

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-2270/2006/
{T 0/2}

Urteil vom 27. November 2007

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richter Lorenz Kneubühler (Abteilungspräsident), Richterin Kathrin Dietrich, Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

X._____,
vertreten durch Allmediaconsulting AG, Weierweg 6,
4852 Rothrist,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Polarisation des Senders Y._____.

Sachverhalt:

A. Die X._____ ist Inhaberin einer Konzession für die drahtlose, terrestrische Veranstaltung eines lokalen Radioprogrammes. Bestandteil der Konzession ist ein Anhang, in welchem die technischen Einzelheiten der Verbreitung geregelt sind.

B. Mit Verfügung vom 2. November 2001 ergänzte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (im Folgenden UVEK) den technischen Anhang um den Sender Y._____. Der Anhang schreibt unter anderem vor, dass die zugeteilte Frequenz (101,8 Mhz) in horizontaler Polarisation zu betreiben sei.

C. Im Oktober 2003 stellte das Bundesamt für Kommunikation (im Folgenden: BAKOM) fest, dass die Frequenz 101.8 Mhz auf dem Y._____ mit einer vertikalen statt einer horizontalen Polarisation in Betrieb war.

D. Das BAKOM eröffnete am 24. November 2004 aufgrund des Verdachtes, dass die X._____ die technischen Bestimmungen ihrer Konzession verletze, ein Aufsichtsverfahren.

E. Am 22. Dezember 2004 erneuerte das UVEK die abgelaufene Konzession. Im technischen Netzbeschrieb zur neuen Konzession war weiterhin die horizontale Polarisation der Frequenz 101.8 Mhz des Senders Y._____ vorgeschrieben.

F. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs zur Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens reichte die X._____ am 26. Dezember 2004 eine schriftliche Stellungnahme ein, in der sie den Antrag stellte, den Konzessionsanhang betreffend die Polarisation des Senders Y._____ dem Ist-Zustand anzupassen.

G. Der Antrag auf Anpassung der Konzession wurde vom UVEK am 11. September 2006 abgelehnt. Gegen diesen Entscheid erhob die X._____ am 10. Oktober 2006 Beschwerde an den Bundesrat.

H. Mit Verfügung vom 28. September 2006 stellte das BAKOM fest, dass die X._____ gegen rundfunkrechtliche Bestimmungen und gegen die Konzession verstosse, indem X._____ ab dem

Sendestandort Y._____ mit vertikaler Polarisierung verbreitet werde. Das BAKOM forderte die X._____ auf, innert fünf Monaten ab Rechtskraft dieser Verfügung den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen.

I. Gegen die Verfügung des BAKOM vom 28. September 2006 erhebt die X._____ am 20. Oktober 2006 Beschwerde an das UVEK und beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Feststellung, dass der bestehende Betrieb des Senders Y._____ rechtmässig sei. Zur Begründung führt sie aus, bei einer horizontalen Polarisierung werde der Empfang von Radio X._____ im Konzessionsgebiet durch einen anderen Sender erheblich gestört. Sie habe deshalb bereits 1998 den Sender auf vertikale Polarisierung umgestellt. Dies sei dem BAKOM von Anfang an bekannt gewesen und zumindest stillschweigend geduldet worden. Beim Bau des Senders Y._____ seien ihr erhebliche Kosten entstanden, diese seien nur gerechtfertigt, wenn dadurch im Konzessionsgebiet ein einwandfreier Empfang gewährleistet sei.

J. Per 1. Januar 2007 übernahm das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht das beim UVEK hängige Verfahren.

K. In seiner Vernehmlassung vom 12. Februar 2007 beantragt das BAKOM die Abweisung der Beschwerde. Es führt aus, es sei nur zu prüfen, ob die Polarisierung des Senders Y._____ der Konzession entspreche oder nicht. Das BAKOM habe weder ausdrücklich noch stillschweigend seine Zustimmung zur vertikalen Polarisierung erklärt. In der ersten Konzession aus dem Jahr 1998 sei der Sendestandort Y._____ noch nicht konzessioniert gewesen. Nachdem sich Versorgungslücken gezeigt hätten, habe das BAKOM den provisorischen Betrieb des Senders geduldet, der Beschwerdeführerin aber mitgeteilt, dass es demnächst eine Frequenzplanung und -koordination in Angriff nehmen werde. Eine Gesamtplanung der Frequenzen für die Innerschweiz habe sich in der Folge als nicht machbar erwiesen.

Mit Konzessionsänderung vom 2. November 2001 wurde der Sender Y._____ konzessioniert. Obwohl die Konzession eine horizontale Polarisierung vorschreibe, sei die vertikale Polarisierung zunächst geduldet worden, da die Frequenz-Planungsarbeiten sehr zeitintensiv seien. Das BAKOM habe aber nie signalisiert, dass es den konzessionswidrigen Zustand auf Dauer dulden werde. Das BAKOM

weist darauf hin, dass es für eine solche Zusicherung auch nicht zuständig gewesen wäre, da eine Änderung der Konzession in der Kompetenz des UVEK liegen würde.

L. Mit Verfügung vom 9. März 2007 sistierte der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Vorliegen eines Entscheides des Bundesrates im Konzessionsänderungsverfahren.

M. Der Bundesrat wies die Beschwerde der X._____ vom 10. Oktober 2006 mit Entscheid vom 16. Mai 2007 ab.

N. Mit Zwischenverfügung vom 1. Juni 2007 hob der Instruktionsrichter die Sistierung auf.

O. Mit Replik vom 20. August 2007 stellt die Beschwerdeführerin ein Gesuch um erneute Sistierung des Verfahrens, da ihre Konzession im Frühjahr 2008 ablaufe und erneuert werden müsse. In materieller Hinsicht macht sie geltend, das BAKOM habe während vier Jahren die vertikale Polarisierung des Senders stillschweigend geduldet. Auch bei der Konzessionsänderung vom 2. November 2001 habe das BAKOM nicht zu erkennen gegeben, dass es die vertikale Polarisierung nicht mehr billige. Bis zur Eröffnung eines förmlichen Aufsichtsverfahrens seien gar acht Jahre oder 80 % der Konzessionsdauer verstrichen. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, bei der Konkurrentin Radio Z._____ seien drei konzessionswidrig errichtete Sender nachträglich konzessioniert worden.

P.

Mit Duplik vom 17. September 2007 beantragt das BAKOM die Abweisung des Sistierungsgesuches der Beschwerdeführerin. In der Sache führt es aus, es habe gegen Radio Z._____ ebenfalls ein Aufsichtsverfahren eröffnet und eine konzessionswidrige Verbreitung festgestellt. Ob die Gegenstand jenes Verfahrens bildenden Sender später tatsächlich nachträglich konzessioniert worden seien, sei irrelevant. Massgeblich sei, dass die Radioveranstalter nicht ohne Entscheid der zuständigen Behörde Änderungen an den Sendestärken bzw. Polarisierungen vornehmen dürften.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung des BAKOM aus dem Bereich des Rundfunkrechts.

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, liegt nicht vor (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt bei gegebener Zuständigkeit die am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.2 Zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen die Beschwerdeführerin angeordnet. Diese ist damit zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik darauf hin, dass ihre Konzession infolge des bevorstehenden Ablaufes neu ausgeschrieben und voraussichtlich im Frühjahr 2008 neu erteilt werde. Sie stellt den Antrag, das Verfahren bis zum Vorliegen der neuen Konzession (erneut) zu sistieren.

2.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, es sei zwar richtig, dass das Verfahren zur Neukonzessionierung laufe. Es sei jedoch noch nicht

klar, ob die Beschwerdeführerin eine Konzession erhalten werde. Das Versorgungsgebiet der heute von der Beschwerdeführerin gehaltenen Konzession werde voraussichtlich vergrössert. Dies bedeute aber keineswegs, dass damit eine horizontale Polarisierung des Senders Y._____ einhergehe. Unabhängig davon sei festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin seit Jahren nicht an die technischen Parameter der Konzession bzw. an die Gebietsbeschränkungen halte.

2.3 Das Bundesverwaltungsgericht kann ein bei ihm hängiges Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren, dies namentlich dann, wenn sich unter den gegebenen Umständen ein sofortiger Entscheid über die Beschwerde mit Blick auf die Prozessökonomie nicht rechtfertigen würde (ANDRÉ MOSER in: André Moser / Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.11). Der Verwaltungsjustizbehörde kommt ein erheblicher Beurteilungsspielraum beim Entscheid über eine Sistierung zu (BGE 119 II 389 mit Hinweisen). Die Vorinstanz beanstandet im vorliegenden Verfahren die Verletzung einer Bestimmung einer Konzession, die in absehbarer Zeit durch eine neue Konzession ersetzt werden wird. Eine allfällige Neuerteilung der Konzession würde keine Rückwirkung entfalten und eine allfällige Konzessionsverletzung in der Vergangenheit nicht beseitigen. Eine Sistierung des auf die Vergangenheit bezogenen Verfahrens ist aus diesem Grund nicht angebracht. Die Neuvergabe der Konzession steht zudem nicht unmittelbar bevor, so dass sich eine Sistierung auch nicht mit Hinblick auf den technischen Aufwand bei einer allfälligen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes rechtfertigt. Das Sistierungsgesuch ist daher abzuweisen.

3.

Gemäss Art. 86 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) wacht das BAKOM darüber, dass die Bestimmungen der Konzession eingehalten werden. Wenn die Aufsichtsbehörde eine Rechtsverletzung feststellt, kann sie gemäss Art. 89 Bst. a Ziff. 1 RTVG die Behebung des Mangels verlangen.

Zu den Bestimmungen der Konzession gehören auch die im Anhang festgelegten technischen Parameter. Im Datenblatt zur technischen Verbreitung Y._____, welches Bestandteil der Konzessionsergänzung gemäss Verfügung vom 2. November 2001 bzw. des Anhangs

zur Konzession vom 22. Dezember 2004 bildet, ist die horizontale Polarisation des Senders festgeschrieben. Die Beschwerdeführerin betreibt den Sender unbestrittenermassen in vertikaler Polarisation, es ist damit grundsätzlich festzustellen, dass die Beschwerdeführerin gegen die Bestimmungen der Konzession verstösst.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz habe die vertikale Polarisation während Jahren wissentlich geduldet und dem Abweichen von den technischen Bestimmungen der Konzession damit zumindest stillschweigend zugestimmt.

4.2 Die Vorinstanz bringt dagegen vor, das BAKOM habe zwar vorerst darauf verzichtet, die Umstellung der Polarisation durchzusetzen, da komplexe und zeitintensive Abklärungen zur Frequenzplanung und zur Wechselwirkung zwischen Polarisation und Versorgungsgebiet getätigt worden seien. Es sei der Beschwerdeführerin aber zu keiner Zeit signalisiert worden, dass der konzessionswidrige Zustand auf Dauer toleriert werde. Für eine Änderung der Konzession sei zudem das UVEK zuständig, sie hätte aus diesem Grund einer konzessionswidrigen Verbreitung des Programms gar nicht zustimmen können.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt mit ihren Ausführungen sinngemäss, sie habe berechtigterweise darauf vertraut, dass die Vorinstanz durch ihr Stillschweigen einer Änderung der Polarisation gegenüber den Bestimmungen der Konzession zugestimmt habe. Die Beschwerdeführerin setzt die Duldung der konzessionswidrigen Polarisation mithin einer behördlichen Zusicherung gleich. Behördliche Auskünfte oder Zusicherungen können nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechtswirkungen entfalten, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, wenn die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte, wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und wenn schliesslich die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 V 472 E. 5, BGE 121 II 473 E. 2c, je mit weiteren Hinweisen, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 22 Rz. 13 ff.).

4.4 Wie in der Folge zu zeigen sein wird, liegen gleich mehrere der Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens der Beschwerdeführerin nicht vor. Die Frage, ob das stillschweigende Dulden überhaupt als Zusicherung oder Auskunft gewertet werden kann und damit geeignet wäre, eine Vertrauensgrundlage zu schaffen, kann somit offen bleiben.

4.4.1 Die Duldung oder Genehmigung einer konzessionswidrigen Polarisierung würde faktisch einer Änderung der Konzession gleichkommen. Zuständige Behörde wäre demnach gemäss Art. 49 Abs. 1 RTVG (bzw. Art. 14 Abs. 1 aRTVG von 1991, AS 1992 601) das UVEK und das BAKOM könnte keine entsprechende Zusicherung abgeben. Die fehlende Zuständigkeit war für die Beschwerdeführerin im Übrigen ohne weiteres mit einem Blick auf die einschlägigen Bestimmungen des RTVG erkennbar. Wo die Zuständigkeit in allgemein bekannten Gesetzen geregelt ist, kann der Bürger nicht in gutem Glauben auf die Zuständigkeit einer anderen Behörde vertrauen (BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 111). Zudem wurde der Beschwerdeführerin die Konzession vom UVEK erteilt, so dass sie auch ohne Gesetzeskonsultation davon ausgehen musste, dass auch deren Änderung durch das UVEK erfolgen müsste.

4.4.2 Weiter ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keine Vertrauensbetätigung geltend macht. Mit anderen Worten führt sie keine Dispositionen an, die sie im Vertrauen auf die Duldung durch die Vorinstanz getroffen habe. Zwar mögen durch die Installation der Sendeeinrichtungen Kosten entstanden sein, welche sich bei einer Änderung der Polarisierung als nutzlos erweisen bzw. erneut anfallen würden. Die Beschwerdeführerin macht jedoch nicht geltend, dass ihr die Duldung der vertikalen Polarisierung vor der Installation der Sendeeinrichtungen zugesichert worden sei. Dispositionen sind aber nur als Vertrauensbetätigung zu betrachten, wenn zwischen ihnen und dem erweckten Vertrauen ein Kausalzusammenhang besteht (WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 102). Die geltend gemachte Zusicherung erfolgte erst nach Inbetriebnahme der Anlage und ist damit für die getätigten Investitionen nicht kausal. Andere rechtserhebliche Dispositionen werden von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht.

4.5 Die Beschwerdeführerin ist damit nicht in ihrem Vertrauen in die stillschweigende Duldung des konzessionswidrigen Zustandes zu

schützen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

5.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, bei einer anderen Inhaberin einer Lokalradiokonzession habe das BAKOM gar den Betrieb von nicht konzessionierten Sendestandorten geduldet. Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlange, dass nun auch der vorliegende, weniger schwer wiegende Verstoss gegen Konzessionsbestimmungen geduldet werde. Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Aus dem von der Beschwerdeführerin zu den Akten gegebenen Entscheid 2A.251/2000 vom 19. Dezember 2000 geht hervor, dass das BAKOM gegen den konzessionswidrigen Betrieb von Sendestandorten im von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Fall ebenfalls aufsichtsrechtliche Massnahmen getroffen hat. Eine Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar. Aus dem Umstand, dass zwei der konzessionswidrig erstellten Sender nachträglich konzessioniert wurden, kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine allfällige Anpassung der Konzession ist hier nicht Gegenstand des Verfahrens, sondern war im Verfahren vor dem UVEK bzw. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat zu beurteilen.

6. Ebenso ist auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente, wonach der Empfang ihres Programmes bei horizontaler Polarisation in gewissen Teilen des Sendegebietes durch einen anderen Sender gestört werde, nicht weiter einzugehen. Die Frage, ob sich aufgrund allfälliger Versorgungsprobleme eine Änderung der Polarisation rechtfertige, war im Konzessionsänderungsverfahren zu prüfen und wurde von den dafür zuständigen Behörden rechtskräftig beantwortet. Gründe für eine allfällige Änderung des technischen Anhangs zur Konzession sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerde ist demnach auch insofern abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 3'000.-- bestimmt und sind mit den geleisteten Kostenvorschüssen in derselben Höhe zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]).

8.

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Sistierungsgesuch wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen in gleicher Höhe verrechnet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2004-00037; eingeschrieben)
- das UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Lorenz Kneubühler

Simon Müller

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: