

BVGer A-7313/2007 vom 27. Mai 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-05-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7313_2007

FR: TAF A-7313/2007 du 27 mai 2008

IT: TAF A-7313/2007 del 27 maggio 2008

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). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

E. 1.1

Ob die angefochtene Verfügung, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht als Endverfügung oder wie von der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz vertreten als Zwischenverfügung zu betrachten ist, kann im Zusammenhang mit der Eintretensfrage offen bleiben. Die Beschwerde gegen Zwischenverfügungen ist gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Dieser Nachteil kann auch tatsächlicher Natur sein (vgl. Entscheid 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2, im Ergebnis auch Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz (BGG): Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, zu Art. 93 Rz. 8). Wird der Beschwerdeführerin die Parteistellung verweigert und damit die Möglichkeit, eine öffentliche Ausschreibung zu verlangen, verwehrt, erleidet diese einen Nachteil, der auch mit einer allfälligen erfolgreichen Anfechtung der Endverfügung, d.h. der Konzessionserteilung, nicht behoben werden könnte. Selbst wenn auf Beschwerde gegen die Endverfügung hin die Konzessionserteilung aufgehoben würde und die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung angeordnet würde, könnten die während der Verfahrensdauer allenfalls entgangenen Gewinne nicht wiedererlangt werden. Ebenso würde der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, sich während dieser Zeit auf dem Markt zu positionieren und Kunden zu gewinnen, entgehen. Die angefochtene Verfügung ist damit auch anfechtbar, wenn sie als Zwischenverfügung betrachtet wird.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Antrag auf Anerkennung der Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist damit durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

E. 1.3

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Das vorliegende Beschwerdeverfahren richtet sich gegen eine Verfügung der Vorinstanz, in welcher der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteistellung zugesprochen wurde. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind dagegen die materiellen Anträge der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren.

E. 3

Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und andere Personen, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Erneuerung der Konzession der Beschwerdegegnerin, die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin werden dadurch nicht direkt berührt. Die Beschwerdeführerin ist demnach nur als Partei zuzulassen, soweit sie nach Art. 48 VwVG zur Beschwerde berechtigt ist (vgl. dazu Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 262).

E. 3.1

Zur Beschwerde ist gemäss 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 der Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat. Bei der Beurteilung der Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren ist damit zu prüfen, ob eine Person besonders berührt ist und - sofern ihren Anträgen nicht gefolgt wird - ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat.

E. 3.2

Zunächst ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse hat, mithin mit ihren Anträgen im erstinstanzlichen Verfahren einen praktischen Vorteil erreichen kann (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 539).

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin verlangt die öffentliche Ausschreibung der fraglichen Konzession. Im Ergebnis strebt sie damit an, eine Möglichkeit zu erhalten, sich um die bisher von der Beschwerdegegnerin genutzten Frequenzen zu bewerben und ein Recht auf Roaming im Netz der Beschwerdegegnerin zu kostendeckenden Preisen zu erhalten. Sie bringt vor, das betroffene 900 MHz Frequenzband biete technische Vorteile, namentlich bessere Empfangseigenschaften innerhalb von Gebäuden. Die technologieneutrale Ausgestaltung der Konzession lasse zudem einen technologischen Fortschritt zu, der im Rahmen ihrer eigenen Konzession nicht möglich sei.

E. 3.2.2

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, selbst wenn sie ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durchführen würde, würde die Beschwerdeführerin dadurch nicht besser gestellt als andere Konzessionärinnen. Es sei sogar möglich, dass die öffentliche Ausschreibung so ausgestaltet würde, dass Inhaberinnen einer gültigen Konzession vom

Neukonzessionierungsverfahren ausgeschlossen würden. Die Beschwerdeführerin habe damit keinen praktischen Nutzen an der Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung.

E. 3.2.3

Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Vorinstanz habe rechtmässig über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Änderung der Konzession und um Zuteilung von Frequenzen entschieden. Da die entsprechenden Anträge der Beschwerdeführerin abgelehnt worden seien, bestehe kein praktisches Interesse an der Einräumung einer Parteistellung. Zudem sei eine öffentliche Ausschreibung nur durchzuführen, wenn zuwenig Frequenzen zur Verfügung stehen würden, die Beschwerdeführerin mache aber nicht geltend, dass die ihr zugeteilten Frequenzen nicht ausreichen.

E. 3.2.4

Sollte die Beschwerdeführerin mit Ihren Anträgen im erstinstanzlichen Verfahren durchdringen, müsste, wie die Vorinstanz selbst ausführt, eine öffentliche Ausschreibung der Konzession durchgeführt werden. Die Beschwerdeführerin hat daran ein praktisches Interesse, würde ihr eine öffentliche Ausschreibung doch die Möglichkeit bieten, sich um die von ihr gewünschte Nutzung von Frequenzen im 900 MHz Bereich zu bewerben. Dass die Nutzung dieses Frequenzbandes und die technologieneutrale Ausgestaltung der Konzession technische und wirtschaftliche Vorteile bietet, geht auch aus den Stellungnahmen der Vorinstanz ohne weiteres hervor. Daran ändert der Umstand nichts, dass mit den nationalen Konzessionen weitergehende Versorgungspflichten verbunden sind. Die Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Konzessionen stellt eine geschäftspolitische Entscheidung der Beschwerdeführerin dar und ist nicht im Rahmen der Prüfung der Parteistellung vorwegzunehmen. Auch die von der Vorinstanz erwähnte Möglichkeit, die Ausschreibung so auszugestalten, dass die Inhaberinnen bestehender Konzessionen ausgeschlossen seien, ändert an dieser Sachlage nichts, hätte doch die Beschwerdeführerin gegebenenfalls die Möglichkeit, entsprechende Verfügungen der Vorinstanz anzufechten. Nicht massgebend ist für die Beurteilung des praktischen Interesses weiter die Frage, ob der Beschwerdeführerin für ihre Dienstleistungen genügend Frequenzen zur Verfügung stehen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 FMG wird für die Erteilung von Funkkonzessionen in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, wenn mittels der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessentinnen zur Verfügung stehen. Die Beschwerdeführerin beantragt die Nutzung von Frequenzen, die auch von den bisherigen Konzessionsinhaberinnen genutzt werden. Es werden damit mehr Frequenzen nachgefragt als zur Verfügung stehen und die Voraussetzungen für eine öffentliche Ausschreibung sind gegeben. Ob eine solche tatsächlich durchzuführen ist oder ob im vorliegenden Fall davon abgewichen werden kann, ist dagegen nicht im Rahmen der Prüfung der Parteistellung zu beurteilen. Nachdem die Verfügung der Vorinstanz betreffend Zuteilung weiterer Frequenzen an die Beschwerdeführerin von dieser ebenfalls angefochten wurde und das Verfahren noch hängig ist, kann ihr auch diese Verfügung nicht entgegengehalten werden. Ob die rechtskräftige Ablehnung des Gesuchs um Zuteilung weiterer Frequenzen das praktische Interesse der Beschwerdeführerin an einer Parteistellung entfallen liesse, kann deshalb offen bleiben.

E. 3.3

Weiter bringt die Beschwerdegegnerin vor, die Vorinstanz habe durch ihren Grundsatzentscheid vom 28. Februar 2007 rechtskräftig die Erneuerung der Konzession der Beschwerdegegnerin ohne öffentliche Ausschreibung beschlossen und die Beschwerdeführerin müsse sich diesen Beschluss entgegenhalten lassen. Würde dieser Beschluss als rechtskräftiger Entscheid der Vorinstanz betrachtet, der von der Beschwerdeführerin nicht angefochten worden ist, wäre der Antrag der Beschwerdeführerin, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, als unzulässig zu betrachten. Das praktische Interesse der Beschwerdeführerin an der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren würde damit entfallen. Unbeachtlich ist vorliegend der am 1. April 2007, mithin während einer allfällig laufenden Rechtsmittelfrist, in Kraft getretene Art. 24 Abs. 4 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10). Gemäss dieser Bestimmung ist die selbständige Anfechtung verfahrensleitender Zwischenverfügungen ausgeschlossen. Ist eine Frist im Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Bestimmung noch nicht abgelaufen, sind Verfahrensvorschriften, die eine grundlegend neue Verfahrensordnung schaffen, noch nicht anwendbar (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 328 mit Hinweisen). Die Bestimmung ist damit auf das vorliegende Verfahren nicht anwendbar. Gemäss Art. 46 Abs. 2 VwVG können jedoch Zwischenverfügungen mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden, wenn die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht zulässig war oder nicht erhoben wurde. Die Beschwerdeführerin hat den Beschluss der Vorinstanz vom 28. Februar 2007 unbestrittenermassen nie angefochten. Wird der Beschluss als Zwischenverfügung betrachtet, kann er gemäss Art. 46 Abs. 2 VwVG mit der Endverfügung angefochten werden. Der Beschluss vom 28. Februar 2007 kann der Beschwerdeführerin damit nicht entgegengehalten werden. Zudem wurde der Beschluss der Beschwerdeführerin nie eröffnet. Ist die Eröffnung so mangelhaft, dass die Verfügungsadressaten nicht in den Besitz aller Elemente gelangen, die für die Wahrung ihrer Interessen erforderlich sind, wird der Fristenlauf nicht ausgelöst und damit das Eintreten der formellen Rechtskraft aufgeschoben (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 365). Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin, nachdem sie durch die Medienmitteilung der Vorinstanz vom Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung erfahren hat, die Vorinstanz um Zustellung der Verfahrensakten und Einsicht in die erneuerte Konzession ersucht. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin daraufhin die Akteneinsicht verweigert und mitgeteilt, dass noch keine erneuerte Konzession vorliege. Die Beschwerdeführerin hat damit alles Zumutbare vorgekehrt, um in den Besitz der für die Anfechtung des Beschlusses notwendigen Informationen zu gelangen und hatte keine Möglichkeit und keinen Anlass, den Beschluss anzufechten. Es kann vor diesem Hintergrund offenbleiben, ob der Beschluss der Vorinstanz überhaupt Verfügungscharakter hätte und damit geeignet wäre, Rechtskraftwirkungen zu entfalten. Einer Anfechtung der vorinstanzlichen Verfügung vom 26. September 2007 würde dies nicht entgegenstehen.

E. 3.4

Von der Frage des praktischen Nutzens einer Parteistellung zu unterscheiden ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine öffentliche Ausschreibung bzw. auf Zuteilung von Frequenzen hat. Die Begründetheit der Anträge der Beschwerdeführerin ist nicht im vorliegenden Verfahren sondern, falls die Parteistellung zu bejahen wäre, im vorinstanzlichen Verfahren materiell zu prüfen.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerin hat damit ein schutzwürdiges Interesse an der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren.

E. 4

Damit ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die geforderte besondere Beziehungsnähe zum Konzessionserneuerungsverfahren hat.

E. 4.1

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Konkurrenten eines Bewilligungsempfängers nicht bereits aufgrund einer bestehenden oder verstärkten Konkurrenzsituation zur Beschwerde gegen die Bewilligungserteilung berechtigt. Diese Art des Berührtseins liegt im Prinzip des freien Wettbewerbs und schafft keine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe. Diese kann dagegen vorliegen bei Konkurrenten in Wirtschaftszweigen, die durch wirtschaftspolitische oder sonstige Regelungen in eine besondere Beziehungsnähe versetzt werden (BGE 127 II 264 E. 2c).

E. 4.2

Die Parteien im vorliegenden Falle unterliegen einer gemeinsamen wirtschaftspolitischen Ordnung. Anders als bei Polizeibewilligungen besteht im Falle der Mobilfunkkonzessionen kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung. Angesichts der beschränkten Verfügbarkeit von nutzbaren Funkfrequenzen bedeutet die Erteilung einer Konzession für die Nutzung solcher Frequenzen stets, dass diese andern Marktteilnehmern nicht zur Verfügung stehen. Die Erteilung einer Konzession berührt die Konkurrenten einer Konzessionärin nicht nur, indem diese verstärkter Konkurrenz ausgesetzt sind, sondern zusätzlich in dem ihnen die Möglichkeit zur Nutzung der zugeteilten Frequenzen entzogen wird. Die Situation ist aus der Sicht der Konkurrenten vergleichbar mit derjenigen bei einer vom Staat geschaffenen Kontingentierung. Es spielt im Hinblick auf die Beziehungsnähe des Konkurrenten keine Rolle, ob eine Kontingentierung aus wirtschaftspolitischen Gründen geschaffen wird, oder ob aus technischen Gründen eine faktische Kontingentierung besteht. Es ist in diesem Zusammenhang auch unerheblich, ob das durch die Konzessionsbehörde ausgeübte Regime der Einschränkung oder, wie im vorliegenden Fall, der Förderung des Wettbewerbs dient. In beiden Fällen wirkt sich die Begünstigung des einen Konkurrenten unmittelbar auf die Situation des andern Konkurrenten aus.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin verfügt damit über die geforderte besondere Beziehungsnähe, weshalb ihr im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung zukommt.

E. 5

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die angefochtene Verfügung sei nicht als Zwischenverfügung, sondern als Endentscheid zu qualifizieren. Der Entscheid sei damit nicht vom zuständigen Organ bzw. nicht in richtiger Besetzung gefällt worden. Mit Urteil A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht in gleicher Sache entschieden, die Vorinstanz habe in einer Zwischenverfügung über die Parteistellung der Beschwerdeführerin zu befinden. Ob auch die Verneinung der Parteistellung als verfahrensrechtlicher Vor- bzw. Zwischenentscheid (so etwa Urteile des Bundesgerichts 1P.580/2001 vom 22. Januar 2002 E. 1.3 bei Bejahungvergleiche das Urteil des Bundesgerichts 2C_/2008 vom 12. März 2008 E. 2.1) oder als Teil- bzw. Endentscheid (wie in BGE 127 I 92 E. 1a oder im Entscheid des Bundesgerichtes 1A.72/2002 vom 19. August

2002 E. 2, vgl. auch BGE 133 V 477) zu bezeichnen ist, kann vorliegend offen bleiben, weil die Verfügung aus den dargelegten Gründen aufzuheben ist.

E. 6

Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich einen Antrag auf Vereinigung des vorliegenden Verfahrens mit gleichgelagerten Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Erneuerung zweier anderer Mobilfunkkonzessionen sowie mit einem Verfahren betreffend ihre inhaltlichen Anträge im vorinstanzlichen Verfahren. Verfahren können vereinigt werden, wenn die einzelnen Sachverhalte in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen und sich in allen Fällen die gleiche Rechtsfragen stellen. Die Verfahrenszusammenlegung dient der Prozessökonomie (André Moser in: André Moser/Peter Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel und Frankfurt a.M. 1998, S. 89 Rz. 3.12). In den drei Verfahren betreffend die Parteistellung der Beschwerdeführerin stellen sich zwar vergleichbare Rechtsfragen, ein prozessökonomischer Vorteil ist in einer Verfahrensvereinigung jedoch nicht zu ersehen. Mit dem Verfahren betreffend materielle Begehren der Beschwerdeführerin bestehen zwar einige inhaltliche Berührungspunkte, doch stellen sich teilweise unterschiedliche Sachverhalts- und Rechtsfragen. Eine Vereinigung der Verfahren ist daher nicht angezeigt.

E. 7

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin als unterliegend. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden Bundesbehörden keine Kosten auferlegt. Die auf Fr. 1'500.-- zu bestimmenden Verfahrenskosten werden daher der Beschwerdegegnerin auferlegt.

E. 8

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 obsiegenden Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

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