Urteilskopf

132 II 485

39. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. 3G Mobile AG gegen Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.315/2006 vom 26. Oktober 2006

Regeste (de):
Art. 1, 6 Abs. 1, Art. 9, 10, 23 Abs. 1 und 4 sowie Art. 58 Abs. 2 FMG, Art. 5, 8, 9, 26, 27, 29 und 36 BV sowie Art. 6 EMRK; Änderung, Übertragung und Entzug einer Fernmeldekonzession (Konzession für IMT-2000/UMTS-Fernmeldedienste).

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und Anforderungen an das Verfahren (E. 1).

Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht (E. 3).

Verwirkung des Anspruchs auf Anrufung eines Organmangels vor der Kommunikationskommission durch Einlassung (E. 4).

Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Kommunikationskommission (E. 5).

Anwendbare Rechtsregeln für die Änderung einer Fernmeldekonzession (E. 6).

Regeste (fr):
Art. 1, 6 al. 1, art. 9, 10, 23 al. 1 et 4 et art. 58 al. 2 LTC, art. 5, 8, 9, 26, 27, 29 et 36 Cst. et art. 6 CEDH; modification, transfert et retrait d'une concession de télécommunication (concession pour les services de télécommunication IMT-2000/UMTS).

Recevabilité du recours de droit administratif et modalités de la procédure (consid. 1).

Droit d'être entendu et de consulter le dossier (consid. 3).

Péremption, par acceptation tacite, du droit de soulever devant la Commission de la communication le grief de composition irrégulière d'un organe (consid. 4).

Examen des faits établis par la Commission de la communication (consid. 5).

Règles applicables à la modification d'une concession de télécommunication (consid. 6).

Regesto (it):
Art. 1, 6 cpv. 1, art. 9, 10, 23 cpv. 1 e 4 nonché art. 58 cpv. 2 LTC, art. 5, 8, 9, 26, 27, 29 e 36 Cost. così come art. 6 CEDU; modifica, trasferimento e ritiro di una concessione di telecomunicazione (concessione per i servizi di telecomunicazione IMT-2000/UMTS).

Ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo ed esigenze riguardo alla procedura (consid. 1).

Diritto di essere sentito e di consultare gli atti (consid. 3).

Perenzione, per accettazione tacita, del diritto d'invocare dinanzi alla Commissione delle comunicazioni la composizione irregolare di un organo (consid. 4).

Esame dei fatti accertati dalla Commissione delle comunicazioni (consid. 5).

Regole applicabili alla modifica di una concessione di telecomunicazione (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 486

BGE 132 II 485 S. 486

UMTS (Universal Mobile Telecommunication System) ist ein Mobilfunkstandard der so genannten dritten Generation (3G), der die entsprechenden internationalen Anforderungen gemäss der IMT-2000-Norm (IMT = International Mobile Telecommunications) erfüllt. UMTS erlaubt nicht nur die herkömmliche Sprachtelefonie und Bildübertragungen, sondern zusätzlich insbesondere auch die Videotelefonie (namentlich mobile Übertragung von Fernsehprogrammen) sowie den mobilen Datenaustausch über das Internet. Mit Mitteilung vom 14. März 2000 im Bundesblatt eröffnete die Eidgenössische Kommunikationskommission gestützt auf das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) die öffentliche Ausschreibung mittels Auktion von vier Funkkonzessionen für die Bereitstellung von mobilen IMT-2000/UMTS-Fernmeldediensten in der Schweiz (BBl 2000 S. 1364). Am Verfahren nahm unter anderem die 3G Mobile AG teil, die eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der spanischen Telefónica Móviles S.A., Madrid, ist, bei der

BGE 132 II 485 S. 487

es sich um einen der weltweit grössten Telekommunikationskonzerne handelt. Nachdem sich ursprünglich eine grössere Anzahl von Interessenten beworben hatten, verblieben am Ende noch vier Bewerberinnen. Abgesehen von der 3G Mobile AG als neuer potentieller Wettbewerberin im schweizerischen Funktelefonmarkt handelte es sich dabei um die bereits über eine Konzession auf der Grundlage des GSM-Standards (GSM = Global System for Mobile Communication; vgl. BGE 125 II 293) verfügenden Fernmeldediensteanbieterinnen Swisscom Mobile AG, TDC Switzerland AG (sunrise) und Orange Communications SA. Diesen vier Bieterinnen wurden die vier Konzessionen an der Auktion vom 6. Dezember 2000 im Wesentlichen zum vorgegebenen minimalen Anfangsgebot zugesprochen. In der Folge erhielt die 3G Mobile AG am 31. Januar 2001 die Konzession Nr. 25100007 für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen auf der Basis des IMT-2000/UMTS-Standards. Die Konzession enthält unter anderem die folgenden Bestimmungen: "2.2.12 National Roaming
2.2.12.1 NR zwischen IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen
Den einzelnen IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen steht es frei, National Roaming Verträge untereinander abzuschliessen, sobald sie eine Versorgung von 20 % der Bevölkerung der Schweiz gemäss Ziffer 3.3.3 erreicht haben. 2.2.12.2 NR zwischen kombinierten IMT-2000/UMTS/GSM-Konzessionärinnen und UMTS-Konzessionärinnen ohne GSM-Konzession IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen, welche über eine GSM-Konzession in der Schweiz verfügen (bestehende Betreiber), sind dazu verpflichtet, ihr GSM-Netz denjenigen IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen, welche über kein GSM-Netz in der Schweiz verfügen (neue Betreiber), mittels National Roaming zur Verfügung zu stellen. (...) Der neue Betreiber kann die Gewährung von National Roaming für den Zeitpunkt verlangen, ab dem er eine Bevölkerungsabdeckung von mindestens 20 % mit eigener Netzinfrastruktur erreicht hat. (...) 2.3.1 Dauer der Konzession
Die Konzession ist bis zum 31. Dezember 2016 gültig. (...)
2.3.2 Übertragung der Konzession

Die Konzession kann teilweise oder vollständig nur mit Einwilligung der Konzessionsbehörde übertragen werden (Art. 9 FMG). Bei der Beurteilung von Gesuchen um eine teilweise oder vollständige Übertragung der Konzession wird die Konzessionsbehörde neben der

BGE 132 II 485 S. 488

Einhaltung der Konzessionsbedingungen insbesondere überprüfen, ob durch die beantragte Übertragung die Vergabebedingungen oder das Vergabeverfahren nicht unterlaufen werden, bzw. ob es sich z.B. um eine reale Übertragung der Geschäftstätigkeit der Konzessionärin handelt. (...) Eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit zwischen den IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen muss während der gesamten Konzessionsdauer gewährleistet sein. (...) 2.3.3 Änderung der Konzession
Die Konzessionsbehörde kann einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist (Art. 10 FMG). Die Konzessionärin wird angemessen entschädigt, wenn die Änderung der Konzession eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte bewirkt (Art. 10 Abs. 2 FMG). 2.3.5 Widerruf und Entzug
Die Konzession kann vollständig oder teilweise widerrufen werden, wenn die Konzessionärin der geltenden Gesetzgebung oder den Bestimmungen der Konzession zuwiderhandelt und deren Verpflichtungen nicht erfüllt (Art. 58 Abs. 2 FMG). (...) Die Konzession kann ausserdem entzogen werden, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 58 Abs. 3 FMG). 3.3.3 Versorgungspflicht
Die Konzessionärin ist verpflichtet, die Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Netzinfrastruktur erbracht werden, wie folgt zu versorgen: Bis Ende 2002: 20 % der Bevölkerung
Bis Ende 2004: 50 % der Bevölkerung
Diese Verpflichtung kann nur abgeändert werden, wenn die Konzessionärin beweisen kann, dass sie diese aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann. Die Konzessionärin muss schlüssig beweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Die Konzessionärin ist dazu verpflichtet, die für die Erreichung der minimalen Versorgungsvorgaben notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen. Unter Vorbehalt von Ziffer 2.2.12.1 kann eine Versorgung über 50 % entweder durch den weiteren Netzausbau mit eigener Netzinfrastruktur oder durch den Abschluss von National Roaming Verträgen erreicht werden.

BGE 132 II 485 S. 489

5.3 Zuschlagspreis
Der Zuschlagspreis für die vorliegende Konzession gemäss der Auktion vom 6. Dezember 2000 beträgt: CHF 50'000'000.–
(...)
Dieser Betrag wird von der Konzessionärin endgültig geschuldet. Eine teilweise Rückerstattung des Zuschlagspreises bei Einschränkung, Suspension, Widerruf, Entzug oder Verzicht auf die Konzession vor Ablauf ihrer Geltungsdauer ist nicht möglich. (...)"
Die ausdrücklich genannte Möglichkeit, nach einer Abdeckung von 50 % der Bevölkerung mit eigener Netzinfrastruktur die Restbevölkerung über National Roaming Verträge mit den anderen Konzessionärinnen abzudecken, wurde einzig der 3G Mobile AG eingeräumt, weil sie im Unterschied zu den drei Mitbewerberinnen im Zeitpunkt des Zuschlages noch über keine eigene Mobilfunk-Infrastruktur in der Schweiz verfügte. Den zu entrichtenden Zuschlagspreis von 50 Millionen Franken leistete die 3G Mobile AG fristgerecht. In der Folge begann sie mit dem Aufbau einer UMTS-Netzinfrastruktur in der Schweiz. Im Juni 2002 bzw. für die 3G Mo-

bile AG mit Verfügung vom 25. Juni 2002 entschied die Kommunikationskommission, die Abdeckungspflicht von 20 % bis Ende 2002 für alle vier Konzessionärinnen aufzuheben. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, der technische Stand der Endgeräte sowie der verfügbaren Dienste sei noch ungenügend, weshalb der Kundennutzen im fraglichen Zeitpunkt als gering beurteilt werden müsse, womit sich insoweit die tatsächlichen Verhältnisse seit der Erteilung der Konzession in wesentlicher Weise geändert hätten. Zu einer gewissen Rechtsunsicherheit habe auch die Umsetzung der bei Konzessionserteilung bereits erlassenen und in Kraft gesetzten Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) geführt, ohne dass deshalb aber von einer massgeblichen Änderung rechtlicher Natur auszugehen sei. Die Kommunikationskommission erhielt hingegen die Verpflichtung der Konzessionärinnen aufrecht, bis Ende 2004 50 % der Bevölkerung mit IMT-2000/UMTS-Diensten zu versorgen. Sie führte dazu neu die Verpflichtung der Konzessionärinnen ein, das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM; nachfolgend: Bundesamt) periodisch, alle drei Monate, schriftlich über den

Fortschritt des Netzaufbaus zu informieren (neue Ziffer 3.3.3 der Konzession). Im Juli 2002 kündigten verschiedene europäische Ländergesellschaften der Telefónica Móviles S.A. an, ihre UMTS-Aktivitäten in Mitteleuropa einzustellen. In der Schweiz teilte die 3G Mobile AG ebenfalls im Juli 2002 öffentlich mit, den Aufbau eines UMTS-Netzes vorerst einzufrieren. In ihren Quartalsberichten gemäss Ziffer 3.3.3 der Konzession führte die 3G Mobile AG jeweils aus, dass sie weder Netzelemente in Betrieb genommen noch neue Standorte akquiriert oder erschlossen und auch keine entsprechende Planung habe. In verschiedenen Schreiben machte das Bundesamt die 3G Mobile AG auf mögliche aufsichtsrechtliche Konsequenzen dieses Verhaltens aufmerksam. Am 1. September 2004 eröffnete das Bundesamt ein Aufsichtsverfahren gegen die 3G Mobile AG wegen der Nichteinhaltung der Auflage der UMTS-Konzession, die notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen, um bis Ende 2004 mindestens 50 % der schweizerischen Bevölkerung mit UMTS-Diensten auf der Grundlage einer eigenen Infrastruktur zu versorgen. Am 27. Dezember 2004, d.h. vier Tage vor Ablauf der Frist für den Aufbau der zur Erfüllung der Versorgungsauflage nötigen Infrastruktur, stellte die 3G Mobile AG bei der Kommunikationskommission ein Gesuch um Änderung der UMTS-Konzession. Sie beantragte die ersatzlose Streichung der Versorgungsauflage in Ziffer 3.3.3 der Konzession sowie der geforderten Erstellung von 20 % eigener Netzinfrastruktur als Voraussetzung von National Roaming in den Ziffern 2.2.12.1 und 2.2.12.2 der Konzession. Eventuell ersuchte die 3G Mobile AG darum, die Dauer der UMTS-Konzession bis zum 31. Dezember 2020 zu verlängern (Änderung von Ziffer 2.3.1 der Konzession) und die Versorgungspflicht von 50 % der Bevölkerung gemäss Ziffer 3.3.3 der Konzession bis zum 31. Dezember 2008 zu verschieben. Im Januar 2005 überprüfte das Bundesamt, ob die vier für die UMTS-Technik konzessionierten Mobilfunkbetreiberinnen ihre Versorgungsauflagen erfüllten. Die Überprüfung ergab unter anderem, dass die 3G Mobile AG, wie angekündigt, keine entsprechende Infrastruktur aufgebaut hatte. Am 20. Januar 2005 weitete das Bundesamt daher das Aufsichtsverfahren gegen die 3G Mobile AG auf die mangelhafte Einhaltung der fraglichen Versorgungsauflage aus.

Am 8. März 2005 stellte die 3G Mobile AG bei der Kommunikationskommission ein Gesuch um Genehmigung der Übertragung ihrer UMTS-Konzession auf die Swisscom Mobile AG gemäss einem beigelegten Vertragsentwurf vom 23. November 2004. Eventuell beantragte sie, die Übertragung mit der Auflage zu verbinden, dass die Swisscom Mobile AG einen Teil des übertragenen Frequenzspektrums auf andere Konzessionäre weiter zu übertragen habe. Am 12. April 2006 traf die Kommunikationskommission die folgende Verfügung: "1. Das

Gesuch vom 27. Dezember 2004 um Änderung der Konzession wird bezüglich Haupt- und Eventualbegehren abgewiesen. 2. Das Gesuch vom 8. März 2005 zur Konzessionsübertragung wird bezüglich Haupt- und Eventualbegehren abgewiesen. 3. Das Gesuch um Sistierung des Konzessionsänderungs- und des Aufsichtsverfahrens sowie dasjenige um Nichtvereinigung der Verfahren wird abgelehnt. 4. Das Gesuch vom 14. Oktober 2005 um (nochmaliges) rechtliches Gehör zum Antrag des BAKOM an die Entscheidbehörde wird abgelehnt. 5. Es wird festgestellt, dass die 3G Mobile AG die Versorgungsauflagen unter Ziffer 3.3.3 der UMTS-Konzession Nr. 25100007 nicht einhält und zudem gegen Art. 6 und Art. 23 FMG verstösst. 6. Die UMTS-Konzession Nr. 25100007 der 3G Mobile AG wird entschädigungslos entzogen. (...)"
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 24. Mai 2006 an das Bundesgericht stellt die 3G Mobile AG die folgenden Anträge: "1. Es sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 12. April 2006 vollumfänglich aufzuheben und es seien die Gesuche der Beschwerdeführerin vom 27. Dezember 2004 betreffend Konzessionsänderung und vom 8. März 2005 betreffend Übertragung vollumfänglich gutzuheissen. Eventualiter
2. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung in Höhe von mind. CHF 33'000'000.00 zuzusprechen, zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. April 2006. Subeventualiter
3. Es sei die Sache zur Feststellung und Ergänzung des Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen

mit der Anweisung, den Sachverhalt im Sinne der Rechtsbegehren und Ausführungen der Beschwerdeführerin zu ergänzen und zu korrigieren und die Verfahren auf dieser Grundlage wieder aufzunehmen. (...)"
In ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2006 schliesst die Kommunikationskommission auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde "in Bezug auf das Haupt-, das Eventual- sowie das Subeventualbegehren". Am 4. August 2006 reichte die 3G Mobile AG unaufgefordert eine ergänzende Beschwerdeschrift mit neuen Unterlagen ein. Diese wurde der Kommunikationskommission zur Kenntnisnahme zugestellt. Das Bundesgericht weist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Als Konzessionsbehörde (vgl. Art. 5 FMG) ist die Kommunikationskommission sowohl für die Übertragung und Änderung einer Fernmeldekonzession (vgl. Art. 9 und 10 FMG) als auch, auf Antrag des Bundesamtes, für den Entscheid über Aufsichtsmassnahmen gegenüber der Konzessionärin zuständig (vgl. Art. 58 Abs. 2 FMG; BGE 127 II 8). Abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. d OG; BGE 125 II 293) können ihre Entscheide mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 61 Abs. 1 FMG; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 2A.432/2005 vom 18. Juli 2006, E. 1.1). Die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich damit als zulässig.

1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Nicht überprüfen kann das Bundesgericht die Angemessenheit des angefochtenen Entscheides (Art. 104 lit. c OG e contrario). Da es sich bei der Kommunikationskommission nicht um eine richterliche Behörde handelt, greift die Kognitionsbeschränkung von Art.

105 Abs. 2 OG nicht (BGE 132 II 47 E. 1.2 S. 49; BGE 131 II 13 E. 3.1-3.3 S. 18 ff.).

BGE 132 II 485 S. 493

Das Bundesgericht kann somit die Sachverhaltsfeststellungen der Kommunikationskommission grundsätzlich frei überprüfen. Dieser kommt hingegen ein gewisser Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall sowie ein eigentliches technisches Ermessen hinsichtlich Fachfragen übermittlungstechnischer oder ökonomischer Ausrichtung zu (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 S. 262 f.; BGE 131 II 13 E. 3.4 S. 20). Bei der Würdigung der UMTS-Technologie und ihres Markteinsatzes handelt es sich um ausgesprochene Fachfragen. Insoweit hat sich das Bundesgericht somit eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, was entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch dann mit dem Anspruch auf einen Entscheid durch ein Gericht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist, wenn es sich, wie in der vorliegenden Konstellation, bei der vorinstanzlichen Behörde nicht um ein Gericht handelt (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 S. 263; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München/ Wien 2005, S. 295, Rz. 29).

1.3 Da die Kognitionsbeschränkung von Art. 105 Abs. 2 OG nicht greift, erweisen sich Noven wie die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Unterlagen als grundsätzlich zulässig (BGE 131 II 13 E. 3.3 S. 20). Weil es sich dabei freilich kaum um wesentliche Erkenntnisse handelt (vgl. insbes. E. 5), rechtfertigte sich die förmliche Anordnung eines ohnehin nur ausnahmsweise vorgesehenen (vgl. Art. 110 Abs. 4 OG) zweiten Schriftenwechsels nicht, zumal die Vorinstanz die Gelegenheit gehabt hätte, von sich aus eine ergänzende Stellungnahme nachzureichen (dazu BGE 132 I 42).

1.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es handle sich im vorliegenden Fall um eine zivilrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weshalb die entsprechenden Garantien zu beachten seien. Die Beschwerdeführerin hat zwar grundsätzlich keinen Anspruch auf die fragliche Konzession; diese wird ihr aber mit dem angefochtenen Entscheid entzogen, was für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK spricht (vgl. etwa BGE 125 II 293 E. 5b S. 312). Diese Bestimmung bietet der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall indessen entgegen ihrer eigenen Ansicht keinen besseren Schutz als das nationale Recht. Namentlich wurde bereits dargelegt, dass eine gewisse Zurückhaltung des Bundesgerichts mit Blick auf entsprechende fachtechnische Beurteilungs- und Ermessensspielräume mit Art. 6 EMRK vereinbar ist (vgl. E. 1.2). Ferner ist die nachträgliche Ergänzung des Sachverhaltes schon aufgrund des nationalen Rechts

BGE 132 II 485 S. 494

zulässig (vgl. E. 1.3). Auch hinsichtlich des beantragten Ausstandes des Präsidenten der Vorinstanz hilft Art. 6 EMRK der Beschwerdeführerin vorliegend nicht weiter (vgl. E. 4.3). Und schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin nicht eine öffentliche mündliche Verhandlung, weshalb das entsprechende Recht keine Rolle spielt bzw. inzwischen ohnehin verwirkt ist. (...)

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie macht insbesondere geltend, die Kommunikationskommission habe ihr zwar am 27. Juli 2005 das rechtliche

Gehör gewährt, doch seien nach ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2005 weitere Dokumente in die Verfahrensakten aufgenommen worden, zu denen sie sich nicht habe äussern können. Weiter habe die Vorinstanz keine Beweise über die Anstrengungen der Beschwerdeführerin zur Übertragung der Konzession erhoben. Ohne einen förmlichen Antrag zu stellen, erneuert die Beschwerdeführerin sodann ein Gesuch um Akteneinsicht in ein anderes Verfahren, das sie unter Berufung auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV als mit dem vorliegenden Fall vergleichbar erachtet (Entscheid der Kommunikationskommission vom 10. Juli 2002 über die Übertragung einer Funkkonzession für den Betrieb von Punkt-zu-Mehrpunkt-Richtfunkanlagen [so genannte WLL-Konzession; WLL = Wireless Local Loop], in: VPB 67/2003 Nr. 27 S. 217).

3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG sowie nach Art. 29 Abs. 2 BV. Die von einer Verfügung betroffene Person soll zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen können, bevor der Entscheid gefällt wird. Dazu muss sie vorweg auch in die massgeblichen Akten Einsicht nehmen können. Dies betrifft in erster Linie den rechtserheblichen Sachverhalt und nur in Ausnahmefällen auch Rechtsnormen oder von den Behörden vorgesehene rechtliche Begründungen (BGE 127 I 54 E. 2b S. 56 mit Hinweis).

3.3 Die Vorinstanz gewährte der Beschwerdeführerin in grossem, wenn auch nicht vollständig im beantragten Umfang Akteneinsicht. Die Ausnahme betraf die Akten des in VPB 67/2003 Nr. 27 S. 217 auszugsweise publizierten Entscheides über die Übertragung einer WLL-Konzession. Dieser Entscheid bezieht sich jedoch auf eine

andersartige Konzession und damit auf anders gelagerte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, was für die Beschwerdeführerin aus der ihr bekannten bzw. publizierten Falldarstellung ersichtlich war. Ist der Entscheid somit mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar (vgl. dazu auch E. 7.3), bestand und besteht weiterhin kein Interesse und kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf entsprechende erweiterte Akteneinsicht.

3.4 Sodann hatte das Bundesamt der Beschwerdeführerin, bevor die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid fällte, Gelegenheit gegeben, sich zum erhobenen Sachverhalt sowie den voraussichtlichen Anträgen an die Kommunikationskommission zu äussern. Die Beschwerdeführerin machte davon mit Schreiben vom 14. Oktober 2005 auch Gebrauch. Das Bundesamt setzte sich in seinem Entscheidantrag an die Kommunikationskommission mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinander und machte einige ergänzende Ausführungen. Diese untermauerten im Wesentlichen die bereits im ursprünglichen Antragsentwurf enthaltenen Feststellungen zur Marktreife und zum damals aktuellen Stand der UMTS-Technik und gaben hauptsächlich öffentlich zugängliche Informationen wieder. Dass neue wesentliche Umstände, welche die Beschwerdeführerin nicht kennen konnte, eingebracht wurden oder beim nachmaligen Entscheid eine Rolle spielten, ist weder ersichtlich noch belegt. Soweit die Beschwerdeführerin insofern noch immer rügt, sie habe sich nicht vollständig zur Sache äussern können, verkennt sie den Charakter des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieser verlangt nicht, dass eine Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 E. 4.2 S. 267). Über diese Gelegenheit hat die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren vollumfänglich verfügt. Im Übrigen stellt der Verfügungsantrag des Bundesamts ein verwaltungsinternes Dokument dar, das grundsätzlich - besondere Ausnahmefälle vorbehalten - nicht dem rechtlichen Gehör der Parteien untersteht. Dass vorliegend eine Ausnahmekonstellation gegeben wäre, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2A.586/2003 und 2A.610/2003 vom 1. Oktober 2004, E. 9).

3.5 Was schliesslich die Rüge der Beschwerdeführerin betrifft, die Vorinstanz habe ihre Bemühungen im Hinblick auf eine Übertragung ihrer UMTS-Konzession nicht abgeklärt und gewürdigt, ergibt sich erneut, dass diese Frage im vorliegenden Fall nicht wesentlich ist (vgl. E. 7.5), weshalb die Kommunikationskommission auch insoweit nicht gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin verstossen hat.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 VwVG mit der Begründung, der Präsident der Kommunikationskommission sei befangen gewesen und hätte daher am angefochtenen Entscheid nicht mitwirken dürfen. Dies ergebe sich daraus, dass er vor dem 1. Januar 2005 Direktor des Bundesamts gewesen sei und mithin für die Vorbereitung der Auktion über die UMTS-Konzessionen verantwortlich zeichnete. Zudem sei ein wesentlicher Teil der Vorabklärungen und Verhandlungen in der vorliegenden Sache durch die Instruktionsbehörde in seine Amtszeit als Direktor des Bundesamts gefallen. Überdies habe er am 7. Januar 2005 als neu gewählter Präsident der Kommunikationskommission in einem Interview erklärt, die Beschwerdeführerin verletze die Konzessionsauflagen.

4.2 Art. 10 VwVG regelt in Konkretisierung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes. Insbesondere muss eine Person, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten hat, in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache befangen sein könnte (Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG).

4.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird gestützt auf den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 128 V 82 E. 2b S. 85; BGE 124 I 121

E. 2 S. 122 f., je mit Hinweisen). Dies gilt auch, soweit eine Verletzung von Art. 6 EMRK gerügt wird (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 416), wobei offenbleiben kann, ob diese Bestimmung auf das Verfahren vor der Vorinstanz überhaupt anwendbar ist.

4.4 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin war die Mitwirkung des Präsidenten der Vorinstanz am angefochtenen Entscheid für sie ohne weiteres vorweg ersichtlich. Jedenfalls musste sie ernsthaft damit rechnen. Es ist öffentlich bekannt, wer Präsident und wer Mitglied der Kommunikationskommission ist. Aufgrund der beschränkten Anzahl der Mitglieder ist grundsätzlich stets von einem möglichen Mitwirken aller Mitglieder auszugehen. Was den Präsidenten betrifft, lässt sich sogar aus der Rechtsordnung ableiten, dass die Kommunikationskommission Beschlüsse grundsätzlich immer unter dessen Mitwirkung fasst (vgl. Art. 11 und 12 des

Geschäftsreglements der Kommunikationskommission vom 6. November 1997 [SR 784.101.115]). Auch die von der Beschwerdeführerin nunmehr geltend gemachten Befangenheitsgründe waren ihr bereits lange Zeit, bevor der angefochtene Entscheid erging, bekannt. Die Beschwerdeführerin hat aber vor der Vorinstanz nie den Ausstand des Präsidenten verlangt. Dass sie dies nun erst vor Bundesgericht tut, erweist sich daher als treuwidrig und verspätet.

4.5 Im Übrigen bereitete das Bundesamt zwar den Entscheid der Kommunikationskommission vor, es unterlag dabei aber deren Weisungen. Die beiden Behörden handeln nicht in aufeinander folgenden und organisatorisch getrennten Funktionen der Rechtsprechung, was erforderlich wäre, soll aus der Mitwirkung derselben Person eine den Ausstand erzwingende Vorbefassung abgeleitet werden (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 142; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 146 ff.). Im Verfahren über die Konzessionserteilung und in den vorliegenden Verfahren (insbesondere dem Aufsichtsverfahren) sind sodann inhaltlich unterschiedliche Rechtsfragen zu behandeln, die ebenfalls keine Vorbefassung zu begründen vermögen. Es kann sich somit einzig fragen, ob die Aussagen des Präsidenten der Kommunikationskommission im Interview vom 6. Januar 2005 dessen Befangenheit begründen könnten oder ob er lediglich offensichtliche Tatsachen erwähnte, ohne sich über die damit verbundenen Folgen zu äussern. Wie es sich damit verhält, kann

aber offenbleiben, nachdem die Beschwerdeführerin die Geltendmachung der Befangenheit jedenfalls verwirkt hat.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine unvollständige bzw. unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes vor. Im Wesentlichen behauptet sie, dass die UMTS-Technologie weiterhin eine fehlende Marktnachfrage und Marktreife aufweise. Überdies sei es aufgrund der in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) festgelegten strengen Grenzwerte, der damit verbundenen Unsicherheiten und des Widerstands der Bevölkerung nach wie vor kaum möglich, die nötige Netzinfrastruktur aufzubauen. Die Verhältnisse bezüglich Infrastruktur und verfügbarer Endgeräte hätten sich demnach gegenüber der Situation vom Sommer 2002 nicht gebessert, als die Kommunikationskommission zugunsten der vier UMTS-Konzessionärinnen eine Konzessionsänderung vorgenommen und die ursprünglich vorgesehene Auflage aufgehoben habe, auf Ende 2002 20 % der Bevölkerung mit UMTS-Diensten abzudecken. Die UMTS-Technologie werde denn auch bereits durch neue Technologien abgelöst.

5.2 Zwar trifft es zu, dass die UMTS-Technologie sich nicht mit der ursprünglich erhofften Raschheit durchsetzte und bis heute eine geringere Verbreitung gefunden hat, als zu Beginn erwartet worden war. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die drei anderen UMTS-Konzessionärinnen spätestens seit dem Jahre 2005 mit Dienstangeboten auf der Grundlage der UMTS-Technik auf dem Markt sind, ist aufgrund der Aktenlage und der öffentlich bekannten Angebote im mobilen Telekommunikationssektor aber nicht zu beanstanden. Daran ändert nichts, dass nicht von Anfang an ein vollständiges Angebot für alle möglichen Übermittlungsdienste zur Verfügung stand und dass möglicherweise nicht bereits Ende 2004, sondern erst im Verlauf des Jahres 2005 eine Abdeckung von 50 % der Bevölkerung erreicht wurde. Unmassgeblich ist auch, dass die Konkurrenz der Beschwerdeführerin vereinzelt bereits auf neue technische Standards wie insbesondere auf die von der Beschwerdeführerin erwähnte HSDPA-Technologie (HSDPA = High Speed Downlink Packet Access) setzt. Dabei handelt es sich nämlich nicht um eine gänzlich andere, neue Technologie, sondern um eine Weiterentwicklung der UMTS-Technik mit allerdings deutlich höheren Übertragungsraten, die Teil des UMTS-Standards bildet und auf der Grundlage der UMTS-Konzession genutzt werden kann. Die

Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin vermochten den Netzaufbau trotz der von dieser angerufenen Schwierigkeiten voranzutreiben. Die Schweiz zählt heute mehr als 3000 Standorte mit UMTS-Antennen. Auch international setzte sich die UMTS-Technologie zwar weniger rasch als erwartet durch, ihr Anwendungsbereich wächst aber immer noch. Die von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerdeschrift und auch mit der Beschwerdeergänzung eingereichten umfangreichen Unterlagen vermögen zwar die vorhandenen Schwierigkeiten und die im Vergleich zu den ursprünglichen Erwartungen aufgetretenen Verzögerungen zu belegen. Es lässt sich daraus aber nicht ableiten, die UMTS-Technologie sei überhaupt nicht marktreif und nicht sinnvoll einsetzbar, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Die Angebote ihrer Konkurrentinnen belegen gerade für den Schweizer Markt das Gegenteil. Die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind daher selbst unter Berücksichtigung der eingereichten Noven nicht zu beanstanden. Was sich daraus für rechtliche Folgen ergeben, ist nicht eine Sach-, sondern eine Rechtsfrage, auf die einzig unter rechtlichen Gesichtspunkten einzugehen ist (vgl. insbes. E. 6).

5.3 Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz schliesslich vor, diese habe nicht näher abgeklärt, ob sie als schweizerisches Unternehmen im Fernmeldesektor für das UMTS-Angebot noch Personal beschäftige. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offenbleiben (vgl. dazu auch E. 8.3). Jedenfalls bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, im Jahre 2002 den Ausbau der UMTS-Infrastruktur eingestellt und keine Anstrengungen mehr unternommen zu haben, die in der Konzession geforderte Abdeckung entweder durch eigene UMTS-Antennen oder nach Erstellung eines eigenen UMTS-Netzes, das 20 % der Bevölkerung versorgt, durch den Abschluss ergänzender National Roaming Verträge zu realisieren. Damit sind die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz, die im vorliegenden Verfahren einzig massgeblich sind, ebenfalls nicht zu beanstanden.

6.

6.1 In materiellrechtlicher Hinsicht ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz mit dem Entscheid, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Änderung der Konzession vom 27. Dezember 2004 abzulehnen, gegen Bundesrecht verstossen hat.

6.2 Gemäss Art. 1 FMG bezweckt das Fernmeldegesetz, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ

hochstehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden. Das Gesetz soll insbesondere eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten, einen störungsfreien Fernmeldeverkehr sicherstellen und einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen. Nach Art. 10 Abs. 1 FMG kann die Konzessionsbehörde einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist (vgl. dazu PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, B. Fernmelderecht, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Rolf H. Weber

[Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 116 ff., S. 135 ff.). Diese gesetzliche Regelung wurde wörtlich in Ziffer 2.3.3 der der Beschwerdeführerin erteilten Konzession aufgenommen. Die massgeblichen öffentlichen Interessen ergeben sich aus den in Art. 1 FMG definierten Gesetzeszwecken und sind vor allem solche der Endkonsumenten (vgl. LEILA ROUSSIANOS-MOAYEDI, Les concessions de services de télécommunication, Bern 2002, S. 135).

6.2.1 Art. 10 FMG stellt eine gesetzliche Grundlage dar für hoheitliche Eingriffe in laufende Konzessionsverhältnisse, die mit Blick auf wichtige öffentliche Interessen notwendig werden, wobei der Kommunikationskommission als Konzessionsbehörde aufgrund der Ausgestaltung der Norm als "Kann-Vorschrift" ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2A.432/ 2005 vom 18. Juli 2006, E. 3.1; RENÉ RHINOW/ANNETTE MEYER LÓPEZ, Ein gemeinsames Funknetz für UMTS in der Schweiz, in: Jusletter vom 15. April 2002, Rz. 40). Es erscheint fraglich, ob sich aus Art. 10 FMG ein Anspruch der Konzessionäre auf Konzessionsänderung ableiten lässt (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.432/ 2005 vom 18. Juli 2006, E. 3.1). Dies wäre jedenfalls nur dann denkbar, wenn die öffentlichen Interessen keine andere Lösung mehr zuliessen als eine Konzessionsänderung. Immerhin sieht die vorliegend massgebliche Konzession in Ziffer 3.3.3 für die hier strittige Versorgungsauflage vor, dass diese abgeändert werden kann, wenn die Konzessionärin zu beweisen

vermag, dass sie ihre Verpflichtung aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann; dabei muss die Konzessionärin schlüssig beweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Auch hier handelt es sich freilich um eine "Kann-Vorschrift", die ein entsprechendes Entschliessungsermessen der Konzessionsbehörde begründet. Ein Anspruch auf Konzessionsänderung lässt sich daher ebenfalls nur dann annehmen, wenn keine andere verfassungskonforme Entscheidung mehr offen steht als die Abänderung der Abdeckungspflicht (RHINOW/MEYER LÓPEZ, a.a.O., Rz. 65 ff.).
So oder so wäre somit für einen Anspruch auf Konzessionsänderung erforderlich, dass die Konzessionärin beweisen könnte bzw. im vorliegenden Verfahren schlüssig bewiesen hätte, dass sie ihre Versorgungspflicht mit eigener UMTS-Netzinfrastruktur aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann, obwohl sie dafür jeden Versuch unternommen hat.

6.2.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die heutige Situation im UMTS-Markt nicht mit derjenigen des Jahres 2002 zu vergleichen. Damals sahen sich, vorwiegend aufgrund technischer Probleme, alle UMTS-Konzessionärinnen ausserstande, die Vorgaben der Kommunikationskommission bezüglich der Bevölkerungsabdeckung mit UMTS-Diensten zu erfüllen. Die Konzessionsbehörde bejahte veränderte tatsächliche Verhältnisse deshalb, weil wider Erwarten weder der technische Stand der Endgeräte noch die verfügbaren Dienste die nötige Netzabdeckung erlaubten. Ein wichtiges öffentliches Interesse an einer Konzessionsänderung sah die Kommunikationsbehörde darin, dass beim Markteintritt von UMTS-Diensten ein ausgereiftes, technisch genügend ausgetestetes Netz aufgebaut ist und zusammen mit markttauglichen Endgeräten zur Verfügung steht, was im fraglichen Zeitpunkt beides noch nicht zutraf. Sie erachtete es daher als gerechtfertigt, die Versorgungsauflage für das Jahr 2002 anzupassen bzw. sogar gänzlich aufzuheben (vgl. VPB 67/2003 Nr. 28 S. 222; FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 119 S. 137). Inzwischen beherrscht die UMTS-Technologie in der Schweiz zwar noch immer nicht den gesamten Markt der mobilen Datenübertragung, sie ist aber durch die Aufbauarbeit der drei übrigen UMTS-Konzessionärinnen zu einer einsetzbaren und funktionierenden Technik gediehen, die ein wichtiges Angebot am Telekommunikationsmarkt darstellt und laufend ausgebaut wird. Die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin haben seit der Erteilung

der Konzession entsprechende Anstrengungen unternommen und damit trotz der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Erschwernisse technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Art für die Marktreife der UMTS-Technologie in der Schweiz gesorgt. Dabei hängt es nicht davon ab, ob die auf Ende des Jahres 2004 terminierte Versorgungsauflage fristgerecht gänzlich eingehalten werden konnte oder dies erst im Verlauf des Jahres 2005 zutraf. Die Beschwerdeführerin hätte für leichte Verspätungen jedenfalls mit der gleichen Kulanz der Konzessionsbehörde rechnen können und dürfen wie ihre Konkurrentinnen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin im Jahre 2002 ihre Arbeiten am Aufbau des UMTS-Netzes gänzlich einstellte, obwohl die Realisierung eines solchen Netzes durchaus möglich war.

6.2.3 Dies alles belegt, dass die Missachtung der Konzessionsbestimmungen durch die Beschwerdeführerin nicht auf veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, sondern auf unternehmerischen Überlegungen der Beschwerdeführerin selbst beruht und dass sie gerade nicht jeden Versuch unternommen hat, ihrer Versorgungsauflage nachzukommen. Damit ist auch der Argumentation im von der Beschwerdeführerin eingeholten Privatgutachten von Prof. Dr. Gerhard Schmid und Dr. Markus Schott, das von massgeblich veränderten Verhältnissen ausgeht, die Grundlage entzogen. Die privaten Interessen der Beschwerdeführerin vermögen somit eine Konzessionsänderung nicht zu rechtfertigen. Demgegenüber besteht angesichts der Bedeutung der mobilen Telekommunikation und insbesondere des mobilen Datenverkehrs ein erhebliches öffentliches Interesse, weiterhin den raschen Ausbau einer möglichst flächendeckenden Verbreitung der mobilen Breitbandkommunikation auf der Basis des UMTS-Standards bzw. der darauf aufbauenden, weiterentwickelten HSDPA-Norm voranzutreiben. Gleichzeitig liegt es im öffentlichen Interesse, bei den UMTS-Diensten den Rahmen für einen funktionierenden Wettbewerb unter einer möglichst grossen Zahl von konkurrierenden Anbieterinnen mit einem im Ergebnis kostengünstigen Angebot für die Konsumenten zu schaffen. Eine Konzessionsänderung drängt sich damit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht aufgrund von Art. 1 FMG auf, sondern stünde mit den darin definierten gesetzlichen Zielsetzungen gerade im Widerspruch. Dies gilt auch für die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Eventualvariante, die Konzessionsdauer bis Ende 2020 und die Frist zur Abdeckung von 50 % der Bevölkerung bis

Ende 2008 zu verlängern. Nicht nur wäre dies kaum mit den Zielsetzungen des Fernmeldegesetzes in Einklang zu bringen, sondern es stünde auch in erheblichem Widerspruch zum Verhalten der Beschwerdeführerin, die derzeit jegliche Aktivität zum Aufbau eines UMTS-Netzes eingestellt hat. Es ist kein öffentliches Interesse ersichtlich, ihr die brachliegende Konzession sozusagen auf Vorrat im Hinblick auf eine mögliche neue Marktsituation vorzubehalten bzw. deren Geltungsdauer sogar noch zu verlängern.

6.2.4 Gemäss der Beschwerdeführerin ist es unverhältnismässig, ihr eine Änderung der Konzession bzw. der fraglichen Versorgungsauflage zu verweigern. Aus ihrer Argumentation geht freilich hervor, dass sie insbesondere die Verhältnismässigkeit der ausgesprochenen Aufsichtsmassnahme in Frage stellt, was im entsprechenden Zusammenhang zu prüfen ist. Die Verweigerung der Konzessionsänderung steht demgegenüber im überwiegenden öffentlichen Interesse und scheint im Hinblick auf diese Interessen geeignet, erforderlich und der Beschwerdeführerin zumutbar. Sie erweist sich mithin als verhältnismässig.

6.3 Die Ablehnung der Konzessionsänderung verstösst entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV.

6.3.1 Die Beschwerdeführerin sieht sich zunächst im Vergleich zu den drei direkten Konkurrentinnen benachteiligt, weil die Vorinstanz ihrer besonderen Ausgangslage als neuer Einsteigerin (als so genannter "Greenfielder") im mobilen Telekommunikationsmarkt nicht Rechnung getragen habe. Es kann hier offenbleiben, ob insoweit das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 BV oder der in Art. 27 BV mitenthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zur Anwendung gelangt. So oder so hat die Vorinstanz die im Vergleich zu den drei übrigen Konkurrentinnen unterschiedliche Ausgangslage der Beschwerdeführerin bereits bei der Erteilung der Konzession hinlänglich berücksichtigt. Sie hat ihr nämlich durch entsprechende Konzessionsauflagen bei den drei anderen UMTS-Konzessionärinnen, die bereits über eine GSM-Konzession und -Infrastruktur verfügten, als einziger Konzessionärin ermöglicht, einen Teil der Versorgungsauflage durch National Roaming Verträge zu realisieren, und sie lediglich dazu verpflichtet, die Abdeckung durch eigene Infrastruktur vorerst im Umfang von mindestens 20 % sicherzustellen. Damit ist es unter dem Gesichtspunkt des

Rechtsgleichheitsgebotes nicht erforderlich, der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Konzessionsänderungsgesuch noch weitere Erleichterungen im Vergleich zu ihren Konkurrentinnen zu gewähren.

6.3.2 Weiter ist auch nicht ersichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin angerufenen übrigen Fälle mit der vorliegenden Situation vergleichbar sind. Dass die hier zu beurteilende Ausgangslage nicht mit derjenigen am Ende des Jahres 2002 übereinstimmt (vgl. VPB 67/2003 Nr. 28 S. 222), wurde bereits dargelegt. In VPB 65/2001 Nr. 25 S. 251 ging es sodann um Versorgungsauflagen beim Aufbau eines GSM-Netzes, die wegen Gründen nicht erfüllt werden konnten, welche ausserhalb des Einflussbereichs der betreffenden Konzessionärin lagen, die ihrerseits durchaus willens war, das Netz zu realisieren, und die auch entsprechende Anstrengungen unternommen hatte und weiter verfolgte (vgl. auch FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 117). In VPB 65/2001 Nr. 26 S. 257 wurde das Änderungsgesuch schliesslich abgelehnt, weshalb die Beschwerdeführerin daraus ohnehin nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

6.4 Die angefochtene Verweigerung der Konzessionsänderung verletzt Bundesrecht somit nicht. Der angefochtene Entscheid ist insoweit auch nicht willkürlich und beruht weder auf einer formellen Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV noch auf einem Ermessensmissbrauch, wie die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend macht.

7.

7.1 Weiter ist zu prüfen, ob die Ablehnung des Gesuchs um Übertragung der Konzession vom 8. März 2005 vor dem Bundesrecht standhält.

7.2 Nach Art. 9 FMG kann eine auf das Fernmeldegesetz gestützte Konzession teilweise oder vollständig nur mit Einwilligung der Konzessionsbehörde übertragen werden. Dieser Grundsatz wird in Ziffer 2.3.2 der Konzessionsurkunde wiederholt. Die Bestimmung wird überdies in dem Sinne ergänzt, dass die Konzessionsbehörde bei der Beurteilung von Gesuchen um eine teilweise oder vollständige Übertragung der Konzession neben der Einhaltung der Konzessionsbedingungen insbesondere überprüft, ob durch die beantragte Übertragung die Vergabebedingungen oder das Vergabeverfahren nicht unterlaufen werden. Weiter muss während der gesamten Konzessionsdauer eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit

zwischen den IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen gewährleistet sein (dazu auch FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 115 S. 135). Gemäss Art. 23 Abs. 4 FMG darf sodann die Erteilung einer Funkkonzession wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen, es sei denn, Gründe der wirtschaftlichen Effizienz würden eine Ausnahme rechtfertigen, wobei die Konzessionsbehörde in Zweifelsfällen die Wettbewerbskommission konsultiert.

7.2.1 Die Auktionsregeln für die Versteigerung der vier UMTS-Konzessionen sahen vor, dass eine Bieterin höchstens eine Konzession ersteigern durfte, wobei sie über eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit gegenüber den anderen Bewerberinnen verfügen musste. Die Kommunikationsbehörde hatte sich mit Blick auf Art. 1 und 23 Abs. 4 FMG für die Ausschreibung von vier Konzessionen entschieden, um die Wettbewerbsintensität im Mobilfunkmarkt und damit die volkswirtschaftliche Effizienz zu steigern. Mit der Vorinstanz lässt sich daraus schliessen, dass eine Übertragung der UMTS-Konzession der Beschwerdeführerin an eine andere UMTS-Konzessionärin, wie dies beantragt wurde, zu einer Umgehung der Vergabebedingungen führen, die Erforderlichkeit der ausreichenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Konzessionärinnen während der ganzen Konzessionsdauer missachten und negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten würde. Die gegenteilige Argumentation der Beschwerdeführerin, die im Wesentlichen gestützt auf das von ihr eingeholte Privatgutachten von Prof. Dr. Gerhard Schmid und Dr. Markus Schott die privaten Interessen höher gewichtet als die öffentlichen, überzeugt nicht.

7.2.2 Die Beschwerdeführerin hält dafür, es sei unter den gegenwärtigen Bedingungen nicht mehr möglich, vier unabhängige Mobilfunknetze auf UMTS-Basis aufzubauen und zu betreiben. Ob mit Blick auf die in der Zwischenzeit eingetretene Marktreife tatsächlich kein Platz für ein viertes UMTS-Netz bleibt, ist zweifelhaft und kann zurzeit nicht abschliessend beantwortet werden. Jedenfalls lässt sich das nicht aus den Verhältnissen bei der Beschwerdeführerin ableiten. Diese blieb nämlich seit Mitte des Jahres 2002 untätig, verpasste den rechtzeitigen Markteinstieg und verzichtete trotz Sonderbedingungen auf den rechtzeitigen Aufbau eines UMTS-Netzes. Trotz Hindernissen bei der Errichtung der nötigen Infrastruktur wurde die Abdeckung durch die drei Konkurrentinnen mit Erfolg vorangetrieben. Eine Übertragung der Konzession an eine der drei Konkurrentinnen würde auf längere Zeit jede Möglichkeit ausschliessen,

nach einer Lösung zu suchen, mit der sich die heute nicht optimale Wettbewerbssituation verbessern liesse. Die Verweigerung der beantragten Konzessionsübertragung entspricht daher besser der Regelung von Art. 1, 9 und 23 Abs. 4 FMG als deren Genehmigung. Sie ist mithin mit dem Fernmeldegesetz vereinbar.

7.2.3 Die Beschwerdeführerin erachtet es als widersprüchlich und willkürlich, dass die Kommunikationskommission beim GSM-Standard im Wesentlichen von drei Mobilfunknetzen ausgehe, bei der UMTS-Technologie aber auf vier Netzen beharre, obwohl nicht mehr mit einem solchen vierten Netz zu rechnen sei. Indessen kann zurzeit nicht davon ausgegangen werden, dass der Aufbau eines vierten Netzes ausgeschlossen ist. Hingegen trifft es grundsätzlich zu, dass zunächst lediglich drei nationale GSM-Konzessionen verliehen worden sind (vgl. BBl 1997 IV 1599 f. und BGE 125 II 293 S. 295 f.). Die Wettbewerbssituation stellt sich im GSM-Bereich jedoch anders dar als im UMTS-Markt. Bei der ursprünglichen Vergabe der GSM-Konzessionen ging es zum ersten Mal darum, einen Mobilfunkmarkt mit mehreren konkurrierenden Anbieterinnen aufzubauen. Für wie viele selbständige Anbieter der Schweizer Markt Raum lässt, war damals unklar. Inzwischen treten mit In&Phone SA und Tele2 (Tele2 Telecommunication Services AG) zwei weitere Anbieterinnen im GSM-Markt auf, die den Wettbewerb verstärken und aufgrund der ihnen auferlegten Konzessionsbedingungen selbst

zum Infrastrukturaufbau beitragen müssen, so etwa indem Tele2 eigene City-Netze zu betreiben hat. Überdies beruht die UMTS-Norm auf einer jüngeren und leistungsstärkeren Technologie als der GSM-Standard, die auch dank der möglichen Weiterentwicklungen (insbesondere mit Blick auf die HSDPA-Technologie) breitere Zukunftsperspektiven hat. Dies begründet ein wesentliches öffentliches Interesse an einer genügend hohen Anzahl von Anbietern von UMTS-Diensten, um die vom Gesetz geforderte Wettbewerbssituation zu schaffen bzw. zu gewährleisten.

7.3 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes und verweist dazu auf einen in VPB 67/2003 Nr. 27 S. 217 publizierten Entscheid der Kommunikationskommission. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin soll dieser Fall, in dem die Vorinstanz der Übertragung einer ebenfalls im Auktionsverfahren erteilten WLL-Konzession von einer Konzessionärin auf eine andere zugestimmt hat, mit dem vorliegenden vergleichbar sein. Entgegen ihrer Ansicht bestehen jedoch erhebliche Unterschiede.

So geht es um einen anderen Markt, in dem eine deutlich grössere Anzahl von Konzessionen vergeben wurde. Überdies hatte die damalige Konzessionsübertragung keine Verletzung der Ausschreibungsbedingungen zur Folge, noch zeitigte sie erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb. Aufgrund dieser unterschiedlichen Verhältnisse sind die beiden Fälle daher nicht miteinander vergleichbar.

7.4 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV geltend.

7.4.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, mit der Konzession seien ihr verschiedene wohlerworbene Rechte, insbesondere ein solches auf Nutzung der davon erfassten UMTS-Frequenzen, eingeräumt worden. Die Ablehnung des Übertragungsgesuchs stelle daher einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar, da damit die Möglichkeit entfalle, die Konzession für 50 Millionen Franken zu veräussern. Dieser Eingriff lasse sich auch nicht rechtfertigen.

7.4.2 Selbst wenn mit der Konzession vermögenswerte Rechte verbunden wären (dazu E. 9.5), würden diese damit nicht zwingend zu einem handelbaren Gut. Die Übertragung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten bildet im öffentlichen Recht die Ausnahme. Die Übertragung einer Konzession ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn dies im anwendbaren Spezialgesetz vorgesehen ist, wobei die Übertragbarkeit regelmässig von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/ Genf/St. Gallen 2006, Rz. 826 und 832; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 45, Rz. 37). Art. 9 FMG lässt zwar in diesem Sinne die Konzessionsübertragung mit Einwilligung der Kommunikationskommission zu. Der Vorbehalt einer solchen Einwilligung belegt aber, dass nicht von einem freien Recht auf Übertragung ausgegangen werden kann, sondern dass über die Genehmigung oder Verweigerung der Übertragung unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks bzw. der entsprechenden öffentlichen Interessen sowie unter Wahrung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze zu entscheiden ist. In der Konzessionsurkunde wurde konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen eine Übertragung in Frage käme. Diese Voraussetzungen, die den vom Fernmeldegesetz verfolgten öffentlichen Interessen dienen, sind vorliegend nicht erfüllt. Erweist sich die Verweigerung einer Konzessionsübertragung als in diesem Sinne

gesetzes- und verfassungskonform, bewirkt sie daher nicht einen Eingriff in die Eigentumsgarantie. Und selbst wenn von einem Eingriff auszugehen wäre, erwiese er sich jedenfalls als zulässig, da die Ablehnung des Übertragungsgesuchs vorliegend auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (vgl. Art. 36 BV). Die Frage einer allfälligen Entschädigungspflicht wird separat zu prüfen sein (vgl. E. 9).

7.5 Die Verweigerung der beantragten Konzessionsübertragung verletzt somit Bundesrecht nicht, ist nicht willkürlich und beruht auch nicht auf einem Ermessensmissbrauch, wie die Beschwerdeführerin ergänzend geltend macht. Es kommt daher auch nicht darauf an, welche Bemühungen die Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine allfällige Konzessionsübertragung unternommen hat (vgl. dazu E. 3.5).

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich ebenfalls gegen den als Ergebnis des Aufsichtsverfahrens beschlossenen Entzug ihrer UMTS-Konzession, den sie als unzulässig erachtet.

8.2 Nach Art. 58 Abs. 1 FMG wacht das Bundesamt darüber, dass die Konzessionärinnen das internationale Fernmelderecht, das Fernmeldegesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzession einhalten. Stellt das Bundesamt eine Verletzung des anwendbaren Rechts fest, so kann es der Kommunikationskommission verschiedene Massnahmen beantragen, worunter den Entzug der Konzession (Art. 58 Abs. 2, insbes. lit. d FMG). Der Entzug der Konzession ist dann vorgesehen, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 58 Abs. 3 FMG). Diese Bestimmung wurde in Ziffer 2.3.5 der hier fraglichen Konzession der Beschwerdeführerin ausdrücklich aufgenommen. Art. 6 FMG regelt die allgemeinen Voraussetzungen für Fernmeldekonzessionen und Art. 23 FMG diejenigen für Funkkonzessionen. Danach muss, wer eine Konzession erwerben will, insbesondere über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen (Art. 6 Abs. 1 lit. a sowie Art. 23 Abs. 1 lit. a FMG) und dafür Gewähr bieten, dass er das anwendbare Recht, namentlich das Fernmeldegesetz, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einhält (Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 23 Abs. 1 lit. b FMG).

8.3 Die Beschwerdeführerin hat durch ihre Inaktivität die Konzessionsauflagen und insbesondere die in Ziffer 3.3.3 der Konzession festgelegte Versorgungspflicht verletzt. Dieses Verhalten beruht auf

einem unternehmerischen Entscheid und nicht auf äusseren Umständen, für welche die Beschwerdeführerin nicht einzustehen hätte. Die Versorgungspflicht entspricht den namentlich in Art. 1 FMG festgeschriebenen Gesetzeszwecken wie insbesondere der Versorgung der Bevölkerung mit technisch hochstehenden und zuverlässigen Fernmeldediensten im Rahmen wirksamen Wettbewerbs zwischen mehreren Anbieterinnen. Die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 23 Abs. 1 lit. b FMG erweisen sich damit als nicht erfüllt, womit die grundsätzlichen Bedingungen für einen Konzessionsentzug vorliegen und der angefochtene Konzessionsentzug auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht. Ob die Beschwerdeführerin noch über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügt, was angesichts des in der Schweiz fehlenden technischen Personals strittig ist, kann daher offenbleiben, womit sich auch entsprechende Feststellungen erübrigen (vgl. E. 5.3).

8.4 Der Konzessionsentzug liegt im öffentlichen Interesse, ist verhältnismässig (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) und verstösst nicht gegen das Willkürverbot nach Art. 9 BV. Der Entzug ist geeignet, die festgestellte Konzessionsverletzung zu beheben, denn mit dem Entzug wird ein weiterer Verstoss gegen die Konzessionsauflagen verhindert. Damit dient er auch den fernmelderechtlichen Zwecken, wie sie das Fernmeldegesetz verfolgt, bzw. den damit geschützten öffentlichen Interessen. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit rechtfertigt sich die einschneidendste Massnahme des Entzugs durch das Verhalten der Beschwerdeführerin, liegt doch nicht etwa eine nur mangelhafte oder ungenügende Nutzung der Konzession vor, sondern wird diese mit voller Absicht und seit geraumer Zeit nicht umgesetzt. Das soll sich auch in absehbarer Zeit nicht ändern. Die mildere Massnahme der Suspension der Konzession erwiese sich insofern als untauglich, würde sie doch keine bessernde oder sanktionierende Wirkung entfalten, sondern würde die Beschwerdeführerin für den Konzessionsverstoss noch belohnen und den unerwünschten sowie dem öffentlichen Interesse widersprechenden Zustand weiterführen. Da gewichtige öffentliche Interessen an vielfältigen, preiswerten und qualitativ hochstehenden Mobilfunkdiensten in einer Situation wirksamen Wettbewerbs für die schweizerische Bevölkerung im Spiel stehen, erweist sich der Konzessionsentzug der Beschwerdeführerin angesichts ihres eigenen Verhaltens auch als zumutbar. Es gibt, wie bereits dargelegt, kein öffentliches Interesse, ihr die brachliegende Konzession sozusagen auf Vorrat im

Hinblick auf eine mögliche neue Marktsituation vorzubehalten (vgl. E. 6.2.3).

8.5 Der Konzessionsentzug ist sodann mit der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV vereinbar, soweit sich die Beschwerdeführerin im konzessionierten Monopolbereich darauf überhaupt berufen kann. Jedenfalls beruht er auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, liegt im zulässigen öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig (vgl. Art. 36 sowie Art. 92 und 94 BV; vgl. dazu auch BGE 131 II 13 E. 9 S. 43).

8.6 Auch hinsichtlich des Konzessionsentzugs rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes nach Art. 8 BV. Nachdem die drei Konkurrentinnen ihr UMTS-Netz aufgebaut haben und betreiben, ist die Sachlage trotz gewisser Verspätungen bei der Erfüllung der Versorgungsauflage bei der Beschwerdeführerin jedoch nicht mit derjenigen bei ihrer Konkurrenz vergleichbar, weshalb der Verzicht auf Aufsichtsmassnahmen gegenüber den anderen UMTS-Konzessionärinnen vor dem Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV standhält. Auch der in VPB 65/2001 Nr. 26 S. 257 beurteilte Fall unterscheidet sich wesentlich vom vorliegenden, war die damalige Konzessionärin zwar mit der von ihr zu erfüllenden Versorgungsauflage ebenfalls im Rückstand, aber erneut im Unterschied zur Beschwerdeführerin durchaus bestrebt, das damals fragliche Mobilfunknetz (beruhend auf dem GSM-Standard) aufzubauen. Sodann wurde im von der Beschwerdeführerin vergleichsweise angerufenen Fall der niederländischen Priority Wireless BV deren WLL-Konzession deshalb nicht entzogen, weil diese Unternehmung die minimalen Betriebsbedingungen ihrer WLL-Konzession erfüllt. Im Übrigen gibt es, wie die Vorinstanz zu Recht erwägt, von hier nicht gegebenen Ausnahmesituationen abgesehen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. BGE 127 I 1 E. 3a S. 2 f. mit Hinweisen). Selbst wenn in einem anderen Einzelfall allenfalls gerechtfertigte Aufsichtsmassnahmen zu Unrecht nicht ergriffen worden wären, könnte daher die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

8.7 Der Konzessionsentzug entspricht mithin dem Gesetz, liegt im öffentlichen Interesse, ist verhältnismässig und verletzt weder das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV noch das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 BV. Damit liegt auch kein Ermessensmissbrauch vor.

9.

9.1 Die Beschwerdeführerin hält schliesslich dafür, es verstosse gegen die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit sowie das Legalitätsprinzip und stelle einen Ermessensmissbrauch dar, ihr für den Konzessionsentzug bzw. für die Verweigerung einer Konzessionsübertragung keine Entschädigung zuzusprechen.

9.2 Art. 58 FMG sieht keine Entschädigung beim Entzug der Konzession vor, äussert sich allerdings auch nicht ausdrücklich dahingehend, der Entzug erfolge entschädigungslos. Nach Art. 10 Abs. 2 FMG wird die Konzessionärin angemessen entschädigt, wenn eine Konzessionsänderung eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte bewirkt. In analoger Weise gilt künftig eine Entschädigungspflicht für den Fall eines Konzessionswiderrufs, der zur Wahrung öffentlicher Interessen im Zusammenhang mit veränderten Verhältnissen ergeht (gemäss dem neuen Art. 24e der Novelle zum Fernmeldegesetz vom 24. März 2006, BBl 2006 S. 3574; vgl. dazu BBl 2003 S. 7980). Art. 12 Abs. 3 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) bestimmt demgegenüber ausdrücklich, dass im Falle der Konzessionsvergabe über eine Auktion eine Rückerstattung des Zuschlagspreises bei Einschränkung, Suspension, Widerruf oder Entzug der Konzession sowie bei vorzeitigem Verzicht auf die Konzession nicht möglich ist. Diese Bestimmung wurde in Ziffer 5.3 der hier fraglichen Konzession aufgenommen.

9.3 Das Bundesgericht hat sich in einem kürzlich gefällten Urteil eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Inhaberin einer im Auktionsverfahren vergebenen WLL-Konzession einen Anspruch auf Rückerstattung des Zuschlagspreises hat, wenn sie - trotz Erfüllung der minimalen Betriebsbedingungen - von der Konzession keinen Gebrauch macht. Obwohl in jenem Verfahren die Konzession nicht entzogen wurde, ist der Fall im Hinblick auf die Frage der Preisrückerstattung mit dem vorliegenden weitgehend vergleichbar. Das Bundesgericht entschied im Wesentlichen, dass sich ein Rückerstattungsanspruch nicht aus Art. 10 FMG ableiten lasse, da die Konzession über eine Auktion vergeben worden sei und sich sonst ein Widerspruch zu den für das Verfahren der Konzessionserteilung gemäss Art. 24 Abs. 2 FMG anwendbaren Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Transparenz ergäbe (Urteil des Bundesgerichts 2A.432/2005 vom 18. Juli 2006, E. 3). Dasselbe muss grundsätzlich auch für den Fall des Konzessionsentzugs

gelten, der wie hier auf dem eigenen gesetzes- bzw. konzessionswidrigen Verhalten der Konzessionärin beruht. Die Bieterin, die den Zuschlag in einem Versteigerungsverfahren erhält, geht im Zeitpunkt der Auktion von der Wirtschaftlichkeit des Preises bzw. davon aus, den Preis über die Nutzung der konzedierten Rechte nicht nur zu amortisieren, sondern darüber hinaus einen Gewinn zu erzielen. Wirtschaftstätigkeit ist aber zwangsläufig mit unvorhersehbaren Entwicklungen und einem gewissen unternehmerischen Risiko verbunden. Die Beschwerdeführerin hat ihre UMTS-Konzession an einer Auktion ersteigert, wobei sie sich aufgrund der Ausschreibung bewusst sein musste, gleichzeitig die Verpflichtung einzugehen, die Konzession auch zu nutzen und bestimmte Versorgungsauflagen zu erfüllen. Auf die Nutzung und die Einhaltung der Auflagen hat sie später aus eigenen unternehmerischen Gründen verzichtet. Wenn sich eine Konzessionärin bei der Ersteigerung der Fernmeldekonzession verkalkuliert, hat sie dieses Risiko jedoch selbst zu tragen. Es wäre schon aus wettbewerbspolitischen Gründen gegenüber den Konkurrentinnen, welche das Investitionsrisiko bis zur Markteinführung der UMTS-Dienste vollständig auf sich genommen haben, fragwürdig, die Missachtung der Nutzungspflicht bzw. Versorgungsauflage noch mit einer Preisrückerstattung sozusagen zu belohnen. Eine Rückerstattung des Preises erscheint daher selbst dann grundsätzlich als systemwidrig, wenn wie hier die Konzession zur Wahrung der im Spiel stehenden öffentlichen Interessen entzogen wird. Besondere Umstände, die allenfalls eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Dies steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 10 Abs. 2 FMG bzw.

dem neuen Art. 24e FMG. Die darin vorgesehenen Entschädigungsansprüche gegenüber dem Staat gelangen sinnvollerweise nur dann zur Anwendung, wenn eine Konzessionärin ihre Obliegenheiten an sich erfüllt, insbesondere die Konzession auch nutzt und trotzdem aus von ihr selbst grundsätzlich nicht zu vertretenden Gründen in ihren Rechten beschränkt wird. Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor.

9.4 Die Verweigerung der Rückerstattung des Zuschlagspreises beruht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Eine systematische Auslegung des Fernmeldegesetzes ergibt, dass grundsätzlich nur im Falle von Art. 10 Abs. 2 (sowie künftig von Art. 24e) FMG eine Rückerstattungspflicht vorgesehen ist. Art. 58 FMG kennt gerade keine Rückerstattungspflicht beim Entzug der Konzession. Dass

eine solche jedenfalls dann, wenn der Entzug auf ein gesetzes- und konzessionswidriges Verhalten der Konzessionärin zurückgeht, auch systemwidrig erschiene, wurde bereits dargelegt. Besonders deutlich kommt dies im Übrigen in Art. 12 Abs. 3 FDV zum Ausdruck, wo eine Rückerstattung des Zuschlagspreises beim Entzug einer durch Auktion vergebenen Konzession ausdrücklich ausgeschlossen wird. Diese Bestimmung des Verordnungsrechts entspricht jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang dem Sinngehalt der Gesetzesordnung und lässt sich insoweit daher hinlänglich auf das Gesetz abstützen.

9.5 Schliesslich ergibt sich ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin auch nicht daraus, dass ihr wohlerworbene Rechte entzogen worden wären. Zu den unter dem Schutz der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV oder von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV stehenden wohlerworbenen vermögenswerten Rechten können - von auf historischen Titeln beruhenden oder seit unvordenklicher Zeit bestehenden Rechten abgesehen - auch Rechtspositionen gehören, welche aus Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen zwischen Privaten und dem Staat entstanden sind, so insbesondere Rechte aus Konzessionen (vgl. BGE 131 I 321 E. 5.3; BGE 127 II 69 E. 5b S. 76 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2P.315/2005 vom 18. Mai 2006, E. 3.2). Bei der Anerkennung solcher Rechte aufgrund einer Konzessionierung steht der Schutz des Konzessionärs in seinen unternehmerischen Dispositionen im Vordergrund. Er bedarf insofern mit Blick auf seine Investitionen einer gewissen Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 45, Rz. 46). In diesem Zusammenhang geht es demnach vorrangig um den Vertrauensschutz und nicht um die Garantie eines eigentlichen Eigentumsrechts. Vertrauensschutz setzt jedoch voraus, dass der Konzessionär seine Rechte auch im Vertrauen auf ihm eingeräumte Rechtspositionen nutzt. Erforderlich ist gleichzeitig, dass sich die Rechtsbeständigkeit aus dem anwendbaren Rechtssatz bzw. aus dem Konzessionsakt ergibt (vgl. BGE 128 II 112 E. 10 S. 125 ff. mit Hinweisen). Beide Anforderungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt, was das von der Beschwerdeführerin eingeholte Privatgutachten von Prof. Dr. Gerhard Schmid und Dr. Markus Schott verkennt. Es handelt sich auch nicht um den von Art. 10 Abs. 2 FMG geregelten Tatbestand, bei dem die Rechte der Konzessionärin aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen beschränkt werden, was die Annahme wohlerworbener Rechte allenfalls rechtfertigen würde (so

etwa ROUSSIANOS-MOAYEDI, a.a.O., S. 135 f.). Die Beschwerdeführerin nutzt ihre Konzession seit nunmehr rund vier Jahren nicht mehr. Sie verzichtet dabei von sich aus und ohne behördlichen Zwang aus unternehmerischen Gründen auf eine Amortisation der vorher getätigten Investitionen von angeblich insgesamt rund

200 Millionen Franken bzw. auf den entsprechenden "Return on Investment". In der Konzessionsurkunde ist sodann ausdrücklich festgehalten, die Konzession werde bei Nichteinhalten der sich aus der Konzession ergebenden Verpflichtungen entzogen (Ziffer 2.3.5 der Konzession) und eine Rückerstattung des Zuschlagspreises sei unter anderem beim Konzessionsentzug ausgeschlossen (Ziffer 5.3 der Konzession). Der Beschwerdeführerin mussten daher die Folgen einer Missachtung der ihr obliegenden Nutzungspflicht bzw. Versorgungsauflage bewusst sein. Eine Vertrauensgrundlage für die Annahme vermögenswerter Rechte wurde somit nicht geschaffen.

9.6 Inwieweit schliesslich die Beschwerdeführerin gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV einen Anspruch auf Preisrückerstattung oder Entschädigung haben sollte, ist nicht ersichtlich.

9.7 Demnach verstösst die Verweigerung einer Rückerstattung des Zuschlagspreises bzw. einer Entschädigung nicht gegen Bundesrecht. Da die Vorinstanz insoweit über keinen Ermessensspielraum verfügt, stellt sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage des Ermessensmissbrauchs nicht.