6328/2008 vom 4. August 2008 E. 6.2). Der angefochtene Vorbehalt erscheint damit sachgerecht und die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet. Ob bei Fehlen eines Vorbehaltes die Gebührenbemessung nach andern Grundsätzen erfolgen würde bzw. ob der Beschwerdeführerin durch den Vorbehalt überhaupt ein Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 bst. a VwVG entsteht, kann vor diesem Hintergrund offenbleiben.

7.5 Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, wenn sie gegen den angefochtenen Vorbehalt anführt, sie habe keine andere Möglichkeit gehabt, als die Konzession anzunehmen, der Vorbehalt könne deshalb auch nicht als vertraglich vereinbart gelten. Auch wenn anzuerkennen ist, dass eine Nichtannahme der Konzession derart schwerwiegende Folgen für die Beschwerdeführerin und für die Mobilfunkversorgung gehabt hätte, dass realistischerweise von einer Annahme ausgegangen werden konnte, wäre der Beschwerdeführerin theoretisch ein Verzicht auf die Konzession freigestanden. Auch die

vorliegend umstrittene provisorische Konzession hat damit vertragsähnlichen Charakter. Würde dieser der Konzession abgesprochen, wäre sie gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Übrigen auch nicht geeignet, wohlerworbene Rechte zu begründen. Die Beschwerdeführerin kann damit auch aus dem Umstand, dass sie unter Druck stand, die Konzession anzunehmen, keine Rechte ableiten.

7.6 An diesem Ergebnis würde auch nichts ändern, wenn – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – die gesetzlichen Grundlagen für die Gebührenbemessung nicht den strengen Anforderungen des Legalitätsprinzips im Abgaberecht entsprechen würden. Das Fehlen genügender gesetzlicher Grundlagen gäbe dem Verordnungsgeber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keineswegs völlige Freiheit bei der Gebührenbemessung; vielmehr könnte ein Mangel der gesetzlichen Grundlagen mittels Beschwerde gegen eine überhöhte Gebührenverfügung geltend gemacht werden.

7.7 Schliesslich kann dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, die vorliegende provisorische Konzession stelle eine Verlängerung der bisherigen Konzession dar und unterliege deshalb den Bestimmungen der bisherigen Konzession, nicht gefolgt werden. Die provisorische Konzession vom 8. April 2008 lehnt sich zwar weitgehend an die Bedingungen der bisherigen Konzession an, hat aber ein neues, eigenständiges Rechtsverhältnis begründet und die daraus fliessenden Rechte und Pflichten definiert.

7.8 Soweit sich die Beschwerde gegen den Vorbehalt allfälliger Gebührenerhöhungen während der Konzessionsdauer richtet, erscheint sie unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8.

8.1 Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, der in der Konzession enthaltene Vorbehalt einer entschädigungslosen Widerrufsmöglichkeit sei aufzuheben. Sie führt aus, der Anspruch auf eine Entschädigung bei einem Widerruf der Konzession gemäss Art. 24*e* Abs. 2 FMG sei zwingender Natur. Art. 9, 26, und 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantierten den Schutz ihrer Investitionen, der entschädigungslose Widerruf verstosse gegen Treu und Glauben sowie die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit. Bereits die Erteilung einer provisorischen Konzession an sich greife in die Rechtsansprüche der Konzessionärin ein. Auch bei einem bestehenden Netz müssten Investitionen getätigt wer-

den, dies habe sie im Vertrauen auf eine bevorstehende Konzessionsverlängerung getan.

8.2 Die Vorinstanz beantragt die Abweisung dieses Rechtsbegehrens. Die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts in eine Konzession, auf die kein Anspruch bestehe, sei grundsätzlich zulässig. Dass sich eine provisorische Konzession, wie vorliegend, auf die Investitionsplanung auswirke, sei unvermeidlich. Wenn die Beschwerdeführerin Dispositionen getroffen habe, sei dies im Wissen geschehen, dass die Konzessionsvergabe mit dem Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 noch nicht definitiv erfolgt sei. Die Vorinstanz anerkennt, dass Art. 24*e* Abs. 2 FMG eine zwingende Norm darstelle. Der angefochtene Vorbehalt weiche aber nicht von Art. 24*e* FMG ab, diese Bestimmung komme nur bei einem vorzeitigen Widerruf zur Anwendung, bei einer von vornherein nicht auf eine bestimmte Dauer angelegten Konzession sei aber ein vorzeitiger Widerruf nicht denkbar. Da die Beschwerdeführerin ein funktionierendes Netz betreibe, habe sie keine bedeutenden Anfangsinvestitionen zu tätigen. Falls keine provisorische Konzessionsverlängerung erfolgt wäre, hätte die Beschwerdeführerin bei Ablauf der ursprünglichen Konzession ihren Betrieb entschädigungslos einstellen müssen. Die Verlängerung der Konzession bedeute eine Besserstellung der Beschwerdeführerin.

8.3 Die Vorinstanz ging offenbar davon aus, dass die provisorische Konzession bei Erteilung der definitiven Konzessionen widerrufen werden müsste. Aus der Natur der provisorischen Konzession als vorsorgliche Massnahme ergibt sich indessen, dass diese bei Inkrafttreten der Endverfügung ohne weiteres dahinfällt. Die Frage einer allfälligen Entschädigung wird damit nicht direkt durch Art. 24*e* FMG geregelt. Die Konzessionsbestimmung, wonach bei einem Widerruf der provisorischen Konzession infolge Dahinfallens der definitiven Konzession keine Entschädigung gemäss Art. 24*e* Abs. 2 FMG geschuldet werde, erweist sich damit als nicht sachgerecht.

Ob und in welchem Masse beim Dahinfallen der provisorischen Konzession Entschädigungsansprüche entstehen, ist im Zeitpunkt des Erlasses der Endverfügung zu prüfen. Entspricht das mit der vorsorglichen Massnahme Angeordnete nicht dem mit dem Endentscheid Verfügten, müssen die Folgen der provisorischen Massnahme rückabgewickelt werden (vgl. dazu HANSJÖRG SEILER in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 56 Rz. 54 ff.). Dabei wird neben dem Bedürfnis der Netzbetreiber nach Investitionssicherheit auch dem provisorischen Charakter der Konzession – mithin dem beschränkten Vertrauen auf eine feste Konzessionsdauer – angemessen Rechnung zu tragen sein.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Vorbehalt des entschädigungslosen Widerrufs im Falle der Erteilung einer definitiven Konzession richtet, ist sie gutzuheissen und der Vorbehalt ist aufzuheben.

8.4 Auf die Frage, ob der Vorbehalt, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, gegen die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit und gegen zwingende Bestimmungen des Fernmelderechts verstosse, ist unter diesen Umständen nicht einzugehen.

9.

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, sie habe im Vertrauen auf den Grundsatzbeschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007, gemäss dem ihr nach Ablauf der ursprünglichen Konzession eine neue Konzession erteilt werde, Investitionen getätigt. Sie sei im Vertrauen in diese Zusicherung zu schützen. Eine allfällige Entschädigung für Investitionen, welche bei einer Neuzuteilung der Konzessionen nutzlos würden, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerdeführerin stellt denn auch keine entsprechenden Anträge. Es erübrigt sich deshalb, zu prüfen, ob der Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 überhaupt geeignet ist, eine Vertrauenssituation zu schaffen.

10.

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Die Beschwerdeführerin ist mit dem Antrag auf Aufhebung des Vorbehalts des entschädigungslosen Widerrufs durchgedrungen, mit den übrigen Anträgen dagegen unterlegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz als teilweise unterliegend. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden Bundesbehörden keine Kosten auferlegt. Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- sind in der Höhe von Fr. 2'000.- der überwiegend unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

11.

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. Gemäss Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Dies ist vorliegend der Fall, weshalb der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziff. 2 des Dispositivs i.V.m. E. 1.6 der Konzession wird aufgehoben, soweit darin eine Entschädigungspflicht bei vorzeitigem Widerruf wegbedungen wird.

2.
Die Beschwerdeführerin hat einen Anteil der Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- zu tragen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf08-04-08_007 / AZ 221.2; 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: