

# **BVGer A-259/2011 vom 19. August 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-259\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-259_2011)

FR: TAF A-259/2011 du 19 août 2011

IT: TAF A-259/2011 del 19 agosto 2011

## **Regeste**

Konzessionen

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 1.1**

Als Verfügung gemäss Art. 5 VwVG gelten einseitige Anordnungen der Behörden in Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine Verfügung als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften entspricht, sondern ob die Strukturmerkmale erfüllt sind (vgl. BVGE 2009/43 E. 1.1.4 S. 607; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 17 ff. und § 29 Rz. 3).

### **E. 1.1.1**

Die Beschwerdeführerin erachtet die Publikation der Ausschreibung zur Neuvergabe des gesamten Mobilfunk-Frequenzspektrums als Verfügung, die ihre UMTS-Konzession 2008 ändert. Durch die Ausschreibung werde es ihr verwehrt, gestützt auf Ziffer 1.4 der Konzession ein aussichtsreiches Erneuerungsbegehren zu stellen. Von der Ausschreibung umfasst seien auch die Frequenzen der Beschwerdeführerin. Diese sollten für die Zeit ab 2017 neu vergeben werden. Die von der Vorinstanz publizierte Ausschreibung von Frequenzblöcken stelle ein behördliches Handeln dar, greife materiell in die Rechte der Beschwerdeführerin ein und könne zudem nicht als offensichtlich unverbindlich angesehen werden. Für die Charakterisierung als Endverfügung sei es nicht notwendig, dass die geplante Auktion bereits durchgeführt und das betreffende Frequenzspektrum rechtskräftig neu zugeteilt worden sei; der Eingriff in ihre Rechte sei bereits jetzt erfolgt. Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin zudem geltend, das Anfechtungsobjekt habe bloss einen indirekten Zusammenhang zum Vorhaben der Vorinstanz, weshalb Art. 24 Abs. 4 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) ihrer Beschwerde nicht entgegen stehe.

### **E. 1.1.2**

Die Vorinstanz bestreitet, mit der Publikation der Ausschreibung eine Anordnung bezüglich der UMTS-Konzession der Beschwerdeführerin getroffen zu haben, zudem habe sie insofern auch keine Rechtsfolgen angeordnet. Im Übrigen würde die publizierte Eröffnung der Ausschreibung höchstens eine Zwischenverfügung innerhalb der Konzessionsvergabe darstellen, die gemäss Art. 24 Abs. 4 FMG nicht selbständig, sondern erst mit dem verfahrensabschliessenden Entscheid anfechtbar sei. Dies gelte selbst dann, wenn die Eröffnung der Ausschreibung über deren Zweck hinausreichende Rechtsfolgen zeitige und die laufenden Konzessionsverhältnisse berühre. Auch derartige Rechtsfolgen würden nämlich erst mit dem Abschluss der Ausschreibung eintreten, nämlich mit der Neuzuteilung derjenigen Frequenznutzungsrechte, die Gegenstand der UMTS-Konzession der Beschwerdeführerin bilden. Ob es dazu komme, hänge vom erfolgreichen Abschluss der Auktion, der tatsächlichen Neuvergabe der Frequenzen ab. Es könne nicht sein, dass ein und derselbe behördliche Akt zugleich eine Zwischen- wie eine Endverfügung darstelle. Es bleibe der Beschwerdeführerin im Übrigen unbenommen, ein Erneuerungsgesuch zu stellen. Schliesslich zeige auch das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin, dass die beantragte Aufhebung der behaupteten Konzessionsänderung die publizierte Ausschreibung tangiere und sich damit gegen diese richte.

#### **E. 1.1.3**

Die Vorinstanz hat mit der Publikation im Bundesblatt vom 30. November 2010 die "Eröffnung der öffentlichen Ausschreibung zur Vergabe mittels Auktion von Frequenzblöcken für die Erbringung von mobilen Fernmeldediensten in der Schweiz" bekannt gegeben. In der Publikation werden verschiedene Modalitäten zum Konzessionsverfahren erwähnt, insbesondere die Frist für die Eingabe der Bewerbungsunterlagen sowie die Gültigkeitsdauer der Konzessionen über die Frequenzblöcke (31. Dezember 2028). Weiter wird in der Publikation eine Informationsveranstaltung des BAKOM zum Auktionsverfahren angekündigt. Zudem ist ihr zu entnehmen, dass sich jedes Unternehmen alleine oder im Rahmen eines Konsortiums für die ausgeschriebenen Frequenzblöcke bewerben könne. Im Übrigen wird auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen und deren Bezugsort genannt. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht insbesondere hervor, dass die hier relevanten Frequenzbänder 2100 MHz ab 1. Januar 2017 nutzbar sein sollen.

#### **E. 1.1.4**

Eine ausdrückliche Verfügung der Vorinstanz, die sich an die Beschwerdeführerin richtet, existiert nicht. Die Vorinstanz äusserst sich weder in der Publikation vom 30. November 2010 noch in den Ausschreibungsunterlagen zu den Folgen der Ausschreibung auf die UMTS-Konzession der Beschwerdeführerin. Diesbezüglich fehlt es somit an einer verbindlichen und endgültigen Anordnung der Vorinstanz. Auch wenn diejenigen Frequenzen, die Gegenstand der aktuellen UMTS-Konzession der Beschwerdeführerin sind, von der Ausschreibung umfasst werden und für die Zeit nach deren Ablauf neu vergeben werden sollen, steht heute noch nicht fest, dass diese in der laufenden Ausschreibung tatsächlich vergeben werden können. So könnte die bereits von Verzögerungen betroffene Ausschreibung auch abgebrochen oder eingeschränkt werden oder ohne Ergebnis bleiben (vgl. den Vorbehalt in Ziff. 4.2 der Ausschreibungsunterlagen). Das von der Beschwerdeführerin behauptete Recht auf ein aussichtsreiches Erneuerungsgesuch wäre bei einem solchen Ausgang der Ausschreibung offensichtlich nicht betroffen.

### **E. 1.1.5**

Die Publikation der Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen enthalten Anordnungen über das Konzessionsverfahren, namentlich den Gegenstand des Verfahrens, etwa den Ablauf und Fristen. Soweit diesen Anordnungen Verfügungscharakter zukommt, sind sie als Zwischenverfügung zu qualifizieren. Zwischenverfügungen sind dadurch charakterisiert, dass sie lediglich einen Schritt innerhalb des Verfahrens darstellen. Sie enthalten insbesondere prozessleitende Anordnungen im Rahmen der Instruktion (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/ Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1532). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann eine Verfügung zwar durchaus gleichzeitig Zwischen- und Endverfügung sein, nämlich dann, wenn darin nicht nur verfahrensleitende Anordnungen zu finden sind, sondern auch über einen - unabhängig vom übrigen Verfahrensgegenstand beurteilbaren - Teilaspekt abschliessend entschieden wird. In einem solchen Fall handelt es sich um einen Teilentscheid, der wie eine Endverfügung angefochten werden kann und muss (vgl. BVGE 2007/2; vgl. auch Art. 91 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 1531 und 1869 f.). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor: Mit der Publikation hat die Vorinstanz keinen Teilaspekt des Verfahrensgegenstandes erledigt. Wenn die Ausschreibung also überhaupt in die Rechte aus einer laufenden Konzession eingreifen sollte, würde dies frühestens an deren Ende mit der Neuvergabe der Frequenznutzungsrechte erfolgen. Wie die Vorinstanz einräumt, bleibt es der Beschwerdeführerin daher nach wie vor unbenommen, ein Erneuerungsgesuch zu stellen. Die Vorinstanz könnte folglich auf ein solches Gesuch nicht mit dem Hinweis auf die Ausschreibung nicht eintreten. Ist somit jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt keine Änderung der UMTS-Konzession 2008 auszumachen, fehlt es an einem tauglichen Anfechtungsobjekt und kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Dies unabhängig davon, dass in der Ausschreibung von Funkkonzessionen Zwischenverfügungen ohnehin von Gesetzes wegen nicht selbständig anfechtbar sind (Art. 24 Abs. 4 FMG).

### **E. 1.2**

Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, sind die übrigen Prozessvoraussetzungen nicht mehr zu prüfen. Ebenso kann offen bleiben, welcher Gehalt der Formulierung in Ziffer 1.4 der Konzession zukommt, ob es sich um ein rein formales Recht handelt, wie die Vorinstanz annimmt, oder ob und gegebenenfalls welche materiellen Ansprüche die Bestimmung einräumt.

### **E. 2.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat die entsprechenden Kosten des Verfahrens, bestimmt auf Fr. 1'500.- zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückzuerstatten.

### **E. 2.2**

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat unabhängig vom Verfahrensausgang keinen

Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.