

K 15b/00-51
K 15c/00-90
K 15d/00-50
K 15e/00-70
K 15f/00-61
K 15g/00-144

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Anträge der 3G Mobile Telecommunications GmbH, Opernring 1/E/332, 1010 Wien und der Mobilkom Austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, vom 15.01.2004, auf „Änderung der Zuteilung von UMTS-Frequenzspektrum im Verhältnis zwischen mobilkom austria AG & Co KG und 3G Mobile Telecommunications GmbH“ in ihrer Sitzung vom 15. März 2004 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 14 der Anlagen I und VI zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (GZ K 15/00-67, Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde) wird der genannte Bescheid in folgenden Punkten geändert:

Punkt 1 des Spruches wird dahingehend geändert, dass dessen erster Satz nunmehr lautet:

Der Mobilkom Austria AG werden Frequenzen im Umfang von 2x9,8 MHz aus den Frequenzbereichen 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz sowie im Umfang von 10 MHz aus dem Frequenzbereich 1900-1920 MHz zugewiesen.

Punkt 2 des Spruches wird dahingehend geändert, dass dessen erster Satz nunmehr lautet:

Der 3G Mobile Telecommunications GmbH werden Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz aus den Frequenzbereichen 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz zugewiesen.

§ 2 der Anlage I wird dahingehend geändert, dass dieser nunmehr lautet:

Gemäß § 49a Abs 1 iVm Abs 8 TKG werden der Mobilkom Austria AG folgende Frequenzen zur Nutzung im Rahmen der Konzession zugeteilt:

Aus dem gepaarten Bereich:

2x9,8 MHz im Frequenzbereich 1920,3-1930,1/2110,3-2120,1 MHz

Aus dem ungepaarten Bereich:

10 MHz im Frequenzbereich 1900,1-1910,1 MHz

Jede Frequenz darf nur auf Grund einer Bewilligung durch die Fernmeldebehörde in Betrieb genommen werden (§ 49 Abs 1 TKG). Die Nutzungsbedingungen sind aus § 15 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde ersichtlich. Die Festlegung der Nutzungseinschränkungen in Grenzgebieten zu Nachbarstaaten erfolgt, nach Abschluss der internationalen Frequenzkoordinierung, in den Betriebsbewilligungen.

§ 2 der Anlage VI wird dahingehend geändert, dass dieser nunmehr lautet:

Gemäß § 49a Abs 1 iVm Abs 8 TKG werden der 3G Mobile Telecommunications GmbH folgende Frequenzen zur Nutzung im Rahmen der Konzession zugeteilt:

Aus dem gepaarten Bereich:

2x10 MHz im Frequenzbereich 1959,7-1969,7/2149,7-2159,7 MHz

Jede Frequenz darf nur auf Grund einer Bewilligung durch die Fernmeldebehörde in Betrieb genommen werden (§ 49 Abs 1 TKG). Die Nutzungsbedingungen sind aus § 15 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde ersichtlich. Die Festlegung der Nutzungseinschränkungen in Grenzgebieten zu Nachbarstaaten erfolgt, nach Abschluss der internationalen Frequenzkoordinierung, in den Betriebsbewilligungen.

II. Begründung

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 wurde der 3G Mobile Telecommunications GmbH (in weiterer Folge: 3G Mobile) eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt, wobei für die Funkschnittstelle Standards des Familienkonzeptes UMTS/IMT-2000 einzusetzen sind. Gleichzeitig wurden der 3G Mobile Frequenzen im Umfang von 2x9,8 MHz (Frequenzbereich 1920,3-1930,1/2110,3-2120,1 MHz) aus dem gepaarten Frequenzbereich zugeteilt.

Der Mobilkom Austria AG & Co KG (in weiterer Folge: Mobilkom) wurde ebenfalls mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt, wobei für die Funkschnittstelle Standards des Familienkonzeptes UMTS/IMT-2000 einzusetzen sind. Gleichzeitig wurden der Mobilkom Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz (Frequenzbereich 1959,7-1969,7/2149,7-2159,7) aus dem gepaarten Frequenzbereich zugeteilt. Darüber hinaus wurden Mobilkom Frequenzen im Umfang von 10 MHz aus dem ungepaarten Bereich (1900,1-1910,1 MHz) zugeteilt.

Ebenfalls mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 erfolgten Konzessions- und Frequenzzuteilungen an One GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH), T-Mobile Austria GmbH (vormals max.mobil Telekommunikation Service GmbH), Hutchison 3G Austria GmbH und tele.ring Telekom Service GmbH.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 wurde die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse der 3G Mobile, die durch Übernahme von 100% der Anteile durch Mobilkom Austria AG & Co KG entstanden ist, erteilt. Verknüpft wurde die Zustimmung damit, dass Mobilkom Austria AG & Co KG bis spätestens 31.01.2005 Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz aus dem gepaarten UMTS-Frequenzbereich abgibt.

Mobilkom hatte bereits in diesem Verfahren angekündigt, dass eine Erfüllung der Auflage nur unter der Voraussetzung, dass eine Änderung der Frequenzzuteilung im Verhältnis zwischen Mobilkom und 3G Mobile erfolgt, frequenzökonomisch sinnvoll möglich ist.

Im gegenständlichen Antrag führen Mobilkom und 3G Mobile begründend aus, dass der Antrag das Ziel habe, der im Bescheid vom 15.12.2003 auferlegten Verpflichtung zur Veräußerung von 2x5 MHz so rasch als möglich nachzukommen. Weiters wurde ausgeführt, dass es sich dabei um keine Änderung der Frequenznutzung handle, sondern um eine Änderung der Frequenzzuteilung. Abschließend wurde darauf verwiesen, dass im Vergabeverfahren in einem ersten Schritt abstrakte Frequenzpakete zugeteilt worden waren und erst in einem zweiten Schritt die konkreten Frequenzbereiche an die jeweiligen Betreiber zugeteilt worden waren.

Beantragt wurde ebenfalls, dass die Änderung der Frequenzzuteilung unmittelbar mit Rechtskraft des Bescheides wirksam werden möge.

Da aufgrund des Umstandes, dass es sich bei dem ursprünglichen Vergabeverfahren um ein Mehrparteienverfahren gehandelt hat, und dieses mittels eines einheitlichen (Gesamt)bescheides abgeschlossen wurde, allen Bescheidinhabern Parteistellung zukommt, wurde der gemeinsame Antrag von Mobilkom und 3G Mobile den restlichen Bescheidinhabern zur Stellungnahme gemäß § 45 Abs. 3 AVG übermittelt.

Das Ergebnis der Stellungnahmen stellt sich wie Folgt dar:

T-Mobile Austria GmbH stimmt in ihrer Stellungnahme dem Antrag von Mobilkom und 3G Mobile ausdrücklich zu, mit der Begründung, dass die Änderung keine Auswirkung auf andere UMTS-Konzessionäre habe und aus Sicht einer effizienten Frequenznutzung sinnvoll und notwendig sei.

One GmbH führt ebenfalls aus, dass aus ihrer Sicht nichts gegen den von Mobilkom und 3G Mobile beantragten Tausch der Frequenzen spreche.

Von TRA 3G Mobilfunk GmbH wird ausgeführt, dass keine Rechtsgrundlage für den gegenständlichen Antrag gegeben sei, da § 57 Abs. 4 TKG 2003 lediglich eine Änderung der Frequenznutzung ermögliche, und daher nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar sei.

Weiters wird ausgeführt, dass der beantragte Frequenztausch Auswirkungen auf den Wettbewerb habe. Der Antrag sei im Lichte der marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom auf den Mobilfunkendkundenmärkten für Privat- und

Geschäftskunden zu beurteilen. Weiters gehe man davon aus, dass Mobilkom durch die Partnerschaft mit Vodafone auf dem nationalen Vorleistungsmarkt für internationales Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen über eine überragende marktbeherrschende Stellung verfüge. Durch den beantragten Frequenztausch würde eine weitere Festigung der Marktmacht der Mobilkom erfolgen.

Hutchison 3G Austria GmbH weist in einer ersten Stellungnahme vom 27.02. darauf hin, dass Mobilkom versuche, vor Abschluss des Marktanalyseverfahrens den Frequenztausch durchzuführen, dass die Frage der Marktstellung der Mobilkom und die Auswirkungen auf den Wettbewerb bei der Beurteilung des Antrages aber eine wesentliche Rolle spielen. Weiters wird darauf hingewiesen, dass durch den Frequenztausch Mobilkom in der Lage wäre, mit der Vodafone Group im Grenzbereich zu Deutschland und der Schweiz einen abbruchsfreien Netzübergang zu implementieren. Dies würde ebenfalls einen beträchtlichen Wettbewerbsvorteil darstellen. Darüber hinaus hätte die beabsichtigte Nutzung des bisherigen Spektrums der 3G Mobile, welche zu keinem Zeitpunkt ein UMTS-Netz betrieben hat, durch die Mobilkom Austria selbst bei Einhaltung aller ERC-Rahmenbedingungen eine Kapazitätsverringering im Netz von Hutchison 3G zur Folge. Diese Kapazitätsverringering entstehe durch Nachbarkanalinterferenzen von intensiv genutzten, im Spektrum benachbarten Frequenzkanälen.

Aus den genannten Gründen werde daher beantragt, den gegenständlichen Antrag abzuweisen. In eventu wurde beantragt, die Frist für die Abgabe der Stellungnahme zum Antrag bis 11.3.2004 zu erstrecken.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 01.03.2004 wurde dem Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH auf Erstreckung der Frist für die Abgabe der Stellungnahme dahingehend entsprochen, dass die Frist bis 08.03. verlängert wurde.

Mit Schriftsatz vom 08.03. wiederholt Hutchison 3G Austria GmbH die Ausführungen in der vorläufigen Stellungnahme, ergänzend wird ausgeführt, dass die durch den Frequenztausch im Netz von Hutchison verursachte Kapazitätsverringering zwischen 1 und 3,4% betragen würde. Zur Untermauerung des Vorbringens wurde eine Kurzanalyse von Dr. Paier, Mitarbeiter der Hutchison beigelegt, sowie Auszüge aus diverser Fachliteratur.

In ihrer Replik auf die vorläufige Stellungnahme der Hutchison führt Mobilkom aus, dass die Entscheidung im gegenständlichen Verfahren den Ausgang der laufenden Marktanalyseverfahren nicht beeinflussen könne, da Mobilkom und 3G Mobile aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ohnedies als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden. Eine Umverlagerung der Frequenzen sei daher für den Ausgang jeglicher Marktbeherrschungsverfahren irrelevant.

Hinsichtlich des zu erwartenden GSM-Vergabeverfahrens führt Mobilkom aus, dass ein solches voraussichtlich bereits zum Ende des ersten Halbjahres 2004 wahrscheinlich erscheint und dass daher der Zeitdruck durchaus real sei.

Hinsichtlich der Ausführungen von Hutchison betreffend eines unterbrechungsfreien Handover im Grenzbereich führt Mobilkom aus, dass es durch die Genehmigung des Antrages zu keiner Änderung der technischen Nutzungsbedingungen kommt.

Zu den von Hutchison angesprochenen Kapazitätseinbussen führt Mobilkom aus, dass dieses Argument technisch nicht nachvollziehbar ist und dass selbst wenn

es Kapazitätseinbussen geben würde, diese alle Betreiber gleichermaßen treffen würden.

Im Hinblick auf die Stellungnahme der TRA 3G Mobilfunk GmbH führt Mobilkom aus, dass die laufenden Marktanalyseverfahren nicht durch den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens beeinflusst werden. Weiters wird wiederum darauf verwiesen, dass ein Zuwarten schon im Hinblick auf das bald zu erwartende GSM-Frequenzvergabeverfahren für Mobilkom problematisch sei und dass tele.ring offenbar verhindern möchte, dass Mobilkom am Vergabeverfahren teilnehmen kann.

Rechtliche Beurteilung

Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Änderungen der Konzession finden sich in § 14 der Anlagen zum Konzession-/Frequenzzuteilungsbescheid. § 14 sieht vor, dass die Telekom-Control-Kommission einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer ändern kann, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen erforderlich ist.

Weiters kann die Konzession nachträglich geändert werden.....2. auf Antrag oder von Amts wegen, wenn eine Anpassung der im Konzessionsbescheid zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen auf Grund geänderter technischer oder rechtlicher Voraussetzungen im Interesse einer effizienten Frequenzverwaltung und eines fairen Wettbewerbs erforderlich ist, und die Änderung im Hinblick auf die zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen nicht grundsätzlicher Art ist.

Die von der Telekom-Control-Kommission im Bescheid vom 15.12.2003 verhängte Auflage dient primär dazu, Wettbewerbsverzerrungen, die durch massiv ungleiche Frequenzzuteilungen entstehen könnten, zu verhindern. Die nunmehr beantragte Änderung des Konzessions-/Frequenzzuteilungsbescheides dient primär dazu, der verhängten Auflage möglichst rasch und frequenzökonomisch sinnvoll nachzukommen.

Auch im TKG 2003 ist in § 56 die Möglichkeit der Änderung der Frequenznutzung vorgesehen.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission fanden sich weder im TKG 2003 noch in der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde Bestimmungen, die einer Änderung des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15/00-67) entgegenstehen würden.

Auch aus den Stellungnahmen ergaben sich keine Vorbringen, aus denen eine Genehmigung zu verweigern wäre. Die Argumente von Hutchison und TRA 3G Mobilfunk GmbH im Hinblick auf die laufenden Marktanalyseverfahren gehen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ins Leere. Bereits im Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom Dezember 2003, mit welchem die Eigentumsänderung genehmigt wurde, wird ausgeführt, dass Mobilkom und 3G Mobile als wirtschaftliche Einheit gesehen werden. Eine Entscheidung im gegenständlichen Verfahren hat daher keinen Einfluss auf das Ergebnis der Marktanalyseverfahren. Auch das Vorbringen von Hutchison, dass durch die Nutzung des neben ihr liegenden Spektrums im eigenen Netz Kapazitätsverluste auftreten ist nicht zielführend. Hutchison konnte zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen, dass die neben ihrem Spektrum liegenden Frequenzen nicht genutzt werden. Wenn durch den Umstand, dass 3G Mobile die Frequenzen bisher keiner Nutzung zugeführt hat, bei Hutchison eine gewisse Erwartungshaltung geweckt

wurde, dann kann dies jedenfalls nicht dazu führen, dass Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission dadurch beeinflusst werden. Spätestens mit Einführung der Möglichkeit des Frequency Trading hätte Hutchison bewusst sein müssen, dass der gegenwärtige Zustand nicht für die gesamte Dauer der Frequenzzuteilung bestehen bleiben wird. Da im Zuge der Genehmigung keine Änderung der Nutzungsbedingungen erfolgt, wird durch die Genehmigung nicht in die Rechtsposition der Hutchison eingegriffen. Eine Nutzung der Frequenzen im Umfang der technischen Nutzungsbedingungen ist jedenfalls zulässig.

Die beantragten Änderungen waren daher zu genehmigen.

Da die Vollziehung dieses Bescheides keine beträchtlichen Auswirkungen iSd § 128 Abs. 1 TKG erwarten lässt – es handelt sich schließlich (bloß) um „Frequenztasch“ – war ein Konsultationsverfahren nicht durchzuführen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

VI. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei Einbringung der Beschwerde ist jeweils eine Gebühr in Höhe von Euro 180,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15. März 2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann