Urteilskopf

125 II 293

29. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 7. Mai 1999 i.S. Sunrise Communications AG (vormals NewTelco AG), diAx mobile und Orange Communications SA gegen Eidgenössische Kommunikationskommission u. Mitb. (Verwaltungsgerichtsbeschwerden)
Regeste (de):
Art. 36 BV; Art. 1 FMG, Art. 4-6 FMG, Art. 22-24 FMG, Art. 27 FMG, Art. 56 FMG, Art. 57 und insb. Art. 61 FMG; Art. 98 lit. f OG, Art. 99 Abs. 1 insb. lit. d OG, Art. 101 OG und Art. 159 Abs. 2 OG; WTO/GATS-Abkommen, insb. «Anhang über Telekommunikation»; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Erteilung von zwei landesweiten Mobilfunkkonzessionen.

Gegen Entscheide der Eidgenössischen Kommunikationskommission im Zusammenhang mit der Erteilung bzw. Verweigerung einer Mobilfunkkonzession für Fernmeldedienste ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde - auch unter Berücksichtigung des WTO/GATS-Abkommens sowie unter Beizug des Rechts der Europäischen Union als Auslegungshilfe bei der Anwendung des Landesrechts - jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn nicht genügend Frequenzen für alle Bewerber zur Verfügung stehen (E. 1-4).

Mangels eigentlichen Anspruchs lässt sich auch nicht unmittelbar aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ein Anspruch auf Zugang zum Bundesgericht ableiten (E. 5).

Die Eidgenössische Kommunikationskommission hat vor dem Bundesgericht keinen Anspruch auf Parteientschädigung (E. 6d).

Regeste (fr):
Art. 36 Cst.; art. 1 LTC, art. 4-6 LTC, art. 22-24 LTC, art. 27 LTC, art. 56 LTC, art. 57 LTC et en part. art. 61 LTC; art. 98 lettre f OJ, art. 99 al. 1 en part. lettre d OJ, art. 101 OJ et art. 159 al. 2 OJ; Accord instituant l' OMC/GATT de 1994, en part. «Annexe sur les télécommunications»; art. 6 ch. 1 CEDH; admissibilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral en relation avec l' octroi de deux concessions de téléphones mobiles sur le plan national.

Lorsqu' il n' existe pas assez de fréquences pour satisfaire tous les recourants, la voie du recours de droit administratif n' est pas ouverte contre les décisions de la Commission fédérale de la communication accordant ou refusant une concession de téléphones mobiles pour le service des télécommunications; la situation n' est pas différente si l' on se réfère pour interpréter le droit national aux critères retenus dans l' Accord instituant l' OMC/GATT ou le droit de l' Union européeenne (consid. 1-4).

Faute de droit spécifique à l' octroi d' une concession l' on ne saurait davantage déduire directement de la Convention européenne des droits de l' homme le droit de recourir au Tribunal fédéral (consid. 5).

La Commission fédérale de la communication n' a pas droit à des dépens devant le Tribunal fédéral (consid. 6d).

Regesto (it):
Art. 36 Cost.; art. 1 LTC, art. 4-6 LTC, art. 22-24 LTC, art. 27 LTC, art. 56 LTC, art. 57 LTC e in particolare art. 61 LTC; art. 98 lett. f OG, art. 99 cpv. 2 OG; Accordo per l' istituzione dell' OMC/GATT del 1994 e in particolare «Allegato sulle telecomunicazioni»; art. 6 cifra 1 CEDU; ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale in relazione al rilascio di due concessioni per la telefonia mobile sul piano nazionale.

Non è data la facoltà di introdurre ricorso di diritto amministrativo contro le decisioni rese dalla Commissione federale delle comunicazioni in materia di rilascio, rispettivamente, di diniego di una concessione per l' offerta di servizi di telecomunicazione nel settore della telefonia mobile, se le frequenze disponibili sono insufficienti a soddisfare tutti i concorrenti; la situazione non muta se, per l' interpretazione del diritto nazionale, si tiene conto dei principi stabiliti nell' Accordo per l' istituzione dell' OMC/GATT o del diritto emanato dall' Unione europea (consid. 1-4).

In mancanza di uno specifico diritto al rilascio di una simile concessione, la facoltà di ricorrere davanti al Tribunale federale non può neppure essere dedotta direttamente dalla Convenzione europea per i diritti dell' uomo (consid. 5).

La Commissione federale delle comunicazioni non ha diritto ad un' indennità per ripetibili davanti al Tribunale federale (consid. 6d).

Sachverhalt ab Seite 294

Am 30. April 1997 beschloss die Bundesversammlung das revidierte Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10; AS 1997 2187); dieses trat im Wesentlichen am 1. Januar 1998 in Kraft, mit Ausnahme einzelner Bestimmungen wie insbesondere derjenigen über die Einsetzung einer Eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend: Kommunikationskommission; Art. 56 f. FMG), welche bereits vom 20. Oktober 1997 an galten (AS 1997 2205). Das Fernmeldegesetz sieht unter anderem in Art. 4 Abs. 1 vor, dass eine Konzession benötigt, wer einen Fernmeldedienst erbringt und dabei erhebliche Teile der für die Übertragung benutzten Fernmeldeanlagen unabhängig betreibt. Konzessionsbehörde ist die Kommunikationskommission (Art. 5 Abs. 1 FMG). Gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG benötigt eine Funkkonzession, wer das Funkfrequenzspektrum benutzen will. Nach Art. 24 Abs. 1 FMG wird für die

Erteilung einer Funkkonzession 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 Interessenten zur Verfügung stehen. Gemäss Art. 24 Abs. 2 FMG regelt der Bundesrat das Verfahren, wobei dieses den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz folgt. Nach Art. 9 Abs. 1 der bundesrätlichen Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1; AS 1997 2833) legt die Konzessionsbehörde fest, ob der Zuschlag aufgrund eines Kriterienwettbewerbs oder einer Auktion erfolgt. In seiner Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz (BBl 1996 III 1405) hatte der Bundesrat in den Erläuterungen zum vorgeschlagenen Art. 65 FMG (Sicherstellung der Grundversorung) - die entsprechende Regelung erging schliesslich in Art. 66 FMG - unter anderem ausgeführt, neuen konzessionierten Anbietern von Mobiltelefonie müssten die für den Aufbau ihrer Netze notwendigen Frequenzen rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden (BBl 1996 III 1450). Um in diesem Sinne im Mobilfunkbereich möglichst rasch nach Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes Wettbewerb einführen zu können, startete das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: Bundesamt) - in

Absprache mit dem zuständigen Departement (Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirschaftsdepartement, heute: Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation; nachfolgend: Departement) - bereits am 17. September 1996 die Vorbereitung für ein entsprechendes Projekt. Am 24. April 1997 veröffentlichte das Bundesamt - erneut nach Rücksprache mit dem zuständigen Departement - einen Vorschlag zu Handen der späteren Kommunikationskommission, der vorsah, neben der Telecom PTT (später: Swisscom) insgesamt zwei neue Mobilfunkbetreiber mit landesweiten Netzen zu konzessionieren. Angekündigt wurde gleichzeitig auch die Abschaltung des Natels C per 31. Dezember 2000. In der Folge widmete sich das Bundesamt den Vorbereitungsarbeiten für das Verfahren zur Konzessionsvergabe. Aus Gründen der Rechtsgleichheit im Vergleich zu Swisscom und gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärungen liess das Bundesamt die Variante einer Auktionsvergabe fallen und konzentrierte seine Bemühungen auf das Modell des Kriterienwettbewerbs (Ausschreibung anhand bestimmter vorgegebener

Vergabekriterien; sog. «Beauty Contest»). Am 5. November 1997 unterbreitete das Bundesamt der - per 20. Oktober 1997 konstituierten - Kommunikationskommission einen Antrag über die Ausschreibung einer landesweiten Konzession für ein digitales zellulares Mobilfunknetz auf der Basis des GSM-Standards (GSM = Gobal System for Mobile Communication) in der Schweiz, d.h. auf der Grundlage von Endgeräten, die sowohl im 900 MHz-Band (GSM 900) als auch im 1800 MHz-Band (DCS 1800; DCS = Digital Communications System) eingesetzt werden können (sog. Dual-Band-Endgeräte). Am 18. November 1997 traf die Kommunikationskommission unter anderem folgenden Vorentscheid: «Nach Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes (FMG) erhalten neben der Swisscom zwei neue Betreiber eine landesweite Mobilfunkkonzession. Mit der Konzession verbunden ist das Recht auf Nutzung von Frequenzen aus dem GSM- sowie dem DCS-Frequenzband. Weil anfangs noch nicht genügend Frequenzen freigestellt werden können, erhält der dritte Konzessionär zu Beginn nur DCS-Frequenzen zur Nutzung. Dem zweiten Konzessionär werden somit für den Betrieb eines Mobilfunknetzes die gleichen Voraussetzungen wie der Swisscom angeboten. Der dritte Konzessionär wird sich auf ausgewählte Gebiete konzentrieren müssen. Er hat aber per 1. Januar 2001 das Recht, gleich wie die beiden anderen, Frequenzen aus dem GSM- sowie dem DCS-Frequenzband zu gebrauchen. Ab diesem Zeitpunkt sind somit alle drei Konzessionäre in der Frequenznutzung gleichberechtigt. Die DCS-Frequenzen müssen von der Swisscom noch freigestellt werden.» Die Ausschreibung wurde am 23. Dezember 1997 formell im Bundesblatt eröffnet, und zwar für die erste neue Konzession in BBl 1997 IV 1599 und für die zweite neue Konzession in BBl 1997 IV 1600. Bis zum gesetzten Eingabetermin vom 13. Februar 1998 reichten folgende Unternehmungen (in alphabetischer Reihenfolge) eine Bewerbung ein: Cheapernet, diAx mobile, Fortel, Orange Communications SA, Sunrise Communications AG und Unlimitel. In der Folge wertete das Bundesamt die Bewerbungsunterlagen aus und erstellte dazu einen Evaluationsbericht. Am 14. April 1998 stellte das Bundesamt Antrag an die Kommunikationskommission. Diese führte am 16. April 1998 ein Hearing mit den Bewerberinnen durch. Am 17. April 1998 fällte die Kommunikationskommission ihren Konzessionsentscheid und traf eine Reihe von Verfügungen, die sich jeweils einzeln an eine Bewerberin richteten. Im Wesentlichen erteilte die Kommunikationskommission der diAx mobile die sog. «erste neue Konzession» und wies die entsprechenden Gesuche der

anderen Bewerberinnen, namentlich der Sunrise Communications AG und der Orange Communications SA, ab. Die sog. «zweite neue Konzession» ging an die Orange Communications SA unter Abweisung der entsprechenden Gesuche der anderen Bewerberinnen, namentlich der diAx mobile und der Sunrise Communications

AG. Die begründeten Verfügungen wurden den Bewerberinnen anfangs Juni 1998 eröffnet. In der Folge stellten einzelne Bewerberinnen, insbesondere die Sunrise Communications AG und die Orange Communications SA, während der von der Kommunikationskommission angegebenen Rechtsmittelfrist verschiedene Gesuche um Akteneinsicht, namentlich in den Evaluationsbericht des Bundesamtes und in gewisse von ihren Konkurrentinnen eingereichte Unterlagen. Mit Verfügungen vom 10. bzw. 17. Juni 1998 hiess die Kommunikationskommission die entsprechenden Gesuche der Sunrise Communications AG und der Orange Communications SA lediglich teilweise gut und wies sie im Übrigen ab.
Am 22. Juni 1998 erhob die Sunrise Communications AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht gegen die Verfügung der Kommunikationskommission vom 10. Juni 1998 über die Akteneinsicht (bundesgerichtliches Verfahren 2A.326/ 1998). Sie beantragt im Wesentlichen, der Entscheid der Kommunikationskommission sei insoweit aufzuheben, als ihr damit die verlangte Akteneinsicht, namentlich in den Evaluationsbericht des Bundesamts und die Unterlagen von diAx mobile und der Orange Communications SA, verweigert worden sei, und es sei ihr diese Akteneinsicht zu bewilligen. Die Orange Communications SA schliesst auf Abweisung, soweit sie betroffen sei. DiAx mobile und die Kommunikationskommission stellen Antrag auf Abweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 29. Juni 1998 an das Bundesgericht beantragt die Orange Communications SA unter anderem, es sei die Verfügung der Kommunikationskommission vom 17. Juni 1998 über die Akteneinsicht insofern aufzuheben bzw. zu ergänzen, als der Orange Communications SA Einsicht in die Bewerbungsunterlagen von diAx mobile zu gewähren sei (Verfahren 2A.334/1998). DiAx mobile und die Kommunikationskommission schliessen auf Abweisung des Begehrens, soweit darauf eingetreten werden könne. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 29. Juni 1998 wendet sich die Orange Communications SA gegen die Verweigerung der

sog. «ersten neuen Konzession» (Verfahren 2A.332/1998) sowie gegen die Erteilung dieser Konzession an diAx mobile (Verfahren 2A.333/1998), im Wesentlichen mit dem Begehren, die erste Konzession sei der Orange Communications SA zuzusprechen, eventuell sei die Sache an die Kommunikationskommission zurückzuweisen; die Beschwerden würden vor allem für den Fall erhoben, dass die Erteilung der zweiten Konzession an die Orange Communications SA nicht rechtskräftig bzw. wieder aufgehoben würde. Die Kommunikationskommission beantragt in beiden Verfahren Sistierung und schliesst in der Sache auf Abweisung, soweit auf die Beschwerden einzutreten sei. Denselben Sachantrag stellt die diAx mobile im sie betreffenden Verfahren über die Konzessionserteilung. Am 2. Juli 1998 reichte auch die Sunrise Communications AG beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung der sog. «ersten neuen Konzession» (Verfahren 2A.349/1998) sowie gegen die Erteilung dieser Konzession an die diAx mobile (Verfahren 2A.350/1998) ein. Sie stellt im Wesentlichen den Antrag, die erste Konzession sei der Sunrise Communications AG zu erteilen, eventuell sei die Sache an die Kommunikationskommission zurückzuweisen. Diese schliesst in beiden Verfahren auf Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten sei. Das gleiche Begehren erhebt die diAx mobile im sie betreffenden Verfahren über die Konzessionserteilung. In Replik und Duplik halten die Beteiligten beider Verfahren im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 29. Juni 1998 an das Bundesgericht wendet sich sodann die diAx mobile gegen die Verweigerung der sog. «zweiten neuen Konzession» (Verfahren 2A.337/1998) sowie gegen die Erteilung dieser Konzession an die Orange Communications SA (Verfahren 2A.336/1998), im Wesentlichen mit dem Begehren, die zweite Konzession sei der diAx mobile zuzusprechen; die Beschwerden würden vor allem für den Fall erhoben, dass die Erteilung der ersten Konzession an die diAx mobile nicht rechtskräftig bzw. wieder aufgehoben würde. Die Kommunikationskommission beantragt in beiden Verfahren Sistierung und schliesst in der Sache auf Abweisung, soweit auf die Beschwerden einzutreten sei. Die Orange Communications SA ersucht im sie betreffenden Verfahren um Erteilung der zweiten Konzession ebenfalls um Sistierung sowie um die Gewährung einer Nachfrist zur Stellungnahme in der Sache, falls die Sistierung verweigert werde.

Am 2. Juli 1998 reichte schliesslich auch die Sunrise Communications AG beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung der sog. «zweiten neuen Konzession» (Verfahren 2A.347/1998) sowie gegen die Erteilung dieser Konzession an die Orange Communications SA (Verfahren 2A.348/1998) ein. Sie stellt im Wesentlichen den Antrag, die zweite Konzession sei der Sunrise Communications AG zu erteilen, eventuell sei die Sache an die Kommunikationskommission zurückzuweisen. Diese schliesst in beiden Verfahren auf Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten sei. Das gleiche Begehren erhebt die Orange Communications SA im sie betreffenden Verfahren über die Konzessionserteilung. In Replik und Duplik halten die Beteiligten beider Verfahren im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest. Das Bundesgericht tritt auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden nicht ein.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der bei ihm eingereichten Beschwerden von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 124 I 11 E. 1 S. 13, 223 E. 1 S. 224). b) Zunächst rechtfertigt es sich, die Verfahren 2A.326/1998, 2A.332/1998, 2A.333/1998, 2A.334/1998, 2A.336/1998, 2A.337/ 1998, 2A.347/1998, 2A.348/1998, 2A.349/1998 und 2A.350/1998 für die Eintretensfrage zu vereinigen. Zwar sind die Beteiligten der verschiedenen Verfahren nicht identisch; angefochten sind aber immer Verfügungen der Kommunikationskommission, die denselben Sachzusammenhang betreffen, und beteiligt sind jeweils eine bis alle der gleichen drei Unternehmungen. Sodann stellt sich die Frage der Zuständigkeit des Bundesgerichts in allen Fällen gleich, und es sind zur Beantwortung dieser Frage keine Sachumstände wesentlich, zu denen sich eine Beteiligte nicht hätte äussern können bzw. deren Kenntnis unter dem Gesichtspunkt des Geschäftsgeheimnisses wesentlich werden könnte und die deshalb einer Beteiligten in einem anderen Verfahren nicht zur Kenntnis gebracht werden dürften. c) Soweit in den Verfahren 2A.332/1998, 2A.333/1998, 2A.336/ 1998 und 2A.337/1998 die Anträge der Kommunikationskommission auf Sistierung und im Verfahren 2A.336/1998 das entsprechende Gesuch der Orange Communications SA sowie dasjenige

um Gewährung einer Nachfrist zur Stellungnahme in der Sache, falls ihr Begehren um Sistierung verweigert werde, noch offen sind, steht dies weder der Zusammenlegung der verschiedenen Verfahren noch der Behandlung der Eintretensfrage entgegen. d) Dass die Kommunikationskommission ihre Verfügungen mit der Rechtsmittelbelehrung versah, dagegen könne Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben werden, bindet das Bundesgericht nicht. Entscheidend ist vielmehr das einschlägige objektive Verfahrensrecht (BGE 111 Ib 150 E. 1 S. 153). Die Kommunikationskommission hat in ihren Vernehmlassungen denn auch, ohne dies allerdings bereits in den angefochtenen Entscheiden zum Ausdruck gebracht zu haben, ausdrücklich erklärt, die Rechtsmittelbelehrung vorsorglich und nur deshalb erteilt zu haben, weil die Rechtslage unklar sei.

2. Gemäss Art. 57 Abs. 1 FMG trifft die Kommunikationskommission die Entscheide und die Verfügungen, die nach dem Fernmeldegesetz und den Ausführungsbestimmungen in ihrer Kompetenz liegen. Sie kann das Bundesamt beim Vollzug des Fernmelderechtes beiziehen und ihm Weisungen erteilen (Art. 57 Abs. 2 FMG). Die Kommunikationskommission unterliegt in ihren Entscheiden keinen Weisungen von Bundesrat und Depar-

tement und ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 56 Abs. 2 FMG). Die Kommunikationskommission ist namentlich Konzessionsbehörde für die Fernmeldedienste (Art. 5 Abs. 1 FMG), wobei sie einzelne Aufgaben dem Bundesamt übertragen kann (Art. 5 Abs. 2 FMG). Nach Art. 61 FMG unterliegen Verfügungen des Bundesamtes der Beschwerde an die Rekurskommission (Abs. 2) und solche der Kommunikationskommission der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Abs. 1). Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Bundesrechtspflegegesetz, soweit das Fernmeldegesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 3). Gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter anderem unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Es ist demnach zu prüfen, ob dieser Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde für die - hier interessierenden - beiden landesweiten Konzessionen für ein digitales zellulares Mobilfunknetz gilt.

3. a) Fraglich ist zunächst, ob der Ausschluss von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG überhaupt anwendbar ist. Einer Anwendung nicht entgegen

steht jedenfalls Art. 99 Abs. 2 OG, wo für die im vorliegenden Zusammenhang fraglichen Konzessionen keine (Gegen)-Ausnahme vom Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG vorgesehen ist. Als heikler erweist sich die Frage, ob Art. 61 Abs. 1 FMG als jüngeres und spezielleres Recht der Regelung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG vorgeht. Art. 61 Abs. 3 FMG erklärt das Bundesrechtspflegegesetz ausdrücklich als anwendbar, soweit das Fernmeldegesetz selber nichts anderes bestimmt. Damit ergibt sich ohne weiteres, dass Art. 99 Abs. 1 lit. d OG für die Fernmeldekonzessionen nur dann nicht gälte, wenn das Fernmeldegesetz dies vorsähe. Da das Fernmeldegesetz ausdrücklich auf das Bundesrechtspflegegesetz verweist, muss diese Ausnahme auch ausdrücklich oder auf andere Weise eindeutig aus dem Gesetz hervorgehen. b) Aus dem Fernmeldegesetz, namentlich aus den Bestimmungen, welche die Konzessionen regeln, ergibt sich nicht, dass für die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen Art. 99 Abs. 1 lit. d OG nicht gelten soll. Auch die bundesrätliche Botschaft (vgl. BBl 1996 III 1405 ff.) lässt keine entsprechende Folgerung zu. Die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtbarkeit von Verfügungen der Kommunikationskommission mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht in Art. 61 Abs. 1 FMG dient dazu, den Rechtsweg an das Bundesgericht überhaupt zu öffnen. Bei der Kommunikationskommission handelt es sich nicht um eine der in Art. 98 lit. e OG genannten Behörden, namentlich nicht um eine Rekurs- oder Schiedskommission. Vielmehr ist sie eine andere eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 98 lit. f OG; gemäss dieser Bestimmung unterliegen Verfügungen solcher Kommissionen nur dann unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, wenn das Bundesrecht dies vorsieht. Das führt zum Schluss, dass die grundsätzliche Regelung der Zuständigkeit in Art. 61 Abs. 1 FMG notwendig war und die subsidiäre Anwendbarkeit des Bundesrechtspflegegesetzes in Abs. 3 dieser Bestimmung bloss daran anschliesst. Es kann jedoch nicht Sinn - des im Übrigen vorangestellten - Art. 61 Abs. 1 FMG sein, bereits eine Ausnahme zur Anwendbarkeit des Bundesrechtspflegegesetzes nach Art. 61 Abs. 3 FMG zu schaffen, nachdem ohne ausdrückliche Begründung der Zuständigkeit des Bundesgerichts in Abs. 1 das Bundesrechtspflegegesetz gar nicht zum Zuge käme. Für einen Ausschluss der Ausnahmebestimmung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG könnte immerhin ein anderer Umstand sprechen:

Der Vorbehalt spezieller Regelungen des Fernmeldegesetzes gegenüber dem Bundesrechtspflegegesetz, wie er aus dem letzten Halbsatz von Art. 61 Abs. 3 FMG hervorgeht, bleibt weitgehend ohne Wirkung, da das

Fernmeldegesetz, soweit ersichtlich, kaum besondere Regeln aufstellt, die denjenigen des Bundesrechtspflegegesetzes widersprechen. Das führt aber nicht zu einer anderen Beurteilung des Verhältnisses der beiden Gesetze. Der Vorbehalt in Art. 61 Abs. 3 FMG hat vor allem, wenn nicht ausschliesslich, die Funktion, die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes einzuschränken, und zwar namentlich dort, wo das Fernmeldegesetz besondere Verfahrensvorschriften enthält. Dies trifft etwa gerade für die Erteilung von Funkkonzessionen zu, wo Art. 24 FMG eine besondere Verfahrensregelung vorsieht, welche die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zumindest ergänzt, wenn nicht diesen sogar vorgeht. Der in Art. 61 Abs. 3 FMG enthaltene Vorbehalt macht somit durchaus Sinn, auch wenn er sich im Verhältnis zum Bundesrechtspflegegesetz kaum auswirkt. c) Schliesslich bedeutet der mögliche Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen für ein Mobilfunknetz nicht, dass die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 61 Abs. 1 FMG obsolet bzw. diese Bestimmung ihres Gehalts entleert würde. Zu den Entscheiden und Verfügungen, die gemäss Art. 57 FMG in der Kompetenz der Kommunikationskommission liegen, gehören namentlich (vgl. dazu BBl 1996 III 1447; DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, Rz. 871; MATTHIAS RAMSAUER, Behördenorganisation und Rechtswege, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 201 f.): die Erteilung der vom Gesetz vorgesehenen Konzessionen, unabhängig davon, ob darauf ein Anspruch besteht oder nicht (Art. 5 Abs. 1 FMG), die Änderung (Art. 10 FMG) und der Entzug von Konzessionen (Art. 58 Abs. 3 FMG), Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Verstössen gegen Konzessionen und Verfügungen (Art. 60 FMG), Interkonnektionsentscheide (Art. 11 Abs. 3 FMG) sowie die Genehmigung des nationalen Frequenzzuweisungsplans (Art. 25 Abs. 2 FMG) und der nationalen Nummerierungspläne (Art. 28 Abs. 3 FMG). Auch wenn berücksichtigt wird, dass Art. 11 Abs. 4 FMG die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen Interkonnektionsverfügungen ausdrücklich separat vorsieht und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Erteilung oder

Verweigerung von Konzessionen, auf die kein Anspruch besteht, gegebenenfalls wegen Art. 99 Abs. 1 lit. d OG und diejenige gegen den Frequenzzuweisungsplan und die Nummerierungspläne gegebenenfalls aufgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. a oder c OG (vgl. dazu RAMSAUER, a.a.O., S. 207) ausgeschlossen wäre, verbleibt ein Anwendungsbereich für Art. 61 Abs. 1 FMG. Insbesondere ist gestützt auf diese Bestimmung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde so oder so zulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die Anspruch besteht (vgl. Art. 6 Abs. 3 FMG), gegen den Entzug von Konzessionen - und zwar auch dann, wenn darauf kein Anspruch gegeben ist (vgl. Art. 101 lit. d OG) - sowie gegen Verwaltungssanktionen gemäss Art. 60 FMG. d) Art. 99 Abs. 1 lit. d OG findet demnach auf Konzessionen, die sich auf das Fernmeldegesetz stützen, grundsätzlich Anwendung.

4. a) Entscheidender Gesichtspunkt für die Zulässigkeit oder den Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG, ob ein Anspruch auf Erteilung der begehrten Mobilfunkkonzession besteht. Eine Mobilfunkkonzession für den Betrieb eines Mobiltelefonienetzes besteht aus einer Fernmeldedienstekonzession nach Art. 4 Abs. 1 FMG sowie einer Funkkonzession gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG, wobei die Funkkonzession im Rahmen der Dienstekonzession erteilt wird (Art. 4 FDV). b) Für jegliche Fernmeldedienste gilt das Fernmelderegal gemäss Art. 36 BV weiterhin (vgl. BBl 1996 III 1474), da dieses bei der Revision des Fernmelderechts nicht berührt wurde. Damit ist die Handels- und Gewerbefreiheit von Fernmeldeunternehmungen bereits von Verfassungs wegen eingeschränkt (René Rhinow, in Kommentar BV, Rz. 135 f. zu Art. 31; Rhinow/Schmid/Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 7, Rz. 26 f.). Die Bundesverfassung sieht ein Monopol vor, dessen Umsetzung und Begrenzung letztlich der Gesetzgeber zu regeln hat (BARRELET, a.a.O., Rz. 261 ff.; MARTIN LENDI, in Kommentar BV, Rz. 2 ff. und 15 ff. zu Art. 36; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 28, Rz. 87; ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 8 f.). Art. 4

FMG begründet denn auch eine generelle Konzessionspflicht für Fernmeldedienste, und Art. 6 FMG definiert die allgemeinen Voraussetzungen für den Erwerb einer Fernmeldedienstekonzession. Dabei sieht Art. 6 Abs. 3 FMG - mit Ausnahmevorbehalt (vgl. Art. 6 Abs. 2 FMG) - ausdrücklich vor,

dass ein Anspruch auf Konzessionserteilung besteht, wenn die auf das Gesuch anwendbaren Konzessionsvorschriften erfüllt sind (PETER R. FISCHER, Das Regime für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 95). Demgegenüber regelt Art. 22 FMG die Pflicht für eine Funkkonzession für alle, die das Funkfrequenzspektrum benutzen wollen. Art. 23 FMG nennt die Voraussetzungen, unter denen eine Funkkonzession erhältlich ist. Ein Anspruch ist nicht vorgesehen. Stattdessen bestimmt Art. 23 Abs. 3 FMG, dass eine Funkkonzession nur erteilt wird, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzzuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen (vgl. auch BBl 1996 III 1432). Art. 23 Abs. 3 FMG ist im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 3 FMG, welcher die grundsätzliche Regelung enthält, lex specialis für Funkkonzessionen (PIERRE-YVES GUNTER, Les infrastructures, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 70) und hat für solche entsprechend Vorrang. Er beruht auf der Grundlage, dass es sich bei den fraglichen Funkfrequenzen um ein knappes öffentliches Gut handelt (BBl 1996 III 1431; vgl. auch GUROVITS/JETZER/SCHMID DING, Das schweizerische Telekommunikationsrecht, Zürich 1998, S. 15). Stehen nicht genügend Frequenzen für alle Bewerber zur Verfügung, kann von vornherein nicht allen eine Konzession erteilt werden. Darin liegt der wesentliche Unterschied zu Art. 6 Abs. 3 FMG, der namentlich für die Fernmeldedienstekonzession (gemäss Art. 4 ff. FMG) und die Grundversorgungskonzession (gemäss Art. 14 ff. FMG) gilt, welche beide einer vergleichbaren Einschränkung nicht - weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht - unterliegen. Für die Funkkonzessionen verweist denn auch Art. 27 FMG, der die im Übrigen anwendbaren Bestimmungen des allgemeinen Teils ausdrücklich nennt, weder auf Art. 4 noch insbesondere auf Art. 6 FMG. Dass Art. 27 FMG auch keinen Hinweis auf die Interkonnektionsvorschrift von Art. 11 FMG enthält, steht der Folgerung nicht entgegen, Art. 23 Abs. 3 FMG sei eine Sonderregelung zu Art. 6 Abs. 3 FMG, da die Vorschriften im Funkbereich auch insoweit gelten, als keine Fernmeldedienste im Sinne von Art. 4 und 11 FMG erbracht werden; die Interkonnektionspflicht ist aber nur dort von Belang, wo es um solche Dienste geht. c) Die Erteilung einer Funkkonzession für Fernmeldedienste, wie sie im vorliegenden Zusammenhang in Frage steht, unterliegt einem doppelten gesetzlichen Vorbehalt: Erstens wird generell - auch

wenn kein Fernmeldedienst erbracht werden soll - eine Konzession nur gewährt, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzzuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen (Art. 23 Abs. 3 FMG), d.h. zunächst müssen in technischer Hinsicht die entsprechenden Kapazitäten vorhanden sein. Zweitens ist in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, wenn mit der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessenten zur Verfügung stehen (Art. 24 Abs. 1 FMG). Daraus geht hervor, dass von vornherein nicht alle Bewerber eine Konzession erlangen können, wenn nicht genügend Frequenzen vorhanden sind. Damit unterscheidet sich die Funkkonzession für Fernmeldedienste typischerweise von solchen Konzessionen, auf die ein Anspruch besteht. Erfüllen bei diesen die Gesuchsteller die verlangten Voraussetzungen, ist ihnen eine Konzession zu erteilen, was zum Beispiel bei der Fernmeldedienstekonzession zutrifft (vgl. Art. 4 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 FMG). Für die Eintretensfrage vor dem Bundesgericht bedeutet dies, dass gegen die Erteilung oder Verweigerung einer Fernmeldedienstekonzession grundsätzlich Verwaltungsge-

richtsbeschwerde geführt werden kann und das Bundesgericht dabei insbesondere zu überprüfen hat, ob die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 FMG erfüllt sind. Bei der Funkkonzession für Fernmeldedienste ist indessen dann eine Auswahl zu treffen, wenn nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen, auch wenn alle Interessenten die gesetzlichen Konzessionsvoraussetzungen erfüllen. Bei einer solchen Ausgangslage kann den Bewerbern grundsätzlich gar kein Recht auf die zahlenmässig beschränkten Konzessionen zustehen (so auch ein in den Akten liegendes Rechtsgutachten von RENÉ RHINOW und REGULA KÄGI-DIENER vom 25. August 1998, S. 12 f.). d) Diese gesetzliche Regelung widerspricht nicht den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) vom 15. April 1994 (für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 1995; SR 0.632.20; AS 1995 2117). Auch wenn die Revision des Fernmeldegesetzes unter anderem bezweckte, das Landesrecht den Anforderungen des WTO-Rechts anzupassen, ergibt sich daraus kein Anspruch eines Bewerbers auf Erteilung einer Funkkonzession für Mobiltelefonie. Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, sog. GATS; in SR 0.632.20;

vgl. auch AS 1995 2418) enthält zwar auch Regeln für den Fernmeldemarkt. Indessen verpflichtet es lediglich die Signatarstaaten, d.h. es schafft keine unmittelbar anwendbaren Rechte, auf die sich Fernmeldeunternehmungen berufen könnten. Sodann bezwecken das Abkommen und sein «Anhang über Telekommunikation» (ebenfalls in SR 0.632.20; AS 1995 2451) in erster Linie die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern (im Sinne der sog. Meistbegünstigung [unter Anbietern verschiedener ausländischer Signatarstaaten]und der sog. Inländerbehandlung [im Vergleich mit inländischen Unternehmungen]; vgl. insb. Art. II und XVII des GATS-Abkommens), eine Steigerung der Transparenz (Art. III des GATS-Abkommens) sowie Verbesserungen beim Marktzugang (Art. XVI des GATS-Abkommens) unter Einschluss der technischen Zusammenarbeit bei der Telekommunikation (Anhang über Telekommunikation; vgl. zum Ganzen BBl 1994 IV 45 f., 242 ff. und 266 f.; MATTHIAS KOEHLER, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen [GATS], Berlin 1997, S. 101 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 9, Rz. 46 ff.; RICHARD SENTI, GATT-WTO, Zürich 1994, S. 102 ff., insb. S. 108 f.; SENTI/WEBER, Das allgemeine Dienstleistungsabkommen [GATS], in: Thürer/Kux [Hrsg.], GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Zürich/Baden-Baden 1996, S. 136 ff. und 153 f.). Verlangt wird von den Signatarstaaten lediglich die grundsätzliche Öffnung der nationalen Telekommunikationsmärkte zu nichtdiskriminierenden Bedingungen. Die Zuschlagskriterien bei beschränkten Ressourcen können hingegen ohne weitergehende Verpflichtungen festgelegt werden, sofern das Verfahren unter bestimmten Bedingungen abläuft, namentlich transparent und nichtdiskriminatorisch ist. Geregelt werden schliesslich der Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen für Dienstleistungsunternehmungen anderer Signatarstaaten und die technische Zusammenarbeit. Ein Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession lässt sich daraus nicht ableiten. e) Einen Anspruch auf eine Funkkonzession für Mobiltelefonie vermittelt ferner auch nicht das Recht der Europäischen Union. Ohnehin entfaltet dieses keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem - im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union - eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen

Union bezweckte (BBl 1996 III 1411 f.), lässt sich deren Rechtsordnung allenfalls als Auslegungshilfe bei-

ziehen. Die Europäische Union strebt bereits seit längerer Zeit eine Öffnung des Telekommunikationsmarktes an (GEPPERT/RUHLE/SCHUSTER, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, Baden-Baden 1998, Rz. 5 ff.; MARCEL HAAG, Das europäische Umfeld: Die rechtliche Ordnung der Telekommunikation in der EU, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 32 ff.). Die Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste sieht jedoch ausdrücklich vor, dass namentlich die fehlende Verfügbarkeit von Funkfrequenzen rechtfertigt, die Anzahl Lizenzen für Mobilfunkdienste zu beschränken (vgl. Art. 8 ff., insb. Art. 10 Ziff. 1 der Richtlinie 97/13/EG; HAAG, a.a.O., S. 45). Kennt damit das Recht der Europäischen Union bei dieser Ausgangslage keinen Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession, ergibt sich auch kein solcher bei der Auslegung des Fernmeldegesetzes unter Berücksichtigung des europäischen Rechts. f) Immerhin ist die Konzessionsbehörde nicht frei, ob sie überhaupt Funkkonzessionen für Fernmeldedienste erteilen will. Wie ohne weiteres aus der neuen gesetzlichen Regelung (vgl. insb. Art. 1 FMG) sowie der bundesrätlichen Botschaft (vgl. BBl 1996 III 1406 ff.) hervorgeht, wollte der Gesetzgeber - unter anderem unter Umsetzung des WTO/GATS- Rechts und in Anpassung an das Recht der Europäischen Union (vgl. BBl 1996 III 1411 f.) - eindeutig den Fernmeldemarkt liberalisieren und bis zu einem gewissen Grad auch privaten Anbietern öffnen (GUROVITS/JETZER/SCHMID DING, a.a.O., S. 11 und 23 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 28, Rz. 94; WEBER, a.a.O., S. 8 ff.). Das bedeutet nicht, dass es dem Gemeinwesen verwehrt ist, im Bereich des Fernmeldewesens tätig zu werden bzw. zu bleiben. Ein entsprechendes Verbot kennt weder das Fernmeldegesetz noch im Übrigen das WTO/GATS-Recht. Es steht der öffentlichen Hand damit grundsätzlich frei, unternehmerisch tätig zu werden (vgl. BARRELET, a.a.O., Rz. 264 f.; RHINOW/SCHMID/ BIAGGINI, a.a.O., § 18, Rz. 1 ff. und Rz. 16 ff.). Das Gemeinwesen tritt im Bereich des Fernmeldewesens denn auch vielfältig aktiv in Erscheinung, etwa in der Form von Beteiligungen an Fernmeldebetrieben durch Unternehmungen des Elektrizitäts- oder Transportbereichs, an denen wiederum die öffentliche Hand Anteile besitzt. Nicht zuletzt hält der Bund noch immer die kapital- und stimmenmässige

Mehrheit an der Swisscom (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes; Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11; AS 1997 2480; BARRELET, a.a.O., Rz. 265; RAMSAUER, a.a.O., S. 200). Aus dem gesetzlichen Ziel des revidierten Fernmelderechts, Wettbewerb zu schaffen, ergibt sich indessen entgegen der Auffassung der Kommunikationskommission, dass ein staatliches Monopol bzw. dasjenige der Swisscom auch für die Mobiltelefonie nicht aufrecht erhalten werden darf. Soweit daher Kapazitäten bei den Funkfrequenzen bestehen, muss die Kommunikationskommission die entsprechenden Konzessionen grundsätzlich an geeignete Bewerber erteilen, ausserordentliche Umstände - namentlich sicherheits- oder versorgungspolitischer Art - vorbehalten. In diesem Zusammenhang verfügt die Kommunikationskommission nicht über (im Ergebnis marktsteuerndes) Entschliessungsermessen, da es ihr nicht frei steht, auch dann keine Konzessionen zu gewähren, wenn Interessenten vorhanden sind, welche die erforderlichen Voraussetzungen an sich erfüllen würden, und wenn es keine ausserordentlichen Umstände gibt, um vom gesetzlichen Wettbewerbsziel abzuweichen. Entschliessungsermessen und jedenfalls technisches Ermessen steht der Kommunikationskommission aber bei der Festsetzung der Zahl der zu vergebenden Konzessionen sowie allenfalls in weiterem Zusammenhang zu, etwa im Hinblick auf die mögliche Erteilung regionaler Konzessionen. Unzweifelhaft verfügt die Kommunikationskommission sodann über Auswahlermessen, wenn nicht genügend Frequenzen vorhanden sind. g) Art. 99 Abs. 1, namentlich lit. d OG, schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Fällen aus, in denen der entscheidenden Behörde ein relativ grosses Ermessen zusteht oder technische Aspekte wesentlich sind (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 103 ff., insb. S. 108 ff.; PETER KARLEN, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.26; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 853 ff., insb. 862; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1468 und

1470). Bei Ermessen der Verwaltungsbehörde ist ein Anspruch auf Konzession und damit die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde

BGE 125 II 293 S. 309

zu verneinen (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Bd. II, Neuenburg 1984, S. 984; GYGI, a.a.O., S. 109; CHRISTIAN VOGEL, Einschränkungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, Zürich 1973, S. 81 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst Entschliessungsermessen einen unbedingten Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung von vornherein aus (BGE 112 Ib 13 E. 4 S. 17). Nichts anderes kann bei Auswahlermessen gelten: Auch wenn die Konzessionsbehörde grundsätzlich zur Erteilung einer bestimmten Anzahl von Konzessionen verpflichtet ist, steht keinem Bewerber ein unbedingter Rechtsanspruch zu. Im vorliegenden Zusammenhang verfügt die Konzessionsbehörde sowohl über Entschliessungs- als auch über Auswahlermessen; sodann sind für die Konzessionserteilung erhebliche technische Gesichtspunkte beachtlich, was nicht zuletzt daraus hervorgeht, dass der Gesetzgeber mit der Kommunikationskommission bewusst eine besondere, fachkundige Instanz als Konzessionsbehörde eingesetzt hat (vgl. Art. 56 Abs. 1 letzter Satz FMG). Wenn bei einer solchen Ausgangslage der Beschwerdeweg an das Bundesgericht offen stehen sollte, müsste dies der Gesetzgeber ausdrücklich so vorsehen. Andernfalls ist davon auszugehen, dass Art. 99 Abs. 1 lit. d OG seine Ausschlusswirkung entfaltet. Dies trifft im vorliegenden Zusammenhang zu, nachdem aus dem Fernmeldegesetz, wie dargelegt (vgl. E. 3), nicht hervorgeht, Art. 99 Abs. 1 lit. d OG sei nicht anwendbar. Diese Folgerung erscheint im Übrigen nicht als systemwidrig. Zwar trifft die Argumentation der Kommunikationskommission nicht zu, wenn sie nicht als Konzessionsbehörde eingesetzt wäre, käme die entsprechende Kompetenz dem Bundesrat zu, was die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls ausschlösse, denn diesfalls würde Art. 61 Abs. 1 FMG keinen Sinn machen bzw. hätte der Rechtsmittelausschluss im Fernmeldegesetz integral erfolgen müssen. Hingegen ist die vorliegende Konstellation namentlich vergleichbar mit Entscheiden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, insbesondere Vergabeentscheiden, wo ebenfalls - wegen des behördlichen Ermessens und des fachtechnischen Bezugs - ein Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. x OG). Sodann sieht sogar das Fernmeldegesetz selbst für Fernmeldedienstekonzessionen, auf die grundsätzlich ein Anspruch besteht (vgl. Art. 6 Abs. 3 FMG), unter bestimmten Umständen (insb. bei fehlendem Gegenrecht) vor, dass d

BGE 125 II 293 S. 310

ies nicht gilt, wenn es sich beim Bewerber um eine nach ausländischem Recht organisierte Unternehmung handelt (Art. 6 Abs. 2 FMG; ähnlich für die Funkkonzessionen auch Art. 23 Abs. 2 FMG). In solchen Fällen wäre die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit ebenfalls unzulässig. h) Demnach besteht jedenfalls dann, wenn nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen, kein Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession. Bei den im vorliegenden Zusammenhang massgeblichen Funkkonzessionen ist nicht strittig, dass die Anzahl der verfügbaren Frequenzen nicht für alle Bewerber ausreicht. Der Entscheid der Kommunikationskommission, zwei neue Konzessionen zu vergeben, wird in den vorliegenden Verfahren von keiner Seite in Frage gestellt. Es ist denn auch fraglich, ob er überhaupt je vor Bundesgericht hätte angefochten werden können (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. a und c OG; dazu RAMSAUER, a.a.O., S. 207) und, selbst wenn dies theoretisch möglich gewesen sein sollte, ob eine Anfechtung im heutigen Verfahrensstadium noch zulässig wäre. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, da dieser Vorentscheid gar nicht umstritten ist. Gegen den Entscheid der Kommunikationskommission über die Erteilung bzw. Verweigerung einer Mobilfunkkonzession für Fernmeldedienste ist somit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn nicht

genügend Frequenzen für alle Bewerber zur Verfügung stehen. Wie es sich verhielte, wenn die Frequenzen ausreichten, kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben. i) Da sich die beiden hier fraglichen Konzessionen für ein Mobiltelefonienetz grundsätzlich aus zwei Bestandteilen zusammensetzen, liesse sich schliesslich erwägen, die beiden Komponenten der Konzession für die Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu unterscheiden. Auf die Fernmeldedienstekonzession nach Art. 4 Abs. 1 FMG besteht ein Anspruch (Art. 6 Abs. 3 FMG), auf die Funkkonzession nach Art. 22 Abs. 1 FMG können die Bewerber wegen der Einschränkungen gemäss Art. 23 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 1 FMG hingegen keinen Anspruch erheben. Eine solche Unterscheidung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde käme aber höchstens dann in Frage, wenn einzig strittig wäre, ob ein Bewerber die (grundsätzlichen) Voraussetzungen der Fernmeldedienstekonzession erfüllte. Ob das Bundesgericht diesfalls auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde in diesem eingeschränkten Rahmen einzutreten hätte, kann im vorliegenden

Zusammenhang indessen offen bleiben, da nicht strittig ist, dass alle Bewerber, die an den hängigen Verfahren beteiligt sind, die Voraussetzungen für eine Fernmeldedienstekonzession grundsätzlich erfüllen. Da es somit im Ergebnis einzig um die Funkkonzession geht, greift der Ausschluss von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG in den vorliegenden Verfahren um Erteilung bzw. Verweigerung der Funkkonzessionen für Mobiltelefonie (Verfahren 2A.332/1998, 2A.333/1998, 2A.336/ 1998, 2A.337/1998, 2A.347/ 1998, 2A.348/ 1998, 2A.349/1998 und 2A.350/1998) uneingeschränkt. j) In Anwendung des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens gemäss Art. 101 OG (BGE 111 Ib 73 E. 2a S. 75; BGE 122 II 186 E. 1d/aa S. 190) ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde damit auch ausgeschlossen gegen die beiden Verfügungen der Kommunikationskommission, mit denen sie in den Verfahren 2A.326/1998 und 2A.334/1998 einzelnen Beteiligten die Akteneinsicht zumindest teilweise verweigert hat. Zwar handelt es sich nicht im eigentlichen Sinne um Zwischenverfügungen gemäss Art. 101 lit. a OG, da sie nach den Konzessionsentscheiden ergangen sind, und auch nicht um Vollstreckungsverfügungen gemäss Art. 101 lit. c OG, weil es nicht um den Vollzug der Konzessionsverfügungen geht. Dennoch stehen sie in derart engem Zusammenhang mit den fraglichen Konzessionsentscheiden, dass sie nicht als selbständig anfechtbare Verfügungen gelten können, die vom Anwendungsbereich von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG ausgenommen wären. Vielmehr unterliegen auch sie dem entsprechenden Ausschluss, da die Akteneinsicht letztlich nur im Hinblick auf die Beschwerdeführung vor Bundesgericht verlangt worden ist und auch nur, wenn überhaupt, für die Konzessionsfrage gewährt werden könnte. Damit teilen die Verfahren um Akteneinsicht das rechtliche Schicksal der Verfahren in der Hauptsache.

5. a) Es bleibt zu prüfen, ob unmittelbar gestützt auf Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht geführt werden kann, wie teilweise geltend gemacht wird. Dabei soll Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Recht auf Zugang zu einem Gericht verschaffen, da ein zivilrechtlicher Anspruch in Frage stehe. Da es sich bei der Kommunikationskommission nicht um eine gerichtliche Behörde handle und sonst keine solche angerufen werden könne, müsse die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zur Wahrung der aus der Menschenrechtskonvention abgeleiteten Rechte zulässig sein.

b) Art. 6 Ziff. 1 EMRK betrifft nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinne, d.h. solche zwischen Privaten oder Privaten und dem Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt des Privatrechts, sondern auch hoheitliche Akte von Verwaltungsbehörden, sofern diese massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreifen (BGE 122 II 464 E. 3b S. 466 f.; BGE 121 I 30 E. 5c S. 34; BGE 119 Ia 88 E. 3b S. 92, 321 E.

6a/bb S. 329, mit Hinweisen). Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gilt das Recht auf private Erwerbstätigkeit als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Anerkannt wurde ein zivilrechtlicher Anspruch namentlich in Fällen des Entzugs bewilligter Tätigkeiten im Sinne eines Rechts auf Weiterführung einer zugelassenen gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit und teilweise auch in Fällen der erstmaligen Zulassung (FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Rz. 21 zu Art. 6; ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung «zivilrechtlicher» Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, in AJP 1994, S. 30 f.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], Zürich 1993, Rz. 379). Bei der Nutzung des Frequenzspektrums handelt es sich um den Zugriff auf eine natürliche Ressource im öffentlichen Besitz (WEBER, a.a.O., S. 14). Es geht bei der Erteilung einer Funkkonzession nicht nur um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern vor allem auch um die Zuteilung eines beschränkten öffentlichen Guts (BBl 1996 III 1431). Diese Zuteilung steht im Ermessen der Konzessionsbehörde. Auch wenn sie sich bei der Konzessionserteilung an gewisse Regeln zu halten hat, steht den Bewerbern kein Recht auf die Konzession zu. Bestand und Klagbarkeit des Anspruchs sind indessen Voraussetzung für die Annahme eines zivilrechtlichen Anspruchs im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK; die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass das Recht innerstaatlich gewährt wird und durchsetzbar ist (ZBl 99/1998 S. 369 E. 3a, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 7 ff. und 11 ff. zu Art. 6; KLEY-STRULLER, a.a.O., S. 34 f.; SOYER/SALIVA, Article 6, in Pettiti/Decaux/Imbert, La Convention européenne des droits de l' homme, Commentaire article par article, Paris 1995, S. 250 f.; VELU/ERGEC, La Convention européenne des

droits de l' homme, Bruxelles 1990, Rz. 418; VILLIGER, a.a.O., Rz. 377; vgl. auch HERBERT MIEHSLER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Rz. 149 zu Art. 6; CHRISTIAN F. SCHNEIDER, Gesetzlicher Entzug von Rechten und Art. 6 EMRK, in: Grabenwarter/Thienel [Hrsg.], Kontinuität und Wandel der EMRK, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, S. 246 ff.). Das trifft im vorliegenden Zusammenhang, wie in E. 4 dargelegt, nicht zu: Die Handels- und Gewerbefreiheit ist bereits auf Verfassungsstufe beschränkt. Das Fernmeldegesetz verschafft ebenfalls keinen innerstaatlichen Anspruch auf die fraglichen Funkkonzessionen. Wo solchermassen ein Ermessensspielraum vorhanden ist, besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch. Eine vergleichbare Schlussfolgerung hat das Bundesgericht im Übrigen in einem kürzlich gefällten Entscheid gezogen, in dem es um eine kantonale Konzession um das ausschliessliche Plakatanschlagerecht auf öffentlichem Grund ging (BGE 125 I 209 E. 7). Im neueren Schrifttum wird teilweise eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 6 EMRK auf gewisse Ermessensentscheide gefordert, die insoweit einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden sollen, als es sich um Ermessen handelt, dessen Ausübung in sinnvoller Weise kontrollierbar erscheint (vgl. FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 29 ff., insb. Rz. 30; RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 76, 82 und 181 f.; KLEY-STRULLER, a.a.O., S. 38; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1478 ff.; SCHNEIDER, a.a.O., S. 246 ff.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 379). Auch wenn dies allenfalls dort denkbar wäre, wo es einzig um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit geht, rechtfertigt sich eine solche Ausweitung dort nicht, wo wie im vorliegenden Zusammenhang (gleichzeitig) über den Zugriff auf ein beschränktes öffentliches Gut technischer Natur zu entscheiden ist. In diesen Fällen ist die Ermessensausübung einer gerichtlichen Überprüfung noch weniger zugänglich. Das trifft bei den Funkkonzessionen, wo der Behörde nicht nur ein erhebliches Entschliessungs- und Auswahlermessen zusteht, sondern sich auch besondere fachtechnische Fragen stellen, in gesteigertem Masse zu. c) Hinzu kommt, dass ohnehin fraglich ist, wieweit das Bundesgericht unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Sachzuständigkeit dort bejahen könnte, wo das eidgenössische Recht eine solche gerade ausschliesst (vgl. BGE 118 Ia 473 E. 5b S. 479). Anders als in Fällen, in denen das kantonale Recht den Zugang zum Gericht verweigert und in denen das Bundesgericht die

Zuständigkeit einer kantonalen gerichtlichen Behörde unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt hat (vgl. etwa BGE 119 Ia 88 E. 5c S. 95 f. und E. 7 S. 98), ist eine solche Folgerung auf Bundesebene mit Blick auf das Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen gemäss Art. 114bis Abs. 3 BV nur dann zu ziehen, wenn die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK an sich eindeutig ist, wie das etwa in BGE 120 Ib 224 E. 1b S. 226 ff. zutraf. Eine Öffnung in den vorliegenden Fällen, die weiter geht als die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, rechtfertigt sich unter diesen Voraussetzungen nicht. Wenn schon, dann wäre es Sache des Gesetzgebers (gewesen), die Zuständigkeitsordnung entsprechend anzupassen. Nachdem er dies bisher nicht getan hat, obliegt es jedenfalls solange auch nicht dem Bundesgericht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Abweichung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK zuzulassen, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entsprechenden Forderungen des neueren Schrifttums auf Ausweitung des Begriffs des zivilrechtlichen Anspruches ebenfalls noch nicht gefolgt ist.

6. d) Keine Parteientschädigung ist der Kommunikationskommission als obsiegender Behörde zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG). Sie stellt zwar in einzelnen Verfahren ein entsprechendes Begehren mit der Begründung, der gesetzliche Ausschluss einer Parteientschädigung gelte nur «in der Regel», von welcher hier abzuweichen sei, da die Kommunikationskommission ihre Kosten gemäss Art. 56 Abs. 4 FMG in Verbindung mit Art. 8 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Gebühren im Fernmeldebereich (GFV; SR 784.106; AS 1997 2895) durch Verwaltungsgebühren finanzieren und insoweit selbsttragend arbeiten müsse; da sie die ihr durch das Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entstandenen Kosten nicht durch Verwaltungsgebühren abgelten könne, sei sie im Falle des Obsiegens dafür zu entschädigen. Nachdem die Kommunikationskommission den Antrag auf Parteientschädigung erst in der Replik gestellt hat, fragt sich indessen grundsätzlich, ob er nicht verspätet ist, was jedoch offen bleiben kann. Jedenfalls unterscheidet sich die Stellung der Kommunikationskommission - abgesehen von der gesetzlich geregelten Unabhängigkeit, über die aber auch andere Behörden wie kantonale Gerichte oder eidgenössische Rekurskommissionen verfügen - nicht derart von anderen Behörden, dass es sich rechtfertigen würde, vom Grundsatz des Art. 159 Abs. 2 OG abzuweichen. Hätte der Gesetzgeber dies

gewollt, hätte er eine entsprechende - die finanzielle Ordnung von Art. 56 Abs. 4 FMG ergänzende - Regelung treffen können, was er indessen nicht getan hat. Im Übrigen steht es der Kommunikationskommission, im Rahmen der rechtlichen Grundsätze über die Gebührenerhebung, frei, mögliche Aufwendungen für Rechtsmittelverfahren bei der Festlegung ihrer Spruchgebühren mit zu berücksichtigen. Ohnehin kommt sie im Hinblick auf ein mögliches Unterliegen nicht umhin, sich entsprechend abzusichern.