

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-7362/2007
{T 1/2}

Urteil vom 2. Juli 2008

Besetzung

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

Parteien

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

gegen

Eidgenössische Kommunikationskommission Com-Com, Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Frequenzzuteilung.

Sachverhalt:**A.**

Die Eidgenössische Kommunikationskommission (nachfolgend Com-Com) hat drei nationale GSM-Mobilfunkkonzessionen vergeben. Diese berechtigen die Konzessionärinnen Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend Swisscom), Orange Communications SA (nachfolgend Orange) und Sunrise Communications AG (nachfolgend Sunrise) zur Nutzung von Frequenzen in den Frequenzbändern 900 Mhz und 1800 Mhz. Gleichzeitig werden den Konzessionärinnen Versorgungspflichten auferlegt. Die Konzessionen waren bis am 31. Mai 2008 befristet. Im Hinblick auf ihren Ablauf sind bei der ComCom Verfahren auf Erneuerung dieser Konzessionen hängig. Für die Dauer des Verfahrens wurden die Konzessionen provisorisch verlängert.

B.

Die Tele2 Telecommunications Service AG (nachfolgend Tele2) ist ihrerseits seit dem 25. Februar 2004 Inhaberin einer regionalen GSM-Mobilfunkkonzession mit Rechten zur Nutzung des 1800 MHz-Frequenzbandes und reduzierten regionalen Versorgungspflichten. Die Konzession ist bis am 31. Dezember 2013 befristet.

C.

In einem Grundsatzbeschluss vom 28. Februar 2007 hat die ComCom nach vorhergehender Anhörung der interessierten Kreise entschieden, die nationalen Konzessionen nicht öffentlich auszuschreiben, sondern die bestehenden Konzessionen zu erneuern. Gleichzeitig beschloss die ComCom, die Frequenzen teilweise zwischen den Konzessionärinnen neu zu verteilen und den Betrieb von UMTS-Systemen im zugeordneten GSM-Spektrum zuzulassen. Dieser Beschluss wurde den Konzessionärinnen, nicht aber Tele2 mitgeteilt.

D.

Mit Schreiben vom 2. März 2007 ersuchte Tele2 das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), ihr aus dem 1800 MHz Frequenzbereich zusätzlich 30 Frequenzen und Vorzugsfrequenzen in einem Block zusammenliegend zuzuteilen, sowie aus dem 900 MHz Frequenzbereich zusammenhängend 30 Kanäle zuzuweisen. Zusätzlich seien alle Konzessionärinnen zu verpflichten, allen anderen Konzessionärinnen ein nationales Roaming zu kostenorientierten Preisen anzubieten.

E.

Die ComCom gab mit Medienmitteilung vom 22. März 2007 ihre Absicht, die bestehenden Konzessionen zu erneuern, bekannt. Am 2. April 2007 gelangte Tele2 an die ComCom. Sie bestätigte ihre Anträge aus dem Schreiben an das BAKOM vom 2. März 2007 und beantragte sinngemäss weiter, sie sei im Verfahren um die Erneuerung der Konzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise als Partei beizuziehen.

F.

Am 24. Juli 2007 beantragte Tele2 die Sistierung des Verfahrens betreffend ihr Gesuch um Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen und Einführung des nationalen Roamings. Ferner beantragt sie, ihr sei in den Konzessionserneuerungsverfahren von Swisscom, Orange und Sunrise Parteistellung einzuräumen, diese Konzessionserneuerungsverfahren seien aufzuheben und es sei eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

G.

Der Präsident der ComCom stellte zusammen mit einem weiteren Mitglied der Kommission mit Zwischenverfügungen vom 26. September 2007 fest, dass Tele2 im Verfahren betreffend Erneuerung der nationalen GSM-Funkkonzessionen keine Parteistellung zukomme und wies die Gesuche von Tele2 um Akteneinsicht ab. Auf Beschwerde von Tele2 hin hob das Bundesverwaltungsgericht die Zwischenverfügungen mit Entscheiden vom 27. Mai 2008 auf und erkannte Tele2 in den Konzessionserneuerungsverfahren Parteistellung zu.

H.

Am 27. September 2007 wies die ComCom die Gesuche um Sistierung des Verfahrens und um Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen sowie um Einführung des nationalen Roamings ab. Zudem trat die ComCom im Rahmen dieses Verfahrens auf die Anträge um Einräumung der Parteistellung und um Akteneinsicht sowie um Durchführung einer Bedürfnisabklärung und einer öffentlichen Ausschreibung nicht ein.

Zur Begründung führt die ComCom aus, das Gesuch um Einräumung der Parteistellung sei im Rahmen der Konzessionserneuerungsverfahren von Swisscom, Sunrise und Orange mit Zwischenverfügung vom 26. September 2007 abgewiesen worden. Im vorliegenden Verfahren sei darauf nicht einzutreten.

Auf den Antrag, die Konzessionserneuerungsverfahren von Swisscom, Orange und Sunrise aufzuheben, eine Bedürfnisabklärung und eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, sei ebenfalls nicht einzutreten, da diese Verfahren nicht Bestandteil des vorliegenden Verfahrens betreffend Änderung der Konzession von Tele2 bildeten. Tele2 sei nicht Partei der Konzessionserneuerungsverfahrens, deshalb könne auf den Antrag nicht eingetreten werden.

Ein Sistierungsgrund bestehe nicht, da auf das Gesuch um Aufhebung der Konzessionserneuerungsverfahren und öffentliche Ausschreibung nicht einzutreten sei. Das Begehren um Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen sei abzuweisen, da ein Anspruch auf Änderung der Konzession von Tele2 weder aus dem Fernmelderecht noch aus den allgemeinen Grundsätzen zur Änderung von Verfügungen abgeleitet werden könne. Für eine Zuteilung von Frequenzen an Tele2 stünden zu wenig Frequenzen zur Verfügung. Da die bisherigen Konzessionärinnen das Rückgrat der Funkversorgung bildeten, liege eine Umverteilung von Frequenzen auch nicht im öffentlichen Interesse. Schliesslich fehle für das Anbieten von nationalem Roaming zu kostendeckenden Preisen eine gesetzliche Grundlage.

I.

Gegen diese Verfügung erhebt Tele2 (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 29. Oktober 2007 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie führt aus, sie fechte die Zwischenverfügung, in der ihr die Parteistellung in den Konzessionserneuerungsverfahren verweigert werde, ebenfalls an. Es sei ihr in diesen Verfahren Parteistellung einzuräumen und auf den Antrag auf öffentliche Ausschreibung einzutreten. Das Verfahren betreffend ihre eigene Konzession hänge wesentlich vom Ausgang der Konzessionserneuerungsverfahren ab und sei deshalb zu sistieren.

Ein Gesuch um Zuteilung von Frequenzen müsse auch für sie als Inhaberin einer bestehenden Konzession zulässig sein, da sie ansonsten schlechter gestellt würde als Dritte, die noch keine Konzession besitzten. Es bestehe kein Grund, die bisherigen Konzessionärinnen zu bevorzugen und ihr die Zuteilung von Frequenzen zu verweigern.

Da die Frequenzen neu verteilt und mehr Frequenzen nachgefragt würden als vorhanden seien, müsse ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden. Die Umverteilung der Frequenzen und die tech-

nologieneutrale Ausgestaltung der Konzession würde die Konkurrentinnen bevorteilen und so den Wettbewerb verzerren.

Schliesslich bedürfe eine Verpflichtung der Konzessionärinnen zum gegenseitigen Roaming als Nebenbestimmung der Konzessionen keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

J.

Mit Vernehmlassung vom 14. Dezember 2007 beantragt die ComCom (nachfolgend Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Da der Beschwerdeführerin in den Konzessionserneuerungsverfahren keine Parteistellung zukomme, sei auf ihren Antrag auf öffentliche Ausschreibung der Konzessionen nicht einzutreten. Der Sistierungsantrag im vorinstanzlichen Verfahren sei deshalb auch zu Recht abgewiesen worden, da die Konzessionserneuerungsverfahren keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren hätten.

Das Gesuch um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen könne nur im Lichte der bestehenden Konzession adäquat beurteilt werden und sei deshalb als Gesuch um Konzessionsänderung zu behandeln. Es sei daher nur nach den Regeln der Fernmeldegesetzgebung betreffend Konzessionsänderungen bzw. den allgemeinen Regeln zur Wiedererwägung darauf einzutreten.

K.

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 31. Januar 2008 an ihren Anträgen fest. In prozessualer Hinsicht beantragt sie die Vereinigung des Verfahrens mit den Beschwerdeverfahren betreffend die Parteistellung in den Konzessionserneuerungsverfahren. Zum Verfahrensantrag führt sie aus, es bestehe ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Konzessionserneuerungsverfahren und dem vorliegenden Verfahren.

Die Vorinstanz setze sich nicht mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinander. Durch eine Zuteilung von Frequenzen an die Beschwerdeführerin werde die Versorgungssicherheit nicht gefährdet, da die Beschwerdeführerin ebenfalls zur Versorgungssicherheit beitragen würde. Die Argumentation der Vorinstanz führe zu einer Marktabstottung zuungunsten der Beschwerdeführerin.

L.

Mit Duplik vom 20. Februar 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und des Antrags auf Vereinigung der Verfahren. Im vorliegenden Verfahren gehe es vorwiegend um materiellrechtliche Fragen, während in den Konzessionserneuerungsverfahren prozessrechtliche Punkte zu klären seien. Ein enger sachlicher Zusammenhang bestehe nicht.

In der Hauptsache führt sie aus, die von der Beschwerdeführerin beantragten Frequenzen stünden für eine Neuverteilung nicht zur Verfügung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

2.

Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen auf Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen und zur Verpflichtung aller Konzessionärinnen, gegenseitig ein Roaming zu kostenorientierten Preisen anzubieten, im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist damit durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

3.

Zunächst ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens zu bestimmen. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung das Gesuch um Sistierung des Verfahrens abgewiesen. Ferner wies die Vorinstanz die Gesuche der Beschwerdeführerin um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen und um Verpflichtung sämtlicher Konzessionärinnen zum nationalen Roaming ab. Schliesslich trat sie auf den Antrag auf

Einräumung der Parteistellung im Verfahren der Erneuerung der drei nationalen GSM-Konzessionen und um Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung nicht ein.

Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Sistierung ihres Konzessionsänderungsverfahrens und die Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens. Eventualiter beantragt sie die Zuteilung von zusätzlichen Frequenzen und die Verpflichtung aller Konzessionärinnen zur gegenseitigen Gewährung des nationalen Roamings. Streitgegenstand ist somit einerseits die Nichteintretensverfügung der Vorinstanz betreffend die Parteistellung im Konzessionsverlängerungsverfahren von Swisscom, Orange und Sunrise und andererseits die Abweisung der Anträge der Beschwerdeführerin im sie selbst betreffenden Konzessionsänderungsverfahren.

4.

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, das Konzessionserneuerungsverfahren aufzuheben, eine Bedürfnisabklärung vorzunehmen und das Ausschreibungsverfahren einzuleiten. Über die Erneuerung der auslaufenden nationalen Konzessionen bzw. über die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens ist in den Verfahren betreffend Erneuerung der Konzessionen zu befinden. Der Beschwerdeführerin wurde mit den Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts A-7311/2007, A-7312/2007 und A-7313/2007 vom 27. Mai 2008 in diesen Verfahren Parteistellung eingeräumt, so dass sie Gelegenheit haben wird, ihre diesbezüglichen Anträge einzubringen. Die Fragen der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens und der Konzessionserneuerungen bildeten aber nicht Gegenstand des zum Erlass der angefochtenen Verfügung führenden Verfahrens. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht auf die Anträge auf Einräumung der Parteistellung nicht eingetreten. Soweit sich die Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung der Vorinstanz richtet, ist sie abzuweisen.

Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz die Anträge der Beschwerdeführung auf Zuteilung zusätzlicher Frequenzen (E. 5 - 7), Auferlegung einer Roamingverpflichtung (E. 8) und Sistierung des Verfahrens betreffend Frequenzzuteilung (E. 9) zu Recht abgewiesen hat.

5.

Zwar hat sich die Vorinstanz materiell zu den Anträgen der Beschwer-

deführerin geäussert, obwohl sie eine Pflicht zum Eintreten auf das Gesuch um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen verneint hat. Sie führt aber vorab aus, eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen bedeute eine Konzessionsänderung, die einen Änderungsgrund im Sinne von Art. 24e des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) erfordere. Ein solcher sei nicht gegeben. Auch aufgrund der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für eine Wiedererwägung sei sie nicht verpflichtet, auf die Begehren der Beschwerdeführerin einzutreten.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie würde diskriminiert, wenn eine Frequenzzuteilung nur unter den Voraussetzungen von Art. 24e FMG zugelassen würde. Diese Bestimmung betreffe nur die Fälle, in denen die Behörde im öffentlichen Interesse selbst tätig werde, nicht aber die vorliegende Situation, in der freigewordene Frequenzen auf Wunsch der Konzessionärin neu zuzuteilen seien.

5.2 Gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG benötigt, wer das Funkfrequenzspektrum nutzen will, eine Funkkonzession. Für die Erteilung einer Konzession wird gemäss Art. 24 FMG in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt. Gemäss Art. 24e Abs. 1 FMG kann die Konzessionsbehörde eine Konzession veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn dies zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.

5.3 Zunächst gilt es zu klären, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen tatsächlich eine Konzessionsänderung bedingt. Massgeblich ist dabei, ob für die neu zuzuteilenden Frequenzen eine neue Konzession erteilt wird, oder ob die Bestimmung der zusätzlichen Frequenzen lediglich eine neue Umschreibung des Konzessionsinhaltes und damit eine Konzessionsänderung darstellt. Eine ausdrückliche Regelung zu dieser Frage ist weder dem FMG noch der Verordnung vom 9. März 2007 über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV, SR 784.102.1) zu entnehmen. Zwar bestimmt Art. 17 Abs. 1 FKV, dass die Konzessionsbehörde die kennzeichnenden technischen und betrieblichen Merkmale der Funkanlagen, insbesondere Frequenz, belegte Bandbreite, Leistung, Standort und Sendezeit, in einem funktechnischen Netzbescrieb festlegt. Die Bestimmung äussert sich aber nicht dazu, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen als Änderung der Konzession zu werten ist.

Angesichts der mit einer allfälligen Nutzung zusätzlicher Frequenzen verbundenen Möglichkeiten, Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin bilden die bisher von dieser genutzten und zusätzlich zugeteilte Frequenzen ein Gesamtpaket. Weiter sind mit der Nutzung von Frequenzen auch Pflichten verbunden, so namentlich Versorgungspflichten. Es erscheint deshalb sinnvoll, solche Versorgungspflichten in Hinblick auf das ganze von der Beschwerdeführerin genutzte Frequenzspektrum festzulegen. Die Frequenzen würden denn auch für den Aufbau eines einheitlichen Netzes genutzt. Die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen bedeutet damit eine Änderung der Konzession.

5.4 Es ist deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Konzessionsänderung gegeben sind. Ziffer 2.3.3 der Konzession der Beschwerdeführerin sieht vor, dass die Konzessionsbehörde einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen anpassen kann. Diese Bestimmung ist, wie auch Art. 24e FMG, in erster Linie auf Fälle zugeschnitten, bei denen die Behörde von sich aus tätig wird und eine Konzessionsänderung anstrebt. Bei solchen Änderungen werden unter Umständen erhebliche Investitionen der Konzessionärin tangiert. Es rechtfertigt sich deshalb, eine Konzessionsänderung gegen den Willen der Konzessionärin nur zuzulassen, wenn dies durch wichtige öffentliche Interessen geboten ist. Fraglich ist aber, ob es angezeigt ist, eine Konzessionsänderung auf Begehren der oder im Einvernehmen mit der Konzessionärin ebenfalls nur unter den selben einschränkenden Voraussetzungen zuzulassen, oder ob eine solche auch unter den weniger strengen allgemeinen Voraussetzungen für eine Änderung von Verfügungen zulässig sein soll. Dies ist durch Auslegung von Art. 24e FMG zu ermitteln.

5.4.1 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (BGE 125 III 57 E. 2b, BGE 120 II 112 E. 3a). Ist eine Bestimmung trotz ihres scheinbar klaren Wortlauts unklar, so ist nach dem wahren Sinn und Zweck der Norm zu suchen. Dieser ergibt sich in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte und dem Willen des Gesetzgebers. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten angewandte

und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Massgebend ist damit der Rechtssinn des Rechtssatzes (BGE 122 V 362 E. 4a; vgl. zur Auslegung allgemein: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 214 ff., mit weiteren Hinweisen; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern 2005, S. 47 ff.).

Bei der Auslegung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegung zur Anwendung. Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu. Vielmehr befolgt das Bundesgericht einen "pragmatischen Methodenpluralismus". Die teleologische Auslegungsmethode steht gemäss bundesgerichtlicher Praxis jedoch im Vordergrund (BGE 128 I 34 E. 3b, BGE 125 II 206 E. 4a, BGE 124 III 266 E. 4, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 214 ff., HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, S. 157 ff.).

5.4.2 Art. 24e FMG bestimmt, dass die Konzessionsbehörde die Konzession nur unter einschränkenden Voraussetzungen ändern darf. Sie äussert sich jedoch nicht zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Konzessionärin eine Konzessionsänderung beantragen kann. Sie schliesst damit nicht aus, eine Änderung zugunsten der Konzessionärin unter weniger einschränkenden Bedingungen zuzulassen. Es ist – jedenfalls in Bezug auf Änderungen zugunsten der Konzessionärin – nicht von einer klaren und eindeutigen Beschränkung auf die in Art. 24e Abs. 1 FMG aufgeführten Änderungsgründe auszugehen und die Bestimmung ist nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Norm auszulegen.

Die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 führt zum inhaltlich entsprechenden Art. 9 des Revisionsentwurfs FMG aus (BBl 1996 III 1427), Änderungen der Konzession stellten einen Eingriff in das bestehende Rechtsverhältnis dar und würden deshalb einschränkenden Bedingungen unterliegen. Die Ausführungen in der Botschaft beziehen sich mithin auf den Fall der Änderung zulasten der Konzessionärin. Ebenso geben Sinn und Zweck der Norm keinen Anlass, die einschränkenden Anforderungen auch auf den Fall einer

von der Konzessionärin beantragten Konzessionsänderung anzuwenden. Wie Art. 24e Abs. 2 FMG unterstreicht, dient die Bestimmung dem Schutz des Vertrauens der Konzessionärinnen in den Bestand der Konzession bzw. dem Schutz der von diesen getätigten Investitionen.

Sowohl eine historische als auch eine teleologische Auslegung zeigen, dass die Bestimmung die Möglichkeiten zur Änderung der Konzession auf Betreiben der Behörde regeln, nicht aber die Änderungen auf Begehren der Konzessionärin hin einschränken soll. Es rechtfertigt sich deshalb, eine Änderung der Konzession auf Begehren der Konzessionärin zuzulassen, wenn die Anforderungen, die im Allgemeinen bei einer Wiedererwägung von Verfügungen gestellt werden, erfüllt sind (ebenso RENÉ RHINOW / ANNETTE MEYER LÓPEZ, Ein gemeinsames Funknetz für UMTS in der Schweiz, Jusletter vom 15. April 2002, Rz. 60 ff., insb. 62).

5.4.3 Ein Wiedererwägungsgesuch ist von der Behörde zu prüfen, wenn der Gesuchsteller anerkannte Rückkommensgründe darlegen kann (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 48). Bei Dauerverfügungen wie einer Mobilfunkkonzession gelten etwa nachträgliche Änderungen des Sachverhaltes als Rückkommensgrund (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 31 Rz. 44). Im vorliegenden Fall haben sich die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung in einem wesentlichen Punkt verändert: Bei der Erteilung der Konzession der Beschwerdeführerin waren lediglich die der Beschwerdeführerin zugeteilten Frequenzen verfügbar. Nach dem Ablauf der Konzessionen der übrigen drei Konzessionärinnen bestehen – solange keine neuen Konzessionen vergeben sind – dagegen weitere freie Frequenzen.

5.4.4 Die Vorinstanz macht nun aber geltend, eine solche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse könne als Rückkommensgrund nur herangezogen werden, wenn sie im Zeitpunkt der Konzessionserteilung noch nicht voraussehbar gewesen sei. Es ist unbestritten, dass das Auslaufen der Konzessionen von Swisscom, Orange und Sunrise im Zeitpunkt der Erteilung der Konzession der Beschwerdeführerin bereits voraussehbar war.

5.4.5 Eine Beschränkung der Wiedererwägungsgründe auf Änderungen des Sachverhaltes, die im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nicht voraussehbar waren, findet sich in Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O.,

Rz. 1833, TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 31 Rz. 44 ff.). Es ist aber denkbar, dass die Anpassung an voraussehbare Veränderungen unzulässig erscheint, da sie in der Konzession selbst ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wurde.

Ein ausdrücklicher Ausschluss der Anpassung der Konzession an voraussehbare Änderungen ist nicht ersichtlich. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine Zuteilung zusätzlicher Frequenzen nach Ablauf der übrigen Konzessionen in der Konzession der Beschwerdeführerin stillschweigend wegbedungen wurde. Ob in der Konzession ein solcher Vorbehalt enthalten ist, muss durch Auslegung bestimmt werden. Obwohl die Rechtsnatur der Konzession umstritten ist, ist bei der Auslegung ihrem vertragsähnlichen Charakter Rechnung zu tragen (BGE 126 II 171 E. 4c/bb, Entscheid der Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM] F-2004-146 vom 21. März 2005 E.7.2 mit Hinweisen). Die Bedeutung der Konzessionsbestimmungen bestimmt sich daher in erster Linie danach, wie sie von den Beteiligten im konkreten Fall tatsächlich verstanden wurden (wirklicher Parteiwille) und in zweiter Linie danach, wie sie nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 126 II 171 E. 3 und 4).

Der tatsächliche Parteiwille im Zeitpunkt der Konzessionserteilung kann nicht mehr ermittelt werden. Es gilt demnach festzustellen, wie die Parteien die Bestimmungen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durften. Bei der Erteilung der Konzession an die Beschwerdeführerin war wohl absehbar, dass die Konzessionen ihrer Konkurrentinnen im Jahr 2008 auslaufen würden und über die Zuteilung der betroffenen Frequenzen in diesem Zeitpunkt neu zu befinden sein würde. Aufgrund der vielfältigen technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen im Mobilfunksektor konnte aber die Zahl der Interessentinnen für neue Konzessionen sowie deren technische und wirtschaftliche Ausgestaltung im damaligen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden. Vor diesem Hintergrund mussten die Parteien nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass die Anpassung der Konzession bereits bei deren Erteilung ausgeschlossen werden sollte. Zudem ist festzuhalten, dass die vorliegend beantragte Änderung der Konzession im Interesse der Konzessionärin liegen würde. Es sprechen damit weder Gründe der Rechtssicherheit noch solche des Vertrauensschutzes dagegen, die Änderung der Konzession zuzulassen.

5.5 Der Ablauf der Konzessionen der drei Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin stellt damit einen Wiedererwägungsgrund dar. Auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen ist daher einzutreten. Von der Frage des Vorliegens eines Wiedererwägungsgrundes ist indessen die Frage zu unterscheiden, ob ein Anspruch auf Anpassung der Konzession besteht.

6.

Die Vorinstanz hat die Verweigerung der Zuteilung zusätzlicher Frequenzen damit begründet, dass keine freien Frequenzen verfügbar seien. Ob indessen freie Frequenzen verfügbar sind, kann erst beurteilt werden, sobald rechtskräftig über die Erneuerung oder Ausschreibung der auslaufenden nationalen Konzessionen entschieden ist. Die entsprechenden Verfahren sind indessen noch nicht rechtskräftig abgeschlossen (vgl. Entscheide A-3711/2007, A-7312/2007 und A-7313/2007 des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27. Mai 2008). Die Verweigerung der Zuteilung zusätzlicher Frequenzen kann damit nicht mit einem Mangel an verfügbaren Frequenzen begründet werden.

7.

Die Vorinstanz führt ferner aus, eine Umteilung von Frequenzen an die Beschwerdeführerin würde erhebliche Risiken für die Versorgungssicherheit mit sich bringen und liege damit nicht im öffentlichen Interesse.

7.1 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz beabsichtige, bei der Erneuerung der nationalen Konzessionen Frequenzen zwischen den Konzessionärinnen abzutauschen. Dies zeige, dass eine Umverteilung von Frequenzen möglich sei, ohne die Versorgungssicherheit zu gefährden. Zudem könne die Versorgungssicherheit durch die Mitbenutzung oder Übernahme von Infrastruktur gewährleistet werden.

7.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführerin mit Entscheiden A-7311/2007, A-7312/2007 und A-7313/2007 vom 27. Mai 2008 in den Konzessionserneuerungsverfahren Parteistellung zuerkannt. Sollte die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren mit ihren Anträgen auf öffentliche Ausschreibung der Mobilfunkkonzessionen durchdringen, wäre die Versorgungssicherheit im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens zu prüfen und sicherzustellen. Solange weder über die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung noch über die

allfällige Ausgestaltung der Ausschreibungsbedingungen rechtskräftig entschieden ist, kann der Beschwerdeführerin nicht entgegengehalten werden, eine Zuteilung von Frequenzen würde die Versorgungssicherheit gefährden.

7.3 Soweit sich die Beschwerde gegen die grundsätzliche Abweisung des Gesuches um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen richtet, erweist sie sich als begründet. Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf Prüfung ihres Gesuches. Ob das Gesuch aber gutzuheissen ist, hängt vom Ausgang der Konzessionserneuerungsverfahren und der Beurteilung der dort gestellten Anträge ab und kann im heutigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8.

Die Vorinstanz hat ferner das Gesuch der Beschwerdeführerin um Einführung des nationalen Roamings abgewiesen. Sie führt aus, für eine entsprechende Verpflichtung der übrigen Konzessionärinnen fehle eine gesetzliche Grundlage. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung in diesem Punkt und die Gutheissung ihres Gesuchs. Sie bringt dazu vor, eine Roamingverpflichtung sei lediglich eine Nebenverpflichtung in den Konzessionen und bedürfe als solche keiner gesetzlichen Grundlage, sie müsse lediglich dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen und verhältnismässig sein.

Im Gegensatz zur vertraglichen Vereinbarung (vgl. RHINOW/LOPEZ, a.a.O., Rz. 84) stellt die Verpflichtung, Konkurrentinnen die Benutzung der Infrastruktur zu gestatten, mithin das Roaming zu ermöglichen, einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) einer Mobilfunkunternehmung dar. Als solcher bedarf er einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Auch die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass eine solche bestehe. Angesichts des mit einer Roamingverpflichtung verbundenen Eingriffs in die Vertragsfreiheit der Konzessionärinnen und der möglichen erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen kann auch nicht von einer Nebenbestimmung der Konzession von untergeordneter Natur ausgegangen werden. Es kann damit offen bleiben, ob – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – vom Erfordernis einer gesetzlichen Grund-

lage abgewichen werden könnte, wenn lediglich eine Nebenbestimmung von untergeordneter Bedeutung zu beurteilen wäre. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen. Ob eine entsprechende Verpflichtung in einer Nebenbestimmung als (vertraglicher) Bestandteil einer Konzession vorgesehen werden könnte, ist dagegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

9.

Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin, das Verfahren vor der Vorinstanz betreffend die Verlängerung ihrer Konzession sei zu sistieren, bis in den Verfahren betreffend die Erneuerung der nationalen Konzessionen über ihre Anträge befunden worden sei.

9.1 Eine Behörde kann auf Antrag oder von Amtes wegen ein bei ihr hängiges Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren, dies namentlich dann, wenn sich unter den gegebenen Umständen ein sofortiger Entscheid über die Beschwerde mit Blick auf die Prozessökonomie nicht rechtfertigt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Entscheid massgeblich vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängt (BGE 123 II 1 E. 2b mit Hinweis, Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. August 2008 A-4379/2007 E. 4.2). Der Verwaltungsbehörde kommt aber ein erheblicher Beurteilungsspielraum beim Entscheid über eine Sistierung zu (BGE 119 II 386 E. 1b mit Hinweisen).

9.2 Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren ist offensichtlich. Es ist zu vermeiden, dass in den beiden Verfahren widersprüchliche Entscheide gefällt werden. Die Voraussetzungen für eine Sistierung sind an sich gegeben. Der Vorinstanz kommt indessen beim Entscheid über eine Sistierung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Ob sie eine Verfahrenskoordination mittels Sistierung des einen Verfahrens, durch Vereinigung der verschiedenen Verfahren oder auf andere Weise sicher stellt, liegt deshalb in der Entscheidungskompetenz der Vorinstanz. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

10.

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Hauptantrag auf Aufhebung der ange-

fochtenen Verfügung durchgedrungen. Soweit die Beschwerdeführerin die Sistierung des Verfahrens, die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung sowie die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen verlangte, ist sie dagegen unterlegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz als teilweise unterliegend. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden Bundesbehörden keine Kosten auferlegt. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.- sind zur Hälfte der teilweise unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

11.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Gemäss Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Dies ist vorliegend der Fall, weshalb der obsiegenden Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung wird, soweit darin das Gesuch um Zuteilung zusätzlicher Frequenzen abgewiesen wird, aufgehoben und die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Soweit weiter gehend wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten werden zur Hälfte, d.h. in der Höhe von Fr. 750.-, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 750.- wird

der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf07-09-27_018 / AZ 221.2; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant

Simon Müller

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: