

1. Informationsrecht / Droit de l'information

«GSM-Mobilfunkkonzession III»

Bundesverwaltungsgericht vom 6. Januar 2010

VwVG 52. Im Verwaltungsverfahren nach VwVG müssen sämtliche Begehren und Eventualbegehren bereits in der Beschwerdeschrift vorgebracht werden (E. 1.1).

BV 5 I, 190; FMG 39 II a; GebV-FMG 12. Dient eine Abgabe zur Abgeltung eines staatlichen Regals (hier: Funkkonzession), so handelt es sich um eine kostenunabhängige Kausalabgabe, für die nur das Äquivalenzprinzip, nicht auch das Kostendeckungsprinzip gilt. Werden die Bemessungskriterien für die Abgabe in einem formellen Gesetz (hier: FMG 39 II a) festgehalten, der die Berechnung der Abgabe ermöglichende Bemessungsmodus aber aus Praktikabilitätsgründen erst auf Verordnungsstufe (hier: GebV-FMG 12) festgelegt, so ist die Abgabe in genügender Bestimmtheit in rechtssatzmässiger Form festgelegt und das Legalitätsprinzip gewahrt (E. 4.2-4.3).

BV 8; FMG 39 II a; GebV-FMG 12. Das BVGer prüft nicht abstrakt, ob eine Verordnungsbestimmung in jeder Hinsicht sachgerecht ist (hier: gleiche Gebührenhöhe für 900 MHz- und 1800 MHz-Frequenzen), sondern bloss, ob im konkreten Fall eine Ungleichbehandlung vorliegt (E. 5.3).

BV 26; FMG 39; GebV-FMG 12. Ist die Konzessionsgebühr als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession (hier: Funkkonzession) nicht durch die Parteien frei vereinbart worden, so besteht kein wohlverworbenes Recht, und stellt eine Erhöhung der Konzessionsgebühr während der Konzessionsdauer durch Änderung der gesetzlichen Grundlage (hier: GebV-FMG 12) keinen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar (E. 6.1-7).

PA 52. Dans le cadre d'une procédure administrative au sens de la PA, toutes les conclusions et conclusions subsidiaires doivent figurer dans le mémoire de recours (consid. 1.1).

Cst. 5 I, 190; LTC 39 II a; Oem-LTC 12. Lorsqu'une redevance constitue la contrepartie d'un droit régalién (en l'occurrence: une concession de radiocommunication), il s'agit d'une taxe causale indépendante des coûts générés, à laquelle s'applique uniquement le principe d'équivalence et non le principe de couverture des frais. Lorsque les critères d'évaluation applicables à la redevance figurent dans une loi formelle (en l'occurrence LTC 39 II a), mais que pour des raisons pratiques la méthode d'évaluation qui permet de calculer la redevance ne figure que dans une ordonnance (Oem-LTC 12), la redevance est suffisamment déterminée et le principe de légalité est respecté (consid. 4.2-4.3).

Cst. 8; LTC 39 II a; Oem-LTC 12. Le TAF n'examine pas de manière abstraite si la disposition d'une ordonnance est appropriée à tout point de vue (en l'occurrence: même montant de la redevance pour les fréquences de 900 MHz et de 1800 MHz) mais uniquement s'il existe une différence de traitement dans un cas concret (consid. 5.3).

Cst. 26; LTC 39; Oem-LTC 12. Lorsque la redevance de concession en tant qu'élément déterminant de la concession octroyée (en l'occurrence concession de radiocommunication) n'a pas été librement convenue par les parties, il n'y a pas de droit acquis et l'augmentation de la redevance suite à une modification de la base légale (en l'occurrence Oem-LTC 12) pendant la durée de la concession ne représente pas une atteinte à la garantie de la propriété (consid. 6.1-7).

Abteilung I; Abweisung der Beschwerde; Akten-Nr. A-4116/2008

Aus den Erwägungen:

1.1[...] Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch diese unmittelbar betroffen. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beschwerdefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb grundsätzlich einzutreten. Nicht einzu-treten ist auf den erst in der Replik ergänzend gestellten Eventualantrag, sind doch sämtliche Begehren und Eventualbegehren in der Beschwerdeschrift vorzubringen (BVGer vom 20. August 2009, A-1748/2009, E. 1.4; A. MOSER/M. BEUSCH/L. KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, 96 Rz. 2.215).

[...]

4.2Die Kritik der Beschwerdeführerin, die formell-gesetzliche Grundlage für die Gebührenerhebung sei zu unbestimmt, richtet sich gegen Art. 39 FMG und damit gegen ein Bundesgesetz. Dem Bundesverwaltungsge-richt wäre es mithin aufgrund von Art. 190 BV versagt, Art. 39 FMG wegen des darin seit dem 1. April 2007 enthaltenen, nicht näher präzierten Wertkriteriums nicht anzuwenden, weil die Norm mit dem abgaberechtli-chen Legalitätsprinzip nicht vereinbar wäre. Ebenso kann das Gericht den gesetzgeberischen Entscheid der Einführung des Wertkriteriums nur beschränkt hinterfragen. Dieses Kriterium scheint jedoch angesichts der grundsätzlichen Ausrichtung der Konzessionsgebühr am Wert des verliehenen Nutzungsrechts als sachgerecht (vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 2636; vgl. BGE 131 II 735 ff. E. 4.3).

Zu Art. 39 FMG und den Anforderungen aus dem Legalitätsprinzip kann das Folgende festgehalten werden: Die Funkkonzessionsgebühr ist eine Kausalabgabe und zwar, da die Nutzung eines staatlichen Regals ab-gegolten wird, eine kostenunabhängige. Damit greift das Kostendeckungsprinzip nicht, sondern nur das Äqui-valenzprinzip, wobei freilich auch dieses kaum Richtlinien für eine Begrenzung des Gebührenbetrags zu ver-mitteln vermag (BGE 131 II 735 ff. E. 3.2 i.f. und E. 4.3 i.f.). Da sich Art. 39 Abs. 2 lit. a FMG darauf be-schränkt, den Wert der Frequenzen zu einem der Bemessungskriterien zu erklären, es aber unterlässt, einen Rahmen oder einen Höchstbetrag anzugeben oder einen Berechnungsmodus festzulegen, ist für die Konzessi-onärinnen aufgrund des Gesetzes nicht vorhersehbar, wie hoch die Belastung ist. Das ist angesichts der relativ hohen Gesamtbeträge, um die es geht, nicht befriedigend (vgl. A. HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalab-gaberechts, ZBI 2003, 518 f.; REKO/INUM vom 10. Februar 2005, F-2004-79, E. 7.3). Eine umfassende bzw. detailliertere Festlegung im formellen Gesetz zu verlangen, wäre jedoch angesichts der schnellen technischen Entwicklung auf diesem Gebiet und der Vielzahl der verschiedenen Funkarten, für die es Gebühren zu erhe-ben gibt (vgl. Art. 8 ff. GebV-FMG), mit dem Erfordernis der Praktikabilität nur schwer vereinbar (vgl. BBI 1996 III 1440). Zusammen mit Art. 12 GebV-FMG ist die Höhe der Gebühr denn auch genau berechenbar. Damit ist die Abgabe in genügender Bestimmtheit in rechtsatzmässiger Form festgelegt. Der Spielraum, wel-cher der rechtsanwendenden Behörde verbleibt, ist keineswegs übermässig. Eine Verletzung der sich aus dem Legalitätsprinzip ergebenden Anforderungen ist somit zu verneinen.

4.3Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 12 GebV-FMG aufgrund von Art. 39 FMG auf einer hinreichenden formellgesetzlichen Grundlage beruht.

[...]

5.3Der Anspruch auf Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Unglei-ches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden (vgl. BGE 131 I 91 ff. E. 3.5; 129 I 65 ff. E. 3.6; 127 I 202 ff. E. 3f/aa, m.H.). Diese Grundsätze gelten auch für die vorliegend inte-ressierenden Kausalabgaben.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, Frequenzen im 900 MHz Frequenz-band hätten bessere Ausbreitungseigenschaften, weshalb für diese aus Gründen der Rechtsgleichheit eigentlich höhere Gebühren zu veranschlagen wären.

Auf dieses Vorbringen müsste eigentlich nicht näher eingegangen werden, weil die Beschwerdeführerin diese Behauptung ohne konkrete Bezugnahme zum vorliegenden Streitgegenstand vorbringt. Das Bundesver-waltungsgericht prüft indessen nicht, ob eine Verordnungsbestimmung in jeder Hinsicht sachgerecht ausgefal-len, sondern untersucht bloss, ob der

Beschwerdeführerin im konkreten Fall eine zu hohe Konzessionsgebühr angelastet worden ist. Dies macht sie nicht geltend und begründet auch nicht, inwiefern sie durch die vorge-schlagene Differenzierung der Gebühren einen Vorteil erzielen könnte. Der Einwand der Beschwerdeführerin wäre aber auch in der Sache unbegründet: Pauschalisierungen sind im Interesse der Praktikabilität zulässig und im vorliegenden Bereich geradezu unvermeidlich (vgl. dazu BVGer vom 4. August 2008, A-6328/2007, E. 4.2 und 5 und vom 14. Dezember 2009, A-2742/2009, E. 7.5.1). Wie das BAKOM in seiner Stellungnahme vom 19. August 2008 auf nachvollziehbare Weise aufgezeigt hat, sind 900 MHz Frequenzen zwar grundsätz-lich günstiger und damit wertvoller als 1800 MHz Frequenzen, doch relativiert sich dieser Vorteil je nach geografischer Gegebenheit stark, namentlich in Städten. Es ist deshalb vertretbar, auf die Berücksichtigung dieses Kriteriums zu verzichten.

[...]

6.1 Als wohlerworben gelten Rechte, deren wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes unwider-ruflich und gesetzesbeständig ist und die gegebenenfalls unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen (P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 45 Rz. 43, m.H.). Wohlerworbene Rechte können auch durch Konzession begründet werden. Allerdings sind nur diejeni-gen Rechte innerhalb einer Konzession als besonders rechtsbeständig und damit wohlerworben zu qualifizie-ren, die sich nicht aus einem Rechtssatz ergeben, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstan-den 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 (BGE 127 II 69 ff. E. 5a). Da-mit wird dem Konzessionär Schutz in seinen unternehmerischen Dispositionen geboten. Als wohlerworbenes Recht gilt in der Regel etwa die Höhe des Wasserzinses im Bereich der Wassernutzungsrechte (BGE 126 II 171 ff. E. 3b).

6.2 Im Bereich Mobilfunk wird die Konzessionsgebühr regelmässig nicht in der Konzessionsurkunde festge-legt, so auch vorliegend nicht. Die Urkunde vom 25. Februar 2004 hält in Ziff. 5.1.2 vielmehr fest, die Kon-zessionärin habe gemäss Art. 39 FMG und der Verordnung über Gebühren im Fernmeldebereich eine Konzes-sionsgebühr zu entrichten; deren Höhe bemesse sich auf der Grundlage des technischen Netzbeschriebs. Diese Verordnung wurde am 1. Januar 2008 durch das Inkrafttreten der GebV-FMG ersetzt. Damit enthält die Kon-zession keine für die Bestimmung der Gebührenhöhe relevante Regelung. Die Festlegung erfolgt vielmehr ausschliesslich aufgrund von Rechtsnormen. Mithin ist, was die Gebührenhöhe angeht, nicht von einer Über-einkunft der Parteien auszugehen, weshalb es an einer der Voraussetzungen für die Bejahung eines wohler-worbenen Rechts fehlt (vgl. BGE 131 II 735 ff. E. 5). Die Höhe der finanziellen Belastung mag für die Be-schwerdeführerin insofern von nicht unwesentlicher Bedeutung sein, als sie für ihre Geschäfts- und Investiti-onsplanung auf eine stabile bzw. mittelfristig voraussehbare Abgabenlast angewiesen ist. Für sich allein ver-mag dieser Umstand allerdings kein wohlerworbenes Recht zu begründen. Zugunsten der Beschwerdeführerin kommt auch nicht die allgemeine Rechtsfigur des Vertrauensschutzes zum Tragen (TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 22 Rz. 3 ff.). Hierzu mangelt es insbesondere bereits an einer entspre-chenden Ver-trauensgrundlage (vgl. zum BVGer vom 4. August 2008, A-6328/2007, E. 6.2 und vom 19. März 2009, A-3129/2008, E. 7.4).

6.3 Weiter sind in der Konzessionsurkunde in Ziff. 1.4 unter «Gegenstand und Grundlage der Konzession» künftige Gesetzes- und Ordnungsänderungen ausdrücklich vorbehalten. Die Beschwerdeführerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin hat diese Klausel, indem sie sie nicht angefochten hat, akzeptiert. Die Vorbehaltsklausel braucht vorliegend indes gar nicht zur Anwendung gebracht zu werden. Dies wäre nur nötig, wenn ohne den Vorbehalt von einem wohlerworbenen Recht auszugehen wäre. Wie gezeigt, fehlt es vorliegend aber schon an einem solchen, weil keine entsprechende Parteiabmachung besteht.

7. Da es sich bei der Höhe der Konzessionsgebühr nicht um ein wohlerworbenes Recht handelt, liegt entge-gen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch kein Eingriff in die Eigentumsgarantie vor.

[...]

Mm