Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-7313/2007
{T 1/2}

Urteil vom 27. Mai 2008

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

Tele2 Telecommunication Services AG, c/o Herr Igor Schnyder, Hardturmstrasse 185, Postfach 49, 8037 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Sunrise Communications AG (vormals TDC Switzerland AG), Hagenholzstrasse 20/22, Postfach, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom, Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

GSM-Konzessionserneuerungsverfahren Sunrise Communications AG [vormals TDC Switzerland AG] - Akteneinsicht.

Sachverhalt:

A.
Die Sunrise Communication AG (nachfolgend Sunrise) ist Inhaberin einer nationalen GSM-Mobilfunkkonzession. Diese berechtigt die Sunrise zur Nutzung von Frequenzen in den Frequenzbändern 900 Mhz und 1800 Mhz. Gleichzeitig werden der Konzessionärin Versorgungspflichten auferlegt. Die Konzession ist bis am 31. Mai 2008 befristet. Im Hinblick auf den Ablauf dieser Konzession ist bei der eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend ComCom) ein Verfahren auf Erneuerung dieser Konzession hängig.

B.
Die Tele2 Telecommunications Service AG (nachfolgend Tele2) ist ihrerseits Inhaberin einer regionalen GSM-Mobilfunkkonzession mit Rechten zur Nutzung des 1800 MHz Frequenzbandes und reduzierten regionalen Versorgungspflichten. Die Konzession ist bis am 31. Dezember 2013 befristet.

C.
Mit Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 hat die ComCom nach vohergehender Anhörung der interessierten Kreise entschieden, die Konzession nicht öffentlich auszuschreiben, sondern die bestehende Konzession zu erneuern. Gleichzeitig beschloss die ComCom, den Betrieb von UMTS-Systemen im zugeteilten GMS-Spektrum zuzulassen. Dieser Beschluss wurde der Konzessionärin, nicht aber Tele2 mitgeteilt.

D.
Mit Schreiben vom 2. März 2007 ersuchte Tele2 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.

E. Mit Medienmitteilung vom 22. März 2007 gab die ComCom ihre Absicht, die bestehenden Konzessionen zu erneuern, bekannt. Am 2. April 2007 gelangte Tele2 an die ComCom. 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 Sunrise als Partei beizuziehen.

F.
Auf Beschwerde von Tele2 hin hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 19. Juni 2007 (A-3427/2007) eine Verfügung der ComCom betreffend die Parteistellung und das Recht auf Akteneinsicht von Tele2 im Konzessionserneuerungsverfahren der Sunrise aus formellen Gründen aufgehoben und die ComCom angewiesen, über die Parteistellung der Beschwerdeführerin zu entscheiden.

G.
Der Präsident der ComCom stellte zusammen mit einem weiteren Mitglied der Kommission mit Zwischenverfügung vom 26. September 2007 fest, dass Tele2 im Verfahren betreffend Erneuerung der GSM-Funkkonzession von Sunrise keine Parteistellung zukomme und wies ein Gesuch um Akteneinsicht ab. Sie führt aus, Tele2 werde durch das Konzessionserneuerungsverfahren nicht stärker berührt als andere und sei deshalb nicht Partei. Ein Konkurrenzverhältnis zu einer Partei eines Verfahrens alleine genüge nicht, um eine Parteistellung Dritter zu begründen. Durch die allfällige Neuordnung der Frequenzzuteilung im Rahmen des Konzessionserneuerungsverfahrens werde die Wettbewerbssituation zudem nicht beeinflusst. In die Rechte, die Tele2 aufgrund ihrer Konzession zustünden, werde nicht eingegriffen. Weiter würden die Konkurrentinnen von Tele2 auch in keiner Weise privilegiert.

H.
Mit Beschwerde vom 29. Oktober 2007 beantragt Tele2 (nachfolgend Beschwerdeführerin), die ComCom (nachfolgend Vorinstanz) sei unter Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung anzuweisen, ihr im Konzessionserneuerungsverfahren Parteistellung einzuräumen. Zur Begründung führt sie aus, die vorinstanzliche Verfügung sei für sie ein verfahrensabschliessender Endentscheid und damit nicht als Zwischenverfügung zu betrachten. Die Verfügung hätte deshalb nicht vom Präsidenten zusammen mit einem Mitglied, sondern von der Kommission gefällt werden müssen.

In materieller Hinsicht hält sie fest, sie habe eine besondere Beziehungsnähe zum Konzessionserneuerungsverfahren, durch die Vergabe der knappen Frequenzen an ihre Konkurrentinnen werde sie selbst von deren Nutzung ausgeschlossen. Ihre Konkurrentinnen erhielten bei

einer Neuordnung der Frequenzen die Möglichkeit, Dienste mit attraktiveren Technologien anzubieten, dadurch würde die Wettbewerbsposition der Beschwerdeführerin verschlechtert. Bei einer Neuzuteilung von Funkfrequenzen seien alle konzessionierten Marktteilnehmer gleich zu behandeln, eine Konzessionserneuerung ohne öffentliche Ausschreibung verstosse daher gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Beschwerdeführerin könne deshalb auch aufgrund der Privilegierung von Sunrise Parteistellung beanspruchen.

I.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 7. Dezember 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerdeantwort, soweit darauf einzutreten sei. Das Konzessionserneuerungsverfahren werde durch die angefochtene Verfügung nicht abgeschlossen, diese sei deshalb als Zwischenverfügung zu betrachten und in der richtigen Zusammensetzung gefällt worden. Die Vorinstanz habe am 28. Februar 2007 beschlossen, ihre Konzession zu erneuern, dieser Entscheid sei in Rechtskraft erwachsen. Ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an einer Verfahrensbeteiligung bestehe nicht.

J.
Die Vorinstanz reicht am 10. Dezember 2007 eine Vernehmlassung ein und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, die angefochtene Verfügung habe sich nur zur Frage der Parteistellung der Beschwerdeführerin geäussert, da diese verneint worden sei, habe auf die übrigen Begehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden müssen. Die Verneinung der Parteistellung habe das Verfahren nicht abgeschlossen, die angefochtene Verfügung sei deswegen als Zwischenentscheid zu betrachten und in richtiger Besetzung gefällt worden.

Die Beschwerdeführerin habe keine besondere Beziehungsnähe zum Konzessionserneuerungsverfahren. Ein praktischer Vorteil im Falle eines Obsiegens sei nicht ersichtlich. So könnte sie (im Konzessionserneuerungsverfahren) höchstens erreichen, dass die Konzessionen öffentlich ausgeschrieben würden. In einer öffentlichen Ausschreibung wäre sie indessen nicht besser gestellt als andere Fernmeldedienstanbieter. Die Rechte, die der Beschwerdeführerin in ihrer Mobilfunkkonzession eingeräumt worden seien, würden durch das vorliegende Verfahren nicht berührt. Die geringfügige Umverteilung der Frequenzen zwischen den betroffenen Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin

bedeute lediglich eine Anpassung an den technologischen Fortschritt. Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin hätten in ihren Konzessionen völlig unterschiedliche Versorgungspflichten, von einer Bevorzugung der Beschwerdegegnerin könne keine Rede sein. Angesichts des grossen finanziellen Aufwandes für den Aufbau von Mobilfunkinfrastruktur könne eine grundsätzliche Umgestaltung der Mobilfunklandschaft erst für einen späteren Zeitpunkt ins Auge gefasst werden.

K.
Mit Replik vom 31. Januar 2008 hält die Beschwerdeführerin an den gestellten Rechtsbegehren fest und beantragt in prozessualer Hinsicht die Vereinigung des Verfahrens mit den Verfahren betreffend die Konzessionserneuerung der übrigen Konkurrentinnen sowie betreffend ihr Konzessionsänderungsgesuch.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe im Konzessionserneuerungsverfahren unter anderem den Antrag gestellt, den Erneuerungsbeschluss aufzuheben. Der Beschluss könne ihr nicht entgegengehalten werden.

Sie bringt vor, zwischen den genannten Verfahren bestehe ein enger Sachzusammenhang. Die Verfügung im Konzessionsänderungsverfahren knüpfe an den Entscheid über die Parteistellung an. Damit die bestehenden Verhältnisse während der Verfahrensdauer nicht zementiert würden und ihr dadurch nicht ein zusätzlicher Wettbewerbsnachteil entstehe, müsse das Bundesverwaltungsgericht die notwendigen Vorkehren treffen.

Die Beschwerdeführerin führt aus, sie strebe eine öffentliche Ausschreibung der Mobilfunkkonzessionen und damit die Möglichkeit des Erwerbs einer denjenigen der anderen Mitbewerber gleichwertigen Konzession an. Sie habe damit ein praktisches Interesse an einer Beteiligung am Verfahren und sei besonders berührt.

L.
In ihrer Duplik vom 15. Februar 2008 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde sowie des Gesuchs um Vereinigung der Verfahren.

Es bestehe kein Sachzusammenhang zu den übrigen Verfahren, da im Verfahren betreffend die Frequenzzuteilung materielle Fragen umstrit-

ten seien, während im vorliegenden Verfahren ausschliesslich verfahrensrechtliche Punkte zu klären seien. Eine Vereinigung des Verfahrens würde auch nicht zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen.

Eine öffentliche Ausschreibung müsste nur durchgeführt werden, wenn für die Beschwerdeführerin nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen würden. Dies werde auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht; diese habe daher auch kein praktisches Interesse an einer Teilnahme am Verfahren.

M.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Duplik vom 20. Februar 2008 die Abweisung des Gesuchs um Vereinigung der Verfahren. Sie führt dazu aus, ein enger sachlicher Zusammenhang bestehe nicht.

N.
Zur Frage der Parteistellung der Beschwerdeführerin führt sie aus, eine besondere Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zum Konzessionsverlängerungsverfahren bestehe nicht. Die Vergabe von Konzessionen sei zwar wettbewerbspolitisch motiviert, diene aber im vorliegenden Fall nicht der Einschränkung des Wettbewerbs sondern dessen Förderung. Die Umverteilung von Frequenzen berühre die Konzession der Beschwerdeführerin nicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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.

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 betrach-

ten 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.

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.

1.3 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

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.

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).

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.

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).

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.

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.

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 ausreichten.

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.

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.

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.

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

4.
Damit ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die geforderte besondere Beziehungsnähe zum Konzessionserneuerungsverfahren hat.

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).

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.

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

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.

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.

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.

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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend Erneuerung der Mobilfunkkonzession der Beschwerdegegnerin Parteistellung hat.

2.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 1'500.-- bestimmt und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1500.-- wird der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf07-09-26_016 / AZ 221.3; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant 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: