Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-1570/2007
{T 0/2}

Urteil vom 23. Januar 2008

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richter Jürg Kölliker, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

A._____AG bzw. B._____,
vertreten durch Allmediaconsulting AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM),
Vorinstanz.

Gegenstand

Widerruf einer Verfügung.

Sachverhalt:

A.
Die A._____AG ist im Besitz einer Konzession zur Verbreitung eines Lokalfernsehprogramms unter dem Namen B._____ und erhält einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren. Mit Verfügung vom 25. August 2003 genehmigte das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) deren Budget für das Rechnungsjahr 2003 mit anrechenbaren Aufwendungen von Fr. 3'593'748.- und einem Defizit von Fr. 1'166'953.- (Ziff. 1). B._____ wurde demnach für das Rechnungsjahr 2003 ein Gebührenanteil von höchstens Fr. 790'625.- zugesprochen (25% Betriebskosten plus 12% lineare Kürzung) (Ziff. 2). 80% des zugesprochenen Höchstbetrags, ausmachend Fr. 632'500.- exkl. MwSt von Fr. 15'180.-, werde der B._____ innert Monatsfrist ausbezahlt (Ziff. 3). Die definitive Abrechnung finde nach der Genehmigung der Jahresrechnung 2003, welche nach Massgabe der BAKOM-Weisung Nr. 1 zu erstellen sei, durch das BAKOM statt. Bilanz und Erfolgsrechnung 2003, samt Geschäftsbericht und Bericht der Kontrollstelle, seien dem BAKOM bis spätestens 30. April 2004 vorzulegen (Ziff. 4). Weiter äusserte sich das BAKOM zur Verwendung des Gebührenanteils (Ziff. 5).

B.
Gestützt auf die Verfügung vom 25. August 2003 zahlte das BAKOM der A._____AG am 1. September 2003 80% des verfügten Betrags, ausmachend Fr. 632'500.- (exkl. MwSt), aus. Die restlichen 20% des zugesicherten Anteils sollten nach der Prüfung der endgültigen Jahresrechnung 2003 der A._____AG entrichtet werden.

C.
Das BAKOM beschloss im Sommer 2004 die Durchführung einer Buchprüfung bei den fünf grössten lokalen Fernsehveranstaltern, die in den Genuss des Gebührensplittings gelangen. In deren Rahmen beauftragte es die Gesellschaft Pricewaterhouse Coopers (nachfolgend: PWC) mit der Prüfung der Jahresrechnung 2003 der A._____AG. Mit Management Letter zur vertieften Wirtschaftsprüfung der A._____AG vom 17. Februar 2005 (nachfolgend: Revisionsbericht) stellte PWC Mängel bei der Verbuchung der Einnahmen und Gegengeschäfte fest.

D.
Am 14. März 2005 übermittelte das BAKOM den PWC-Revisionsbericht vom 17. Februar 2005 an die A._____AG und forderte diese zur Stellungnahme auf. Dieser Aufforderung kam die A._____AG mit Eingabe vom 13. April 2005 nach. Das BAKOM gelangte mit Schreiben vom 5. September 2006 erneut an die A._____AG. Die beiden hierbei gestellten Fragen beantwortete die A._____AG mit Stellungnahme vom 16. Oktober 2006.

E.
Mit Verfügung vom 26. Januar 2007 widerrief das BAKOM seine Verfügung vom 25. August 2003 (Ziff. 1). Der der A._____AG für die Veranstaltung des Programms B._____ zugewiesene Betrag des Anteils am Ertrag der Empfangsgebühren 2003 werde auf Fr. 493'670.- festgelegt (Ziff. 2). Vom Überschuss des für die Veranstaltung des Programms B._____ im Jahre 2003 erhaltenen Anteils am Ertrag der Empfangsgebühren habe die A._____AG den Betrag von Fr. 138'830.- zurückzuerstatten. Hinzu kämen 2.4% MwSt, d.h. Fr. 3'331.90. Diese Rückzahlung habe innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung der Verfügung zu erfolgen (Ziff. 3). Weiter habe die A._____AG innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung der Verfügung den Betrag von Fr. 5'140.- als Spruch- und Schreibgebühr zu entrichten (Ziff. 4). Das BAKOM begründete den Widerruf damit, dass PWC an mehreren Stellen ihres Revisionsberichts ernsthaft an der Einhaltung der Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Einnahmeverbuchungen durch die A._____AG zweifle. Die Prüfung der Jahresrechnung 2003 der A._____AG führe deshalb zum Widerruf seiner Verfügung vom 25. August 2003 bzw. zur Rückforderung des zuviel geleisteten Gebührenanteils.

F.
Mit Eingabe vom 27. Februar 2007 führt die A._____AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Widerrufsverfügung des BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) vom 26. Januar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt die Feststellung, dass die Beschwerde fristgerecht eingereicht worden sei (Rechtsbegehren 1) und sie bzw. B._____ bzw. Christian Stärkle als Rechtsvertreter zur Beschwerdeführung aktiv legitimiert sei (Rechtsbegehren 2). Weiter sei der Widerrufsverfügung die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen (Rechtsbegehren 3). Die Widerrufsverfügung sei vollumfänglich aufzuheben (Hauptbegehren). Eventualiter sei auf

den Widerruf gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1) zu verzichten (Eventualbegehren). Subeventualiter sei auf die Rückforderung gemäss Art. 28 Abs. 3 SuG zu verzichten bzw. die Höhe der Rückforderung zu reduzieren (Subeventualbegehren). Zum Hauptantrag führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, der Anspruch auf Rückerstattung der Finanzhilfe sei verjährt, weshalb die Widerrufsverfügung aufzuheben sei. Im Rahmen des Eventualbegehrens macht sie geltend, die Behörde habe auf den Widerruf zu verzichten, da die Beschwerdeführerin ihre Entwicklung nie in diesem Tempo vorangetrieben hätte, wenn klar gewesen wäre, dass sich das Gebührensplitting dermassen reduzieren würde, so dass es Auswirkungen auf den Betrieb haben würde. Der Betrieb könnte aufgrund einer derartigen Reduktion bzw. Rückerstattung nicht mehr im jetzigen Ausmass aufrechterhalten bleiben. Schliesslich bringt sie zum Subeventualbegehren vor, der Revisionsbericht sei mangelhaft und in einzelnen Teilen gar falsch.

G.
Die Vorinstanz beantragt mit Schreiben vom 25. Mai 2007, vor der Stellungnahme in der Sache sei zuerst die Einhaltung der Beschwerdefrist zu prüfen. Gestützt auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin gelange sie zum Schluss, dass die Beschwerdefrist am 26. Februar 2007 geendet habe. Die Beschwerde sei jedoch auf den 27. Februar 2007 datiert.

H.
Der Instruktionsrichter beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 29. Mai 2007 vorläufig auf die Frage der Einhaltung der Beschwerdefrist und forderte die Parteien zur diesbezüglichen Stellungnahme auf.

I.
Mit Schreiben vom 4. Juni 2007 führt die Beschwerdeführerin aus, die Widerrufsverfügung vom 26. Januar 2007 sei erst am 29. Januar 2007 in ihren Besitz gelangt, dies werde durch den Auszug der Post in Chur bestätigt. Die 30-tägige Frist habe somit am 30. Januar 2007 zu laufen begonnen und am 28. Februar 2007 geendet. Die Beschwerde sei am 27. Februar 2007 mit Beleg der Post übergeben worden. Sie beantragt zudem, es seien ein Kostenentscheid und eine Parteientschädigung in einem Zwischenentscheid zu sprechen. Die Vorinstanz teilt mit Schreiben vom 12. Juni 2007 mit, sie verzichte auf weitere Ausführungen zur Einhaltung der Beschwerdefrist.

J.
Der Instruktionsrichter hob die Beschränkung des Verfahrens mit Verfügung vom 14. Juni 2007 auf und forderte die Vorinstanz zur Stellungnahme in der Sache auf. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen werde gesamthaft im Rahmen des Endentscheids befunden.

K.
Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2007 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Die Berufung auf die Verjährung sei nicht statthaft, da die Beschwerdeführerin über die provisorische Natur der erfolgten Zahlung informiert gewesen sei. Weiter komme ein Verzicht auf den Widerruf nicht in Betracht. Die Beschwerdeführerin hätte zum einen aufgrund des provisorischen Charakters der Zusicherungsverfügung die mögliche Rückforderung bei der Entwicklung von Betrieb und Programmangebot miteinbeziehen müssen. Zum anderen sei der Rückzahlungsbetrag verglichen mit den anerkannten Betriebskosten verhältnismässig. Schliesslich komme im Zusammenhang mit der Beurteilung des Revisionsberichts auch kein Verzicht bzw. keine Reduktion der Rückforderung in Frage.

L.
Mit Replik vom 16. Oktober 2007 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Zur weiteren Begründung weist sie auf die Praxis im Zusammenhang mit dem Gebührensplitting und der Rechnungslegung von D._____ hin. Zur Verjährung bringt sie zudem vor, die Titulierung als provisorische Zusicherungsverfügung sei nur für den noch offenen Betrag und allenfalls für eine Kürzung des Gebührensplittings im Folgejahr zutreffend.

M.
Die Vorinstanz verweist mit Duplik vom 30. November 2007 auf ihre angefochtene Verfügung sowie auf ihre Stellungnahme. Zudem fügt sie an, sowohl PWC wie sie selber hätten sich im Rahmen des Revisionsverfahrens bei der Korrektur der Zahlen der Beschwerdeführerin an den geltenden Rechtsrahmen gehalten. Weiter habe sie gegenüber den Splitting-Empfängern ihre Praxis immer transparent gemacht und diese sowohl in ihren Weisungen als auch in der Zusicherungsverfügung ausdrücklich festgehalten.

N.
Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schrift-

stücke wird, so weit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.72) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist, 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 im Sinne von Art. 33 VGG und ist demnach Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet betrifft, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

2.
Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat 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. Die Allmediaconsulting AG bzw. Christian Stärkle ist zur Vertretung der Beschwerdeführerin gehörig bevollmächtigt (Art. 11 VwVG).

3.
Zur rechtzeitigen Einreichung der Beschwerde ist Folgendes festzuhalten: Die angefochtene Verfügung datiert vom 26. Januar 2007 und wurde der Beschwerdeführerin gemäss Versandverlauf der Schweizerischen Post (Beilage 2 zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. Juni 2007) am 29. Januar 2007 zugestellt. Werden behördliche Anordnungen eingeschrieben versandt, so erfolgt die Zustellung im Zeitpunkt der Entgegennahme bzw. der Abholung auf der Post (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Bern 1998, Rz. 341). Damit begann die

Rechtsmittelfrist ab dem 30. Januar 2007 zu laufen (vgl. Art. 20 Abs. 1 VwVG) und endete am 28. Februar 2007. Mit Einreichung der Beschwerde am 27. Februar 2007 (Beilage 3 und 4 zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. Juni 2007) wurde die 30-tägige Beschwerdefrist (Art. 50 VwVG) somit eingehalten. Da auch die Eingabeform (Art. 52 VwVG) gewahrt ist, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

4.

Als Regel kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Auswirkungen der Verfügung solange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist. Beschwerdeführenden wird insoweit ein umfassender vorläufiger Rechtsschutz gewährt, als der rechtliche und tatsächliche Zustand, der Status quo, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache aufrechterhalten bleibt (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 647 ff.). Vorliegend hat weder die Vorinstanz in ihrem Entscheid einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen noch ist dies im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erfolgt. Weil der Entzug der aufschiebenden Wirkung an eine Instanz gebunden ist und darüber hinaus keine weitere Wirkung entfaltet (ANDRÉ MOSER in André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 92 Fn 40), erweist sich der Antrag der Beschwerdeführerin um Nichtentzug der aufschiebenden Wirkung somit als obsolet. Ausserdem ist dieser Antrag mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos geworden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.48/2006 E. 4 vom 4. September 2006).

5.

Im Laufe dieses Beschwerdeverfahrens traten das total revidierte Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) und die dazugehörige Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) auf den 1. April 2007 in Kraft. Folglich ist in einem ersten Schritt das anwendbare Recht zu bestimmen. In solchen Situationen stehen sich zwei gegenläufige Interessen gegenüber: Einerseits die Kontinuitätsinteressen des Privaten in die unveränderte Weitergeltung des bisherigen Rechts, andererseits die Geltungsinteressen des Gemeinwesens, also das Vertrauen der Allgemeinheit in die ausnahmslose Anwendung des neuen Rechts. Dieser

Konflikt ist vorab aufgrund des anwendbaren Gesetzes- und Verordnungsrechts zu lösen. Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Ordnung und tritt die Rechtsänderung während des Beschwerdeverfahrens ein, findet in der Regel noch das alte Recht Anwendung (vgl. zum Ganzen: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 24 Rz. 19 ff.).

Das neue RTVG sieht in Art. 113 Abs. 1 vor, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes hängige Verfahren nach den Artikeln 56 ff. und 70 ff. des RTVG 1991 durch die nach neuem Recht zuständige Behörde zu beurteilen sind und neues Verfahrensrecht anwendbar ist. Bei hängigen Aufsichtsverfahren beurteilen sich nur diejenigen Verstösse nach RTVG 1991, welche sich vor dem Inkrafttreten des neuen RTVG ereignet haben (Art. 113 Abs. 2 Satz 1 RTVG). Dauert ein Sachverhalt nach Inkrafttreten dieses Gesetzes an und ist ein Verfahren hängig, so beurteilen sich diejenigen Verstösse, die sich vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ereignet haben, nach RTVG 1991 (Art. 113 Abs. 2 Satz 2 RTVG). Die RTVV enthält keine Übergangsbestimmungen. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt hat sich abschliessend unter der Geltung des bis am 31. März 2007 geltenden Rechts, des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio- und Fernsehen (aRTVG) und der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (aRTVV), ereignet. Folglich ist in Anwendung der obgenannten Bestimmungen und der herrschenden Lehre für die Beurteilung der sich vorliegend stellenden Rechtsfragen das alte Recht, mithin das aRTVG und die aRTVV, massgebend.

6.

Anders als das heute geltende RTVG erklärt das aRTVG die Anwendbarkeit des SuG nicht explizit. Der Botschaft vom 18. Dezember 2002 zum RTVG ist jedoch zu entnehmen, dass der heutige Art. 40 Abs. 3 RTVG klarstellt, dass ein Gebührenanteil rechtlich eine Subvention darstellt und deshalb *wie bisher* die Bestimmungen des Subventionsgesetzes anwendbar sind (BBl 2003 1708). Dass der Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren als eine Finanzhilfe gemäss Art. 3 Abs. 1 SuG zu verstehen ist, wird von den Parteien denn auch nicht bestritten. Zudem erklärt sich das SuG selber für alle im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen als massgebend (Art. 2 Abs. 1 SuG). Der Geltungsbereich des 3. Kapitels des SuG, wozu auch Art. 30 (Widerruf von Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen) sowie Art. 32 f. (Verjährung von Ansprüchen) gehören, wird zwar für be-

stimmte Konstellationen als nicht anwendbar bezeichnet (Art. 2 Abs. 2-4 SuG). Diese fallen vorliegend jedoch nicht in Betracht. Folglich ist im Zusammenhang mit dem Gebührenanteil auch unter dem aRTVG bzw. der aRTVV das SuG als Ganzes – mithin auch die Art. 30 und Art. 32 f. – anwendbar, soweit es mit der Gesetzgebung über Radio und Fernsehen vereinbar ist (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3193/2006 vom 12. September 2007 E. 3.1.3).

7.
Lokale und regionale Veranstalter können unter bestimmten Voraussetzungen einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren erhalten (Art. 17 Abs. 2 aRTVG, Art. 10 aRTVV). Dass die Beschwerdeführerin diese Voraussetzungen erfüllt und somit grundsätzlich Anspruch auf einen Gebührenanteil hat, ist unbestritten und nicht Streitgegenstand. Strittig ist neben der Verjährung des Rückforderungsanspruchs die Höhe des zu entrichtenden Gebührenanteils bzw. ob der ursprünglich mit Verfügung vom 25. August 2003 gesprochene Betrag von Fr. 790'625.- rechtmässig war oder zu kürzen ist.

8.
Gemäss Art. 10 Abs. 2 aRTVV können Gebührenanteile im Umfang von höchstens einem Viertel der Betriebskosten ausgerichtet werden. Wird das Programm ohne Werbung finanziert, kann der Gebührenanteil bis zur Hälfte der Betriebskosten angehoben werden. Gesprochen werden die Beiträge jeweils für die Dauer eines Jahres und können erneuert werden.

8.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 SuG widerruft die zuständige Behörde eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Unter den in Abs. 2 genannten Umständen kann sie auf den Widerruf verzichten. Mit dem Widerruf fordert die Behörde die bereits ausgerichteten Leistungen zurück. Hat der Empfänger schuldhaft gehandelt, so erhebt sie zudem einen Zins von jährlich 5 Prozent seit der Auszahlung (Abs. 3). Weiter sieht Art. 32 Abs. 2 SuG vor, dass der Anspruch auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, verjährt, in jedem Falle aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs.

9.
Sofern der von der Vorinstanz mittels angefochtener Verfügung geltend gemachte Rückforderungsanspruch tatsächlich bereits verjährt ist, erübrigt sich eine Prüfung der Rechtmässigkeit des Widerrufs bzw. der Höhe der Rückforderung. Deshalb ist in einem ersten Schritt die Frage zu beurteilen, ob die Verjährung gemäss Art. 32 Abs. 2 SuG vor Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten ist oder nicht. Erst in einem allenfalls weiteren Schritt wäre auf den Widerruf an sich einzugehen.

10.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Widerrufsverfügung sei aufzuheben, da der Anspruch auf Rückerstattung der Finanzhilfe verjährt sei. Die Vorinstanz habe durch den Revisionsbericht vom 17. Februar 2005 Kenntnis von den angeblichen Unzulänglichkeiten erhalten, auf die sich die Widerrufsverfügung stütze. Somit habe die relative Verjährungsfrist von einem Jahr am 17. Februar 2005 zu laufen begonnen. Im Zeitpunkt des Erlasses der Widerrufsverfügung, mithin am 26. Januar 2007, sei der Rückforderungsanspruch somit bereits verjährt gewesen. Der Hinweis der Vorinstanz, die Verfügung vom 25. August 2003 sei lediglich provisorischer Natur, vermöge am Eintritt der Verjährung nichts zu ändern.

11.
Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Berufung auf eine angebliche Verjährung des Rückforderungsanspruchs sei nicht gerechtfertigt, da die Beschwerdeführerin darüber informiert gewesen sei, dass die bereits geleistete Zahlung basierend auf der Verfügung vom 25. August 2003 lediglich provisorischer Natur gewesen sei. Dies ergebe sich aus der BAKOM-Wegleitung zum Gebührensplitting vom April 2003, welche die Auszahlungsmodalitäten regle. Auch sei mittels Verfügung vom 25. August 2003 ausdrücklich auf die entsprechende Wegleitung verwiesen, der provisorische Charakter der Teilzahlung unterstrichen und auf die Möglichkeit der Rückforderung hingewiesen worden. Wenn jedoch eine Verjährung zu prüfen wäre, habe die relative Verjährungsfrist nicht mit der Zustellung des Revisionsberichts zu laufen begonnen. Vielmehr sei der Widerrufsgrund erst im Oktober 2006 erstellt gewesen und die Verjährungsfrist somit gewahrt worden. Denn ihre rundfunkrechtliche Prüfung des Berichts habe noch verschiedene telefonische und schriftliche Rückfragen bei der Beschwerdeführerin erfordert. Erst mit deren letzten Stellungnahme vom 16. Oktober 2006 sei für die Vorinstanz die Sach- und Rechtslage genügend klar gewesen, um die

Verfügung vom 23. August 2003 zu widerrufen und den Gebührensplittingbetrag für das Jahr 2003 definitiv festzulegen. Schliesslich wäre zudem eine analoge Anwendung von Art. 33 SuG zu prüfen, der den Unterbruch der Verjährung regle.

12.
Gemäss Art. 32 Abs. 2 SuG verjährt der Anspruch auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs. Die Vorinstanz hat den Anspruch auf Rückzahlung mit Verfügung vom 26. Januar 2007 geltend gemacht. Hatte sie von ihrem Rückforderungsanspruch bereits aufgrund des Revisionsberichts vom 17. Februar 2005 oder sicher vor dem 25. Januar 2006 Kenntnis, so war der Anspruch im Zeitpunkt des Verfügungserlasses bereits verjährt. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Ansicht, sie habe die vorausgesetzte Kenntnis frühestens erlangt, nachdem die noch durchzuführenden Abklärungen zur Sach- und Rechtslage mit der letzten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. Oktober 2006 abgeschlossen worden seien. Die Verjährung sei somit noch nicht eingetreten.

13.
Für die Ausgestaltung der Verjährungsregel betreffend Rückerstattung von unrechtmässig gewährten Leistungen ist die vergleichbare Ordnung des Privatrechts für Bereicherungsansprüche (Art. 67 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]) übernommen worden (Botschaft vom 15. Dezember 1986 zum SuG, BBl 1987 I 415). Es erscheint somit angezeigt, zwecks Beantwortung der Frage, wann die einjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt bzw. was unter Kenntnis im Sinne von Art. 32 Abs. 2 SuG zu verstehen ist, Lehre und Rechtsprechung zu Art. 67 OR analog heranzuziehen, der ebenfalls die Kenntnis des Anspruchs für den Beginn der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr als massgebend erklärt.

13.1 Fristauslösende Kenntnisnahme liegt hiernach vor, wenn der Gläubiger über genügend Informationen bezüglich des Sachverhalts und über entsprechende Unterlagen zur gerichtlichen Geltendmachung verfügt. Es genügt somit nicht jeder Anfang einer Erkenntnis vom Mangel der Gültigkeit des Geschäfts, das zur ungerechtfertigten Bereicherung Anlass gab. Es ist vielmehr eine derartige Wahrschein-

lichkeit, ein solcher Grad von Gewissheit über das Bestehen des Bereicherungsanspruchs notwendig, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, der Gläubiger habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und genügend Unterlagen zur gerichtlichen Geltendmachung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit über den Bereicherungs- bzw. Rückforderungsanspruch setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus (vgl. auch zum Nachfolgenden: BGE 129 III 503 E. 3.4, BGE 127 III 421 E. 4; BGE 82 II 411 E. 9 sowie CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1063 – je mit Hinweisen).

13.2 Vorab sei festgehalten, dass den Ausführungen der Vorinstanz, Art. 32 Abs. 2 SuG könne aufgrund des provisorischen Charakters des mit Verfügung vom 25. August 2003 gesprochenen Gebührenanteils nicht zur Anwendung gelangen, nicht gefolgt werden kann. Zum einen findet, wie bereits ausgeführt (E. 6 hiervor), das SuG als Ganzes auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung, soweit das aRTVG und die aRTVV keine eigene Regelung enthalten, was hinsichtlich der Verjährung von Rückforderungsansprüchen der Fall ist. Zum anderen ist es zwar rechtens und nicht zu beanstanden, dass der definitiv zu sprechende Betrag erst nach Vorliegen der Jahresrechnung beziffert werden kann und allenfalls in der Folge angepasst werden muss. Art. 30 Abs. 1 SuG sieht jedoch gerade den Widerruf von Subventionen vor, die in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt worden sind, mithin wenn die Jahresrechnung ein anderes Bild zeigt, als bei Erlass der provisorischen Zusicherungsverfügung. Die Vorinstanz stützt sich in ihrer angefochtenen Verfügung bezüglich des Widerrufs und der Rückforderung denn auch auf diese Bestimmung. Unter dem Titel Verjährungsfristen regelt Art. 32 Abs. 2 SuG lediglich weiter, innert welcher Frist ab Kenntnisnahme dieser Rückforderungsanspruch geltend zu machen ist. Zweck der Verjährung ist, die Rechtssicherheit durch Befristung der Ausübung von Rechten zu wahren. Es geht nicht an, dass ein Anspruchsberechtigter jahrelang zuwartet, obschon er den Pflichtigen kennt und sich auch über den Umfang des Rückforderungsanspruchs Rechenschaft geben kann (vgl. BGE 115 II 42 E. 2B, BGE 87 I 411 E. 2). Wäre die Verjährungsregelung auf provisorisch gesprochene Finanzhilfen nicht anwendbar, würde gerade der Zweck der Verjährung vereitelt.

13.3 Im Rahmen der im Sommer 2004 von der Vorinstanz beschlossenen Buchprüfung wurde von PWC am 17. Februar 2005 ein Revisionsbericht bezüglich der Jahresrechnung 2003 der Beschwerdeführerin erstellt; eine vertiefte Wirtschaftsprüfung unter der Optik des Gebührensplittings und der Konzessionsabgaben (Revisionsbericht S. 2). Dieser Bericht hält einleitend fest, die Buchhaltung sei zwar ordentlich und sauber geführt worden, die materielle Aussagekraft der Jahresrechnung 2003 werde jedoch als eingeschränkt beurteilt (Revisionsbericht S. 4). In der Folge wird auf die einzelnen Schwachstellen bzw. Fehlerquellen der Jahresrechnung 2003 eingegangen (Revisionsbericht S. 5 ff). Der Revisionsbericht weist zweifelsfrei auf Unstimmigkeiten in der Buchführung der Beschwerdeführerin hin und führt diese auch näher aus. Die Vorinstanz erhielt bereits aufgrund dieses Berichts in Verbindung mit der Jahresrechnung 2003 der Beschwerdeführerin Hinweise darauf, dass der auf der Verfügung vom 25. August 2003 beruhende und anschliessend ausbezahlte Betrag zu hoch angesetzt wurde. Auch konnte sie aufgrund des Revisionsberichts und der Jahresrechnung den zuviel zugesprochenen und geleisteten Betrag grundsätzlich errechnen. Dass die Vorinstanz aber nicht bereits alleine gestützt auf den Revisionsbericht und die Jahresrechnung ihren Anspruch mittels Widerrufsverfügung geltend gemacht, sondern darüber hinaus bei der Beschwerdeführerin eine Stellungnahme bzw. die Beantwortung einzelner Fragen zum Revisionsbericht eingefordert hat, um sich hiernach schlüssig zu werden, ob der mit Verfügung vom 25. August 2003 zugesprochene Gebührenanteil rechtens war, ist ihr grundsätzlich zuzugestehen – dies auch unter dem Erfordernis der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz hat erstmals mit Schreiben vom 14. März 2005, mithin rund einen Monat nach Erstellung des Revisionsberichts vom 17. Februar 2005, die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme und Beantwortung einzelner Fragen zum besagten Bericht eingeladen. Der Vorinstanz ist zwar für ihre Abklärungen, ob sie neben der verlangten und in der Folge erhaltenen Stellungnahme vom 13. April 2005 noch weitere Informationen für die Beurteilung und Bestimmung ihres Rückforderungsanspruchs benötigt – v.a. hinsichtlich des ungefähren Ausmasses der Vermögenseinbusse und somit auch der (Teil-)Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung – eine gewisse Bearbeitungszeit einzuräumen. Ergänzungsfragen sind jedoch nach Treu und Glauben innert nützlicher Frist zu stellen. Denn ansonsten bestünde ein nicht zu unterschätzendes Umgehungspotenzial, wenn die Möglichkeit gegeben wäre, auch nach der eigentlichen Kenntnisnahme des Rückforderungs-

anspruchs noch irgendwelche, im oben ausgeführten Sinne nicht mehr unbedingt erforderliche Fragen zu stellen, um einer bereits eingetretenen Verjährung zu entgehen. Vorliegend hat die Vorinstanz nach Erhalt der Stellungnahme vom 13. April 2005 knapp 1½ Jahre zugewartet, um mit einem weiteren Schreiben vom 5. September 2006 erneut an die Beschwerdeführerin zur Beantwortung zweier Fragen zu gelangen. Mit dem Verstreichenlassen dieser 1½ Jahre hat die Vorinstanz die nützliche Frist bei weitem überschritten. Denn zum einen ist nicht ersichtlich und belegt, dass sie in dieser Zeit zusätzliche Abklärungen vorgenommen hat, die in den mittels Schreiben vom 5. September 2006 gestellten Fragen mündeten. Zum anderen hätte die Vorinstanz die mit Schreiben vom 5. September 2006 geäusserten Fragen zum Forderungsverzicht durch die C._____ und zur Auflistung der ausserordentlichen Einnahmen und Ausgaben ohne Weiteres bereits im Anschluss an die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. April 2005 oder sogar schon nach Erhalt des Revisionsberichts vom 17. Februar 2005 stellen können. Zudem erscheint die Frage zum Forderungsverzicht durch die C._____ keineswegs als unabdingbar, um den Rückforderungsanspruch geltend machen zu können bzw. zu erkennen, dass die Voraussetzungen eines solchen gegeben sind. Sie ist nicht als so gewichtig einzustufen, dass erst deren Beantwortung bzw. Klärung das fristauslösende Element darstellen würde. Denn dieser Forderungsverzicht wurde bereits im Revisionsbericht vom 17. Februar 2005 (Revisionsbericht S. 10) klar benannt und von der Beschwerdeführerin auf Aufforderung der Vorinstanz schon in ihrer Stellungnahme vom 13. April 2005 bestätigt, erläutert (Qualifizierung als Sanierungsmassnahme), beziffert und belegt (Vorakten Act. 7). Mithin hatte die Vorinstanz bereits zu diesem Zeitpunkt genügend Kenntnis über den aus ihrer Sicht falsch verbuchten Betrag. Wenn sie der Ansicht gewesen wäre, die hierzu in der Stellungnahme gemachten Aussagen seien ungenügend, hätte sie im Anschluss an diese – und nicht erst rund 1½ Jahre später – um weitere Erläuterungen ersuchen müssen. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung selbst ausführt, es handle sich beim Forderungsverzicht ohnehin nicht, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, um eine zu berücksichtigende Sanierungsmassnahme. Denn deren erforderliche Anerkennung sei nie bei ihr beantragt worden und somit seien die dadurch entstandenen ausserordentlichen Erträge bei der Festlegung des Gebührenanteils zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass es der Vorinstanz spätestens aufgrund der Stellungnahme vom 13. April 2005 möglich war, die entsprechenden Korrekturen der Jahresrechnung

2003 vorzunehmen. Da die Anerkennung der behaupteten Sanierungsmassnahme ohnehin nicht beantragt wurde, waren nähere Abklärungen, ob es sich auch tatsächlich um eine solche handelt, nicht erforderlich. Es spielt mangels Anerkennungsgesuch keine Rolle, ob der Forderungsverzicht auf einer Sanierung gründet oder nicht.

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass es für den Unterbruch der Verjährung nicht genügt, wie von der Vorinstanz vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin als allenfalls Bereicherte spätestens mit der Zustellung des Revisionsberichts und den ergänzenden Fragen der Vorinstanz mit einer Rückforderung habe rechnen müssen. Auch eine analoge Anwendung von Art. 33 SuG, der vorsieht, dass die Verjährung durch jede schriftliche Zahlungsaufforderung unterbrochen wird und ruht, solange der Schuldner in der Schweiz nicht betrieben werden kann, kommt nicht in Betracht. Es ist Aufgabe der Vorinstanz als Gläubigerin, ihren Rückforderungsanspruch geltend zu machen, sobald sie Kenntnis im oben ausgeführten Sinn von dessen Rechtsgrund erlangt hat. Ansonsten würde die Regelung von Art. 32 Abs. 2 SuG unterlaufen. Ein Verjährungsunterbruch wird einzig durch eine schriftliche Einforderung im Sinne von Art. 33 SuG erreicht.

13.4 Es ist folglich davon auszugehen, dass die Vorinstanz bereits im Anschluss an die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. April 2005 genügende Kenntnis vom Rückforderungsanspruch im Sinne von 32 Abs. 2 SuG erlangt hat und folglich hätte verfügen können. Ihr ist zwar nach Erhalt der erwähnten Stellungnahme eine gewisse Zeit zum Verfassen ihrer Widerrufsverfügung zuzugestehen, doch hat sie dies unter Berücksichtigung der Verjährungsvorschriften gemäss Art. 32 f. SuG zu tun. Da die Vorinstanz nicht dementsprechend vorgegangen ist, war der Anspruch im Zeitpunkt der Widerrufsverfügung, am 26. Januar 2007, verjährt. Die Beschwerde ist somit – entsprechend dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin – gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

14.

Da die Beschwerdeführerin obsiegt, hat sie keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- ist ihr zurückzuerstatten. Der unterliegenden Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten zu überbinden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

15.

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder

auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Erhebt eine Partei Anspruch auf Parteientschädigung, hat sie dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, so legt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen als angemessen; sie ist der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, gutgeheissen und die Verfügung des BAKOM vom 26. Januar 2007 aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

3.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 243.151; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

André Moser Michelle Eichenberger

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 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: