

Kein Anspruch auf richterliche Überprüfung einer Mobilfunk-Konzessionierung

Bundesgerichtsentscheid vom 7. Mai 1999 (2A.326/1998 et al.; BGE 125 ...)

Auf Erteilung einer Mobilfunkkonzession besteht kein Rechtsanspruch. Hat es nicht genügend Frequenzen für alle Bewerber um eine diese begehrten Konzessionen, kann das Bundesgericht die Konzessionierung durch die Kommunikationskommission nicht überprüfen.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 17. April 1998 erteilte die Kommunikationskommission der diAx mobile die sog. «erste neue Konzession» für ein landesweites Mobilfunknetz und wies die entsprechenden Gesuche der anderen Bewerberinnen, namentlich der Sunrise Communications AG und der Orange Communications SA, ab. Die sog. «zweite neue Konzession» ging an die Orange Communications SA unter Abweisung der entsprechenden Gesuche der anderen Bewerberinnen, namentlich der diAx mobile und der Sunrise Communications AG.

In der Folge stellten einzelne Bewerberinnen, insbesondere die Sunrise Communications AG und die Orange Communications SA, während der von der Kommunikationskommission angegebenen Rechtsmittelfrist verschiedene Gesuche um Akteneinsicht, namentlich in den Evaluationsbericht des Bundesamtes und in gewisse von ihren Konkurrentinnen eingereichte Unterlagen. Mit Verfügungen vom 10. bzw. 17. Juni 1998 hiess die Kommunikationskommission die entsprechenden Gesuche der Sunrise Communications AG und der Orange Communications SA lediglich teilweise gut und wies sie im Übrigen ab.

In diversen Verwaltungsgerichtsbeschwerden beantragten die Beteiligten u. a. Akteneinsicht, namentlich in den Evaluationsbericht des Bundesamtes und die Unterlagen der Konkurrentinnen, und wandten sich im Wesentlichen gegen gegen die Erteilung der ersten Konzession an diAx mobile sowie der zweiten Konzession an die Orange Communications SA

Das Bundesgericht tritt auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1.- a) – d) Zur Zusammenlegung der verschiedenen Verfahren (...)

2.- Gemäss Art. 57 Abs. 1 FMG trifft die Kommunikationskommission die Entscheide und die Verfügungen, die nach dem Fernmeldegesetz und den Ausführungsbestimmungen in ihrer Kompetenz liegen. Sie kann das Bundesamt beim Vollzug des Fernmelderechtes beziehen und ihm Weisungen erteilen (Art. 57 Abs. 2 FMG). Die Kommunikationskommission unterliegt in ihren Entscheiden keinen Weisungen von Bundesrat und Departement und ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 56 Abs. 2 FMG). Die Kommunikationskommission ist namentlich Konzessionsbehörde für die Fernmeldedienste (Art. 5 Abs. 1 FMG), wobei sie einzel-

ne Aufgaben dem Bundesamt übertragen kann (Art. 5 Abs. 2 FMG).

Nach Art. 61 FMG unterliegen Verfügungen des Bundesamtes der Beschwerde an die Rekurskommission (Abs. 2) und solche der Kommunikationskommission der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Abs. 1). Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Bundesrechtspflegegesetz, soweit das Fernmeldegesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 3).

Gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter anderem unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Es ist demnach zu prüfen, ob dieser Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde für die - hier interessierenden - beiden landesweiten Konzessionen für ein digitales zelluläres Mobilfunknetz gilt.

3.- a) Fraglich ist zunächst, ob der Ausschluss von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG überhaupt anwendbar ist. Einer Anwendung nicht entgegen steht jedenfalls Art. 99 Abs. 2 OG, wo für die im vorliegenden Zusammenhang fraglichen Konzessionen keine (Gegen)Ausnahme vom Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG vorgesehen ist. Als heikler erweist sich die Frage, ob Art. 61 Abs. 1 FMG als jüngeres und spezielleres Recht der Regelung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG vorgeht.

Art. 61 Abs. 3 FMG erklärt das Bundesrechtspflegegesetz ausdrücklich als anwendbar, soweit das Fernmeldegesetz selber nichts anderes bestimmt. Damit ergibt sich ohne weiteres, dass Art. 99 Abs. 1 lit. d OG für die Fernmeldekonzessionen nur dann nicht gälte, wenn das Fernmeldegesetz dies vorsähe. Da das Fernmeldegesetz ausdrücklich auf das Bundesrechtspflegegesetz verweist, muss diese Ausnahme auch ausdrücklich oder auf andere Weise eindeutig aus dem Gesetz hervorgehen.

b) Aus dem Fernmeldegesetz, namentlich aus den Bestimmungen, welche die Konzessionen regeln, ergibt sich nicht, dass für die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen Art. 99 Abs. 1 lit. d OG nicht gelten soll. Auch die bundesrätliche Botschaft (vgl. BBl 1996 III 1405 ff.) lässt keine entsprechende Folgerung zu. Die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtbarkeit von Verfügungen der Kommunikationskommission mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht in Art. 61 Abs. 1 FMG dient dazu, den Rechtsweg an das Bundesgericht überhaupt zu öffnen. Bei der Kommunikationskommission handelt es sich nicht um eine der in Art. 98 lit. e OG genannten Behörden, namentlich nicht um eine Rekurs- oder Schieds-

kommission. Vielmehr ist sie eine andere eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 98 lit. f OG; gemäss dieser Bestimmung unterliegen Verfügungen solcher Kommissionen nur dann unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, wenn das Bundesrecht dies vorsieht. Das führt zum Schluss, dass die grundsätzliche Regelung der Zuständigkeit in Art. 61 Abs. 1 FMG notwendig war und die subsidiäre Anwendbarkeit des Bundesrechtspflegegesetzes in Abs. 3 dieser Bestimmung bloss daran anschliesst. Es kann jedoch nicht Sinn - des im Übrigen vorangestellten - Art. 61 Abs. 1 FMG sein, bereits eine Ausnahme zur Anwendbarkeit des Bundesrechtspflegegesetzes nach Art. 61 Abs. 3 FMG zu schaffen, nachdem ohne ausdrückliche Begründung der Zuständigkeit des Bundesgerichts in Abs. 1 das Bundesrechtspflegegesetz gar nicht zum Zuge käme.

Für einen Ausschluss der Ausnahmebestimmung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG könnte immerhin ein anderer Umstand sprechen: Der Vorbehalt spezieller Regelungen des Fernmeldegesetzes gegenüber dem Bundesrechtspflegegesetz, wie er aus dem letzten Halbsatz von Art. 61 Abs. 3 FMG hervorgeht, bleibt weitgehend ohne Wirkung, da das Fernmeldegesetz, soweit ersichtlich, kaum besondere Regeln aufstellt, die denjenigen des Bundesrechtspflegegesetzes widersprechen. Das führt aber nicht zu einer anderen Beurteilung des Verhältnisses der beiden Gesetze. Der Vorbehalt in Art. 61 Abs. 3 FMG hat vor allem, wenn nicht ausschliesslich, die Funktion, die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes einzuschränken, und zwar namentlich dort, wo das Fernmeldegesetz besondere Verfahrensvorschriften enthält. Dies trifft etwa gerade für die Erteilung von Funkkonzessionen zu, wo Art. 24 FMG eine besondere Verfahrensregelung vorsieht, welche die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zumindest ergänzt, wenn nicht diesen sogar vorgeht. Der in Art. 61 Abs. 3 FMG enthaltene Vorbehalt macht somit durchaus Sinn, auch wenn er sich im Verhältnis zum Bundesrechtspflegegesetz kaum auswirkt.

c) Schliesslich bedeutet der mögliche Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen für ein Mobilfunknetz nicht, dass die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 61 Abs. 1 FMG obsolet bzw. diese Bestimmung ihres Gehalts entleert würde. Zu den Entscheiden und Verfügungen, die gemäss Art. 57 FMG in der Kompetenz der Kommunikationskommission liegen, gehören namentlich (vgl. dazu BB1 1996 III 1447; DENIS BARRELET, *Droit de la communication*, Bern 1998, Rz. 871; MATTHIAS RAMSAUER, *Behördenorganisation und Rechtswege*, in Rolf H. Weber [Hrsg.], *Neues Fernmelderecht*, Zürich 1998, S. 201 f.): die Erteilung der vom Gesetz vorgesehenen Konzessionen, unabhängig davon, ob darauf ein Anspruch besteht oder nicht (Art. 5 Abs. 1 FMG), die Änderung (Art. 10 FMG) und der Entzug von Konzessionen (Art. 58 Abs. 3 FMG), Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Verstössen gegen Konzessionen und Verfügungen (Art. 60 FMG), Interkonnektionsentscheide (Art. 11 Abs. 3 FMG) sowie die Genehmigung

des nationalen Frequenzzuweisungsplans (Art. 25 Abs. 2 FMG) und der nationalen Nummerierungspläne (Art. 28 Abs. 3 FMG). Auch wenn berücksichtigt wird, dass Art. 11 Abs. 4 FMG die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen Interkonnektionsverfügungen ausdrücklich separat vorsieht und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die kein Anspruch besteht, gegebenenfalls wegen Art. 99 Abs. 1 lit. d OG und diejenige gegen den Frequenzzuweisungsplan und die Nummerierungspläne gegebenenfalls aufgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. a oder c OG (vgl. dazu Ramsauer, a.a.O., S. 207) ausgeschlossen wäre, verbleibt ein Anwendungsbereich für Art. 61 Abs. 1 FMG. Insbesondere ist gestützt auf diese Bestimmung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde so oder so zulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die Anspruch besteht (vgl. Art. 6 Abs. 3 FMG), gegen den Entzug von Konzessionen - und zwar auch dann, wenn darauf kein Anspruch gegeben ist (vgl. Art. 101 lit. d OG) sowie gegen Verwaltungsanktionen gemäss Art. 60 FMG.

d) Art. 99 Abs. 1 lit. d OG findet demnach auf Konzessionen, die sich auf das Fernmeldegesetz stützen, grundsätzlich Anwendung.

4.- a) Entscheidender Gesichtspunkt für die Zulässigkeit oder den Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG, ob ein Anspruch auf Erteilung der begehrten Mobilfunkkonzession besteht.

Eine Mobilfunkkonzession für den Betrieb eines Mobiltelefonienetzes besteht aus einer Fernmeldedienstkonzession nach Art. 4 Abs. 1 FMG sowie einer Funkkonzession gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG, wobei die Funkkonzession im Rahmen der Dienstkonzession erteilt wird (Art. 4 FDV).

b) Für jegliche Fernmeldedienste gilt das Fernmelderegel gemäss Art. 36 BV weiterhin (vgl. BBI 1996 III 1474), da dieses bei der Revision des Fernmelderechts nicht berührt wurde. Damit ist die Handels- und Gewerbefreiheit von Fernmeldeunternehmungen bereits von Verfassungen wegen eingeschränkt (RENÉ RHINOW, in *Kommentar BV*, Rz. 135 f. zu Art. 31; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 7, Rz. 26 f.). Die Bundesverfassung sieht ein Monopol vor, dessen Umsetzung und Begrenzung letztlich der Gesetzgeber zu regeln hat (BARRELET, a.a.O., Rz. 261 ff.; MARTIN LENDI, in *Kommentar BV*, Rz. 2 ff. und 15 ff. zu Art. 36; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 28, Rz. 87; ROLF H. WEBER, *Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung*, in Rolf H. Weber [Hrsg.], *Neues Fernmelderecht*, Zürich 1998, S. 8 f.). Art. 4 FMG begründet denn auch eine generelle Konzessionspflicht für Fernmeldedienste, und Art. 6 FMG definiert die allgemeinen Voraussetzungen für den Erwerb einer Fernmeldedienstkonzession. Dabei sieht Art. 6 Abs. 3 FMG - mit Ausnahmevorbehalt (vgl. Art. 6 Abs. 2 FMG) - ausdrücklich vor, dass ein Anspruch auf Konzessionserteilung besteht, wenn die auf das Gesuch anwendbaren Konzessionsvorschriften erfüllt sind (PETER

R. FISCHER, Das Regime für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 95). Demgegenüber regelt Art. 22 FMG die Pflicht für eine Funkkonzession für alle, die das Funkfrequenzspektrum benutzen wollen. Art. 23 FMG nennt die Voraussetzungen, unter denen eine Funkkonzession erhältlich ist. Ein Anspruch ist nicht vorgesehen. Stattdessen bestimmt Art. 23 Abs. 3 FMG, dass eine Funkkonzession nur erteilt wird, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzzuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen (vgl. auch BBl 1996 III 1432).

Art. 23 Abs. 3 FMG ist im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 3 FMG, welcher die grundsätzliche Regelung enthält, *lex specialis* für Funkkonzessionen (PIERRE-YVES GUNTER, *Les infrastructures*, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 70) und hat für solche entsprechend Vorrang. Er beruht auf der Grundlage, dass es sich bei den fraglichen Funkfrequenzen um ein knappes öffentliches Gut handelt (BBl 1996 III 1431; vgl. auch GUROVITS/JETZER/SCHMID DING, *Das schweizerische Telekommunikationsrecht*, Zürich 1998, S. 15). Stehen nicht genügend Frequenzen für alle Bewerber zur Verfügung, kann von vornherein nicht allen eine Konzession erteilt werden. Darin liegt der wesentliche Unterschied zu Art. 6 Abs. 3 FMG, der namentlich für die Fernmeldedienstkonzession (gemäss Art. 4 ff. FMG) und die Grundversorgungskonzession (gemäss Art. 14 ff. FMG) gilt, welche beide einer vergleichbaren Einschränkung nicht - weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht - unterliegen. Für die Funkkonzessionen verweist denn auch Art. 27 FMG, der die im Übrigen anwendbaren Bestimmungen des allgemeinen Teils ausdrücklich nennt, weder auf Art. 4 noch insbesondere auf Art. 6 FMG. Dass Art. 27 FMG auch keinen Hinweis auf die Interkonnektionsvorschrift von Art. 11 FMG enthält, steht der Folgerung nicht entgegen, Art. 23 Abs. 3 FMG sei eine Sonderregelung zu Art. 6 Abs. 3 FMG, da die Vorschriften im Funkbereich auch insoweit gelten, als keine Fernmeldedienste im Sinne von Art. 4 und 11 FMG erbracht werden; die Interkonnektionspflicht ist aber nur dort von Belang, wo es um solche Dienste geht.

c) Die Erteilung einer Funkkonzession für Fernmeldedienste, wie sie im vorliegenden Zusammenhang in Frage steht, unterliegt einem doppelten gesetzlichen Vorbehalt:

Erstens wird generell - auch wenn kein Fernmeldedienst erbracht werden soll eine Konzession nur gewährt, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzzuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen (Art. 23 Abs. 3 FMG), d.h. zunächst müssen in technischer Hinsicht die entsprechenden Kapazitäten vorhanden sein. Zweitens ist in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, wenn mit der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessenten zur Verfügung stehen (Art. 24 Abs. 1 FMG). Daraus

geht hervor, dass von vornherein nicht alle Bewerber eine Konzession erlangen können, wenn nicht genügend Frequenzen vorhanden sind.

Damit unterscheidet sich die Funkkonzession für Fernmeldedienste typischerweise von solchen Konzessionen, auf die ein Anspruch besteht. Erfüllen bei diesen die Gestuchsteller die verlangten Voraussetzungen, ist ihnen eine Konzession zu erteilen, was zum Beispiel bei der Fernmeldedienstkonzession zutrifft (vgl. Art. 4 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 FMG). Für die Eintretensfrage vor dem Bundesgericht bedeutet dies, dass gegen die Erteilung oder Verweigerung einer Fernmeldedienstkonzession grundsätzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden kann und das Bundesgericht dabei insbesondere zu überprüfen hat, ob die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 FMG erfüllt sind. Bei der Funkkonzession für Fernmeldedienste ist indessen dann eine Auswahl zu treffen, wenn nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen, auch wenn alle Interessenten die gesetzlichen Konzessionsvoraussetzungen erfüllen. Bei einer solchen Ausgangslage kann den Bewerbern grundsätzlich kein Recht auf die zahlenmässig beschränkten Konzessionen zustehen (so auch ein in den Akten liegendes Rechtsgutachten von René Rhinow und Regula Kägi-Diener vom 25. August 1998, S. 12 f.).

d) Diese gesetzliche Regelung widerspricht nicht den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) vom 15. April 1994 (für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 1995; SR 0.632.20; AS 1995 2117). Auch wenn die Revision des Fernmeldegesetzes unter anderem bezweckte, das Landesrecht den Anforderungen des WTO-Rechts anzupassen, ergibt sich daraus kein Anspruch eines Bewerbers auf Erteilung einer Funkkonzession für Mobiltelefonie. Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, sog. GATS; in SR 0.632.20; vgl. auch AS 1995 2418) enthält zwar auch Regeln für den Fernmeldemarkt. Indessen verpflichtet es lediglich die Signatarstaaten, d.h. es schafft keine unmittelbar anwendbaren Rechte, auf die sich Fernmeldeunternehmungen berufen könnten. Sodann bezwecken das Abkommen und sein «Anhang über Telekommunikation» (ebenfalls in SR 0.632.20; AS 1995 2451) in erster Linie die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern (im Sinne der sog. Meistbegünstigung [unter Anbietern verschiedener ausländischer Signatarstaaten] und der sog. Inländerbehandlung [im Vergleich mit inländischen Unternehmungen]; vgl. insb. Art. II und XVII des GATS-Abkommens), eine Steigerung der Transparenz (Art. III des GATS-Abkommens) sowie Verbesserungen beim Marktzugang (Art. XVI des GATS-Abkommens) unter Einschluss der technischen Zusammenarbeit bei der Telekommunikation (Anhang über Telekommunikation; vgl. zum Ganzen BBl 1994 IV 45 f., 242 ff. und 266 f.; MATTHIAS KOEHLER, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen [GATS]*, Berlin 1997, S. 101 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 9, Rz. 46 ff.; Richard Senti, *GATT-WTO*, Zürich 1994, S. 102 ff., insb. S.

108 f.; SENTI/WEBER, Das allgemeine Dienstleistungsabkommen [GATS], in: Thürer/Kux [Hrsg.], GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Zürich/Baden-Baden 1996, S. 136 ff. und 153 f.). Verlangt wird von den Signatarstaaten lediglich die grundsätzliche Öffnung der nationalen Telekommunikationsmärkte zu nichtdiskriminierenden Bedingungen. Die Zuschlagskriterien bei beschränkten Ressourcen können hingegen ohne weitergehende Verpflichtungen festgelegt werden, sofern das Verfahren unter bestimmten Bedingungen abläuft, namentlich transparent und nichtdiskriminatorisch ist. Geregelt werden schliesslich der Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen für Dienstleistungsunternehmen anderer Signatarstaaten und die technische Zusammenarbeit. Ein Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession lässt sich daraus nicht ableiten.

e) Einen Anspruch auf eine Funkkonzession für Mobiltelefonie vermittelt ferner auch nicht das Recht der Europäischen Union. Ohnehin entfaltet dieses keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem - im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union - eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen Union bezweckte (BBI 1996 III 1411 f.), lässt sich deren Rechtsordnung allenfalls als Auslegungshilfe beiziehen. Die Europäische Union strebt bereits seit längerer Zeit eine Öffnung des Telekommunikationsmarktes an (GEPPERT/RUHLE/SCHUSTER, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, Baden-Baden 1998, Rz. 5 ff.; MARCEL HAAG, Das europäische Umfeld: Die rechtliche Ordnung der Telekommunikation in der EU, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 32 ff.). Die Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste sieht jedoch ausdrücklich vor, dass namentlich die fehlende Verfügbarkeit von Funkfrequenzen rechtfertigt, die Anzahl Lizenzen für Mobilfunkdienste zu beschränken (vgl. Art. 8 ff., insb. Art. 10 Ziff. 1 der Richtlinie 97/13/EG; HAAG, a.a.O., S. 45). Kennt damit das Recht der Europäischen Union bei dieser Ausgangslage keinen Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession, ergibt sich auch kein solcher bei der Auslegung des Fernmeldegesetzes unter Berücksichtigung des europäischen Rechts.

f) Immerhin ist die Konzessionsbehörde nicht frei, ob sie überhaupt Funkkonzessionen für Fernmeldedienste erteilen will. Wie ohne weiteres aus der neuen gesetzlichen Regelung (vgl. insb. Art. 1 FMG) sowie der bundesrätlichen Botschaft (vgl. BBI 1996 III 1406 ff.) hervorgeht, wollte der Gesetzgeber unter anderem unter Umsetzung des WTO/GATS-Rechts und in Anpassung an das Recht der Europäischen Union (vgl. BBI 1996 III 1411 f.) - eindeutig den Fernmeldemarkt liberalisieren und bis zu einem gewissen Grad auch privaten Anbietern öffnen (GUROVITS/JETZER/SCHMID DING a.a.O., S. 11 und 23 f.; RHINOW/

SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 28, Rz. 94; WEBER, a.a.O., S. 8 ff.). Das bedeutet nicht, dass es dem Gemeinwesen verwehrt ist, im Bereich des Fernmeldewesens tätig zu werden bzw. zu bleiben. Ein entsprechendes Verbot kennt weder das Fernmeldegesetz noch im Übrigen das WTO/GATS-Recht. Es steht der öffentlichen Hand damit grundsätzlich frei, unternehmerisch tätig zu werden (vgl. BARRELET, a.a.O., Rz. 264 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., § 18, Rz. 1 ff. und Rz. 16 ff.). Das Gemeinwesen tritt im Bereich des Fernmeldewesens denn auch vielfältig aktiv in Erscheinung, etwa in der Form von Beteiligungen an Fernmeldebetrieben durch Unternehmungen des Elektrizitäts- oder Transportbereichs, an denen wiederum die öffentliche Hand Anteile besitzt. Nicht zuletzt hält der Bund noch immer die kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der Swisscom (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes; Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11; AS 1997 2480; BARRELET, a.a.O., Rz. 265; RAMSAUER, a.a.O., S. 200).

Aus dem gesetzlichen Ziel des revidierten Fernmelde-rechts, Wettbewerb zu schaffen, ergibt sich indessen entgegen der Auffassung der Kommunikationskommission, dass ein staatliches Monopol bzw. dasjenige der Swisscom auch für die Mobiltelefonie nicht aufrecht erhalten werden darf. Soweit daher Kapazitäten bei den Funkfrequenzen bestehen, muss die Kommunikationskommission die entsprechenden Konzessionen grundsätzlich an geeignete Bewerber erteilen, ausserordentliche Umstände namentlich sicherheits- oder versorgungspolitischer Art vorbehalten. In diesem Zusammenhang verfügt die Kommunikationskommission nicht über (im Ergebnis marktsteuerndes) Entschliessungsermessen, da es ihr nicht frei steht, auch dann keine Konzessionen zu gewähren, wenn Interessenten vorhanden sind, welche die erforderlichen Voraussetzungen an sich erfüllen würden, und wenn es keine ausserordentlichen Umstände gibt, um vom gesetzlichen Wettbewerbsziel abzuweichen. Entschliessungsermessen und jedenfalls technisches Ermessen steht der Kommunikationskommission aber bei der Festsetzung der Zahl der zu vergebenden Konzessionen sowie allenfalls in weiterem Zusammenhang zu, etwa im Hinblick auf die mögliche Erteilung regionaler Konzessionen. Unzweifelhaft verfügt die Kommunikationskommission sodann über Auswahlermessen, wenn nicht genügend Frequenzen vorhanden sind.

g) Art. 99 Abs. 1, namentlich lit. d OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Fällen aus, in denen der entscheidenden Behörde ein relativ grosses Ermessen zusteht oder technische Aspekte wesentlich sind (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 103 ff., insb. S. 108 ff.; PETER KARLEN, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.26; KÖZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 853 ff., insb. 862; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/ Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1468 und

1470). Bei Ermessen der Verwaltungsbehörde ist ein Anspruch auf Konzession und damit die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu verneinen (ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Bd. II, Neuenburg 1984, S. 984; GYGI, a.a.O., S. 109; CHRISTIAN VOGEL, *Einschränkungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht*, Zürich 1973, S. 81 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst Entschliessungsermessens einen unbedingten Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung von vornherein aus (BGE 112 Ib 13 E. 4 S. 17). Nichts anderes kann bei Auswahlermessens gelten: Auch wenn die Konzessionsbehörde grundsätzlich zur Erteilung einer bestimmten Anzahl von Konzessionen verpflichtet ist, steht keinem Bewerber ein unbedingter Rechtsanspruch zu.

Im vorliegenden Zusammenhang verfügt die Konzessionsbehörde sowohl über Entschliessungs- als auch über Auswahlermessens; sodann sind für die Konzessionserteilung erhebliche technische Gesichtspunkte beachtlich, was nicht zuletzt daraus hervorgeht, dass der Gesetzgeber mit der Kommunikationskommission bewusst eine besondere, fachkundige Instanz als Konzessionsbehörde eingesetzt hat (vgl. Art. 56 Abs. 1 letzter Satz FMG). Wenn bei einer solchen Ausgangslage der Beschwerdeweg an das Bundesgericht offen stehen sollte, müsste dies der Gesetzgeber ausdrücklich so vorsehen. Andernfalls ist davon auszugehen, dass Art. 99 Abs. 1 lit. d OG seine Ausschlusswirkung entfaltet. Dies trifft im vorliegenden Zusammenhang zu, nachdem aus dem Fernmeldegesetz, wie dargelegt (vgl. E. 3), nicht hervorgeht, Art. 99 Abs. 1 lit. d OG sei nicht anwendbar.

Diese Folgerung erscheint im Übrigen nicht als systemwidrig. Zwar trifft die Argumentation der Kommunikationskommission nicht zu, wenn sie nicht als Konzessionsbehörde eingesetzt wäre, käme die entsprechende Kompetenz dem Bundesrat zu, was die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls ausschliesse, denn diesfalls würde Art. 61 Abs. 1 FMG keinen Sinn machen bzw. hätte der Rechtsmittelausschluss im Fernmeldegesetz integral erfolgen müssen. Hingegen ist die vorliegende Konstellation namentlich vergleichbar mit Entscheiden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, insbesondere Vergabeentscheiden, wo ebenfalls - wegen des behördlichen Ermessens und des fachtechnischen Bezugs - ein Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. x OG). Sodann sieht sogar das Fernmeldegesetz selbst für Fernmeldedienstkonzessionen, auf die grundsätzlich ein Anspruch besteht (vgl. Art. 6 Abs. 3 FMG), unter bestimmten Umständen (insb. bei fehlendem Gegenrecht) vor, dass dies nicht gilt, wenn es sich beim Bewerber um eine nach ausländischem Recht organisierte Unternehmung handelt (Art. 6 Abs. 2 FMG; ähnlich für die Funkkonzessionen auch Art. 23 Abs. 2 FMG). In solchen Fällen wäre die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit ebenfalls unzulässig.

h) Demnach besteht jedenfalls dann, wenn nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen, kein Anspruch auf eine Mobilfunkkonzession. Bei den im vorlie-

genden Zusammenhang massgeblichen Funkkonzessionen ist nicht strittig, dass die Anzahl der verfügbaren Frequenzen nicht für alle Bewerber ausreicht. Der Entscheid der Kommunikationskommission, zwei neue Konzessionen zu vergeben, wird in den vorliegenden Verfahren von keiner Seite in Frage gestellt. Es ist denn auch fraglich, ob er überhaupt je vor Bundesgericht hätte angefochten werden können (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. a und c OG; dazu RAMSAUER, a.a.O., S. 207) und, selbst wenn dies theoretisch möglich gewesen sein sollte, ob eine Anfechtung im heutigen Verfahrensstadium noch zulässig wäre. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, da dieser Vorentscheid gar nicht umstritten ist.

Gegen den Entscheid der Kommunikationskommission über die Erteilung bzw. Verweigerung einer Mobilfunkkonzession für Fernmeldedienste ist somit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn nicht genügend Frequenzen für alle Bewerber zur Verfügung stehen. Wie es sich verhielte, wenn die Frequenzen ausreichten, kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben.

i) Da sich die beiden hier fraglichen Konzessionen für ein Mobiltelefonienetz grundsätzlich aus zwei Bestandteilen zusammensetzen, liesse sich schliesslich erwägen, die beiden Komponenten der Konzession für die Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu unterscheiden. Auf die Fernmeldedienstkonzession nach Art. 4 Abs. 1 FMG besteht ein Anspruch (Art. 6 Abs. 3 FMG), auf die Funkkonzession nach Art. 22 Abs. 1 FMG können die Bewerber wegen der Einschränkungen gemäss Art. 23 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 1 FMG hingegen keinen Anspruch erheben. Eine solche Unterscheidung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde käme aber höchstens dann in Frage, wenn einzig strittig wäre, ob ein Bewerber die (grundsätzlichen) Voraussetzungen der Fernmeldedienstkonzession erfüllte. Ob das Bundesgericht diesfalls auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde in diesem eingeschränkten Rahmen einzutreten hätte, kann im vorliegenden Zusammenhang indessen offen bleiben, da nicht strittig ist, dass alle Bewerber, die an den hängigen Verfahren beteiligt sind, die Voraussetzungen für eine Fernmeldedienstkonzession grundsätzlich erfüllen. Da es somit im Ergebnis einzig um die Funkkonzession geht, greift der Ausschluss von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG in den vorliegenden Verfahren um Erteilung bzw. Verweigerung der Funkkonzessionen für Mobiltelefonie (Verfahren 2A.332/1998, 2A.333/1998, 2A.336/1998, 2A.337/1998, 2A.347/1998, 2A.348/1998, 2A.349/1998 und 2A.350/1998) uneingeschränkt.

j) In Anwendung des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens gemäss Art. 101 OG (BGE 111 Ib 73 E. 2a S. 75; 122 II 186 E. 1 d/aa S. 190) ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde damit auch ausgeschlossen gegen die beiden Verfügungen der Kommunikationskommission, mit denen sie in den Verfahren 2A.326/1998 und 2A.334/1998 einzelnen Beteiligten die Akteneinsicht zumindest teilweise verweigert hat. Zwar handelt es sich nicht im eigentlichen Sinne um Zwischenverfügungen gemäss Art.

101 lit. a OG, da sie nach den Konzessionsentscheiden ergangen sind, und auch nicht um Vollstreckungsverfügungen gemäss Art. 101 lit. c OG, weil es nicht um den Vollzug der Konzessionsverfügungen geht. Dennoch stehen sie in derart engem Zusammenhang mit den fraglichen Konzessionsentscheiden, dass sie nicht als selbständig anfechtbare Verfügungen gelten können, die vom Anwendungsbereich von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG ausgenommen wären. Vielmehr unterliegen auch sie dem entsprechenden Ausschluss, da die Akteneinsicht letztlich nur im Hinblick auf die Beschwerdeführung vor Bundesgericht verlangt worden ist und auch nur, wenn überhaupt, für die Konzessionsfrage gewährt werden könnte. Damit teilen die Verfahren um Akteneinsicht das rechtliche Schicksal der Verfahren in der Hauptsache.

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

b) Art. 6 Ziff. 1 EMRK betrifft nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinne, d.h. solche zwischen Privaten oder Privaten und dem Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt des Privatrechts, sondern auch hoheitliche Akte von Verwaltungsbehörden, sofern diese massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreifen (BGE 122 II 464 E. 3b S. 466 f.; 121 I 30 E. 5c S. 34; 119 Ia 88 E. 3b S. 92, 321 E. 6a/bb S. 329, mit Hinweisen). Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gilt das Recht auf private Erwerbstätigkeit als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Anerkannt wurde ein zivilrechtlicher Anspruch namentlich in Fällen des Entzugs bewilligter Tätigkeiten im Sinne eines Rechts auf Weiterführung einer zugelassenen gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit und teilweise auch in Fällen der erstmaligen Zulassung (FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Rz. 21 zu Art. 6; ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung «zivilrechtlicher» Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, in AJP 1994, S. 30 f.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], Zürich 1993, Rz. 379).

Bei der Nutzung des Frequenzspektrums handelt es sich um den Zugriff auf eine natürliche Ressource im öffentlichen Besitz (WEBER, a.a.O., S. 14). Es geht bei der Er-

teilung einer Funkkonzession nicht nur um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern vor allem auch um die Zuteilung eines beschränkten öffentlichen Guts (BBl 1996 III 1431). Diese Zuteilung steht im Ermessen der Konzessionsbehörde. Auch wenn sie sich bei der Konzessionserteilung an gewisse Regeln zu halten hat, steht den Bewerbern kein Recht auf die Konzession zu. Bestand und Klagbarkeit des Anspruchs sind indessen Voraussetzung für die Annahme eines zivilrechtlichen Anspruchs im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK; die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass das Recht innerstaatlich gewährt wird und durchsetzbar ist (ZBl 99/1998 S. 369 E. 3a, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 7 ff. und 11 ff. zu Art. 6; KLEY-STRULLER, a.a.O., S. 34 f.; SOYER/SALIVA, Article 6, in Pettiti/Decaux/Imbert, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1995, S. 250 f.; VELU/ERGEN, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, Rz. 418; a.a.O., Rz. 377; vgl. auch HERBERT MIEHSLER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Rz. 149 zu Art. 6; CHRISTIAN F. SCHNEIDER, Gesetzlicher Entzug von Rechten und Art. 6 EMRK, in: Grabenwarter/Thienel [Hrsg.], Kontinuität und Wandel der EMRK, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, S. 246 ff.). Das trifft im vorliegenden Zusammenhang, wie in E. 4 dargelegt, nicht zu: Die Handels- und Gewerbefreiheit ist bereits auf Verfassungsebene beschränkt. Das Fernmeldegesetz verschafft ebenfalls keinen innerstaatlichen Anspruch auf die fraglichen Funkkonzessionen. Wo solchermassen ein Ermessensspielraum vorhanden ist, besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch. Eine vergleichbare Schlussfolgerung hat das Bundesgericht im Übrigen in einem kürzlich gefällten Entscheid gezogen, in dem es um eine kantonale Konzession um das ausschliessliche Plakatanschlagerecht auf öffentlichem Grund ging (zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil vom 26. April 1999 i.S. JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA und Decaux SA, E. 7).

Im neueren Schrifttum wird teilweise eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 6 EMRK auf gewisse Ermessensentscheide gefordert, die insoweit einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden sollen, als es sich um Ermessen handelt, dessen Ausübung in sinnvoller Weise kontrollierbar erscheint (vgl. FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 29 ff., insb. Rz. 30; RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 76, 82 und 181 f.; KLEY-STRULLER, a.a.O., S. 38; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1478 ff.; SCHNEIDER, a.a.O., S. 246 ff.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 379). Auch wenn dies allenfalls dort denkbar wäre, wo es einzig um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit geht, rechtfertigt sich eine solche Ausweitung dort nicht, wo wie im vorliegenden Zusammenhang (gleichzeitig) über den Zugriff auf ein beschränktes öffentliches Gut technischer Natur zu entscheiden ist. In diesen Fällen ist die Ermessensausübung einer gerichtlichen Überprüfung noch we-

niger zugänglich. Das trifft bei den Funkkonzessionen, wo der Behörde nicht nur ein erhebliches Entschliessungs- und Auswahlermessen zusteht, sondern sich auch besondere fachtechnische Fragen stellen, in gesteigertem Masse zu.

c) Hinzu kommt, dass ohnehin fraglich ist, wieweit das Bundesgericht unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Sachzuständigkeit dort bejahen könnte, wo das eidgenössische Recht eine solche gerade ausschliesst (vgl. BGE 118 Ia 473 E. 5b S. 479). Anders als in Fällen, in denen das kantonale Recht den Zugang zum Gericht verweigert und in denen das Bundesgericht die Zuständigkeit einer kantonalen gerichtlichen Behörde unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt hat (vgl. etwa BGE 119 Ia 88 E. 5c S. 95 f. und E. 7 S. 98), ist eine solche Folgerung auf Bundesebene mit Blick auf das Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen gemäss Art. 114 bis Abs. 3 BV nur dann zu ziehen, wenn die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK an sich eindeutig ist, wie das etwa in BGE 120 Ib 224 E. Ib S. 226 ff. zutraf. Eine Öffnung in den vorliegenden Fällen, die weiter geht als die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, rechtfertigt sich unter diesen Voraussetzungen nicht. Wenn schon, dann wäre es Sache des Gesetzgebers (gewesen), die Zuständigkeitsordnung entsprechend anzupassen. Nachdem er dies bisher nicht getan hat, obliegt es jedenfalls solange auch nicht dem Bundesgericht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Abweichung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG unmittelbar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK zuzulassen, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entsprechenden Forderungen des neueren Schrifttums auf Ausweitung des Begriffs des zivilrechtlichen Anspruches ebenfalls noch nicht gefolgt ist.

6. - a) - c) (...)

d) Zur Parteientschädigung (...) ■

ANMERKUNGEN:

Der Nichteintretensentscheid des Bundesgerichts ist im Hinblick auf die gesetzliche Ausgangslage nachvollziehbar: Art. 98 lit. f OG verlangt ausdrücklich, dass das Bundesrecht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vorsehen muss, sofern sie gegen Verfügungen anderer eidgenössischer Kommissionen zulässig sein soll. Demnach musste Art. 61 Abs. 1 FMG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht im Hinblick auf diese Bestimmung regeln und wollte der Gesetzgeber nicht eine Ausnahme zu Art. 99 Abs. 1 lit. d OG schaffen. Dementsprechend konnte Art. 61 Abs. 1 FMG auch keine Anwendung finden.

Eine andere Auslegung von Art. 61 Abs. 1 FMG wäre überlegenswert, ging dem Bundesgericht jedoch wohl zu weit. Dennoch ist das Ergebnis unbefriedigend: Selbst im Bereich, in welchem ein weiter Ermessensspielraum besteht, bleiben die Behörden an das Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot gebunden. Soweit die Erteilung der Konzession in das Ermessen der Kommunikationskommission gestellt wird und das Bundesgericht aufgrund der gesetzlichen Ausgangslage seine Zuständigkeit ausschliesst, ist eine gerichtliche Überprüfung, ob die verfassungsmässigen Rechte und Prinzipien sowie die gerade bei der Verteilung knapper Güter wesentlichen Verfahrensvorschriften eingehalten werden, jedoch ausgeschlossen. Das Bundesgericht verweist zwar auf das öffentli-

che Beschaffungswesen, wo die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls ausgeschlossen wird (Art. 100 Abs. 1 lit. x OG). Im Unterschied zum vorliegenden Fall ist aber der Zuschlag bei der Rekurskommission für öffentliches Beschaffungswesen anfechtbar und damit der Zugang zu einem Gericht gewährleistet.

Es wäre Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, auch für Fälle, in welchen die Konzessionserteilung in das Ermessen der Behörde gestellt ist, eine gerichtliche Prüfung derselben zuzulassen. Die Justizreform wird hier die notwendige Korrektur bringen, da Ausnahmen von der vorgeschlagenen Rechtsweggarantie und damit von der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungshandlungen nur noch in wenigen Fällen zulässig sein werden.

Da Art. 99 Abs. 1 lit. d OG somit anwendbar war, hing die weitere Prüfung der Eintretensfrage davon ab, ob die Konzession in das Ermessen der Kommunikationskommission gestellt ist. Das Bundesgericht bejahte dies für den vorliegenden Fall im wesentlichen deshalb, weil mehr Bewerber auftraten als Frequenzen zu verteilen waren. Wird jedoch umgekehrt das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren geöffnet, wenn gleich viele oder weniger Frequenzen verteilt werden wie Gesuchsteller auftreten, wird den abgewiesenen Bewerber in diesem Fall gegenüber dem vorliegend zu beurteilenden Fall ein besserer Rechtsschutz eingeräumt. Ob sich diese rechtungleiche Behandlung bezüglich der Rechtsschutzgewährung stets rechtfertigen lässt, erscheint fraglich. Der fehlende Rechtsanspruch auf die Erteilung der Konzession war denn auch ausschlaggebend, um die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu verneinen.

Im Zusammenhang mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK verneinte das Bundesgericht dessen Anwendung im wesentlichen aus folgenden Gründen: Die Erteilung der Funkkonzession betreffe die Zuteilung eines beschränkten öffentlichen Gutes; somit gehe es nicht um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Bewerber hätten kein Recht auf die Konzessionserteilung. Da Art. 6 Ziff. 1 EMRK Bestand und Klagbarkeit eines Anspruchs voraussetze, gelange diese Bestimmung nicht zur Anwendung. Die HGF sei bereits auf der Verfassungsebene beschränkt; auch das FMG verschaffe keinen innerstaatlichen Anspruch auf die Funkkonzession. Angesichts des Ermessensspielraums bestehe grundsätzlich kein Rechtsanspruch. Das neuere Schrifttum fordere zwar eine Ausdehnung der Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf Ermessensbereiche, die einer sinnvollen gerichtlichen Kontrolle zugänglich seien; diese Forderung lasse sich jedoch bei der Nutzung eines beschränkten öffentlichen Gutes nicht aufrechterhalten. Dies treffe bei Funkkonzessionen, wo es um besondere fachtechnische Fragen gehe, in besonderem Masse zu. Weiter sei zu beachten, dass das Bundesrecht den Zugang zum Bundesgericht ausschliesse und infolge Art. 114bis Abs. 3 BV von der Anwendung von Bundesgesetzen nur abgewichen werden könne, wenn die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK eindeutig sei.

Gleich wie im Zusammenhang mit der Eintretensfrage stützt sich das Bundesgericht hier weitgehend auf den fehlenden Anspruch auf die Konzessionserteilung. Es verweist zwar auf die weiter gehende Literatur, setzt sich mit dieser jedoch unseres Erachtens nur oberflächlich auseinander. Gerade Ruth Herzog verweist in ihrer Dissertation «Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege», S. 76 und 82, auf verschiedene Entscheide der Konventionsorgane, die in eine andere Richtung gehen. Aus diesen Entscheiden geht hervor, dass die Konventionsorgane im Bereich der Bewilligung Konzessionen durchaus die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bejahen, selbst wenn kein Anspruch auf deren Erteilung besteht und der Behörde sogar Entscheidungsermessen zusteht. Wesentlich ist, dass die erhobenen Vorwürfe einer Rechtskontrolle zugänglich sind, was zumindest bezüglich der Rügen der Sunrise (Verletzung des rechtlichen Gehörs) zweifellos zutraf. Im übrigen greift der Anspruchsansatz zu kurz. Bewerber sind nicht mehr Interessenten als Funkkonzessionen zu vergeben sind, so haben diese durchaus einen gesetzlichen Anspruch (so weit sie die weiteren gesetzlichen Erteilungsvoraussetzungen erfüllen) auf deren Erteilung. Die Anspruchsregelung hängt somit (auch) von der Zahl der Bewerber ab und nicht allein vom Gesetz. Fraglich erscheint sodann, die HGF bei der Erteilung einer Funkkonzession völlig ausblenden zu wollen. Zwar gibt die Bundesverfassung dem Gesetzgeber die Möglichkeit, ausserhalb der HGF liegende Regelungen zu treffen, insbesondere die Funkkonzession dem Bund oder einem einzigen Konzessionär vorzubehalten. Hierauf hat der Gesetzgeber jedoch verzichtet und hat das «beschränkte öffentliche Gut» grundsätzlich allen geeigneten Bewerbern zur Verfügung gestellt. Innerhalb der gesetzlichen Regelung besteht ein «bedingter» Anspruch auf Erteilung der Konzession für die besten Bewerber. Mit der Öffnung des Bundesmonopols hält die HGF auch hier in einem beschränkten Um-

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

fang Einzug; der objektive Gehalt der HGF ist auch in verfassungsrechtlichen Ausnahmebereichen zu beachten (vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 4 Rz. 90 und § 5 Rz. 46.). Fraglich erscheint schliesslich, die Bindung an Bundesrecht nur dann aufgeben zu wollen, wenn die Anwendung von Art. 6 EMRK eindeutig sei. Diese (weder gesetzlich noch in der Konvention vorgesehene) Zurückhaltung führt im Ergebnis dazu, dass sich das Bundesgericht seiner eigenen Prüfungsaufgabe begibt, nur eine Grobkontrolle vornimmt und damit letztlich den Rechtsschutz – in EMRK-widriger Weise – einschränkt. Die EMRK hat überall dort Vorrang

vor Bundesrecht (vgl. BGE 124 II 487), wo das Bundesgericht aufgrund seiner uneingeschränkten Auslegung zu diesem Ergebnis gelangt.

**DR. ISABELLE HÄNER UND PD DR. TOMAS POLEDNA,
RECHTSANWÄLTE, ZÜRICH**

Anmerkung der Redaktion: Die beiden Autoren verfassten im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens ein Rechtsgutachten zur Frage des rechtlichen Gehörs, insb. zum Akteneinsichtsrecht.