Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-3427/2007
{T 1/2}

Urteil vom 19. Juni 2007

Mitwirkung: Richter Beat Forster (Vorsitz); Richterin Kathrin Dietrich; Richter André Moser; Gerichtsschreiber Martin Föhse.

Tele2 Telecommunication Services AG, Hardturmstrasse 161, 8005 Zürich, Beschwerdeführerin, vertreten durch Herrn Igor Schnyder, Head of Legal & Regulatory Tele 2, Hardturmstrasse 161, Postfach 47, 8037 Zürich,

gegen

1. **Swisscom Mobile AG**, Waldeggstrasse 51, 3097 Liebefeld,
2. **Orange Communications SA**, World Trade Center, avenue de Gratta-Paille 2, 1000 Lausanne 30 Grey,
3. **TDC Switzerland AG (sunrise)**, Hagenholzstrasse 20/22, Postfach, 8050 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen,

Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz

betreffend
GSM-Konzession, Verfügung der ComCom vom 19. April 2007.

Sachverhalt:

A. Sowohl die Tele 2 Telecommunication Services AG (Tele 2) als auch die Swisscom Mobile AG (Swisscom), die Orange Communications SA (Orange) und die TDC Switzerland AG (Sunrise) sind Inhaberinnen von GSM-Mobilfunkkonzessionen. Während die Konzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise Ende Mai 2008 auslaufen und deshalb für weitere fünf Jahre erneuert werden sollen, läuft die Konzession von Tele 2 noch bis ins Jahr 2013.

B. Mit Schreiben vom 2. März 2007 ersuchte die Tele 2 das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), ihr aus dem 1800 MHz Frequenzbereich zusätzlich 30 Frequenzen und Vorzugsfrequenzen in einem Block zusammenliegend zuzuteilen, sowie aus dem 900 MHz Frequenzbereich zusammenhängend 30 Kanäle zuzuweisen. Zusätzlich seien alle Konzessionäre zu verpflichten, allen anderen Konzessionären ein nationales Roaming zu kostenorientierten Preisen anzubieten.

C. Am 2. April 2007 gelangte die Tele 2 (Beschwerdeführerin) an die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom, Vorinstanz). Sie bestätigte ihre Anträge aus dem Schreiben an das BAKOM vom 2. März 2007 und stellte sinngemäss den Antrag, sie sei im Verfahren um die Erneuerung der Konzessionen der Beschwerdegegnerinnen als Partei beizuziehen.

D. Mit Schreiben vom 19. April 2007 stellte die Vorinstanz einerseits fest, die Beschwerdeführerin könne im Verfahren um die Erneuerung der Frequenzen der Beschwerdegegnerinnen keine Parteirechte nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) geltend machen, da ihre Frequenzsituation und damit ihre Konzession vom laufenden Erneuerungsverfahren nicht betroffen sei. Daneben hielt sie fest, dass weder im Bereich von 900 MHz noch in demjenigen von 1800 MHz freie Frequenzen verfügbar seien und deswegen dem Anliegen um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen nicht entsprochen werden könne.

E. Am 15. Mai 2007 gelangte die Beschwerdeführerin mit folgenden Rechtsbegehren an das Bundesverwaltungsgericht:

> "1. Es sei die Verfügung der ComCom vom 19. April 2007 aufzuheben.
>
> 2. Es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 2. März 2007 gutzuheissen und ihr die zusätzlichen 30 Frequenzen und Vorzugsfrequenzen in einem Block im Frequenzbereich von 1800 MHz zuzuweisen sowie aus dem 900 MHz Frequenzbereich zusammenhängend 30 Kanäle zuzuweisen; ferner seien alle Konzessionärinnen zu verpflichten, nationales Roaming zu kostenorientierten [Preisen] anzubieten.
>
> 3. Eventualiter sei die ComCom anzuweisen, ein Ausschreibungsverfahren mit Kriterienwettbewerb durchzuführen.
>
> 4. Subeventualiter sei die ComCom anzuweisen, die Beschwerdeführerin in das laufende Konzessionserneuerungsverfahren beizuladen.

5. Es sei die ComCom vorsorglich anzuweisen, das Konzessionserneuerungsverfahren zu sistieren, bis über diese Beschwerde rechtskräftig entschieden ist.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

F. Mit Verfügung vom 22. Mai 2007 wurden die Vorinstanz aufgefordert und die Beschwerdegegnerinnen eingeladen, bis am 12. Juni 2007 zum Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme und bis zum 22. Juni 2007 in der Sache selbst Stellung zu nehmen.

G. Mit Stellungnahmen vom 11. Juni (Beschwerdegegnerin 3) und 12. Juni 2007 (Beschwerdegegnerinnen 1 und 2) schliessen die Beschwerdegegnerinnen auf Abweisung des Gesuches um vorsorgliche Massnahmen bzw. auf Abweisung, soweit darauf einzutreten sei. Dies jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

H. Am 12. Juni 2007 beantragt die Vorinstanz, auf das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen.

I. Auf die Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG.

1.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und unter anderem nach dessen Bst. c die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand haben. Die Verfügung hat demnach folgende Strukturmerkmale aufzuweisen: 1. Anordnung einer Behörde, 2. Einzelfall, 3. Regelung eines Rechtsverhältnisses, 4. Einseitigkeit, 5. Verbindlichkeit, 6. Abstützung im öffentlichen Recht des Bundes (PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 28 Rz. 17, vgl. auch ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2006, Rz. 858 ff.). Vom Verfügungsbegriff zu trennen ist die Frage nach der Form der Verfügung. Die Missachtung von Formerfordernissen bewirkt lediglich einen Eröffnungsmangel; die Verfügung wird fehlerhaft und als Folge davon anfechtbar, in seltenen Fällen gar nichtig. Formfehler lassen den Verfügungscharakter aber (abgesehen vom seltenen Fall der Nichtigkeit) nicht dahinfallen; die mangelhaft eröffnete Verfügung bleibt Verfügung (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28 Rz. 18). Fehlerhaft ist eine Verfügung auch, wenn sie inhaltlich rechtswidrig ist oder in

Bezug auf ihr Zustandekommen, d.h. die Zuständigkeit und das Verfahren bei ihrer Entstehung, Rechtsnormen verletzt wurden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 947).

1.3 Zu prüfen ist zunächst, ob das Schreiben der Vorinstanz vom 19. April 2007 eine Verfügung im Sinne des Gesetzes und damit ein Anfechtungsobjekt darstellt. Dazu muss es die unter 1.2 genannten Strukturmerkmale aufweisen. Das Schreiben vom 19. April 2007 erging von der ComCom und wurde von deren Präsidenten unterzeichnet. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. d VwVG gelten die eidgenössischen Kommissionen als Behörden. Der Brief ist an die Beschwerdeführerin gerichtet und bezieht sich auf drei zeitlich und räumlich abgrenzbare Lebenssachverhalte (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28 Rz. 22). Einerseits wird über das Gesuch um Beteiligung als Partei im Konzessionsverfahren der Beschwerdegegnerinnen entschieden, andererseits über das Gesuch um Zuteilung weiterer Frequenzen sowie über den Antrag, die Beschwerdegegnerinnen seien zur Einführung eines kostenbasierten National Roaming zu verpflichten. Sämtliche Gesuche wurden abgewiesen, womit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG ein Rechtsverhältnis geregelt wurde. Die Entscheide ergingen ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin und daher einseitig (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 858). Die Erkenntnisse sind für die Beschwerdeführerin im Übrigen verbindlich und unter Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes erfolgt (dem VwVG sowie der Gesetzgebung zum Fernmeldeverkehr). Das Schreiben der Vorinstanz vom 19. April 2007 ist nach dem Gesagten – trotz fehlender Bezeichnung als Verfügung und fehlender Rechtsmittelbelehrung (vgl. Art. 35 VwVG) – als (materielle) Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren und somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt.

1.4 Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und mit der ComCom eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG verfügt hat (vgl. auch BBl 2001 4390), ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung vorliegender Beschwerde zuständig.

1.5 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 berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

1.6 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist nach dem Gesagten einzutreten.

1.7 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition (Art. 49 VwVG). Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. ANDRÉ MOSER, in ANDRÉ MOSER / PETER UEBERSAX, Prozessie-

ren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.59; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1632 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat von Amtes wegen den Sachverhalt festzustellen und das Recht anzuwenden. Es ist dabei nicht an die Parteibegehren und die rechtlichen Überlegungen der Parteien gebunden. (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 39 Rz. 112).

2.

2.1 Vor der Vorinstanz beantragte die Beschwerdeführerin einerseits, es seien ihr zusätzliche Frequenzen zuzuteilen. Sie stellte damit ein Begehren um Abänderung ihrer Konzession. Gemäss Art. 24*e* des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) FMG kann die Konzessionsbehörde die Konzession veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen oder widerrufen, wenn die Änderung oder der Widerruf zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist. Nach Art. 24*a* Abs. 1 FMG ist die Vorinstanz Konzessionsbehörde. Sie trifft Entscheide und erlässt Verfügungen, die nach dem FMG und den zugehörigen Ausführungsbestimmungen in ihrer Kompetenz liegen (Art. 57 Abs. 1 FMG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 FMG erlässt die Kommission ein Reglement über ihre Organisation und Geschäftsführung, das der Genehmigung des Bundesrats bedarf (Geschäftsreglement der Kommunikationskommission vom 6. November 1997 [Geschäftsreglement, SR 784.101.115]). Die Genehmigung erfolgte am 15. Dezember 1997.

2.2 Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bereitet die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht ihre Entscheide. Es ist insbesondere zuständig für die Vorbereitung und Instruktion der Verfahren für die Konzessionserteilung durch die Kommission (Art. 8 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 Bst. b Geschäftsreglement). Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Geschäftsreglements ist die Kommission beschlussfähig, wenn mindestens zwei Drittel der Mitglieder anwesend sind. Sie fasst ihre Beschlüsse mit dem einfachen Mehr der anwesenden Mitglieder; bei Stimmengleichheit gibt der Präsident oder die Präsidentin den Stichentscheid (Abs. 2). Nach Art. 12 Abs. 4 des Geschäftsreglements kann ein Mitglied im Einzelfall ermächtigt werden, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen. Art. 13 Abs. 1 des Geschäftsreglements schreibt vor, dass Zwischenverfügungen durch den Präsidenten oder die Präsidentin bzw. den Vizepräsidenten oder die Vizepräsidentin zusammen mit einem anderen Mitglied der Kommision erlassen werden können. Nach Art. 13 Abs. 2 bereitet das Bundesamt den entsprechenden Antrag vor.

2.3 Die Verfügung vom 19. April 2007 wurde vom Präsidenten der Vorinstanz erlassen. Soweit darin über die Frage der Änderung der Konzession befunden wurde, wäre gemäss Art. 12 Abs. 1 und 2 des Geschäftsreglementes allerdings das einfache Mehr der anwesenden Mitglieder (mindestens zwei Drittel) der Kommission notwendig gewesen. Auch hätte darüber ein Protokoll im Sinne von Art. 16 des Geschäftsreglementes erstellt werden müssen. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, hat die Vorinstanz

diese Erfordernisse an das Verfahren nicht erfüllt. Daneben gibt es keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Ermächtigung im Sinne von Art. 12 Abs. 4 des des Geschäftsreglements. Die Vorinstanz führt denn auch selbst dazu aus, dass das Schreiben vom 19. April 2007 nicht als Verfügung, sondern als blosse Meinungsäusserung des Urhebers (Präsident der Kommission) gedacht gewesen sei (vgl. Ziff. 2.2.1.1 der Stellungnahme der Vorinstanz vom 12. Juni 2007). Dies ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass materiell eine Verfügung vorliegt (vgl. oben, E. 1.3). Nebst den Formmängeln ist die Verfügung daher noch aus einem weiterem Grund – nämlich wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften bei deren Zustandekommen – fehlerhaft und somit anfechtbar.

3. Weiter wurde über den Antrag der Beschwerdeführerin befunden, sie sei als Partei in das Konzessionserneuerungsverfahren der Beschwerdegegnerinnen mit einzubeziehen. Dieser Entscheid stellt im Rahmen der Konzessionserneuerungsverfahren der Beschwerdegegnerinnen eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 13 des Geschäftsreglements dar. Auch hierzu fehlt dem Präsidenten der Vorinstanz, der die Verfügung alleine erliess, die Legitimation, denn er hätte nur zusammen mit einem Mitglied der Kommission entscheiden dürfen (Art. 13 Abs. 1 Geschäftsreglement). Demnach wurden auch hier Verfahrensvorschriften verletzt, und die Verfügung leidet an einem Mangel.

4. Schliesslich ist über den Antrag der Beschwerdeführerin zu befinden, die Beschwerdegegnerinnen seien zu verpflichten, ein nationales Roaming zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Da dieser Antrag im Rahmen des Verfahrens zur Konzessionserneuerung der Beschwerdegegnerinnen zu behandeln wäre (und keinen direkten Zusammenhang mit der Konzession der Beschwerdeführerin hat), müsste sich die Beschwerdeführerin – wie sie auch beantragt – als Partei in diesem Verfahren beteiligen können. Dieses Begehren wurde allerdings mit Verfügung der Vorinstanz vom 19. April 2007 abgewiesen (vgl. E. 3). Trotzdem hat sich die Vorinstanz in derselben Verfügung noch kurz materiell mit diesem Antrag auseinandergesetzt. Ob sie damit implizit die Parteistellung der Beschwerdeführerin bejaht hat, kann allerdings offen bleiben. Auch in diesem Punkt wäre die Verfügung in jedem Falle mangelhaft, denn der Präsident der Vorinstanz allein kann weder über die Parteistellung der Beschwerdeführerin noch über Nebenbestimmungen zu den Konzessionen im Konzessionserneuerungsverfahren der Beschwerdegegnerinnen befinden (vgl. E. 2.3 und 3).

5. Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Verfügung der Vorinstanz mangelhaft ist, weil sie insbesondere unter Missachtung der Vorschriften zur Beschlussfassung bei der Vorinstanz ergangen ist. Sie ist daher aufzuheben. Es obliegt der Vorinstanz, erneut eine begründete Zwischenverfügung betreffend die Parteistellung der Beschwerdeführerin im Verfahren um die Konzessionserneuerung der Beschwerdegegnerinnen zu treffen und allenfalls über den dazugehörigen weiteren Antrag zu befinden, bzw. erneut einen Entscheid zum Gesuch um Abänderung der Konzession der Beschwerdeführerin zu erlassen. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten in-

soweit gutzuheissen, und auf die materiellen Anträge ist nicht weiter einzugehen.

6. Da somit bereits in der Hauptsache entschieden wird, wird das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ebenso gegenstandslos wie die der Vorinstanz und den Beschwerdegegnerinnen gesetzte Frist zur Stellungnahme in der Sache.

7. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden Bundesbehörden keine Kosten auferlegt. Die Vorinstanz wird bereits aus diesem Grund nicht kostenpflichtig. Was die Beschwerdegegnerinnen angeht, so können gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) einer Partei die Verfahrenskosten ganz oder teilweise erlassen werden, wenn es Gründe in der Sache oder der Person der Partei als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen. Vorliegend wurde in der Hauptsache entschieden, bevor die Beschwerdegegnerinnen dazu Stellung genommen und Anträge gestellt haben. Es erschiene deshalb ungerechtfertigt, ihnen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Demnach wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet. Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– zurückzuerstatten.

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 VGKE 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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung der Kommunikationskommission (ComCom) vom 19. April 2007 aufgehoben und die Sache zu einem neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

4. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

5. Dieses Urteil wird eröffnet:

   - der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde; Beilage: Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Juni 2007)
   - den Beschwerdegegnerinnen (jeweils mit Gerichtsurkunde; Beilage: Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Juni 2007)
   - der Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde, Ref-Nr. 1000149335/5127-10-000122/2007)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Forster	Martin Föhse

Rechtsmittelbelehrung

Dieses Urteil kann innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz [BGG], SR 173.110) erfüllt sind. Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Das angefochtene Urteil und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand am: