

(Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 27. März 2000)

Fernmeldewesen. Änderung einer Mobilfunkkonzession. Versorgungspflichten. Abweisung eines Änderungsgesuchs.

- Die in einer Mobilfunkkonzession enthaltenen Versorgungsverpflichtungen können abgeändert werden, wenn die Konzessionärin beweisen kann, dass sie diese aus Gründen ausserhalb ihres Einflussbereiches nicht mehr erfüllen kann. Sie muss zudem schlüssig nachweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen (Ziff. 2.1).

- Da die Konzessionärin erst mit Verspätung auf die sich abzeichnenden Probleme reagierte und sich zu wenig dezidiert dagegen zur Wehr setzte, waren im vorliegenden Fall ihre Bestrebungen, die Versorgungspflichten trotz der bestehenden Schwierigkeiten zu erfüllen, ungenügend. Das Gesuch um Anpassung der Konzession wird deshalb abgewiesen (Ziff. 2.3-2.5).

- Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit scheinen Aufsichtsmassnahmen weder erforderlich noch geeignet, da die Konzessionärin im eigenen Interesse darum bemüht ist, eine möglichst umfassende Versorgung zu erreichen (Ziff. 2.6).

Télécommunications. Modification d'une concession de radiocommunication mobile. Obligation de fournir certaines prestations. Rejet d'une demande de modification.

- L'obligation de fournir certaines prestations contenue dans une concession de radiocommunication mobile peut être modifiée si la concessionnaire prouve qu'elle ne peut plus les fournir pour des raisons situées en dehors de sa sphère d'influence. Elle doit en outre démontrer de manière concluante qu'elle a tenté par tous les moyens de satisfaire à ses obligations (ch. 2.1).

- La concessionnaire n'ayant réagi qu'en retard aux problèmes qui se dessinaient et ne s'y étant pas opposée de manière suffisamment décidée, ses efforts pour fournir ses prestations malgré les difficultés rencontrées étaient insuffisants. Pour cette raison, la demande de modification de la concession est rejetée.

- Sous l'angle de la proportionnalité, des mesures de surveillance ne paraissent ni nécessaires ni adéquates, étant donné que la concessionnaire s'efforce dans son propre intérêt de fournir ses services de la manière la plus étendue possible.

Telecomunicazioni. Modifica di una concessione di radiocomunicazione mobile. Obbligo di fornire determinate prestazioni. Rigetto di una domanda di modifica.

- L'obbligo di fornire determinate prestazioni, contenuto in una concessione di radiocomunicazione mobile, può essere modificato se la concessionaria prova di non essere più in grado di fornire tali prestazioni per motivi indipendenti dalla sua volontà. La concessionaria deve inoltre dimostrare di avere concretamente tentato in tutti i modi possibili di adempiere ai suoi obblighi (n. 2.1).

- Dato che la concessionaria ha reagito in ritardo ai problemi che si delineavano e che si è difesa con poco impegno, nella fattispecie i suoi tentativi di adempiere all'obbligo di fornire determinate prestazioni nonostante le difficoltà esistenti sono da considerare insufficienti. La domanda di adattare la concessione è pertanto respinta (n. 2.3-2.5).

- Dal punto di vista della proporzionalità non sembrano necessarie né adatte misure di sorveglianza, poiché la concessionaria si sforza nel proprio interesse di fornire la più vasta gamma di servizi possibile (n. 2.6).

Die Gesuchstellerin ist aufgrund der Konzession befugt, digitale Mobilfunkdienste in der Schweiz, wie z. B. Sprachübermittlung, Kurzmitteilungsdienste (SMS), Sprachmittlungsdienste (Voice Mail), Fax und Datenübertragung, über ein digitales zelluläres Mobilfunknetz auf der Basis der heutigen und zukünftigen Phasen des GSM-Standards zu erbringen.

Folgende Versorgungspflichten sind in der Konzession enthalten:

Datum Bevölkerung Fläche

Ende November 1998 59.3% 18.9%

Ende Mai 1999 84.4% 39%

Ende November 1999 90.6% 52.9%

Ende 2002 95% 55%

Die Gesuchstellerin hat ihr GSM-Netz im 900 und 1800 MHz-Bereich am 24. Dezember 1998 bereits mit Verspätung auf obige Versorgungspflicht (per Ende November 1998) in Betrieb genommen. Deshalb wurde die Konzession entsprechend angepasst (Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission [ComCom] vom 24. März 1999). Mit dieser Verfügung wurde die Konzession insofern abgeändert, als dass das Datum der Versorgungspflicht für die erste Ausbauphase gemäss Ziff. 3.2.5 der Mobilfunkkonzession von ursprünglich Ende November 1998 neu auf den 31. Januar 1999 festgesetzt wurde. Anlässlich einer Zusammenkunft zwischen Vertretern der Gesuchstellerin und dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) informierte die Gesuchstellerin das BAKOM mündlich über verschiedene Schwierigkeiten, die sie im Hinblick auf den Ausbau der eigenen Infrastruktur habe und dass die Versorgungspflicht per Ende Mai 1999 nicht erreicht werde.

(...)

Mit Eingabe vom 2. Juli 1999 teilte die Gesuchstellerin mit, dass sich die Versorgung der Bevölkerung und der Fläche der Schweiz per Ende Mai 1999 auf 70% der Bevölkerung bzw. 28% der Fläche der Schweiz belaufen habe. Die Verzögerung sei ausschliesslich auf Gründe zurückzuführen, die ausserhalb ihres Einflussbereiches lägen. Entsprechend stellte sie in ihrer Eingabe ein Gesuch um Anpassung der Konzession. Es sei der Zeitpunkt von Ende Mai 1999 für eine Abdeckung von 84.4% der Bevölkerung, bzw. 39% der Fläche der Schweiz neu auf Ende August 1999 festzulegen.

(...) Gemäss der Konzessionsänderung vom 24. März 1999 sowie dem Gesuch vom 2. Juli 1999 und weiteren Eingaben der

Gesuchstellerin wurden folgende Abdeckungsgrade bereits erreicht oder sollen nach Angaben der Gesuchstellerin erreicht werden:

Datum Bevölkerung Fläche

Ende Januar 1999 59.3% 18.9%

Ende Mai 1999 70% 28%

Ende August 1999 84.4% 39%

Ende November 1999 90.03% 50.8%

Ende Dezember 1999 91.18% 56.2%

Ende 2002 95%

Die Gesuchstellerin zeigt klar auf, inwieweit die Versorgungspflicht erfüllt werden konnte, und in welchen Zeitpunkten die konzessionsgemässe Abdeckung erreicht werden sollte. Dies vor allem unter Berücksichtigung der verschiedenen Probleme, mit denen die Gesuchstellerin konfrontiert war und heute noch ist. Somit wurden nicht nur die Ausbauphasen 1 und 2 nicht eingehalten, sondern auch die Phase 3 (November 1999).

Die Vorgaben in Bezug auf die Versorgungspflicht aus Ziff. 3.2.5 der Konzession vom 29. Mai 1998 wurden mehrheitlich nicht erfüllt, womit die Konzession verletzt wurde.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 wurde der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass das BAKOM beabsichtige, der ComCom Aufsichtsmassnahmen zu beantragen. Der Gesuchstellerin wurde das rechtliche Gehör gewährt und sie konnte zu den ins Auge gefassten Massnahmen Stellung beziehen.

## 2. Rechtliches

### 2.1. Gesuch um Konzessionsänderung

Da die Gesuchstellerin wie unter Ziff. 1 dargelegt die Versorgungspflichten der zweiten und dritten Ausbauphase nicht einhalten konnte, ersucht sie darum, die Konzession anzupassen. Für die Phase, die bis am 31. Mai 1999 hätte erreicht sein müssen, stellte sie das Begehren jedoch erst mit Datum vom 2. Juli 1999, mithin etwas mehr als einen Monat nachdem die Abdeckungsphase hätte erreicht sein müssen. Wenn die Konzessionsverpflichtungen nicht eingehalten werden können, so ist es angezeigt, vor Ablauf der entsprechenden Fristen ein Verschiebungsgesuch zu stellen und nicht erst einen Monat später. Zudem führt die Gesuchstellerin auch keinerlei Begründung für dieses unverständliche Verhalten an.

Gemäss der Ziff. 3.2.5 der Konzession können die Versorgungsverpflichtungen abgeändert werden, wenn die Konzessionärin beweisen kann, dass sie diese aus Gründen ausserhalb ihres Einflussbereiches nicht mehr erfüllen kann. Sie muss zudem schlüssig nachweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen.

Es ist somit zu prüfen, welche Gründe zu den Verzögerungen im Ausbau der Infrastruktur geführt haben, ob diese im Einflussbereich der Gesuchstellerin gestanden haben und ob diese jeden Versuch unternommen hat, die drohenden Verspätungen abzuwenden.

### 2.2. (...)

### 2.3. Würdigung der vorgebrachten Gründe

#### 2.3.1. Auswirkungen der Verfügung der ComCom vom 24. März 1999

Bereits in der Verfügung vom 24. März 1999 stellte die ComCom fest, dass die Versorgungspflicht für die erste Ausbaustufe verletzt werde und sie verschob das in der Konzession genannte Datum für die erste Ausbauphase von Ende November 1998 neu auf den 31. Januar 1999. Verursacht wurde die Verzögerung durch Probleme bei den Antennenstandorten, Human Resources und bei der Fremdfinanzierung. Gründe, die mindestens zum Teil ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin standen. Die ComCom hielt damals ergänzend fest, dass die Gesuchstellerin weitgehend die ihr zumutbaren Versuche unternommen habe, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Die Verzögerung betrug damals zwei Monate.

Die Gesuchstellerin macht nun geltend, sie hätte den verlangten Ausbaugrad unter grossem Einsatz und Beizug zusätzlicher Ressourcen realisieren können, hätte sich die Situation bei der Akquisition von Antennenstandorten nicht wider Erwarten innert kurzer Zeit massgeblich verschlechtert. In ihrer Eingabe vom 2. Juli 1999 ersuchte sie darum, den festgesetzten Zeitpunkt von Ende Mai 1999 neu auf Ende August 1999 festzulegen. Damit würde eine erneute Verzögerung von 3 Monaten resultieren, nachdem die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 18. November 1998 um Konzessionsänderung noch darauf hingewiesen hatte, dass die Versorgungsgrade der zweiten und dritten Ausbauphase ohne Verzug erreicht werden sollten.

Damit kann sie sich aber heute nur beschränkt darauf berufen, die Verzögerungen seien auf die Verfügung vom 24. März 1999 zurückzuführen.

#### 2.3.2. Verschlechterung der Situation bei der Aquisition der Antennenstandorte

##### 2.3.2.1. Verhalten der Behörden

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Behörden seien oftmals mit der Materie nicht vertraut und hätten mit Kompetenzabgrenzungsproblemen zu kämpfen, so dass in den meisten Fällen aufwändige Informations- und Überzeugungsarbeit geleistet werden müsse, bevor Entscheide gefällt würden. Zudem seien die Behörden durch die grosse Anzahl der Bewilligungsgesuche oftmals überfordert. Als Baubewilligungsinstanzen würden Gemeindebehörden heute eine

restriktivere Haltung einnehmen. Sei Ende letzten Jahres die Errichtung einer Mobilfunkantennenanlage im Kanton Z. noch im Anzeigeverfahren erfolgt, so brauche es heute ein ordentliches Bauverfahren mit öffentlicher Auflage des Baugesuchs. In anderen Kantonen gestalte sich die Sachlage ähnlich.

Es seien heute nicht mehr nur Bürger oder Bürgergruppierungen, die sich gegen derartige Bauvorhaben wehren. Auch Gemeinden widersetzten sich immer häufiger Projekten von Mobilfunkantennen, würden entsprechende Gesuche abweisen, weitere Abklärungen und Site-Sharings (gemeinsame Nutzung von Standorten) verlangen oder eingereichte Gesuche sistieren.

Um diese schwierige Situation zu belegen, dokumentiert die Gesuchstellerin mehrere Fälle (...).

Die beschriebenen Fälle zeigen deutlich, dass bei Gesuchsverfahren auf kommunaler Ebene erhebliche Schwierigkeiten zu bewältigen sind. Einerseits fehlt es den entscheidenden Gremien häufig an fundierter Kenntnis der Materie und andererseits werden nicht nur vereinzelt unter dem Druck der Bevölkerung Entscheide gefällt, die von der Rechtsmittelinstanz korrigiert werden müssen.

Diese Umstände liegen ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin, jedoch hätte sie früher auf diese Probleme reagieren sollen. Schon in ihrer Eingabe vom 15. Januar 1999 wies sie selber auf die Probleme im Zusammenhang mit Baubewilligungsverfahren hin und dokumentierte einige Einzelfälle. In vielen Fällen wurde das Baubewilligungsverfahren bereits Ende 1998 oder anfangs 1999 eingeleitet und die wachsenden Schwierigkeiten waren schon damals sichtbar. Die umfangreichen Zeitungsartikel, die eingereicht wurden, zeigen, dass schon im Januar 1999 beträchtliche Bedenken und Widerstände in der Bevölkerung bestanden hatten. Auch in der Verfügung der ComCom vom 24. März 1999 wurde bereits festgehalten, dass die Gesuchstellerin darum hätte wissen müssen, dass der Erhalt von Baubewilligungen für den Netzaufbau zeitkritisch, in der Schweiz aufwändig und aus Sicht des Landschafts-, Ortsbild- und Umweltschutzes sehr sensibel ist. Die Gesuchstellerin hält zudem in ihrem Bericht über die Tätigkeiten der Task-Force-Dialog (Arbeitsgruppe «Dialog») vom 4. Oktober 1999 selber fest, seit Januar 1999 sei der Widerstand gegen Mobilfunkantennen massiv gewachsen. Dass sich die Probleme weiter akzentuieren und das fristgerechte

Erreichen der künftigen, verlangten Versorgungsgrade gefährdet sein könnte, war somit schon anfangs 1999 absehbar und es wäre angezeigt gewesen, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um den drohenden Verzögerungen zu begegnen.

#### 2.3.2.2. Einsprachen

Die Gesuchstellerin führt an, dass in der Netzaufbauphase 1 noch relativ wenige Einsprachen gegen die Realisierung von Antennenstandorten zu verzeichnen gewesen seien, heute jedoch bei der Mehrzahl der Baubewilligungsgesuche Rechtsmittel ergriffen würden.

Anhand von insgesamt 10 ausführlich dokumentierten Fällen zeigt die Gesuchstellerin auf, wie das Verhalten von Behörden und die Befürchtungen in Gemeinden und vor allem in der Bevölkerung zu zum Teil erheblichen Verzögerungen führen (vgl. Ziff. 2.3.2.2). Die eingereichte, sehr umfangreiche Sammlung von Zeitungsberichten über den Widerstand der Bevölkerung gegenüber Mobilfunkantennen und über hängige Einsprache- und Beschwerdeverfahren zeigen deutlich, dass in einer grossen Zahl der eingereichten Baugesuche versucht wird, die geplanten Vorhaben zu verhindern. Diese Entwicklung war schon anfangs 1999 ersichtlich und es wäre angebracht gewesen, die Bevölkerung und die potentielle Nachbarschaft von Antennenprojekten sachgerecht zu informieren, und die mit Baugesuchen beschäftigten Behörden zweckdienlich zu dokumentieren.

#### 2.3.2.3. National Roaming (Verfügung vom 28. Juni 1999)

Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, die Verfügung der ComCom vom 28. Juni 1999 in Sachen National Roaming (Möglichkeit, sich in einem fremden, inländischen Mobilfunknetz einzuzwählen) zwischen X AG und Y AG habe die Situation verschärft, indem sie bei Baugesuchen mit dem Argument konfrontiert sei, man solle die Netze zusammenlegen. Nach diesem laut der Gesuchstellerin unverständlichen Entscheid vom 28. Juni 1999 könne sie sich nicht einmal mehr darauf berufen, dass National Roaming in der Schweiz solange nicht erlaubt sei, als dass die neuen Anbieter ihre Mobilfunknetze nicht konzessionskonform erstellt haben. Es müsse befürchtet werden, dass sehr viele Gemeinden Baugesuche sistieren würden, bis über die Zulässigkeit von National Roaming entschieden sei.

Dass der Entscheid über das National Roaming, in dem das Begehren um Erlass von superprovisorischen Massnahmen abgewiesen wurde, Gemeinden unter Umständen in der Haltung zu Antennenprojekten beeinflusst haben könnte, ist denkbar. Jedoch wurde von der ComCom und dem BAKOM immer deutlich kommuniziert, dass National Roaming die konzessionsmässige Versorgungspflicht und den Netzausbau mit eigener Infrastruktur nicht ersetzt, sondern einzig dafür eingesetzt werden könne, um den Abdeckungsgrad über denjenigen der Versorgungspflicht hinaus zu erhöhen. Und zudem wurde damals schon für das Verfahren in der Hauptsache eine negative Erfolgsprognose gestellt. In Gemeinden wie den oben genannten wäre National Roaming somit nur als Übergangslösung in Frage gestanden. Es wäre an der Gesuchstellerin gewesen, die um Baubewilligungen angefragten Instanzen entsprechend zu orientieren und die bestehenden Informationslücken abzubauen.

#### 2.3.2.4. Koordination der Antennenstandorte

Die Gesuchstellerin führt weiter aus, dass viele Gemeinden eine Koordination der Antennenstandorte fordern würden, die weit über die gesetzliche Regelung von Art. 36 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) hinausgehe. So würden im Kanton G. keine neuen Antennenstandorte im Umkreis von einem Kilometer zu einem bestehenden Antennenstandort bewilligt, wenn nicht der Nachweis erbracht werde, dass eine Mitbenutzung aus technischen Gründen nicht möglich sei.

Dass vermehrt die Koordination von Antennenanlagen gefordert wird, hängt vor allem mit den vorhandenen Bedenken gegenüber solchen Vorhaben und dem Wunsch von Gemeinden und Bevölkerung, die Zahl der Antennen möglichst klein zu halten, zusammen und führt zu Verzögerungen. Bevor Standorte zusammengelegt werden können, sind Machbarkeitsanalysen und Verhandlungen unter denjenigen Parteien, die eine Anlage teilen sollten, notwendig, welche zu erheblichen Verzögerungen führen können. Jedoch enthält bereits die Konzession unter Ziff. 3.2.4 folgende Bestimmung: «Die Konzessionärin unternimmt alle zumutbaren Anstrengungen, um bei der Errichtung sowie beim Betreiben von Sendestandorten die Mitbenutzung dieser Standorte für andere Mobilfunkkonzessionäre zu ermöglichen, sofern genügend Kapazität vorhanden ist und technische sowie wirtschaftliche Gründe der Standortmitbenutzung nicht entgegenstehen.» Damit ist die Gesuchstellerin gehalten, grundsätzlich Site-Sharing anzustreben und nicht erst dann, wenn sie durch Widerstand von Behörden und Bevölkerung dazu gezwungen wird.

Dass vermehrt Site-Sharing verlangt wird, liegt ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin, jedoch bleiben unter Ziff. 2.4.1 diejenigen Massnahmen zu würdigen, welche die Gesuchstellerin ergriffen hat, um die Situation zu verbessern.

## 2.4. Würdigung der Vorkehren der Gesuchstellerin

### 2.4.1. Verschiedene Bemühungen

Die Gesuchstellerin hat auf Grund der Bedürfnisse der Öffentlichkeit auf grundlegende, präzise und ausführliche Information über Auswirkungen der Mobiltelefonie auf den Menschen und die Umwelt eine Task Force EMF (Arbeitsgruppe «Elektromagnetische Felder») mit der Untergruppe «Dialog» geschaffen. Diese bezweckt, auf die Bevölkerung und die Behörden zuzugehen und mit ihnen nach Lösungen zu suchen. Sie strebt gemäss eigenen Angaben eine enge Zusammenarbeit mit den Behörden an und will die Bevölkerung umfassend informieren. Gemäss einer Aufstellung der Gesuchstellerin fanden in den Monaten Juli, August und September 1999 15 Informationsveranstaltungen statt oder waren zumindest geplant. Zudem wurde ein standardisiertes Antwortschreiben geschaffen, um besorgte Personen zu informieren. Ebenso kreierte sie einen Fragebogen, in dem Personen, die sich von nichtionisierender Strahlung betroffen fühlen, ihre gesundheitlichen Beschwerden beschreiben können. Die Gesuchstellerin erhebt diese Daten, um die Forschung auf dem Gebiet der elektromagnetischen Felder zu unterstützen. Im Weiteren hat sie zusammen mit der Schweizerischen Stiftung für Landschaftsschutz und -pflege Richtlinien für den Landschaftsschutz aufgestellt. Im Kanton W. wurden Standorte durch Ökoskop, ein Unternehmen zur Förderung der natürlichen Umwelt, evaluiert.

Zweifelsohne bemühte sich die Gesuchstellerin, den bestehenden Problemen mit verschiedenen Massnahmen zu begegnen und die getroffenen Vorkehren sind auch geeignet, die Situation zu verbessern. Da sich jedoch schon Ende 1998 eine Akzentuierung in nicht erwartetem Ausmass abzeichnete, ist es der Gesuchstellerin vorzuwerfen, dass sie erst Mitte 1999 geeignete Mittel wie Informationsveranstaltungen und eine Task Force einsetzte.

### 2.4.2. Standortzusammenlegung

Im Zusammenhang mit der Koordination von Antennenstandorten mit Y AG führt die Gesuchstellerin an, es bestehe eine mündliche Vereinbarung, wonach die Dauer für die Machbarkeitsanalyse sowie für die Beurteilung des Detailprojektes grundsätzlich den Zeitraum von je drei Wochen nicht übersteigen solle. Sie macht geltend, diese Zeitlimite würde häufig bei Weitem überschritten. In der Machbarkeitsanalyse werde die Realisierungsmöglichkeit eines Standortes für Site-Sharing beurteilt. Es werde in einer Grobbeurteilung geprüft, ob der Standort aus Gründen der Statik, der Ausbaureserven sowie der räumlichen Kapazitäten für eine Mitbenutzung geeignet sei. Die Detailprojektphase ermögliche dem Standortinhaber, die Projektwünsche des Mitbenutzers zu prüfen. Meistens sei nicht die Gesuchstellerin für die überlange Dauer dieser Verfahrensabschnitte verantwortlich, sondern ausserhalb ihres Einflussbereiches liegende Faktoren würden die jeweiligen Verfahren verzögern. (...)

Dass Y AG die vereinbarte Frist von je 3 Wochen für die Machbarkeitsanalyse und für die Prüfung des Detailprojektes häufig massiv überschreitet, liegt ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin. Jedoch handelt es sich bei den oben erwähnten und von der Gesuchstellerin dokumentierten Fällen um diejenigen Verfahren, die die grössten Verzögerungen erfahren haben und nicht als repräsentativ für diejenigen 111 Standorte bezeichnet werden können, die die Gesuchstellerin in ihrer Übersicht aufführt. In der Tat wird die mündlich vereinbarte Dauer von 3 Wochen häufig überschritten, jedoch meist nur um 2-4 Wochen. Die Gesuchstellerin selber liess häufig zwischen dem Erhalt der Machbarkeitsanalyse von Y AG und der Einreichung des eigenen Detailprojektes bei Y AG mehrere Monate verstreichen.

Weitere Verzögerungen können sich in Fällen ergeben, in denen ein Site-Sharing nach Beurteilung durch Y AG nicht machbar ist, und das Verfahren mit einem neuen Masten wiederholt werden muss. Zudem könnte auch noch X AG ein Mitbenutzungsgesuch stellen, so dass sich das Verfahren erneut verzögert.

Damit ist offensichtlich, dass ein Teil der langen Dauer zwischen Einreichung einer Anfrage um Mitbenutzung und dem Entscheid von Y AG nach Prüfung des Detailprojektes durch Y AG darauf zurückzuführen ist, dass diese die mündlich vereinbarten Fristen laut der Gesuchstellerin überschreitet. Jedoch beruht meistens ein wesentlicher Teil der Gesamtdauer auf derjenigen Periode, welche die Gesuchstellerin braucht, um das Detailprojekt auszuarbeiten und einzureichen. Zudem erwähnt die Gesuchstellerin einzig Bemühungen um Site-Sharing mit Y AG, nicht jedoch mit der dritten Konzessionärin. Mit Blick auf die unter Ziff. 2.3.2.4 erwähnten Konzessionsbestimmung (Ziff. 3.2.4) und um den aufgezeigten Schwierigkeiten wirksam entgegenzutreten zu können, wäre es aber angezeigt gewesen, mit allen drei Konzessionärinnen nach gemeinsamen Lösungen zu suchen. Da die entsprechenden Bemühungen aber nicht im angezeigten Umfang erfolgten, kann in diesem Bereich nur ein Teil der Verzögerungen auf Gründe ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin zurückgeführt werden.

## 2.5. Fazit betreffend Gesuch um Anpassung der Konzession

Die Gesuchstellerin erreichte die in der Konzession unter Ziff. 3.2.5 festgesetzten Versorgungsgrade zu den vorgegebenen Zeitpunkten Ende Mai und Ende November 1999 nicht.

Die Verzögerung bis zur vollständigen Erfüllung der Vorgaben beträgt per Ende Mai 1999 3 Monate und per Ende November 1999 noch einen Monat (vgl. Ziff. 1).

Die von der Gesuchstellerin erwähnten und belegten Gründe in den Bereichen Antennenstandorte, Behandlung der Gesuche durch Gemeindebehörden, Widerstand bei Gemeinden, Kantonen und Bevölkerung liegen zu einem Teil ausserhalb des Einflussbereiches der Gesuchstellerin, jedoch nicht ausschliesslich. Die Gesuchstellerin hätte durchaus die Möglichkeit gehabt und hat diese auch weiterhin, ihre Bestrebungen zu intensivieren, die eigenen Abläufe zu optimieren und dadurch zu verkürzen. Nachdem sich die Dauer der Verzögerungen anfänglich vergrössert hatte - Ende November 1998 2 Monate und Ende Mai 1999 drei Monate - vermochte sie die Gesuchstellerin erfreulicherweise per Ende November 1999 auf einen Monat zu reduzieren.

Die Gesuchstellerin hat sich zwar bemüht, die Situation zu verbessern, jedoch bestand, wie sie im Übrigen selber festhält, bereits im Januar 1999 massiver Widerstand gegen Mobilfunkantennenprojekte, die eingesetzte Task Force ist jedoch erst seit Juli 1999 operativ tätig. Auch wenn die Anstrengungen beachtenswert sind, muss doch festgehalten werden, dass entsprechende Schritte auf Grund der schon länger bestehenden problematischen Situation bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätten ergriffen werden können und müssen, zumal schon im Januar 1999 die Zeitungen überaus breit über die bestehenden Widerstände berichteten.

Anders als in der Verfügung vom 24. März 1999 festgestellt, liegen die Gründe für die Verzögerungen für die Ausbauphasen 2 und 3 zu einem entscheidenden Teil im Einflussbereich der Gesuchstellerin. Sie hätte die Möglichkeit gehabt, die Verzögerungen in einem geringeren Ausmass zu halten und eine raschere Reaktion auf die sich abzeichnenden oder bereits bestehenden Schwierigkeiten wäre angezeigt gewesen. Sie hat jedoch mit Verspätung auf die sich abzeichnenden Probleme reagiert und sich zu wenig dezidiert dagegen zur Wehr gesetzt.

Insgesamt haben zu einem grossen Teil das Verhalten und die mangelhafte Reaktion der Gesuchstellerin die Verzögerungen bewirkt. Die Konzession hält zudem unzweideutig fest, dass die Konzessionärin «jeden Versuch» unternommen haben muss, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Diese Formulierung ist eng auszulegen und so zu verstehen, dass jede Vorkehrung getroffen werden muss, um den Verpflichtungen nachkommen zu können. Schliesslich wurden die Ausbauphasen so festgelegt, wie es die Gesuchstellerin im Konzessionsvergabeverfahren selber vorgeschlagen hat. Zudem hat die Gesuchstellerin über einen Monat durch die mangelhafte Versorgung die Konzession verletzt, bevor sie ein Gesuch um Konzessionsänderung stellte. Auf Grund ihrer ungenügenden Bestrebungen, die Versorgungspflichten trotz der bestehenden Schwierigkeiten zu erfüllen, wird das Gesuch um Anpassung der Konzession abgewiesen.

## 2.6. Aufsichtsrechtliche Massnahmen

Art. 58 FMG regelt die Aufsicht im Fernmeldebereich. Gemäss Art. 58 Abs. 1 FMG wacht das BAKOM darüber, dass die Konzessionärinnen das internationale Fernmelderecht, dieses Gesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzession einhalten. Stellt das BAKOM eine Verletzung des anwendbaren Rechts fest, so kann es der ComCom die in Art. 58 Abs. 2 FMG aufgeführten Massnahmen beantragen. Darüber hinaus kann die ComCom die Konzession auf Antrag des Bundesamtes entziehen, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Abs. 3).

Die Aufsicht des BAKOM über die Konzessionärinnen ist ein Bestandteil des Vollzuges der Fernmeldegesetzgebung. Die Überwachung durch das BAKOM dient dazu, dem Fernmeldegesetz sowie den dazugehörigen Verordnungen und dem internationalen Fernmelderecht Nachachtung zu verschaffen und sie durchzusetzen. Im verwaltungsrechtlichen Aufsichtsverfahren gilt grundsätzlich die Offizialmaxime. Dies bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden von Amtes wegen darüber entscheiden, ob ein Verfahren eingeleitet oder beendet wird und was Gegenstand des Verfahrens ist (Häfelin Ulrich / Müller Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Nr. 1278).

Stellt das Bundesamt eine Verletzung des anwendbaren Rechts fest, so können folgende Massnahmen (Art. 58 Abs. 2 FMG) verfügt werden, wobei es sich dabei um eine abschliessende Aufzählung handelt:

- a. die Konzessionärin wird aufgefordert, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt; die Konzessionärin muss der Behörde mitteilen, was sie unternommen hat;
- b. die Konzessionärin wird verpflichtet, die Einnahmen, die sie bei der Rechtsverletzung erzielt hat, an den Bund abzuliefern;
- c. die Konzession wird durch Auflagen ergänzt;
- d. die Konzession wird eingeschränkt, suspendiert, widerrufen oder entzogen.

Unter den Begriff der Rechtsverletzung fallen unter anderem Tatbestände, die unmittelbar mit der Konzession oder den fernmelderechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang stehen (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405, 1448). Damit fällt die Nichterfüllung der Konzession unter den Begriff der Rechtsverletzung, so dass Art. 58 FMG vorliegend zur Anwendung gelangt.

Unbestrittenermassen hat die Gesuchstellerin die Konzession verletzt:

1. Indem sie vom 1. Juni 1999 bis zum 2. Juli 1999 die Versorgungspflicht der zweiten Ausbauphase nicht erfüllt hat, ohne ein Gesuch um Änderung der Konzession zu stellen;
2. Indem die Konzession auch bezüglich der dritten Ausbauphase verletzt wurde, da das Gesuch um Anpassung der Konzession aus den dargelegten Gründen abgewiesen wird.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob und allenfalls welche der nach Art. 58 Abs. 2 FMG zur Verfügung stehenden Massnahmen anzuordnen sind.

Auswahl und Ausgestaltung der Massnahmen haben dabei den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts zu folgen. Dabei ist namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (vgl. Botschaft zum FMG, a.a.O., 1448).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ein allgemeiner Grundsatz des eidgenössischen Verfassungsrechts und ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung. Er wird vom Bundesgericht teilweise aus dem Gleichbehandlungsgebot abgeleitet (Häfelin/Müller; a.a.O., S. 119 f., Nr. 489 mit Hinweisen). Aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit folgt, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sein müssen. Der angestrebte Zustand muss ausserdem in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (BGE 117 Ia 472, 483).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung also drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. dazu insbesondere Häfelin/Müller; a.a.O., S. 120 ff., Nr. 492 ff. und René A. Rhinow / Beat Krähenmann; Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, S. 337 ff., Nr. 58 und Ergänzungsband S. 178 ff., Nr. 58 mit Hinweisen).

**Geeignetheit:** Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Zu prüfen ist die Zwecktauglichkeit bzw. die Erfolgsaussicht der ins Auge gefassten Massnahme. Ungeeignet ist eine Massnahme insbesondere dann, wenn sie die Erreichung des angestrebten Zustandes sogar erschwert oder verhindert.

**Erforderlichkeit:** Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Sie darf damit einerseits nicht übermässig sein, indem sie zu stark in die Rechte der Betroffenen eingreift. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Andererseits darf die Massnahme aber auch nicht zu schwach und damit

hinsichtlich des Ziels wirkungslos sein. Mit anderen Worten: «Es ist das mildeste der wirksamen Mittel zu wählen» (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., S. 181). Von einer normierten Regel muss daher aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips abgewichen werden können, «wenn sich ihre Anwendung im Einzelfall infolge einer Ausnahmesituation als ungerechtfertigt hart erweisen würde» (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1988 S. 230).

Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Drittens ist eine Verwaltungsmassnahme nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt (VPB 42.29). Diese Rechtfertigung ist durch eine Interessenabwägung festzustellen. Der staatliche Eingriff ist nur dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse jenes des Privaten überwiegt. «Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben» (Häfelin/Müller, a.a.O., S. 123 Nr. 516).

Einerseits hat sich die Gesuchstellerin - wenn auch nicht im angezeigten Ausmass - bemüht, die Konzessionsvorgaben zu erfüllen und andererseits hat sich die Verzögerung per Ende November 1999 verringert. Ende 1999 wurden denn auch die per Ende November 1999 vorausgesetzten Werte erreicht, so dass im heutigen Zeitpunkt auch den Vorgaben für die dritte Ausbauphase entsprochen wird.

Auch wenn die Gesuchstellerin nicht jeden Versuch unternommen hat, um den konzessionsmässigen Verpflichtungen nachzukommen, so ist es doch in ihrem eigenen Interesse, möglichst schnell eine möglichst grosse Abdeckung zu erreichen, um einerseits viele Kunden zu gewinnen und andererseits die Geschäftstätigkeit auszuweiten. Durch die Verzögerungen bei der Abdeckung hat sie in erster Linie selber Nachteile zu gewärtigen und es ist fraglich, ob zusätzliche Druckmittel eine Beschleunigung des Ausbaus bewirken würden.

Wie erwähnt ist die Gesuchstellerin im eigenen Interesse darum bemüht, eine möglichst umfassende Versorgung zu erreichen, so dass Aufsichtsmaßnahmen nur wenig zu einer Verbesserung der Situation beitragen würden, und Aufsichtsmaßnahmen somit weder erforderlich noch geeignet scheinen, um eine Verbesserung der Situation zu bewirken. Da damit bereits zwei der drei Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann offen bleiben, wie es sich mit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, der Abwägung der privaten Interessen der Gesuchstellerin gegenüber dem öffentlichen Interesse, verhält. Aufsichtsmaßnahmen werden deshalb keine verfügt.

Eine strengere Informationspflicht, als diejenige, die bereits in Anhang 3 der Konzession statuiert ist, drängt sich nicht auf, da einzig die vierte und letzte Ausbauphase offen ist. Die entsprechenden Abdeckungswerte müssen erst Ende 2002 erfüllt sein, so dass es unverhältnismässig aber auch unzweckmässig wäre, Informationen in kürzeren Abständen als sie schon die Konzession enthält (halbjährlich) festzusetzen.

Nachdem bereits bei drei der vier in der Konzession festgelegten Ausbauphasen mehrmonatige Verzögerungen eingetreten sind, drängt es sich auf, die Gesuchstellerin ausdrücklich aufzufordern, künftig alle Vorgaben der Konzession oder allfälliger Änderungen derselben zu erfüllen und adäquate Massnahmen zu treffen, damit die Versorgungsgrade erfüllt werden können.

Dokumente der ComCom