

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 die Anträge der Mobilkom Austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Parkring 2, 1010 Wien, vom 13.10.1997 „auf Zuteilung eines zusätzlichen Frequenzspektrums von 5 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich mit 1.10.1998“ sowie vom 10.11.1997 „auf Zuteilung eines zusätzlichen Frequenzspektrums von weiteren 3,4 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich mit 1.10.1998“ in ihrer Sitzung vom 15. Dezember 2003 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Der Mobilkom Austria AG & Co KG wird in Erweiterung der Konzession vom 6. November 1996, GZ des BMWVK 120641/IV-JD/96, in der Fassung des Bescheids vom 23. Juli 1997, GZ des BMWV 101006/IV-JD/97, gemäß § 125 Abs 3 iVm § 111 Z 1 TKG ab 1. Jänner 1999 ein zusätzliches Frequenzspektrum aus dem für DCS-1800 festgelegten Frequenzband im Ausmaß von 2 x 5 MHz (24 DCS-1800 Kanäle) für das unter Punkt 2 beschriebene regional beschränkte Einsatzgebiet zur Erbringung des digitalen zellularen Mobilfunkdienstes (GSM DCS-1800) zugewiesen. Die Frequenzzuweisung erfolgt befristet auf die Dauer des aufrechten Bestandes der Konzession. Es werden 24 DCS 1800-Kanäle, und zwar Kanal 619-630 (1731,6/1826,6 bis 1733,8/1828,8 MHz), 668-673 (1741,4/1836,4 bis 1742,4/1837,4 MHz) und 738-743 (1755,4/1850,4 bis 1756,4/1851,4 MHz), zugewiesen.

Die Nutzungsbedingungen für die Kanäle 619-630, 668-673, 738-743 ergeben sich aus Punkt 5.2 der in Anlage 1 angeschlossenen CEPT-Empfehlung T/R 22-07 (Nicht-Vorzugsfrequenzen) sowie für die Kanäle 668-673 und 738-743 aus Punkt 5.1 der CEPT-Empfehlung T/R 22-07 (Vorzugsfrequenzen).

2. Das zugewiesene Frequenzspektrum darf ausschließlich durch Basisstationen genutzt werden, die räumlich im Bundesland Wien gelegen sind.
3. Für die Frequenznutzung sind Frequenznutzungsgebühren gemäß Punkt A III 2 c des 2. Abschnitts der Telekommunikationsgebührenverordnung – TKGV, BGBl II Nr. 29/1998, in der Höhe von 4.800 S je Kanal (Frequenzpaar) monatlich im Voraus zu entrichten.
4. Der Antrag der Mobilkom Austria AG & Co KG auf Zuweisung eines weiteren Frequenzspektrums von 2 x 3,4 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich wird gemäß § 125 Abs 3 TKG abgewiesen.
5. (...Sachverständigengebühren...)
6. Die Anträge der One GmbH vom 10.10.2003 auf Beauftragung eines weiteren Gutachters und vom 01.12.2003 auf Einvernahme des von One beauftragten Privatgutachters Dr. Gerpott als Auskunftsperson werden abgewiesen.

II. Begründung

Gang des Verfahrens

Mobilkom Austria AG & Co KG (in weiterer Folge: Mobilkom) ist gemäß Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft, Verkehr und Kunst vom 6.11.1996, GZ 120641/IV-JD/96, geändert durch Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 23.7.1997, GZ 101006/IV-JD/97, zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) berechtigt. Gemäß den zitierten Bescheiden ist die Antragstellerin zur Inanspruchnahme eines Frequenzspektrums von 2x8 MHz (39 Kanäle) im 900 MHz-Band berechtigt; konkret handelt es sich um die GSM-Kanäle 41 – 79.

Mit einem, an das Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr gerichteten Antrag vom 13.10.1997, beim BMWV eingelangt am 21.10.1997, beantragte Mobilkom die Zuteilung eines zusätzlichen Frequenzspektrums von 5 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich mit 1.10.1998 gemäß § 125 Abs 3 TKG. Mit einem weiteren Antrag vom 10.11.1997, der an die Telekom-Control GmbH, jedoch unter der Adresse des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr, Sektion IV, gerichtet war, und der am 11.11.1997 beim BMWV einlangte, beantragte Mobilkom die Zuteilung eines zusätzlichen Frequenzspektrums von weiteren 3,4 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich mit 1.10.1998.

Der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr hat in der Folge – wie dies im Verkehrsausschussbericht zur Fernmeldegesetznovelle 1997 vom 7.3.1997, 619 BlgNR 20. GP, sowie auch im Verkehrsausschussbericht zur Regierungsvorlage zum Telekommunikationsgesetz, 824 BlgNR 20. GP, vorgesehen ist – nach vorangegangener Interessentensuche eine Studie vergeben, um festzustellen, ab welchem Teilnehmerstand die "Teilnehmerkapazität ausgeschöpft ist". Dies ist in § 125 Abs 3 TKG als Voraussetzung für die Zuteilung von Frequenzen an die

Antragstellerin vor dem Ablauf von 3 Jahren ab Rechtskraft der Konzessionserteilung an One GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, im Folgenden: One) vorgesehen.

Der Gutachtensauftrag erging an Prof. Dr. Samy A. Mahmoud, Carleton University, Ottawa. Das Gutachten wurde von Prof. Mahmoud am 14.4.1998 fertig gestellt und vom Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr an die Regulierungsbehörde übermittelt. Auch die Anträge der Mobilkom wurden mit Schreiben vom 16.4.1998 der Regulierungsbehörde zur zuständigen weiteren Behandlung übersandt.

Die Telekom-Control-Kommission hat die Anträge der Mobilkom in der Sitzung vom 20. April 1998 erstmals erörtert. Mit Schreiben vom 22. April 1998 wurde der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr gemäß § 47 Abs. 3 TKG ersucht, der Regulierungsbehörde das nutzbare Frequenzspektrum im DCS-1800-Bereich zur wirtschaftlichen Nutzung zuzuteilen. Mit Schreiben vom 28. April 1998 wurde der Mobilkom das Gutachten von Prof. Mahmoud übermittelt und die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen des Parteiengehörs bis zum 12. Mai 1998 schriftlich Stellung zu nehmen. Ebenfalls am 28. April 1998 wurden der max.mobil Telekommunikation Service GmbH (im Folgenden max.mobil) und der One das um Geschäftsgeheimnisse der Mobilkom bereinigte Gutachten von Professor Mahmoud übermittelt und die Möglichkeit zu einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt.

In der Stellungnahme der Mobilkom vom 12. Mai 1998 wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Anspruch der Mobilkom nach § 125 Abs. 3 TKG durch das vorliegende Gutachten von Prof. Mahmoud nachgewiesen sei. Weiters wendet sich die Mobilkom gegen eine Parteistellung der One im gegenständlichen Verfahren. Materiell wendet sich die Mobilkom auch gegen die von der One in einem "Positionspapier" (ON11) vorgebrachten Argumente insbesondere unter Bezugnahme auf die Frequenzausstattung der One im DCS-1800 Frequenzbereich.

One führt in ihrer ebenfalls am 12. Mai 1998 eingegangenen Stellungnahme im Wesentlichen aus, dass § 125 Abs. 3 TKG eine (bloß) materiellrechtliche Ausnahmebestimmung im Frequenzzuteilungsverfahren im Bereich konzessionspflichtiger Mobilfunkdienste nach den § 20 ff TKG 1997 darstelle. Darüber hinaus sei § 125 Abs 3 TKG als Schutzbestimmung zugunsten des neuen Betreibers anzusehen und daher eng - nicht zugunsten existierender Betreiber – auszulegen. Zur Beurteilung einer allfälligen Erschöpfung der Teilnehmerkapazität sei auch das für das D-Netz genutzte Frequenz-Spektrum im 900 MHz-Band miteinzubeziehen. Weiters wendet sich die One gegen das Gutachten von Prof. Mahmoud, das von einer unzuständigen Behörde in Auftrag gegeben worden sei, und das auf den von der Mobilkom zur Verfügung gestellten Daten aufbaue. Das Gutachten vernachlässige zudem einige technische Möglichkeiten der Kapazitätserweiterung. One beantragte, die Anträge der Mobilkom abzuweisen, in eventu ein Sachverständigen-Gutachten über die technischen Möglichkeiten der Kapazitätserweiterung des GSM-Netzes der Mobilkom sowie deren wirtschaftliche Vertretbarkeit einzuholen. Ergänzend brachte One mit Schreiben vom 25. Mai 1998 noch vor, dass der Konzessionsbescheid der Mobilkom hinsichtlich des von ihr betriebenen analogen Mobilfunk-Netzes („D-Netz“) „schwerwiegende Mängel“ aufweise, welche die Frequenz-Umwidmung der bisher für das analoge Mobilfunk-Netz genutzten Frequenzen zugunsten des GSM-Netzes der Mobilkom ermögliche; weiters wurde die grundsätzliche Kritik am Gutachten von Prof. Mahmoud erneuert.

In der Sitzung vom 28. Mai 1998 hat die Telekom-Control-Kommission die Anträge der Mobilkom weiter erörtert und beschlossen, ergänzende Fragen an die Mobilkom zur weiteren Klärung des Sachverhalts zu richten. Weiters wurde Professor Mahmoud um Ergänzungen zur vorgelegten Studie und Information betreffend einiger Unklarheiten ersucht. Die Telekom-Control-Kommission bestellte weiters Herrn Prof. Dr.-Ing. Bernhard Walke zum Sachverständigen; Prof. Walke erhielt den Auftrag, anhand der vorliegenden Verfahrensunterlagen zu überprüfen, ob sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen erhoben worden sind, und die Plausibilität der Annahmen und die Schlüssigkeit der Ergebnisse der Studie von Prof. Mahmoud insbesondere im Hinblick auf die Einwendungen und Anmerkungen der Beteiligten im Verfahren einer Prüfung zu unterziehen.

Mit Schreiben vom 10. Juni 1998 erfolgte durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr die Zuteilung von Frequenz-Spektrum im DCS 1800-Bereich gemäß § 47 Abs. 3 TKG. Der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr teilte ein Spektrum von jeweils 2x5 MHz zur wirtschaftlichen Nutzung durch die konzessionierten Mobiltelefon-Betreiber Mobilkom und max.mobil zu. Dabei wurden auch die konkreten zu nutzenden Kanäle ausgewiesen, jedoch wurde gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass für die Nutzung in bestimmten Grenzgebieten Vereinbarungen mit den Nachbarstaaten getroffen werden müssen, welche noch nicht zur Gänze abgeschlossen werden konnten.

Mobilkom hat mit Schriftsatz vom 15. Juni 1998 zu den von der Telekom-Control-Kommission gestellten Fragen Stellung genommen. Dabei wurde insbesondere auf die technischen Möglichkeiten zur Kapazitäts-Steigerung und deren Einsatz durch Mobilkom sowie auf die wirtschaftlichen Implikationen der kapazitätserhöhenden Maßnahmen eingegangen.

In der Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 16. Juni 1998 wurden die Anträge der Mobilkom neuerlich erörtert, wobei sowohl Prof. Mahmoud als auch der Sachverständige Prof. Walke angehört wurden. Die Telekom-Control-Kommission beschloss, Prof. Mahmoud zu ersuchen, seine Studie durch Erweiterungen seiner Simulationsrechnungen mit unterschiedlichen Parameter-Werten im Hinblick auf den Grade of Service und den Exponenten im statistischen Ausbreitungsgesetz zu ergänzen und diese Berechnungen vorzulegen.

Mit 23. Juni 1998 wurde von Herrn Prof. Dr.-Ing. Bernhard Walke das Gutachten zu den Anträgen der Mobilkom auf Frequenzzuweisung im 1800 MHz-Band vorgelegt. Prof. Walke führte aus, dass die Ergebnisaussagen über die Verkehrsbelastung in der Kernzone von Wien auf nicht gesicherten Aussagen über den Ist-Zustand des A1-Netzes 1997 beruhen und daher eine Entscheidung, ob alle wirtschaftlich vertretbaren technischen Maßnahmen von Mobilkom ergriffen worden sind, um die Kapazitäten zu steigern und trotzdem eine Kapazitätsgrenze erreicht worden ist, nur sehr schwer möglich sei. Im Ergebnis hält Prof. Walke fest, dass die von der Mobilkom vorgelegten Daten nicht ausreichend detailliert, zum Teil fehlerhaft und widersprüchlich seien. Der Gutachter konnte keinen Nachweis für eine Notwendigkeit der Zuweisung weiterer Frequenzen an das A1-Netz erkennen, weil nicht alle wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten erschöpft sind und der behauptete Verkehr in der Kernzone von Wien nicht nachgewiesen worden ist.

Die Telekom-Control-Kommission hat – ausgehend von den an die Mobilkom gerichteten Fragen und deren Beantwortung, sowie auf der Basis der durch das Gutachten von Prof. Walke aufgezeigten klärungsbedürftigen Fragen – weitere ergänzende Fragestellungen an die Mobilkom gerichtet, um aufgetretene

Widersprüche bzw. Unklarheiten aufklären zu können. Die Mobilkom hat in der Folge die geforderten Unterlagen und Nachweise insbesondere im Hinblick auf die detaillierten Verkehrswerte im zeitlichen Verlauf seit Mitte 1997 sowie die Statistiken zum Call-Blocking und Call-Dropping vorgelegt und dem von der Telekom-Control-Kommission beauftragten Mitarbeiter der Telekom-Control GmbH, DI Mario Paier, die Einsichtnahme in die aktuellen Verkehrswerte und die Entwicklung der Verkehrswerte in Wien detailliert pro Basisstation ermöglicht.

Die Mobilkom nahm mit Schriftsatz vom 26. Juni 1998 zum Gutachten von Prof. Walke Stellung. Dabei wurden insbesondere Bedenken hinsichtlich der Methodik des Gutachtens, hinsichtlich der darin enthaltenen Beweiswürdigung und der Beurteilung von Rechtsfragen sowie zu einigen von Prof. Walke getroffenen Annahmen (Bundesland Wien entspricht Großraum Wien; Großraum Wien wird nicht von der MSC Leopoldau versorgt) vorgebracht; auch die von Prof. Walke angesprochenen Kapazitätserhöhungs-Möglichkeiten werden als teilweise bereits durchgeführt und teilweise nicht wirtschaftlich vertretbar beurteilt.

In der Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 3. Juli 1998 wurden die bis zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Verfahrensergebnisse erörtert und die Telekom-Control-Kommission fasste den Beschluss, Herrn Prof. Mahmoud hinsichtlich der aufgetretenen Fragestellungen insbesondere zum Referenzgebiet um ergänzende Aufklärung zu ersuchen.

One nahm nach vorangegangener Akteneinsicht mit Telefax vom 15. Juli 1998 zu den bis dahin vorliegenden Verfahrensergebnissen Stellung. Darin wiederholte One den Antrag, die Kommission möge den Antrag der Mobilkom abweisen; in eventu wäre eine unabhängige Institution mit Messungen des tatsächlichen Verkehrs zu beauftragen.

In der Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 20. Juli 1998 fasste das sachverständige Mitglied der Telekom-Control-Kommission, Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl die wesentlichen Ergebnisse des geführten Beweisverfahrens zusammen; dieser Bericht wurde der Mobilkom und der One mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Akteneinsicht übermittelt und die Möglichkeit eingeräumt, zum Ergebnis der Beweisaufnahme bis spätestens 28. Juli 1998 Stellung zu nehmen.

Am 28. Juli 1998 nahmen sowohl die One als auch die Mobilkom zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung. Mobilkom geht in der Stellungnahme insbesondere auch auf die Frage einer allfälligen regionalen Zuteilung der Frequenzen ein und bringt ergänzende Ausführungen zu den Kapazitätsproblemen insbesondere in Salzburg und im Rheintal vor. One bemängelt insbesondere die fehlende Prüfung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit und verweist neuerlich darauf, dass die derzeit für das D-Netz genutzten Frequenzen für das GSM-Netz frei zu machen wären.

In einer weiteren, am 6. August 1998 eingelangten, Stellungnahme vom 4. August 1998 wiederholte One ihre Kritik am Ermittlungsverfahren und wies weiters darauf hin, dass auch „National Roaming oder ähnliche Verfahren“ als technische Möglichkeit im Sinne des § 125 Abs 3 TKG anzusehen wären. Ferner regte One an, die Telekom-Control-Kommission möge ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 177 EGV einleiten, und beantragte, dem Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen Prof. Mahmoud wegen Befangenheit stattzugeben.

Mit Fax vom 7. August 1998 wurde vom Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr die bereits erfolgte Frequenzzuteilung an die Regulierungsbehörde

hinsichtlich der konkreten Kanaluordnung entsprechend der mittlerweile erfolgten Stellungnahmen der Nachbarstaaten ergänzt.

Am 10.08.1998 beschloss die Telekom-Control-Kommission einstimmig den Bescheid K 9/98-85 (Erstbescheid), mit welchem der Mobilkom Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz aus dem Frequenzbereich GSM-1800 zur Nutzung zugewiesen wurden, beschränkt auf das Gebiet des Bundeslandes Wien. Gegen diesen Bescheid erhob One fristgerecht Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde eingebracht. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 03.10.1998 wurde dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 24.02.1999 wurde die Beschwerde der One abgewiesen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten. Seit 24.02.1999 ist Mobilkom berechtigt, die zugewiesenen Frequenzen zu nutzen. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.11.1999 legte dieser dem EuGH gemäß Art. 234 EG zwei Fragen mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vor, die vom EuGH im Urteil vom 22. Mai 2003 folgendermaßen beantwortet wurden:

„Die Erfordernisse einer der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. L 192, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 295, S. 23) geänderten Fassung entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des Einzelnen gebieten es den nationalen Gerichten, zu prüfen, ob dem Einzelnen auf Grund der anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ein Anspruch auf Nachprüfung zuerkannt werden kann, der den Kriterien von Artikel 5a Absatz 3 der Richtlinie 90/387 in der durch die Richtlinie 97/51 geänderten Fassung entspricht. Ist eine den Anforderungen von Artikel 5a Absatz 3 dieser Richtlinie genügende Anwendung des nationalen Rechts nicht möglich, so ist ein diesen Anforderungen entsprechendes nationales Gericht, das für die Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zuständig wäre, stünde dem nicht eine Bestimmung des nationalen Rechts wie die im Ausgangsverfahren fragliche entgegen, die seine Zuständigkeit ausdrücklich ausschließt, verpflichtet, diese Bestimmung unangewandt zu lassen.

Die Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG stehen einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmungen stehen jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 900-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800- Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmung steht jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM 900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.“

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 09.09.2003, wurde der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. In der Begründung wird darauf verwiesen, dass gemäß Urteil des EuGH folgende Fragen von entscheidender Bedeutung sind:

- 1) Welche Märkte für Mobilfunk gibt es?
- 2) Auf welchen Märkten hat die mitbeteiligte Partei eine beherrschende Stellung?
- 3) Hat die mitbeteiligte Partei ihre Teilnehmerkapazität im GSM-900-Netz unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft?
- 4) Ist die von der mitbeteiligten Partei für ihre GSM-900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgten Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich (bezahlte Gebühr) unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr gleichwertig, die von der Beschwerdeführerin erhoben wurde?

Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu aus, dass auf Grund des von der belangten Behörde bisher festgestellten Sachverhaltes lediglich die Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei einer abschließenden Prüfung zugeführt werden kann. Hinsichtlich dieser Frage kam der Verwaltungsgerichtshof zum Ergebnis, dass die von der belangten Behörde zur Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof standhalten und dass auch die rechtliche Beurteilung im Sinne einer Bejahung dieser Frage durch die belangte Behörde keinem Einwand begegnet.

Hinsichtlich der übrigen, im Urteil des EuGH dargestellten maßgeblichen Fragen geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass zu diesen Fragen die erforderlichen Feststellungen im angefochtenen Bescheid fehlen. Der Sachverhalt bedarf daher in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 06.10.2003 wurde das Verfahren fortgesetzt, der gesamte Akteninhalt wurde verlesen. Zur Klärung der

Frage, ob die von der mitbeteiligten Partei für ihre GSM-900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgten Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich (bezahlte Gebühr) unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr gleichwertig ist, die von der Beschwerdeführerin erhoben wurde, wurden Dr. Stefan Felder, Mag. Reinhard Neubauer und DI Dietmar Zlabinger zu Amtssachverständigen bestellt, es wurde folgender Gutachtensauftrag erteilt: „Die Gutachter haben anhand technischer und wirtschaftlicher Faktoren sowie anhand der Preisentwicklung der Frequenzen im Mobilfunkbereich zu untersuchen, inwieweit die, von Mobilkom Austria AG & Co KG entrichtete Gebühr für die erfolgten Frequenzzuteilungen, inklusive der mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission erfolgten Frequenzzuteilungen ökonomisch gleichwertig ist mit der Gebühr für die, mit Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 19.8.1997 (GZ 101059/IV-JD/97) an One GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) erfolgte Frequenzzuteilung.

Mit Schreiben vom 10.10.2003 wurde von One die Bestellung eines international renommierten, fachlich versierten und von den Verfahrensparteien unabhängigen Gutachters zur Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der bezahlten Frequenznutzungsentgelte beantragt.

Mit Schriftsatz vom 20.10.2003 wurde von tele.ring Telekom Service GmbH ein Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung eingebracht. Dieser Antrag wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 abgewiesen.

Mit Schreiben vom 17.10.2003 wurde von TriCoTel Telekom GmbH ebenfalls ein Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung eingebracht, dieser wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 zurückgewiesen, da hinsichtlich der TriCoTel Telekom GmbH über den Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung in diesem Verfahren bereits ein rechtskräftiger Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 30.07.1998 vorliegt.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 17.11.2003 wurde das Gutachten den Parteien zugestellt. Am 01.12.2003 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Im Rahmen dieser Verhandlung wurde von One ein Foliensatz vorgelegt, der einen Überblick über die gutachterliche Beurteilung des von One beauftragten Privatgutachters Prof. Gerpott darstellt (ON 201). Weiters wurde die Einvernahme von Prof. Gerpott als Auskunftsperson beantragt. In seinem Gutachten wählt Prof. Gerpott folgende Ansätze: Die bezahlten Frequenznutzungsentgelte werden auf Basis der Kapitalwertmethode verglichen. Dabei wird für die betroffenen Unternehmen der Kapitalwert bzw. Net Present Value (NPV) – das ist der kumulierte abdiskontierte Wert der Cashflow-Ströme – des Mobilfunkgeschäfts ermittelt. Dem Kalkül liegt der Zeitraum 1998 bis 2007 zugrunde, wobei bis zum Zeitpunkt 2003 die tatsächliche Entwicklung der relevanten Größen (Erlöse, operative Aufwendungen und Investitionen) herangezogen wird und die entsprechenden Größen für den Zeitraum 2003 bis 2007 geschätzt werden. Neben einer integrierten Kalkulation der Unternehmenswertunterschiede (NPV jedes Unternehmens) wird auch eine separate Kalkulation des Wertes des früheren Vermarktungsstarts (Bewertung des Kundenstamms zum Zeitpunkt des Markteintritts der One inkl. Bewertung der vorzeitigen Zuteilung) vorgenommen. Die Kalkulation stellt somit auf folgende Entscheidungssituation ab: „Welchen Kapitalwert hatten die betroffenen GSM-Frequenznutzungsrechte zum Zeitpunkt 1998 vor dem Hintergrund der tatsächlichen Entwicklung am österreichischen Mobilfunkmarkt?“.

In ihrer Stellungnahme vom 10.12.2003 zum Gutachten (ON 203) führt One aus, dass aus dem Gutachten der Amtssachverständigen aus Sicht der One nicht abgeleitet werden kann, dass durch die zusätzliche Frequenzzuteilung an Mobilkom keine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der One eingetreten ist. So hätten die Gutachter aus der Tatsache, dass One zum Zeitpunkt der Bewerbung um die Konzession der Umstand der kostenlosen Frequenzzuteilung an Mitbewerber bekannt war abgeleitet, dass dies im Angebot der One bereits berücksichtigt gewesen sei und daher die kostenlose Zuteilung von Frequenzen an Mobilkom gerechtfertigt sei. In der zweiten, im Gutachten behandelten Fragestellung sei außer Acht gelassen worden, dass als Alternative zur kostenlosen Zuteilung von Frequenzen auch noch das Setzen technischer Maßnahmen zu prüfen gewesen wäre. Hinsichtlich der Frage des First-Mover-Advantages führt One aus, dass dieser im Gutachten nach unten nivelliert wurde, während die Nachteile des späteren Markteintritts durch allzu deutlich gezeichnete Vorteile kompensiert wurden. Zum internationalen Vergleich wurde ausgeführt, dass sich daraus für die österreichische Situation keine Aussagen ableiten ließen.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender wesentlicher Sachverhalt fest:

Die Feststellungen beziehen sich auf den Zeitpunkt der Erlassung des Erstbescheides, somit auf den 10.8.1998.

Die Mobilkom betreibt in Österreich den mobilen Sprachtelefondienst mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze sowohl im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) als auch mittels des analogen Mobilfunknetzes im 900-MHz Bereich (Bescheide des BMWVK vom 6.11.1996, GZ 120641/IV-JD/96 und GZ 120637/IV-JD/96 sowie des BMWV vom 23.7.1997, GZ 101006/IV-JD/97; amtsbekannt). Der Bescheid der Mobilkom betreffend das analoge "D-Netz" gilt gemäß Punkt 2 des Bescheides bis zum 31.12.2007; gemäß § 2 der Konzession gilt die Berechtigung bis zum 31.12.2007 unter der Bedingung, dass auch für die letzten drei Jahre das von der Mobilkom betriebene Netz und die gebotenen Dienstleistungen unter Bedachtnahme auf die Frequenzökonomie den europäisch vergleichbaren Qualitätsstandard erwarten lassen (BMWVK GZ 120637/IV-JG/96). Mobilkom verfügt über ein Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz im 900 MHz-Band für die Erbringung des digitalen zellularen Mobilfunkdienstes und über ein Frequenzspektrum von derzeit 2 x 11 MHz, ab 1.1.2000 2 x 8 MHz im 900 MHz-Band für das analoge Mobilfunksystem (BMWV GZ 120637/IV-JD/96). Für die Konzession für das GSM-900 Netz der Mobilkom wurde eine Konzessionsgebühr von 4 Mrd. S vorgeschrieben (BMWV GZ 120234/IV-JD/96).

One verfügt über eine Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (DCS-1800), welche am 27.8.1997 zugestellt wurde; der öffentliche Betrieb des Mobilfunknetzes wurde bislang nicht aufgenommen (Konzession des BMWV GZ 101059/IV-JD/97, amtsbekannt). In der Konzession findet sich die Auflage, den Dienst spätestens ein Jahr nach Konzessionserteilung mit einem Versorgungsgrad von 52% anzubieten. One verfügt über ein Frequenzspektrum von derzeit 16,8 MHz im DCS-1800 Frequenzbereich, ab Erreichen einer Teilnehmerzahl von 300.000 und einem Versorgungsgrad von 75 % der Bevölkerung von 22,5 MHz. Für die Konzessionserteilung hatte One ein Konzessionsentgelt von 2,3 Mrd. S zu entrichten (BMWV GZ 101059/IV-JD/97).

Abgeleitet aus den europarechtlichen Vorgaben und dem TKG 1997 ergeben sich folgende sachlich relevante Märkte:

- 1) Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes
- 2) Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes
- 3) Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes
- 4) Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen

Der Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes wird nicht weiter unterteilt (M1/98). Die Dienste des D-Netzes und des A1-Netzes bestehen beide in Transport und Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu mobilen Netzabschlusspunkten. Beide Dienste sind daher Bestandteil des Marktes für öffentliche mobile Sprachtelefonie (und hinsichtlich der Netzleistungen an andere Netzbetreiber auch des nationalen Zusammenschaltungsmarktes). Eine Unterteilung dieses Marktes ist in den EG-Richtlinien (insbesondere in RL 97/33/EG) nicht vorgesehen. Umso weniger ist weiters davon auszugehen, dass es getrennte Märkte für GSM-900 und GSM-1800-Dienste gibt. Auch hier besteht der Dienst jeweils im Transport und Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu mobilen Netzabschlusspunkten. Es werden die selben Dienste angeboten, auch Dual-Band-Geräte sind verfügbar, die beide Frequenzbereiche unterstützen.

Mobilkom verfügte im Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie mit Ende 1997 über eine marktbeherrschende Stellung, wobei gemessen am Umsatz der Marktanteil am gesamten Markt (analog und digital) im Jahr 1997 mehr als 90%, im letzten Quartal 1997 noch mehr als 80% betrug. Die Anzahl der aktivierten Teilnehmernummern im mobilen Sprachtelefonmarkt ist im Jahr 1997 von rund 600.000 per 1. Jänner 1997 auf rund 1,165 Mio per 31.12.1997 gestiegen (Sachverhaltsfeststellungen im Verfahren der Telekom-Control-Kommission, M 1/98).

Am Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie in Österreich ist neben der Mobilkom zum Stichtag 10.8.1998 ausschließlich die max.mobil aktiv. Diese hielt im letzten Quartal 1997 einen Marktanteil am gesamten Markt (analog und digital) von unter 20% (Bescheid der Telekom-Control-Kommission GZ M 1/98). Max.mobil verfügt über ein Frequenzspektrum von 2 x 8 MHz im 900-MHz Band. Für die Konzessionserteilung hatte sie ein Konzessionsentgelt von 4 Mrd. S zu entrichten (BMWV GZ 101749/IV-JD/96).

Das digitale Mobilfunknetz A1 der Mobilkom versorgte im Jänner 1998 rund 725.000 Teilnehmer; Im Jänner 1997 waren es noch rund 320.000 Teilnehmer gewesen (ON 13, S. 15). Die Teilnehmeranzahl ist weiterhin ansteigend und betrug im Juni 1998 etwa 850.000 (ON 59).

Mobilkom setzt zum Stichtag 10.8.1998 insbesondere die folgenden Maßnahmen zur Erhöhung der Kapazität des GSM-900 Netzes ein (ON 71):

Das 5/15-Frequenzwiederholmuster wird im GSM-Netz der Mobilkom auf Makroebene ausschließlich für den BCCH-Träger eingesetzt. Für alle weiteren Verkehrsträger wird Frequenzspringen nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten in effizienter Weise verwendet und der Frequenzwiederholabstand für diese Träger ist wesentlich geringer. Damit ergibt sich über alle Trägerfrequenzen auf Makroebene de facto ein geringeres

Frequenzwiederholmuster als 4/12. Leistungsregelung (Power Control) wird generell bei Makrostationen eingesetzt. Bei Mikrostationen wird Leistungsregelung in der Abwärtsstrecke eingesetzt. Discontinuous Transmission (DTX) wird standardmäßig bei Makrostationen in der Aufwärtsstrecke eingesetzt. Die vom Lieferanten der Mobilkom ermöglichten kapazitätserhöhenden Maßnahmen, die durch electronically tilted Antennas erreicht werden können, werden ausgeschöpft. Eine hierarchische Funknetzstruktur wird durch Überlagerung einer Mikroebene für Gebiete mit hohem Verkehrsaufkommen eingesetzt. Weiters erhöhen zahlreiche Zellen innerhalb von Gebäuden die angebotene Kapazität des Netzes. Im Bereich der Makrozellen sind Sektorantennen im Einsatz.

Zu weiteren Maßnahmen zur Kapazitätserhöhung ist Folgendes festzustellen:

Features zur dynamischen Kapazitätszuteilung (Dynamic Channel Allocation) sind in der Netzwerkplanung berücksichtigt und werden im Lauf des 3. Quartals 1998 implementiert. Adaptive Antennen sind nicht am Markt verfügbar. Half Rate Mode wird von keinem GSM-Betreiber über den Testbetrieb hinaus für den kommerziellen Einsatz genutzt. Technische Schwierigkeiten bilden die erhöhten Anforderungen für C/I-Werte sowie die Probleme bei DTMF. Eine flächendeckende Struktur ausschließlich von Mikrozellen ist im innerstädtischen Bereich wegen der notwendigen Versorgung der oberen Stockwerke von Gebäuden und des fließenden Verkehrs nicht möglich.

Innerhalb der Kernzone von Wien ist beim gegebenen Netzausbau-Stand der Mobilkom, wie er im April 1998 vorlag, eine Kapazitätsreserve von lediglich 10 % vorhanden. Unter Zugrundelegung eines Szenarios, bei dem für Makrozellen das Frequenzwiederholmuster für BCCH-Träger von dem zurzeit eingesetzten Wert von 5/15 auf 4/12 reduziert wird, was eine Verschiebung von 6 – 8 Makrostationen und 4 bis 6 Mikrozellen mit je 2 Verkehrsträgern pro Makrozelle erfordert, ist in der Kernzone von Wien eine Erhöhung der angebotenen Verkehrskapazität auf 96 Erlang/km² bei einem Grade of Service (im Folgenden: GoS) von 2% erreichbar (ON 10).

Aus den tatsächlichen Verkehrswerten der GSM-Basisstationen der Mobilkom in Wien ergibt sich, dass in der Kernzone von Wien im Juni 1998 eine mittlere Verkehrsdichte von über 100 Erlang/km² in der Hauptverkehrsstunde erreicht wurde. In einem erweiterten Gebiet Wiens, das zusätzlich zur Kernzone noch die wesentlichen Geschäftsbezirke Wiens umfasst, wurde eine Verkehrsdichte von bis zu 83 Erlang/km² erreicht (ON 71). Der unter Heranziehung des erwähnten Szenarios bei gleich bleibendem GoS erzielbare Verkehrswert von 96 Erlang/km² ist bereits überschritten. Eine weitere Erhöhung der möglichen Verkehrskapazität kann unter Zugrundelegung des erwähnten Szenarios bis zu einem Wert von 110 Erlang/km² erfolgen, wobei jedoch eine Verschlechterung der Dienstgüte ("Grade of Service") eintritt.

Die ERO (European Radiocommunications Office) empfiehlt, dass sowohl aus technischen als auch aus Kapazitäts- und Frequenzeffizienzgründen einem Betreiber mit einer hohen Verkehrsdichte eine Bandbreite in der Größenordnung von 2 x 9,6 MHz bis 2 x 15 MHz für ein ausgereiftes öffentliches Mobilfunknetz zur Verfügung stehen sollte (Anhang zu ON 10).

Die Anzahl der nutzbaren Kanäle im GSM-Netz der Mobilkom in grenznahen Gebieten in Salzburg und im Rheintal beträgt nur 17 (Salzburg) bzw. 16 (Rheintal) (Beiblatt 1 zur Konzession ON 73). Die genaue Entwicklung der Verkehrswerte sowie die Entwicklung der Dienstgüte ("Grade of Service") in diesen Gebieten konnte nicht festgestellt werden.

Abschließend zu den technischen Feststellungen wird darauf verwiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis festgehalten hat, dass auf Grund des von der Behörde bisher festgestellten Sachverhaltes die Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei einer abschließenden Prüfung zugeführt werden kann, und dass die von der belangten Behörde zur Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof standhalten. Auch die rechtliche Beurteilung im Sinne einer Bejahung dieser Frage durch die belangte Behörde begegnet keinem Einwand.

Hinsichtlich der Frage der Gleichwertigkeit der von Mobilkom bezahlten Gebühr mit jener Gebühr, die von One bezahlt wurde, wird Folgendes festgestellt:

Der anzuwendende Maßstab für die Beurteilung der Gebühren „nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten“ sind nicht die Kosten der Bereitstellung der Frequenzen sondern der „Marktwert“ der Frequenzen, der letztlich Ergebnis des Investitionskalküls der Unternehmen ist. Vor diesem Hintergrund wurden folgende Sachverhalte untersucht:

- 1) Inwieweit wurde von One die entgeltlose Zuteilung von Zusatzfrequenzen an Mobilkom und max.mobil. bereits berücksichtigt?
- 2) Welchen Einfluss haben die den Betreibern jeweils zugewiesenen Frequenzbereiche (GSM-900 und GSM-1800) und Frequenzausstattungen auf die Zahl an Antennenstandorten?
- 3) Gibt es vor dem Hintergrund reiner GSM-1800-Netze und Dualband-Netze (900 MHz und 1800 MHz) wesentliche Unterschiede bei den technischen Netzkosten der betroffenen Betreiber?
- 4) Wie relevant sind Nachfrage-Vorteile (First-Mover-Vorteile) der bestehenden Betreiber vor dem Hintergrund der Existenz von Wechselkosten zum Lizenzierungs- und Markteintrittszeitpunkt von One?
- 5) In welchem Verhältnis stehen die betroffenen Frequenznutzungsentgelte im Vergleich zu den bisher in Österreich und auch international entrichteten Frequenznutzungsentgelten?

Zu den genannten Fragen ergeben sich folgende Feststellungen:

ad 1.) Inwieweit wurde von One die entgeltlose Zuteilung von Zusatzfrequenzen an Mobilkom und max.mobil. bereits berücksichtigt?

Bei der Bewertung des Wertes einer Konzession durch einen Antragsteller fließt neben der Markteinschätzung auch die Frequenzausstattung bestehender Mitbewerber ein. Ebenso ist bei einer wirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen, dass die entgeltlose Zuteilung von Zusatzfrequenzen an bestehende Betreiber Berücksichtigung findet, wenn diese dem Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung bekannt ist.

Zum Zeitpunkt der Bewerbung der One um die 1997 aus dem DCS-1800-MHz-Bereich zu vergebende Konzession, war One bekannt, dass eine entgeltlose Zuteilung von Zusatzfrequenzen aus dem GSM-1800-Bereich an Mobilkom und max.mobil. (jedenfalls nach Ablauf von drei Jahren) erfolgen kann. In den Antragsunterlagen der One findet sich dazu folgender Passus: „Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen sehen vor, dass die existierenden GSM-Betreiber nach drei Jahren kostenlosen Zugang zum DCS-1800-Spektrum erhalten, während keinerlei Zuteilung von GSM-900-Frequenzen an den dritten Betreiber

vorgesehen ist.“ In der Fußnote zu diesen Ausführungen findet sich folgende Anmerkung: „Bei den Bewertungen der Auswirkungen auf die Konzession wurde nicht zum Ansatz gebracht, dass GSM-Betreibern angesichts der Rechtslage gegebenenfalls schon vor Ablauf dieser 3 Jahre DCS-1800-Frequenzen zugeteilt werden könnten.“

Im Rahmen der Bewertung der 3. GSM-Konzession – und somit auch im angebotenen Nutzungsentgelt - ist eine unentgeltliche Zuteilung von Frequenzen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich daher berücksichtigt worden, eine solche Zuteilung (jedenfalls nach Ablauf von drei Jahren) ist somit bereits in den Gebühren internalisiert bzw. reflektiert sich im Verhältnis der beiden Gebühren.

ad 2 und 3.) Welchen Einfluss haben die den Betreibern jeweils zugewiesenen Frequenzbereiche (GSM-900 und GSM-1800) und Frequenzausstattungen auf die Zahl an Antennenstandorten?

Gibt es vor dem Hintergrund reiner GSM-1800-Netze und Dualband-Netze (900 MHz und 1800 MHz) wesentliche Unterschiede bei den technischen Netzkosten der betroffenen Betreiber?

Die physikalischen Ausbreitungsbedingungen sind für Funkwellen im Bereich 900 MHz günstiger als im Bereich 1800 MHz. Die maximale Zellfläche einer GSM-900 Basisstation ist etwa 1,89 mal so groß, wie die maximale Zellfläche einer GSM-1800 Basisstation.

Die Zellfläche bei GSM-900 und GSM-1800 steht je nach Geländeklasse im Verhältnis von 1:2,07 (ländlich) bis 1:4,41 (urban).

Weitere Faktoren (stark gebirgiges Gelände, Oberflächendaten, Antennenabmessungen, Antennen-Diversity, Gesprächspausenunterbrechung, Frequency Hopping, Überlappung der Funkzellen und hierarchische Funkzellen) können sowohl bei GSM-900 als auch bei GSM-1800 negativen oder auch positiven Einfluss auf die Ausbreitung bzw. die Zellgröße und damit auf die notwendige Anzahl von Basisstationen haben, es ergibt sich daraus kein wesentlicher allgemein gültiger Vorteil für GSM-900 oder GSM-1800.

Ergebnisse von Ausbreitungsmessungen bestätigen die aus dem Okumura-Hata-Modell (GSM-900) bzw. erweiterten Okumura-Hata-Modell (GSM-1800) abgeleiteten Aussagen.

Die beschriebenen maximalen Zellradien aufgrund der Funkfelddämpfung sind allerdings nur dann relevant, wenn nicht aufgrund hohen Verkehrsaufkommens das Netz ohnehin verdichtet werden muss. Eine Verdichtung des Netzes ist - von Ballungsräumen ausgehend - mit zunehmender Teilnehmeranzahl notwendig, weil pro Basisstation nur eine begrenzte Anzahl gleichzeitiger Gespräche abgewickelt werden kann. Diese Anzahl hängt von der für einen Betreiber insgesamt verfügbaren Bandbreite ab.

Festgestellt wurde, dass bei gleichen Teilnehmerständen sich im Netz von One mehr Basisstationen als im Netz von Mobilkom befanden.

Ein GSM-900-Netz braucht daher jedenfalls in einer frühen Ausbaustufe (zu Beginn des Netzbetriebs) weniger Basisstationen, mit zunehmender Teilnehmeranzahl wird der Unterschied geringer.

Je mehr Bandbreite einem Betreiber allerdings zur Verfügung steht, umso weniger Basisstationen benötigt er in Ballungszentren, da pro Standort mehr Frequenzen

zur Verfügung stehen und entsprechend mehr gleichzeitige Gespräche pro Basisstation möglich sind.

In Gebieten mit dichter Netzstruktur ergibt sich daher kein wesentlicher Unterschied zwischen GSM-900 und GSM-1800. Lediglich in ländlichen Gebieten ist das Verhältnis der Zellflächen und damit das Verhältnis der notwendigen Anzahl an Basisstationen weiterhin 1:2,07.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch externe Einflussfaktoren, die keinen direkten Zusammenhang mit dem Unterschied zwischen GSM-900 und GSM-1800 haben, auf den Netzausbau eingehen. So wurden die Netze zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit Equipment unterschiedlicher Leistungsfähigkeit verschiedener Hersteller errichtet. Die Netzstruktur (Anzahl der Basisstationen) wird auch nicht kontinuierlich (linear), sondern in Ausbausritten an die Zahl der Teilnehmer angepasst.

Hinsichtlich der Netzkosten ist Folgendes festzuhalten: Da ein GSM-900-Netz in einer frühen Ausbaustufe (zu Beginn des Netzbetriebes) weniger Basisstationen braucht, liegt jedenfalls kurzfristig im Bezug auf die Zahl an Standorten ein Kostenvorteil vor. Demgegenüber hat ein Betreiber, der später in den Markt eintritt, auf Grund des Preisverfalls bei Equipment sowie technischer Weiterentwicklungen einen Kostenvorteil. So gab es bei Basisstationen in der Zeit von 1992 - 1997 einen Preisverfall auf etwa die Hälfte. Der Preisverfall hat sich bis heute fortgesetzt. Da One wesentliche Teile des Netzausbaus später als Mobilkom durchgeführt hat, konnte One die im Bereich des Equipements eingetretenen Verbilligungen und die technischen Fortschritte für sich nutzen, die inzwischen eingetretenen Preissenkungen und technischen Verbesserungen kamen ihr zu Gute. Darüber hinaus verfügt One über eine breitere Frequenzausstattung, die langfristig mit zunehmendem Verkehr die anfänglichen Kostennachteile kompensiert.

Hinsichtlich der weiteren Kostenbestandteile lassen sich auf Grund der unsicheren Datenbasis bei den technischen Netzkosten von Mobilkom keine weiteren Aussagen treffen.

ad 4.) Wie relevant sind Nachfrage-Vorteile (First-Mover-Vorteile) der bestehenden Betreiber vor dem Hintergrund der Existenz von Wechselkosten zum Lizenzierungs- und Markteintrittszeitpunkt von One?

Ein früher lizenziertes Unternehmen hat Nachfrage-Vorteile gegenüber später in den Markt eintretenden Unternehmen. Diese basieren vor allem auf Wechselkosten im Zusammenhang mit einer bestehenden Kundenbasis, die einen hohen Anteil an Geschäftskunden mit hoher Zahlungsbereitschaft und Nachfragemenge umfasst. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt, zu dem der Markteintritt von One unmittelbar bevorsteht, gibt es ca. 1,4 Millionen GSM Teilnehmer. Dies markiert die Obergrenze an Teilnehmern, für die First-Mover-Vorteile aus Nachfrageeffekten vorliegen. Der tatsächliche First-Mover-Vorteil (bzw. der Wert der bestehenden Kundenbasis) ist allerdings erheblich geringer zu schätzen. Seit dem Lizenzierungszeitpunkt von One ist das Marktwachstum stark angestiegen. Aus diesem Grund ist ein wesentlich höheres Marktsättigungsniveau zu erwarten, als zum Zeitpunkt der Lizenzierung der One erwartet wurde, womit der Anteil an bestehenden Teilnehmern am langfristigen Marktpotenzial (und damit auch der First-Mover-Vorteil) geringer als erwartet ausfallen wird. Darüber hinaus legt die ökonomische Theorie nahe, dass Unternehmen in Phasen hohen Marktwachstums (auf Grund der langfristigen Bedeutung von Neukunden) nur

eingeschränkt First-Mover-Vorteile aus Wechselkosten ziehen können, längerfristig aber ein Teil des bestehenden Kundenstamms (wie nicht zuletzt die relativ hohe Churnrate zeigt) wieder in sogenannter Wechselfreiheit sein wird.

ad 5.) In welchem Verhältnis stehen die betroffenen Frequenznutzungsentgelte im Vergleich zu den bisher in Österreich und auch international entrichteten Frequenznutzungsentgelten?

Das von Mobilkom für die Grundausstattung bezahlte Entgelt je Einwohner und Bandbreite ist im internationalen Vergleich sehr hoch. So hat Mobilkom für ein Spektrum von 2x8 MHz einen Preis von ATS 4 Milliarden bezahlt. Daraus ergibt sich ein Preis pro MHz-pop von 462 Eurocent. Unter Berücksichtigung der entgeltlosen Zuteilung zusätzlicher 2x5 MHz aus dem DCS-1800-Bereich ergibt sich noch immer ein Preis von 286 Eurocent pro MHz-pop. Ein Vergleich mit den in anderen Ländern bezahlten Preisen pro MHz-pop ergibt, dass Mobilkom im Vergleich dazu einen deutlich höheren Preis bezahlt hat. So wurde z.B. in Belgien 1995 der Incumbent verpflichtet, ein Frequenznutzungsentgelt zu entrichten. Dieses lag pro MHz-pop bei Eurocent 182. In weiterer Folge erfolgte eine entgeltlose Zuteilung von Zusatzfrequenzen aus dem DCS-1800-Bereich an den genannten Betreiber. In Griechenland betrug der bezahlte Preis pro MHz-pop (unter Berücksichtigung der Kaufkraftparität) 122 Eurocent, in Ungarn (ebenfalls unter Berücksichtigung der Kaufkraftparität), 128 Eurocent und in den USA wurden bei der ersten PCS Broadband Auction ca. 74 Eurocent je MHz und Einwohner erlost.

In den Niederlanden wurden Konzessionen zu Beginn des Jahres 1998 vergeben. Die Preise pro MHz-pop lagen zwischen 60 und 85 Eurocent.

Aber auch die Preisentwicklung auf dem österreichischen Markt bestätigt, dass das von Mobilkom bezahlte Entgelt sehr hoch ist. Der Preis pro Hz für One, der im August 1997 eine Konzession erteilt wurde, betrug 7,5 Euro, während Mobilkom einen Preis pro Hz von Euro 37,4 entrichtete. Damit hat Mobilkom je Bandbreite um den Faktor 5 mehr bezahlt als One. Bei einer entgeltlosen Zuteilung der Zusatzfrequenzen sinkt der Preis von Mobilkom auf 23 Euro je Hz und ist noch immer um den Faktor 3,1 über der von One bezahlten Gebühr je Hz.

Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur technischen Notwendigkeit der Zuteilung der Frequenzen ergeben sich aus dem Gutachten von Dr. Mahmoud. Zur Beweiswürdigung ist festzuhalten, dass die zur Erstfassung des Gutachtens von Prof. Mahmoud seitens One vorgebrachten Einwände, insbesondere Unklarheiten hinsichtlich des Referenzgebiets und in Bezug auf einzelne Werte, im Lauf des Verfahrens anhand der von Prof. Walke angemerkten klärungsbedürftigen Punkte, durch Einholung bzw. Einsicht weiterer Informationen bei Mobilkom und durch eigene Fachkunde des sachverständigen Mitglieds der Telekom-Control-Kommission, Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl, geklärt werden konnte. Die seitens One vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Befangenheit bzw. Voreingenommenheit und der mangelnden Sachkunde von Prof. Mahmoud konnten aus der Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht erhärtet werden; dasselbe gilt hinsichtlich der Bedenken der Mobilkom zur Befangenheit und mangelnden Sachkunde von Prof. Walke. Zwar trifft es zu, dass die Erstfassung der Studie von Prof. Mahmoud in einigen Fragen missverständlich war; anhand der ergänzenden Erhebungen und weiterer Simulationen mit unterschiedlichen Parameter-Werten konnte jedoch das

Modell von Prof. Mahmoud validiert werden. Ebenso trifft es zu, dass das Ergebnis des Gutachtens von Prof. Walke aufgrund von Irrtümern über die Datenbasis nicht als unmittelbare Grundlage für die Entscheidung dienen konnte. Diese Irrtümer sind jedoch nicht das Ergebnis mangelnder Fachkunde, sondern aus dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen heraus erklärlich und konnten auch tatsächlich aufgeklärt werden. Aufgabe des Sachverständigen war es nicht, eine vollständige Erhebung und eigene Befundung samt gutächterlicher Äußerung zur Hauptfrage des Verfahrens durchzuführen, sondern im Wesentlichen die Plausibilität der bis dahin vorliegenden Ergebnisse zu prüfen. Eine weitere Bestellung oder ergänzende Befragung bzw. Beauftragung von Sachverständigen konnte trotz der erwähnten Unklarheiten bzw. Irrtümer unterbleiben, da die Telekom-Control-Kommission, bei deren Zusammensetzung gemäß § 112 TKG auch darauf Bedacht zu nehmen war, dass ein Mitglied über einschlägige technische Kenntnisse verfügt, aufgrund eigener Fachkunde in der Lage war, auf der Basis der Studie von Prof. Mahmoud samt durchgeführten ergänzenden Berechnungen, des Gutachtens von Prof. Walke und der vorgelegten bzw. eingesehenen Unterlagen der Parteien eine Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Hauptfrage vorzunehmen.

Zum Einwand der Beauftragung von Prof. Mahmoud durch eine unzuständige Behörde ist festzuhalten, dass die Studie von Prof. Mahmoud der Telekom-Control-Kommission vom BMWV zur Verfügung gestellt wurde; sie wurde – ebenso wie die ergänzenden Berechnungen – als Urkundenbeweis in das vor der Telekom-Control-Kommission eröffnete Verfahren eingeführt. Gemäß § 46 AVG kommt als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. Es war daher für die Telekom-Control-Kommission kein Grund gegeben, diese Studie aus dem Verfahren auszuklammern; sie war vielmehr gemäß § 45 Abs 2 AVG im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

One bemängelt pauschal das Unterbleiben „objektiver Messungen“ durch einen „unabhängigen Sachverständigen“; im Vorbringen der One wird jedoch nicht ausgeführt, welche Messungen dieser Sachverständige vorzunehmen hätte. Die einzige Möglichkeit zur Messung der Verkehrswerte für die Hauptverkehrsstunde für ein Referenzgebiet besteht in der Auswertung der statistischen OMC-Messungen, die von Mobilkom kontinuierlich im laufenden Betrieb durchgeführt werden. Diese Daten wurden von Mobilkom aufgeschlüsselt auf alle Mikro- und Makrozellen für das Bundesland Wien zurückgehend um ein Jahr für jede Kalenderwoche der Telekom-Control-Kommission offen gelegt. Eine Messung dieser Werte „von außen“, wie dies die One in ihrem Vorbringen urgiert, ist für die zur Kapazitätserreichung einzig relevanten Verkehrswerte der einzelnen Basisstationen nicht möglich. Die Telekom-Control-Kommission hat sich jedoch anhand der durch den beigezogenen Amtssachverständigen DI Mario Paier und das sachverständige Mitglied der Telekom-Control-Kommission durchgeführten Einsicht in die Unterlagen der Mobilkom davon überzeugen können, dass die angegebenen Verkehrswerte tatsächlich erreicht werden. Die Mobilkom ist in diesem Bereich ihrer Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des Sachverhalts, wenn auch erst nach wiederholter Aufforderung und explizitem Vorhalt der klärungsbedürftigen Fragen, schließlich nachgekommen. Die vorgelegten und eingesehenen Unterlagen waren vollständig, schlüssig und in der dargestellten Entwicklung plausibel; es liegen – auch im Hinblick auf den Umfang und die Konsistenz der Informationen – keinerlei Anhaltspunkte für eine mangelnde Glaubwürdigkeit der erhobenen Daten vor. Der pauschale Vorwurf der One, wonach die Angaben der Antragstellerin ungeprüft übernommen worden seien und dies mit der amtswegigen Beweisaufnahme unvereinbar wäre (ON 75, S 2), geht damit ins Leere. One verkennt das Wesen des amtswegig durchzuführenden

Ermittlungsverfahrens, wenn sie eine Heranziehung von Angaben der Antragstellerin generell ablehnt. Die Behörde hat gemäß § 45 AVG unter sorgfältiger Würdigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Soweit bestimmte Tatsachen – wie im konkreten Fall die Verkehrswerte an den einzelnen Basisstationen – nur unter Mitwirkung der Antragstellerin festgestellt werden können, ist deren Mitwirkung erforderlich (vgl VwGH 2.6.1984, 84/04/0055 uva); die unter Mitwirkung der Antragstellerin ermittelten Ergebnisse unterliegen ebenso der freien Beweiswürdigung im Sinne des § 45 AVG.

Anders als die Messungen der Verkehrswerte wären GoS-Messungen durch einen unabhängigen Gutachter stichprobenartig zur Erhebung der Dienstgüte und Sprachqualität grundsätzlich möglich. Eine derartige Erhebung kann jedoch nicht zur Ermittlung der Verkehrswerte für ein Referenzgebiet dienen und ist quantitativ zur Validierung der Simulationsergebnisse aussagegelos. Solche stichprobenartigen Messungen werden von Mobilfunkbetreibern in der Form von Testfahrten in regelmäßigen Abständen durchgeführt. Dabei wird die Dienstgüte und Sprachqualität sowohl des eigenen Mobilfunknetzes, als auch der Netze der konkurrierenden Mobilfunkbetreiber gemessen. Messungen dieser Art wurden von Mobilkom vorgelegt, konnten jedoch aufgrund der sehr geringen Korrelation zu den OMC-Verkehrswertmessungen für die Hauptverkehrsstunde nicht zur Validierung der Simulationsergebnisse herangezogen werden. Da diese sehr geringe Korrelation auch für stichprobenartige Messungen eines unabhängigen Sachverständigen gelten würde und auch die ausschlaggebende Verkehrswerte für ein Referenzgebiet auf diese Weise überhaupt nicht gemessen werden könnten, wurde von solchen Messungen abgesehen.

Die GoS-Werte, die in Bezug auf die oben genannten Verkehrswerte für die Hauptverkehrsstunde relevant sind, können daher ebenfalls nur aus dem OMC-System bezogen werden und wurden in gleicher Weise wie die Verkehrswerte von der Mobilkom schließlich der Telekom-Control-Kommission offen gelegt. Anhand dieser Daten konnten die Simulationsergebnisse von Prof. Mahmoud, die für das bestehende Netz berechnet wurden, validiert werden.

Der Sachverständige Prof. Walke schlug in seinem Gutachten vor, weitere Messdaten aus dem laufenden Betrieb, die einen entscheidenden Beitrag zur Klärung der Frage, wie sich die Istsituation in dem von Mobilkom als besonders kritisch dargestellten Netzbereich tatsächlich darstellt, zu erheben. Diese Messdaten sollten Verkehrsaufkommen pro Basisstation für die Hauptverkehrsstunde sowie zugehörige GoS-Werte umfassen. Entsprechend diesem Vorschlag wurde die Mobilkom zur Vorlage der Messwerte angehalten; wie bereits ausgeführt, konnten anhand dieser Messdaten die Simulationsergebnisse für die bestehende Netzkonfiguration validiert werden. Bereits Prof. Mahmoud lagen jedoch auch, entgegen der Annahme von Prof. Walke, dezidierte Netzkonfigurationsdaten und Verkehrswerte aufgeschlüsselt auf Basisstationen vor.

Prof. Walke untersuchte anhand einer Modellrechnung ein Netzkonfigurationsszenario, in dem ausschließlich Makrozellen zum Einsatz kommen. Er legte dieser Berechnung nicht wie Prof. Mahmoud die reale Netzkonstellation der Mobilkom, sondern eine regelmäßige Funknetzstruktur zugrunde. Prinzipiell entspricht das untersuchte Szenario dem Szenario NC2 aus dem Gutachten von Prof. Mahmoud. Prof. Walke berechnete für einen Zellradius von 550 Meter eine theoretisch angebotene Kapazität von 111,3 Erlang/km². Eine Berücksichtigung der nicht uniformen Verkehrsverteilung zeigt, dass nur etwas über 70% der theoretischen angebotenen Kapazität auch tatsächlich ausgenutzt

werden kann (Stellungnahme Mobilkom vom 15. 7. 1998, ON 65, Anhang 1: VTC'97 Alfred Baier, Karin Bandelow „Traffic engineering and realistic network capacity in cellular radio networks with inhomogeneous traffic distribution“). Damit erhält man aus dem von Prof. Walke berechneten Wert einen effektiven Verkehrswert von etwa 80 Erlang/km² und damit eine gute Übereinstimmung mit dem von Prof. Mahmoud simulierten Verkehrswert von 82 Erlang/km². Auch aufgrund dieser Berechnungen kam die Telekom-Control-Kommission daher zur Überzeugung, dass die Verkehrswerte, wie sie von der Mobilkom vorgelegt wurden, die tatsächliche Netzbelastung widerspiegeln.

Die Feststellungen zur Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der von Mobilkom und One jeweils bezahlten Frequenznutzungsentgelte ergeben sich aus dem vorliegenden eingehenden und von den Gutachtern in den Sitzungen der Telekom-Control-Kommission persönlich überzeugend dargelegten Amtsgutachten, welches in sich schlüssig und nachvollziehbar ist. Daraus lässt sich ableiten, dass Mobilkom für ihre ursprüngliche Frequenzausstattung sowohl national als auch international ein vergleichsweise hohes Frequenznutzungsentgelt entrichtet hat. Weiters ergibt sich aus dem Gutachten, dass die technischen Unterschiede zwischen einem reinen GSM-1800-Netz, wie es von One betrieben wird und einem gemischten Netz (GSM-900 und GSM-1800) wie es bei Mobilkom zum Einsatz kommt, keinen derartigen Preisunterschied hinsichtlich der Frequenznutzungsentgelte rechtfertigen.

Auch dem so genannten First-Mover-Advantage, der insbesondere aus Nachfrageeffekten im Zusammenhang mit Wechselkosten resultiert und der zahlenmäßig nicht seriös quantifiziert werden kann, stehen Vorteile eines späteren Markteintrittes, wie branchenspezifische Lernkurven, Prozessinnovationen, ein geringeres Markteintrittsrisiko sowie die bereits erfolgte Markterschließung durch früher in den Markt eingetretene Unternehmen gegenüber. Für die wirtschaftliche Beurteilung des Wertes der betroffenen Frequenznutzungsgebühren relevant ist nicht der - zeitlich nach der vorzunehmenden Entscheidung - tatsächlich eintretende First-Mover-Vorteil sondern primär der von den Unternehmen zum Lizenzierungszeitpunkt langfristig erwartete. Dahingehend wurde die Feststellung getroffen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der First-Mover-Vorteil nicht seriös abgeschätzt werden kann. Für die Richtigkeit dieser Feststellung, dass der First-Mover-Vorteil nicht quantifiziert werden kann, spricht die nach der getroffenen Entscheidung eingetretene Entwicklung. Die Marktdurchdringung trat viel rascher und intensiver ein als erwartet und dies zu einem Zeitpunkt, als One gemäß den Auflagen ihrer Konzession bereits in den Markt eingetreten war. Auf Grund der wesentlich konservativeren Schätzungen zum Lizenzierungszeitpunkt fiel der First-Mover-Vorteil (Late-Comer-Nachteil) tatsächlich wesentlich geringer aus als zum Zeitpunkt der Lizenzierung erwartet wurde.

Die Feststellungen hinsichtlich der Einschätzung der Marktsituation durch One zum Zeitpunkt der Antragstellung für ihre Konzession ergeben sich aus dem Konzessionsantrag der One, der im Wege der Amtshilfe vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zugänglich gemacht wurde.

Die Feststellungen zu den physikalischen Ausbreitungsbedingungen von GSM-900 und GSM-1800-Netzen ergeben sich aus dem Okumura-Hata-Modell, sie werden gestützt durch aus der Literatur entnommene Ergebnisse von Ausbreitungsmessungen.

Zu dem von One eingebrachten Gutachten von Prof. Gerpott ist Folgendes auszuführen: Im Gutachten werden die Gebühren auf Basis der

Kapitalwertmethode verglichen. Dabei wird für die betroffenen Unternehmen der Kapitalwert bzw. Net Present Value (NPV) – das ist der kumulierte abdiskontierte Wert der Cashflow-Ströme – des Mobilfunkgeschäfts ermittelt. Dem Kalkül liegt der Zeitraum 1998 bis 2007 zugrunde, wobei bis zum Zeitpunkt 2003 die tatsächliche Entwicklung der relevanten Größen (Erlöse, operative Aufwendungen und Investitionen) herangezogen wird, und die entsprechenden Größen für den Zeitraum 2003 bis 2007 geschätzt werden. Neben einer integrierten Kalkulation der Unternehmenswertunterschiede (NPV jedes Unternehmens) wird auch eine separate Kalkulation des Wertes des früheren Vermarktungsstarts (Bewertung des Kundenstamms zum Zeitpunkt des Markteintritts der One inkl. Bewertung der vorzeitigen Zuteilung) vorgenommen. Die Kalkulation stellt somit auf folgende Entscheidungssituation ab: „Welchen Kapitalwert hatten die betroffenen GSM-Frequenznutzungsrechte zum Zeitpunkt 1998 vor dem Hintergrund der tatsächlichen Entwicklung am österreichischen Mobilfunkmarkt?“.

Der in diesem Gutachten gewählte Ansatz ist aus einer Reihe von Gründen zu kritisieren:

Generell ist es nur sehr eingeschränkt zulässig, die tatsächliche Entwicklung für die Bewertung von Frequenzgebühren, die 1996 und 1997 ermittelt wurden heranzuziehen. Eine solche Vorgangsweise reflektiert in keiner Weise die Entscheidungssituation der betroffenen Unternehmen zu den jeweiligen Lizenzierungszeitpunkten und führt im Ergebnis zu einer inadäquaten Berücksichtigung der damaligen Erwartungen und Unsicherheiten im Bezug auf die zukünftige Marktentwicklung und damit zu einer falschen Bewertung der historisch geleisteten Nutzungsentgelte. Im Amtsgutachten ist dokumentiert welche Unterschiede zwischen den Prognosen der Lizenzwerber und der tatsächlichen Entwicklung bestehen. Damals gingen die Unternehmen von einer Penetrationsrate von 20% bis 40% aus. Mittlerweile liegt die Penetrationsrate bei über 80%, wobei die günstigere Marktentwicklung eher als Vorteil denn als Nachteil für Late-Comer zu werten ist.

Im Ergebnis führt dies zu einer nicht gerechtfertigten Aufwertung der Zusatzfrequenzen, wie nachfolgende Überlegung zeigt: Im Rahmen des integrierten Ansatzes (im Gutachten der One) wird unterstellt, dass eine Wettbewerbsverzerrung dann gegeben sei, wenn die Differenz aus Unternehmenswert (NPV) und jeweiliger Frequenzgebühr beider Unternehmen nicht gleich sei. Gemäß den Kalkulationen der Gutachter beläuft sich die Differenz der Unternehmenswerte auf 16,9 Mrd. ATS, die Differenz der Gebühren beläuft sich auf 1,7 Mrd. ATS. Der Logik des Gutachtens folgend hätte die Mobilkom für die Zusatzfrequenzen von 2x5 MHz 15,2 Mrd. ATS (1,1 Mrd. €) zu zahlen, damit es zu keinen Wettbewerbsverzerrungen käme. Das entspricht einem Durchschnittspreis von ca. 220 € je Hz (bzw. ca. 27 € je Einwohner und MHz). Dieser Preis ist ein Vielfaches über jenen Gebühren, die im Rahmen der Zuteilung der Erstausrüstung bezahlt wurden: One hat ca. 7 €/Hz (bzw. ca. 0,9 € je Einwohner und MHz) bezahlt, Mobilkom für die Erstausrüstung ohne Zusatzfrequenzen ca. 37 €/Hz (bzw. ca. 4,6 € je Einwohner und MHz). Bei der UMTS-Vergabe in Deutschland (bei der die höchste je für Frequenzen bezahlte Gebühr eingehoben wurde) beträgt die Frequenzgebühr für das FDD-Spektrum ca. 10,5 € je MHz und Einwohner. Eine solche Wertermittlung für Zusatzfrequenzen geht an der wirtschaftlichen Realität vorbei: Kein Unternehmen würde einen solchen Preis für Zusatzfrequenzen zahlen, da sich der Wert von Zusatzfrequenzen primär an den Opportunitätskosten der (des partiellen Substituts) Netzverdichtung orientiert und nicht durch eine retrograde Anpassung zu konservativer Prognosen zum Lizenzierungszeitpunkt bestimmt wird. Wären die betroffenen Zusatzfrequenzen von Mobilkom im Rahmen einer Versteigerung

erworben worden, hätte sich vermutlich ein Preis in der Größenordnung jener Gebühren eingestellt, die bei späteren Auktionen von Zusatzfrequenzen in Österreich bezahlt wurden. Nehmen wir an, der Preis läge um den – sehr optimistisch geschätzten – Faktor 5 über den in der GSM Auktion 2001 bezahlten Preisen für Zusatzfrequenzen von ca. 3,5 €/Hz. In diesem Fall würde wohl niemand unterstellen, dass dies eine Wettbewerbsverzerrung bedinge, da ja beide Gebühren (jene für die Erstausrüstung und jene für die Zusatzfrequenzen) auf Basis von Marktmechanismen ermittelt worden wären. Dies würde zu folgender paradoxen Situation führen: Ein Preis von 87 Mio. Euro ($=3,5\text{€/Hz} \cdot 5\text{MHz} \cdot 5$) wäre bei einer Zuteilung mittels Auktion nicht wettbewerbsverzerrend, aber – der Logik des Gutachtens der One folgend – sehr wohl bei einer Zuteilung durch die Regulierungsbehörde (87 Mio. Euro < 1,1 Mrd. €). Der Grund dafür ist, dass der Wert der Lizenz auf Basis der tatsächlichen Marktentwicklung berechnet wurde, und dabei die Divergenz zwischen tatsächlicher Entwicklung und Erwartungshaltung zu den Lizenzierungszeitpunkten vollkommen vernachlässigt wurde. Die Frage müsste also richtigerweise lauten: „Welchen Kapitalwert hatten die betroffenen GSM-Frequenznutzungsrechte zum Zeitpunkt 1998 vor dem Hintergrund der Erwartungshaltungen der Unternehmen zu den jeweiligen Lizenzierungszeitpunkten?“. Wenn die Entscheidungssituation eines Lizenznehmers durch Anwendung der Kapitalwertmethode simuliert wird, dann müsste dem Kalkül jedenfalls eine ex-ante-Betrachtung zugrunde gelegt werden, wobei dann noch immer fraglich ist, ob Unterschiede im Kapitalwert für sich alleine schon eine Wettbewerbsverzerrung darstellen. Insgesamt ist die Beurteilung von Wettbewerbsverzerrungen auf Basis einer ex-post Kalkulation der Kapitalwerte nicht zulässig und würde konsequent zu Ende gedacht implizieren, dass Frequenzgebühren (auch wenn sie mittels eines Marktmechanismus ermittelt werden) zwangsläufig längerfristig wettbewerbsverzerrend sein müssten: zum einen weil Prognosen in der Regel immer von der tatsächlichen Entwicklung abweichen. Zum anderen weil der Anteil des NPV, der durch Frequenzgebühren abgeschöpft wird von Vergabe zu Vergabe variieren kann (z.B. auf Grund unterschiedlicher Bewerberzahl). Daraus schon eine Wettbewerbsverzerrung abzuleiten ist nicht zulässig.

Bei der Beurteilung des First-Mover-Vorteils wird unterstellt, dass der First-Mover-Vorteil dauerhaft zu signifikant höheren Umsatzzahlen führe und Erlösunterschiede zu einem erheblichen Teil – implizit wird sogar unterstellt zur Gänze – auf First-Mover-Vorteile zurückzuführen seien. Dies ist eine willkürliche Annahme. Es ist nicht einsichtig, warum Unterschiede in den Marktanteilen im Jahr 2002 ausschließlich nur auf First-Mover-Vorteile aus dem Jahr 1998 zurückzuführen sein sollten und nicht auch auf unterschiedlichen Geschäftsstrategien der Unternehmen. Beispielsweise konnte die Mobilkom im Jahr 2002 einen wesentlich höheren Nettozuwachs an Teilnehmern (Freischaltungen minus Abmeldungen) verzeichnen als One. Dies ist wohl kaum mit First-Mover-Vorteilen aus dem Jahr 1998 zu begründen. Dass im Mobilfunk First-Mover-Vorteile (z.B. durch Nachfrage-Vorteile) vorliegen wird auch im Amtsgutachten ausgeführt, allerdings ist deren Ermittlung auf Basis der tatsächlichen langfristigen Profitabilität nicht zulässig.

Die oben ausgeführten Kritikpunkte gelten im wesentlichen auch für den zweiten Teil der Analyse, in dem eine separate Kalkulation des Wertes des früheren Vermarktungsstartes und der früheren 1800-MHz-Frequenzverfügbarkeit vorgenommen wird. Dabei wird der tatsächliche Kundenstamm zum Markteintrittszeitpunkt von One mit dem langfristig tatsächlich realisierten NPV pro Teilnehmer bewertet, was aus den oben genannten Gründen unzulässig ist. Dieser Teil der Analyse deckt auch deutlich den systematischen Fehler des Gutachtens auf. Der Wert der Mobilkom-Kundenbasis zum Markteintrittszeitpunkt

von One wird mit 3,6 Mrd. ATS beziffert, wobei die Effekte aus der frühzeitigen Nutzung des GSM-1800-Spektrums keine Berücksichtigung finden (diese werden separat quantifiziert). Der Wert der Kundenbasis ist damit deutlich höher als die Differenz der Lizenzentgelte von 1,7 Mrd. ATS (4 Mrd. ATS minus 2,3 Mrd. ATS), woraus geschlossen wird, dass die Frequenzgebühren nicht gleichwertig seien und folglich eine Wettbewerbsverzerrung darstellen. Nur das von One im Jahr 1997 angebotene Nutzungsentgelt von 2,3 Mrd. ATS basiert aber auf freiwilliger Basis und in Kenntnis des von Mobilkom bezahlten Nutzungsentgelts. Heute zu unterstellen, dass nunmehr durch eine andere als die erwartete Marktentwicklung eine Wettbewerbsverzerrung in Folge unsachgemäß unterschiedlicher Bewertung der Frequenzen vorliege und daher eine vorzeitige entgeltlose Vergabe von DCS 1800-Frequenzen an Mobilkom nicht gerechtfertigt sei ist wohl nicht zulässig und hieße im Ergebnis, dass die Behörde den von One zum Lizenzierungszeitpunkt begangenen Prognosefehler zu korrigieren hätte.

Der mit 2007 festgelegte Endzeitpunkt der Amortisationsdauer mag zwar aus betriebswirtschaftlicher Sicht Sinn machen (Planungshorizonte von mehr als 10 Jahren sind vermutlich nicht üblich) spiegelt aber dennoch nicht die tatsächlichen Lizenzdauern der Nutzungsrechte wider. Darüber hinaus wird damit implizit eine längere Amortisationsdauer für früher in den Markt eintretende Unternehmen unterstellt, was eine Verzerrung des Ergebnisses zu Gunsten von One bedingt. Damit wird quasi unterstellt, dass alle GSM-Lizenzen unabhängig von der tatsächlichen Laufzeit zum gleichen Zeitpunkt (hier im Jahr 2007) vollkommen entwertet werden. Angesichts der Tatsache, dass im TKG 2003 explizit Refarming-Möglichkeiten vorgesehen sind, kann aber der spätere Rückgabezeitpunkt für die Frequenzen von One nicht gänzlich ignoriert werden.

Fazit: Dem Gutachter Prof. Gerpott gelingt es damit nicht die für Frequenzgebühren relevanten Faktoren, insbesondere die First-Mover-Vorteile zu isolieren (bzw. adäquat zu simulieren), sodass Schlussfolgerungen im Bezug auf etwaige Wettbewerbsverzerrungen nicht zulässig sind.

Zur Kritik am internationalen Preisvergleich ist Folgendes auszuführen:

Ein internationaler Preisvergleich (gemeint ist wohl jener im Gutachten der Amtsgutachter) wird seitens der Gutachter von One abgelehnt. Eine Übertragung der Preise auf Österreich sei aufgrund unterschiedlicher Faktoren wie Entwicklungsstand der Volkswirtschaft (Kaufkraft), Preisniveau Festnetz, Entwicklungsstand Mobilfunk, Art der Mobilfunkmarktregulierung und allgemeiner Kapitalmarktsituationsunterschiede nicht sinnvoll.

Dazu ist folgendes anzumerken: Das Amtsgutachten erschöpft sich nicht am internationalen Preisvergleich, sondern dieser dient vielmehr dazu, das Ergebnis der Untersuchung zu vervollständigen. Im Gutachten wird auch auf die methodischen Schwächen eines solchen Preisvergleichs hingewiesen bzw. werden länder- und vergabespezifische Unterschiede soweit dies möglich ist berücksichtigt. Als Beispiel möge hier die teilweise Konvertierung mittels Kaufkraftparitäten (um nationale Unterschiede in der Kaufkraft zu kompensieren) dienen. Darüber hinaus wurde versucht eine möglichst breite Palette an Vergaben einzubeziehen, so dass jedenfalls grobe Aussagen über die Größenordnung von Frequenzgebühren getroffen werden können. Im Ergebnis ist das Bild derart eindeutig, dass ein generelles Infragestellen des Ansatzes kein hinreichendes Argument sein kann. Vielmehr müsste detailliert begründet werden, welche landesspezifischen Gründe vorliegen, warum das im internationalen Vergleich sehr hohe Frequenznutzungsentgelt von Mobilkom (auch im Vergleich zum jeweils 3. Anbieter) wettbewerbsverzerrend (eine Bevorzugung zu Gunsten der

Mobilkom) sein soll und in anderen Ländern weit geringere Gebührendifferenzen dies nicht sind.

Darüber hinaus ist der internationale Preisvergleich (trotz gewisser methodischer Schwächen) aus einem weiteren Grund unverzichtbar: Keine Untersuchung (schon gar nicht eine, die ex post im Jahr 2003 angestellt wird) vermag die Erwartungshaltung von Käufern von Frequenznutzungsrechten – und damit auch die realitätsnahe Bewertung von Unsicherheit und Risiko – in bezug auf die zukünftige Marktentwicklung nur annähernd so seriös widerspiegeln, wie die Preise die sich im Rahmen von tatsächlichen Frequenzvergaben einstellen.

Rechtliche Beurteilung

Zur Frage der relevanten Sach- und Rechtslage

Die Telekom-Control-Kommission hat mit Bescheid vom 10.08.1998 (K 9/98-85) Mobilkom ein zusätzliches Frequenzspektrum im Umfang von 2x5 MHz zur Nutzung, beschränkt auf das Gebiet des Bundeslandes Wien, unentgeltlich zugewiesen. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 09.09.2003 wurde dieser Bescheid infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Gemäß § 133 Abs. 2 TKG 2003 sind Verfahren, deren abschließender Bescheid auf Grund der Bestimmungen des TKG (1997) erlassen und durch Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofs behoben wurde, nach der, zum Zeitpunkt des abschließenden Bescheides bestandenen Sach- und Rechtslage zu Ende zu führen. Die vorliegende Entscheidung beruht daher auf der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung des Erstbescheides (10.08.1998).

Zur Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage des gegenständlichen Verfahrens ist § 125 Abs 3 TKG. Dabei handelt es sich um eine Übergangsbestimmung, die wörtlich aus dem Fernmeldegesetz 1993 (§ 20a Abs. 3b in der Fassung der Novelle 1997) übernommen wurde. In dieser Bestimmung werden für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung zur Erbringung des öffentlichen mobilen Sprachtelefondienstes berechtigten Unternehmen besondere Regelungen hinsichtlich der Frequenzzuweisung getroffen. Gemäß § 125 Abs. 3 TKG darf die Behörde bestehenden Inhabern einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunk im digitalen zellularen Mobilfunk-Bereich bei Bedarf zusätzliche Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich nur dann zuweisen, wenn deren Teilnehmerkapazität nachweislich "unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten" ausgeschöpft ist.

Die Gesetzesmaterialien (Bericht des Verkehrsausschusses, 619 BlgNR, 20. GP) enthalten zu dieser Bestimmung insbesondere folgende Ausführungen:
"Hinsichtlich der Zuweisung weiterer Frequenzen an die bestehenden Mobilfunk-Betreiber erhalten Mobilkom und max.mobil die Zusage, dass sie Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich bei Bedarf zugewiesen erhalten, wenn seit Rechtskraft des Konzessionsbescheides 3 Jahre vergangen sind (temporärer Ausschluss von der Erschließung des 1800-Marktes). Dieser temporäre Ausschluss ist aus wettbewerbspolitischen Gründen geboten, um dem künftigen Inhaber der DCS-1800-Lizenz eine entsprechende Planungssicherheit zu geben. Vor diesem Zeitpunkt können den bestehenden Betreibern nur dann weitere Frequenzen aus

dem 1800-Bereich zugewiesen werden, wenn ihre Teilnehmerkapazität unter Ausnützung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer Möglichkeiten nachweislich ausgeschöpft ist.”

Normzweck

Die Bestimmung des § 125 Abs 3 TKG ist daher als primär wettbewerbspolitisch motivierte Norm zu verstehen, die – unter Bedachtnahme insbesondere auch auf Art 86 und 90 EGV sowie auf die Liberalisierungsrichtlinien 90/388/EWG und 96/2/EG – zur Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt beitragen sollte. Diese grundsätzliche Ausrichtung der Konzessions- bzw. Frequenzvergabeverfahren im Mobilfunkbereich im Hinblick auf die Sicherstellung effektiven Wettbewerbs kommt auch in dem mit BGBl I Nr. 98/1998 neu eingefügten § 125 Abs 3a TKG zum Ausdruck; auch in dieser Bestimmung werden den bestehenden Konzessionsinhabern Beschränkungen auferlegt, die die Sicherstellung des effektiven Wettbewerbs zum Ziel haben; Art 2 Abs 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Jänner 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABl L 20/59 vom 26. 1. 1996, wird in § 125 Abs 3a TKG nun auch ausdrücklich zitiert.

Die Notwendigkeit einer Übergangsbestimmung, die für ”bestehende Konzessionsinhaber” Sonderbestimmungen hinsichtlich der Frequenzvergabe vorsah, ergab sich auch daraus, dass hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen für den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst das anzuwendende Vergabeverfahren mit der Fernmeldegesetznovelle 1997 und sodann mit dem am 1. August 1997 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetz gegenüber dem bisherigen Vergabeverfahren geändert wurde. Während die Konzessionsinhaber Mobilkom und max.mobil ihre Konzessionen zu einem Zeitpunkt erhielten, in dem nach der geltenden gesetzlichen Lage die Zuteilung weiterer Frequenzen nicht – wie nunmehr in § 20 Abs 4 TKG – ausschließlich nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens und Zahlung eines entsprechenden (weiteren) Frequenznutzungsentgelts erfolgen konnte, war für die 1997 zu vergebende DCS-1800 Konzession dieses Regime mit § 20a Fernmeldegesetz (in der Fassung der Fernmeldegesetznovelle 1997) bereits Grundlage der Ausschreibung und Konzessionsvergabe. Zugleich sollte § 125 Abs 3 TKG den Konzessionswerbern für die 1997 zu vergebende DCS-1800-Konzession Planungssicherheit im Hinblick auf das wettbewerbspolitische Umfeld bieten.

Vor diesem Hintergrund stellt § 125 Abs 3 TKG den Versuch dar, die wettbewerbspolitisch vom Gesetzgeber als geboten erachtete Schutzfrist für den neuen DCS-1800-Betreiber so auszugestalten, dass der Markteintritt des DCS-1800-Betreibers nicht durch die bestehenden Betreiber aufgrund der durch das bereits ausgebaute Netz gegebenen Startvorteile ”unterlaufen” und damit der effektive Wettbewerb behindert werden kann, indem auch die bestehenden Betreiber Mobiltelefonie im DCS-1800-MHz-Band anbieten, solange die Kapazitätsgrenze des für sie vorhandenen GSM 900-Spektrums noch nicht erreicht ist. Damit wird auch das in § 1 Z 5 TKG positiviert Ziel der Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Frequenzen konkretisiert.

Zugleich aber sollte durch § 125 Abs 3 TKG ausdrücklich sichergestellt werden, dass die Möglichkeit der bestehenden Betreiber, eine höhere Teilnehmeranzahl zu versorgen, nicht an technisch und wirtschaftlich unüberwindbare Grenzen stößt und daher eine grundsätzlich mögliche – und angesichts der steigenden Penetrationsrate im Mobilfunk durchaus realistische – Ausweitung der Geschäftstätigkeit nicht verunmöglicht wird.

Zu den vom Verwaltungsgerichtshof aufgeworfenen Fragen:

1) Welche Märkte für Mobilfunkdienste gibt es?

Wie bereits ausgeführt, gibt es, ausgehend von den europarechtlichen Vorgaben und dem TKG 1997 auf dem österreichischen Markt 4 Teilmärkte. Der im gegenständlichen Fall wesentliche Markt ist der Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes. Ausgehend von der Fragestellung des EuGH, inwieweit eine Trennung zwischen analogem und digitalem Mobilfunkmarkt, bzw. in weiterer Folge zwischen GSM-900 und GSM-1800-Markt vorzunehmen ist, verweist die Telekom-Control-Kommission auf den Bescheid zu M 1/98. Dort wurde keine weitere Trennung des Mobilfunkmarktes vorgenommen. Die Dienste des D-Netzes und des A1-Netzes bestehen beide in Transport und Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu mobilen Netzabschlusspunkten. Beide Dienste sind daher Bestandteil des Marktes für öffentliche mobile Sprachtelefonie (und hinsichtlich der Netzleistungen an andere Netzbetreiber auch des nationalen Zusammenschaltungsmarktes). Eine Unterteilung dieses Marktes ist in den EG-Richtlinien (insbesondere in RL 97/33/EG) nicht vorgesehen. Umso weniger ist weiters davon auszugehen, dass es getrennte Märkte für GSM-900 und GSM-1800-Dienste gibt. Auch hier besteht der Dienst jeweils im Transport und Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu mobilen Netzabschlusspunkten. Es werden die selben Dienste angeboten, auch Dual-Band-Geräte sind verfügbar, die beide Frequenzbereiche unterstützen. Daher ist von einem einheitlichen Markt für öffentliche Sprachtelefonie mittels eines Mobilkommunikationsnetzes auszugehen.

2) Auf welchen dieser Märkte hat die mitbeteiligte Partei eine beherrschende Stellung?

Wie ebenfalls bereits ausgeführt, verfügt Mobilkom auf dem gegenständlichen Markt über eine marktbeherrschende Stellung.

3) Hat die mitbeteiligte Partei ihre Teilnehmerkapazität im GSM-900-Netz unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten ausgeschöpft?

Zu dieser Frage werden im Folgenden die Ausführungen des Erstbescheides unverändert wieder gegeben und es wird darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis festgestellt hat, dass die von der belangten Behörde zur Frage der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität der mitbeteiligten Partei unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbaren technischen Möglichkeiten getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof standhalten. Auch die rechtliche Beurteilung im Sinne einer Bejahung dieser Frage durch die belangte Behörde begegnet keinem Einwand.

Voraussetzung für eine vor dem 27. August 2000 – drei Jahre ab Konzessionserteilung an die One – erfolgende Zuteilung von Frequenzen gemäß § 125 Abs 3 TKG ist der von der Antragstellerin (vgl VwSlg 9721 A/1978) zu erbringende Nachweis, dass die "Teilnehmerkapazität ... unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten ausgeschöpft ist". Wenn diese Bestimmung auch semantisch und grammatikalisch unglücklich formuliert sein mag, so bringt sie doch deutlich zum Ausdruck, dass der eine Zuweisung begehrende Mobilfunkbetreiber zur Optimierung seines Netzausbaus

und Netzbetriebs verpflichtet ist, um mit dem gegebenen Frequenzspektrum unter Beachtung wirtschaftlicher Sinnhaftigkeit und technischer Möglichkeit die höchstmögliche Kapazität erreichen zu können.

Wie der Begriff der "Teilnehmerkapazität" zeigt, geht es dabei nicht um eine höchstmögliche Teilnehmerzahl (Anzahl der Kunden), zumal deren geographische Verteilung wie auch deren Gesprächsverhalten sehr unterschiedlich sein kann und daher keinen stabilen Anhaltspunkt für eine Kapazitätsbeurteilung bietet. Zudem ist eine Relation zwischen Frequenzspektrum und Teilnehmerzahl, wie sie von One in ihrem Vorbringen (insb ON 75) hergestellt wird, in keiner Weise aussagekräftig, da es natürlich ganz entscheidend auch auf die Größe der versorgten Fläche, auf die konkrete Bevölkerungsverteilung und natürlich auch auf den erzielten Grade of Service ankommt; überdies ist die Darstellung der One in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 1998 (ON 75) insofern unvollständig, als nur das im GSM-900-Bereich für die jeweiligen Betreiber verfügbare Frequenzspektrum angegeben wird, während bereits zum Stichtag der ERO-Studie (Anhang zu ON 10, Annex VI S. 9) den erwähnten spanischen GSM-900-Betreibern auch ein zusätzliches Frequenzspektrum von jeweils 2 x 13,4 MHz aus dem DCS-1800-Bereich zugewiesen wurde. Eine Relation zwischen Teilnehmeranzahl und Frequenzbandbreite kann daher immer nur hinsichtlich der Teilnehmer pro Flächeneinheit hergestellt werden (wie dies auch in der Studie von Prof. Mahmoud dargestellt wurde), begegnet jedoch auch in diesem Fall erheblichen Bedenken im Hinblick auf die tatsächliche Aussagekraft.

Als wesentlicher und anhand konkreter Daten auch überprüfbarer Anhaltspunkt für das Erreichen der Kapazitätsgrenze eines Netzes war daher der tatsächlich abgeführte Verkehr heranzuziehen und der möglichen Kapazität eines optimierten Netzes – unter Nutzung der technisch möglichen und wirtschaftlich vertretbaren Maßnahmen zur Kapazitätssteigerung – gegenüberzustellen. Die vom Gesetzgeber verlangte "Anspannung" der Antragstellerin verpflichtet diese, in ihrer Netzplanung und im Netzbetrieb – nicht aber im Hinblick auf die Kundenakquisition – grundsätzlich so zu handeln, als stünde ihr jedenfalls bis zum 27. August 2000 keine Möglichkeit zur Frequenzaufstockung aus dem DCS-1800-Bereich zur Verfügung. Unter dieser Annahme wäre die Mobilkom gehalten, das bestehende Netz so zu erweitern und gegebenenfalls umzuplanen, dass mit dem vorhandenen beschränkten Frequenzspektrum eine möglichst hohe Verkehrskapazität erreicht werden kann; eine Grenze würde diese technische Netzoptimierung jedoch dort finden, wo mit dem zusätzlich zu erreichenden Verkehrsvolumen keine den Neuinvestitionen adäquaten Erträge erzielt werden können.

Sowohl Prof. Mahmoud als auch Prof. Walke haben Möglichkeiten der Kapazitätserhöhung beschrieben; ein Großteil dieser kapazitätserhöhenden Maßnahmen wird von der Mobilkom auch tatsächlich in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen eingesetzt. Für die gemäß § 125 Abs 3 TKG vorzunehmende Beurteilung bleibt daher zu klären, inwieweit die von der Mobilkom nicht eingesetzten kapazitätserhöhenden Maßnahmen wirtschaftlich vertretbar und technisch möglich sind, und welche Verkehrswerte in einem entsprechend optimierten Netz erreicht werden können.

§ 125 Abs 3 TKG verlangt vom Netzbetreiber keine im kommerziellen Vollbetrieb durchzuführenden Feldversuche mit Technologien, die sich erst im Entwicklungsstadium befinden. Am Markt nicht als ausgereiftes Produkt – "off the shelf" – verfügbare Technologien (insbesondere adaptive Antennen) sind daher nicht als technisch mögliche und wirtschaftlich vertretbare Alternative zur Kapazitätserhöhung anzusehen. Ebenso wenig kann aus § 125 Abs 3 TKG

abgeleitet werden, dass der Mobilfunkbetreiber verpflichtet wäre, im Vergleich zur bisher verwendeten und von den Mitbewerbern weiterhin eingesetzten Technologie qualitativ schlechtere Verbindungsqualität insbesondere durch "Half Rate Mode" in Kauf zu nehmen und seine Kunden – die dafür auch nicht über die notwendigen Endgeräte verfügen – für diese Qualitätsverschlechterung zu gewinnen, selbst wenn der unmittelbare Verlust an Übertragungsqualität für den Endkunden kaum spürbar sein sollte. Eine derartige Verpflichtung würde insbesondere unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten eine sachlich nicht gebotene und nicht gerechtfertigte Diskriminierung darstellen, insbesondere gegenüber einem Mitbewerber, der eine besondere Sprachqualität als Alleinstellungsmerkmal hervorstreicht. Die Entscheidung, „Half Rate Mode“ einzusetzen, wäre vor diesem Markthintergrund daher für die Antragstellerin auch wirtschaftlich nicht vertretbar, würde dies doch die Notwendigkeit beträchtlicher Investitionen bedeuten, die letztlich zu einem Qualitätsverlust für die Kunden führen und damit zumindest indirekt die Marketingstrategie der Konkurrenten der Antragstellerin unterstützen. Die Telekom-Control-Kommission sieht daher eine Kapazitätserhöhung zu Lasten der von den Kunden erwarteten und ihnen auch im Sinne des Vertragsrechts als „gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft“ von der Antragstellerin geschuldeten Qualität durch den Einsatz von „Half Rate Mode“ als nicht wirtschaftlich vertretbar an.

Sieht man von den - in der Auswirkung eher beschränkten - Möglichkeiten der dynamischen Kapazitätzuteilung ab, die von Mobilkom im Lauf des dritten Quartals 1998 implementiert werden, so bliebe als einzige weitere technische Möglichkeit zur Kapazitätssteigerung – ohne Qualitätsverlust für die Kunden – die generelle Verringerung der Radien der Makrozellen. Dies würde eine Standortverschiebung für sehr viele bestehende Basisstationen erfordern und insbesondere in den relevanten Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen, in denen auch eine dichte hierarchische Netzstruktur mit einem hohen Anteil an Mikrozellen bereits gegeben ist, eine Neuplanung des Netzaufbaus erfordern. Zudem ist im Kerngebiet von Wien bereits derzeit ein sehr dichter Zellabstand für Makrozellen gegeben, der bereits der unteren Grenze des Zellabstands gemäß der ERO-Studie (Anhang zu ON 10) entspricht. Eine Möglichkeit zur Kapazitätssteigerung durch Radienverringern würde in den Gebieten mit hoher Verkehrsbelastung nicht bloß die Reallozierung einzelner Makrostationen bedeuten, sondern sich auch auf die Mikrozell-Strukturen auswirken, da teilweise Frequenzkanäle von entfernten Makrostationen für Mikro- und Picozellen verwendet werden.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu erwogen, dass die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Sinne des § 125 Abs 3 TKG dort nicht mehr gegeben sein kann, wo der gesamte bislang im Einklang mit dem Stand der Technik und den örtlichen Möglichkeiten erfolgte Netzausbau in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen gewissermaßen zur Makulatur würde und das Netz von Grund auf neu geplant und auch in die Wirklichkeit umgesetzt werden müsste. Abgesehen von dem für die Neuplanung erforderlichen Zeitraum und der Vernichtung eines wesentlichen Teils der bisherigen Investitionen wäre in diesem Zusammenhang auch zu bedenken, dass ein verbesserter – minimaler und gleichmäßiger – Zellabstand gerade unter den örtlichen Gegebenheiten der belasteten Gebiete (dichte Verbauung, Standortkonkurrenz der Mobilfunkbetreiber, rechtliche Einschränkungen – zB Denkmalschutz – im Hinblick auf die Errichtung von Basisstationen, etc.) in der Praxis kaum erreicht werden könnte, zumal in diesen Gebieten die Radien bereits die untere Grenze des nach der ERO-Studie angemessenen Abstandes erreichen. Es bedarf daher auch keiner, von der One urgierten, detaillierter Berechnungen der Kosten dieser Maßnahme: die zur Erreichung eines noch weiter optimierten minimalen

Zellabstandes erforderliche Neuplanung des Netzaufbaus (in den Gebieten mit hohem Verkehrsaufkommen) ist wirtschaftlich unvernünftig und daher nicht in Betracht zu ziehen. Eine kontinuierliche Optimierung der Standortplanung, in deren Zug auch Makrostationen verlegt werden, ist hingegen wirtschaftlich zumutbar; die Beurteilung der Anträge der Mobilkom geht denn auch - in Übereinstimmung mit dem Netzwerk-Szenario 5 von Prof. Mahmoud - davon aus, dass es zur Verschiebung von 6-8 Basisstationen kommen wird. Festzuhalten ist, dass es sich bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit und der technischen Möglichkeit im Sinne des § 125 Abs 3 TKG um eine Rechtsfrage handelt, die – unter Berücksichtigung des gesamten Beweisergebnisses – von der Telekom-Control-Kommission, nicht aber von beigezogenen Sachverständigen, zu entscheiden ist.

One verkennt auch die Rechtslage im Hinblick auf die „wirtschaftliche Vertretbarkeit“, wenn sie die Kosten eines dual band-Betriebs für Mobilkom den Kosten sonstiger Netzausbaumaßnahmen gegenüberstellt. Voraussetzung für die Frequenzzuweisung gemäß § 125 Abs 3 TKG ist nicht, dass ein Netzausbau im 900 MHz-Bereich billiger als das Etablieren eines dual-band-Betriebs. § 125 Abs 3 TKG setzt vielmehr voraus, dass im 900 MHz-Bereich alle wirtschaftlich vertretbaren und technisch möglichen Maßnahmen zur Kapazitätssteigerung getroffen wurden; die Kosten des Aufbaus der für den DCS-1800-Betrieb erforderlichen Netzinfrastruktur oder die gegebenenfalls notwendige Subventionierung des Umstiegs der Teilnehmer auf dual-band-Geräte sind in diesem Zusammenhang nicht von Belang. Wie bereits ausgeführt, verhält § 125 Abs 3 TKG den Netzbetreiber grundsätzlich dazu, sein Verhalten so zu gestalten, als wäre ihm der Zugriff auf DCS-1800-Frequenzen vor dem 27.8.2000 generell verwehrt; eine Vergleichsrechnung zwischen den Kosten des Ausbaus im 900 MHz-Bereich und dem Ausbau im DCS-1800-Bereich ist daher nicht statthaft. Selbst wenn daher - was von der One bestritten wird - die Investition in den DCS-1800-Bereich günstiger als mögliche Netzausbauvarianten im 900 MHz-Bereich wäre, könnte die Mobilkom allein daraus noch keinen Anspruch auf Zuweisung der DCS-1800-Frequenzen ableiten.

Erst dort, wo die kapazitätserhöhenden Maßnahmen im 900 MHz-Bereich für sich betrachtet wirtschaftlich nicht mehr vertretbar sind, ist der Anspruch auf Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich begründet. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit wurde jedoch für die einzig relevante und von der Mobilkom noch nicht eingesetzte kapazitätserhöhende Maßnahme (komplettes Redesign des Netzwerks unter Verringerung des Zellabstandes) verneint, ohne dass dies in Bezug zu allenfalls höheren oder auch geringeren Investitionen im DCS-1800-Bereich zu setzen war.

Zu der von One erstmals in der am 6. August 1998 eingelangten Stellungnahme angesprochenen Möglichkeit, nationales Roaming „oder äquivalente Maßnahmen“ unter Verwendung des Netzwerks der One als „technische Möglichkeit“ im Sinne des § 125 Abs 3 TKG anzusehen, hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen: § 125 Abs 3 TKG geht davon aus, dass die Kapazität des bestehenden GSM 900-Netzes ausgeschöpft sein muss, eine Verpflichtung der Antragstellerin, bei Erreichen der Kapazitätsgrenze im eigenen Netz Verträge über nationales Roaming abzuschließen (zu versuchen), kann daraus nicht entnommen werden. In diesem Fall wären die Kunden der Antragstellerin darauf verwiesen, im Falle der Netzüberlastung des Mobilkom-Netzes ein anderes Netz – etwa das Netz der One – auszuwählen; die Mobilkom wäre wiederum zur Aufrechterhaltung der Versorgung auf einen Mitbewerber als Vertragspartner angewiesen, sodass keinerlei Einfluss auf die konkrete Netzplanung und etwa auf die Behebung von allfälligen Versorgungslücken bestünde.

Zudem ist der Abschluss eines Vertrages über nationales Roaming – die „äquivalenten Maßnahmen“ werden von One nicht näher spezifiziert – keine von der Antragstellerin aus eigenem bewirkbare Maßnahme, da dazu die Zustimmung des möglichen Vertragspartners erforderlich ist. Die Konzession der One sieht keine Verpflichtung dieses Unternehmens vor, derartige Verträge abzuschließen, und auch das Telekommunikationsgesetz ermöglicht es nicht, den Abschluss eines derartigen Vertrages etwa durch ein Verfahren vor der Regulierungsbehörde durchzusetzen oder eine Angemessenheitsprüfung der verlangten Gegenleistungen durchzuführen. One hat auch bisher im Verfahren nicht vorgebracht, dass der Mobilkom ein entsprechendes Angebot gelegt worden wäre; die nunmehrige Bekundung gegenüber der Regulierungsbehörde, über ein Roamingabkommen „verhandlungsbereit“ zu sein, ist kein taugliches Angebot an die Mobilkom, das – würde man Roamingabkommen als im Sinne des § 125 Abs 3 TKG grundsätzlich in Betracht zu ziehende Maßnahme zur Kapazitätserweiterung ansehen – überhaupt eine Prüfung zuließe, inwieweit eine entsprechende Vereinbarung allenfalls wirtschaftlich vertretbar und technisch möglich wäre.

Zur Frage der tatsächlichen Kapazitätsgrenze des GSM-Netzwerks der Mobilkom wurden in der Studie von Prof. Mahmoud Berechnungen anhand der aktuellen Netzwerkkonfiguration angestellt und es wurden dazu mehrere Szenarien entwickelt, wie eine Kapazitätserhöhung erfolgen könne. Das von Prof. Mahmoud dargestellte Netzwerk-Szenario 5 („NC 5“, ON 10 und 13) berücksichtigt die auch von der Telekom-Control-Kommission als technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar beurteilten Möglichkeiten der Kapazitätserhöhung. Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Auffassung, dass das von Prof. Mahmoud als Netzwerk-Szenario 5 modellierte Szenario aufgrund des aktuellen Standes der Technik als Referenzszenario herangezogen werden kann. Ohne dass der Antragstellerin vorgeschrieben werden kann und soll, wie sie konkret ihr Netz ausgestaltet, ist doch das im Szenario 5 beschriebene Modell als grundsätzlich – wenn auch unter hoher technischer und wirtschaftlicher Anstrengung – verwirklichtbares Netzwerk zu betrachten, dessen im Modell berechnete Kapazität als Referenz für das - unter der von § 125 Abs 3 TKG geforderten Anspannung - erreichbare Verkehrsvolumen unter realistischen Umgebungsbedingungen dienen kann.

Hingegen sind das Szenario, in dem die Verwendung von D-Netz-Frequenzen vorgesehen ist, ebenso wie die Szenarien unter Berücksichtigung von Frequenzzuweisungen aus dem DCS-1800 Frequenzbereich für die Beurteilung des Erreichens der Kapazitätsgrenze aus rechtlichen Gründen nicht relevant.

Für den Betrieb des analogen D-Netzes verfügt Mobilkom über einen aufrechten Bescheid, der bis zum 31.12.2007 gilt; hinsichtlich der von One behaupteten Mängel des Bescheids ist festzuhalten, dass die auf einem offensichtlichen Versehen beruhenden falschen Zitierungen des 450 MHz-Bereichs mittlerweile durch Bescheid des BMWV vom 26.5.1998, GZ 100733/IV-JD/98, auch ausdrücklich gemäß § 62 Abs 4 AVG berichtigt wurden. Unabhängig von der Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff in die bestehende D-Netz-Konzession in dem für eine Erweiterung der Kapazität des GSM-Netzes erforderlichen Umfang überhaupt gemäß § 22 Abs 10 TKG zulässig sein könnte, kommt eine Berücksichtigung der D-Netz-Frequenzen schon aufgrund des klaren Wortlauts des § 125 Abs 3 TKG nicht in Betracht. § 125 Abs 3 TKG ist an die Betreiber von GSM-Netzen adressiert und sichert diesen bei Erschöpfung ihrer Teilnehmerkapazität einen Rechtsanspruch auf DCS-1800-Frequenzen zu. Das Erreichen der Kapazitätsgrenze ist somit ausschließlich im GSM-Netz zu prüfen,

allfällige "Kapazitätsreserven" im analogen Netz sind dabei nicht zu berücksichtigen.

Zudem ist festzuhalten, dass die Antragstellerin keinesfalls aus eigenem eine Umwidmung der derzeit für das analoge Netz verwendeten Frequenzen zugunsten ihres GSM-Netzes vornehmen dürfte. Sofern diese Frequenzen nicht mehr benötigt würden oder soweit eine behördliche Anpassung etwa auf der Basis des § 22 Abs 10 TKG erfolgte, würde das "freiwerdende" Spektrum nicht zwangsläufig für das GSM-Netz verwendet werden können. Entsprechend der grundsätzlichen Vorgabe der §§ 20 ff TKG wäre das freiwerdende Spektrum zusammen mit einer Konzession auszuschreiben und insbesondere nach Maßgabe des gebotenen Frequenznutzungsentgelts zuzuteilen. Schon aus diesem Grund erhellt, dass ein allfälliges Freiwerden von Frequenzen im 900 MHz-Bereich, die derzeit vom analogen Netz genutzt werden, keinen Ersatz für die gemäß § 125 Abs 3 TKG bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zuzuweisenden Frequenzen darstellen kann.

Somit verbleibt die zentrale Frage, ab welchen Verkehrswerten die „Teilnehmerkapazität“ in einem entsprechend optimierten Netzwerk der Mobilkom ausgeschöpft im Sinne des § 125 Abs 3 TKG ist. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass es aufgrund der nicht uniformen Verkehrsverteilung und der vielen statistischen Größen, die sich auf die angebotene Netzkapazität auswirken, nicht möglich ist, eine scharfe Kapazitätsgrenze von Mobilfunknetzen anzugeben. Die „Erschöpfung der Teilnehmerkapazität“ ist nicht eindeutig an einem bestimmten Messwert festzumachen und kann daher auch nicht exakt berechnet werden.

Eine Bewertung der Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität wurde anhand der Verkehrswerte der Hauptverkehrsstunde für ein Referenzgebiet im Zentrum von Wien durchgeführt. Die Beurteilung erfolgte durch einen Vergleich der Verkehrswerte aus OMC-Messungen und den Simulationsergebnissen von Prof. Mahmoud für das in seiner Studie angegebene Szenario NC5. Die Teilnehmerzahlen und mittleren Verkehrswerte pro Teilnehmer waren dabei für die Bewertung nicht unmittelbar zu berücksichtigen.

Eine Überschreitung der angebotenen Kapazität, die nicht durch kapazitätserhöhende Maßnahmen bekämpft wird, wirkt sich in einer Verschlechterung der Werte für die Dienstgüte („Grade of Service“ - GoS) aus. Speziell die Rate der blockierten Gespräche würde bei einer starken Netzüberlastung rapide ansteigen. Eine „Kapazitätsreserve“ im Sinne einer elastischen Kapazitätsgrenze ergibt sich daher im Bereich der Dienstqualität. Die Bewältigung höherer Verkehrswerte ist bei Inkaufnahme eines schlechteren GoS in gewissem Rahmen grundsätzlich möglich. Die Modellrechnungen von Prof. Mahmoud setzten einen konstanten GoS von 2% voraus, wie er von der Mobilkom im Einklang mit internationalen Richtwerten (vgl ERO-Studie, Anhang zu ON 10, S 14, sowie Annex I, S 6ff) angestrebt wird. Der unter Berücksichtigung dieses GoS-Wertes erzielbare Verkehrswert wird aktuell in der Kernzone von Wien bereits überschritten. Es ist jedoch der Antragstellerin zumutbar, in diesem räumlich eng begrenzten Gebiet des Kernraums von Wien vorübergehend eine Verschlechterung des GoS zu Spitzenverkehrszeiten hinzunehmen, solange nicht jene - wiederum nicht scharfe - Grenze erreicht wird, bei der trotz dramatischem Anstieg der Rate der blockierten Gespräche eine weitere Kapazitätserhöhung nicht mehr erzielt werden kann. Diese temporäre Verschlechterung des Grade of Service bleibt auf ein kleines Gebiet beschränkt und ist daher auch für die Antragstellerin wirtschaftlich vertretbar; sie ist nicht mehr wirtschaftlich vertretbar, wenn sie größere Gebiete – etwa einen Großteil des Wiener Stadtgebietes –

betrifft oder wenn dem Verlust an GoS-Qualität kein entsprechender Kapazitätsgewinn mehr gegenübersteht.

Entsprechend den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens konnte daher bei der Beurteilung der „Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität“ davon ausgegangen werden, dass in einem eng begrenzten Kerngebiet von Wien bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Kapazitätsgrenze bei Aufrechterhaltung eines optimalen Grade of Service erreicht ist, dass jedoch eine weitere Erhöhung der Kapazität auf rund 110 Erlang/km² (durch Implementierung der von der Mobilkom geplanten dynamischen Kapazitätzuteilung) bei temporärer Verschlechterung des GoS im Bereich des unmittelbar besonders belasteten Gebiets technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist. Die gemessenen GoS-Werte, die OMC-Verkehrsmesswerte und die erwartete Zunahme der Verkehrswerte ergeben als Zeitpunkt, zu dem die „Teilnehmerkapazität“ des GSM-Netzes der Mobilkom in Wien auch unter Berücksichtigung einer Absenkung des Grade of Service erschöpft sein wird, etwa die Jahreswende 1998/99.

Da es sich bei dieser Frequenzzuweisung um eine Erweiterung der bestehenden Konzession handelt, war auch die Festlegung eines vom Antrag abweichenden Datums der Frequenzzuweisung unter Anwendung des § 15 Abs 6 TKG zulässig. Nach dieser Bestimmung kann die Konzession unter Nebenbestimmungen wie insbesondere auch Beginnfristen erteilt werden, sofern diese dazu dienen, die Zielsetzungen und Bestimmungen dieses Gesetzes und der relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften bestmöglich zu erfüllen. Im Hinblick auf die aktuell noch gegebenen, wenn auch geringen Kapazitätsreserven einerseits, und auf die für die Beschaffung und Implementierung der Hard- und Software notwendigen Zeiträume andererseits, war daher der Antrag nicht - als zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausreichend begründet - abzuweisen. Den Zielsetzungen und Bestimmungen des TKG konnte besser durch die Festlegung einer entsprechenden Beginnfrist, eben den 1. Jänner 1999, Rechnung getragen werden. Zu diesem Zeitpunkt werden die bestehenden geringfügigen Kapazitätsreserven und insbesondere auch der Spielraum im Bereich des Grade of Service ausgeschöpft sein, sodass eine gesicherte Versorgung der Teilnehmer der Antragstellerin im Kernbereich von Wien nur mehr unter Nutzung zusätzlicher Frequenzen aus dem DCS-1800-Bereich erfolgen kann.

Im Ergebnis war der Mobilkom daher aufgrund der in der Kernzone von Wien bereits erreichten Kapazitätsgrenze das mit dem Antrag vom 13. 10. 1997 beantragte Frequenzspektrum gemäß § 125 Abs 3 TKG mit Wirkung ab 1. Jänner 1999 zuzuweisen.

4) Ist die von der mitbeteiligten Partei für ihre GSM-900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich bezahlte Gebühr unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr gleichwertig, die von der Beschwerdeführerin erhoben wurde.

Hintergrund dieser Frage sind die Feststellungen des Europäischen Gerichtshofes in seinem Urteil vom 22. Mai 2003 (C-462/99). Demnach stehen die Artikel 82 EG und 86 Absatz 1 EG einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen grundsätzlich entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich an ein öffentliches Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, das bereits eine Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem GSM 9000-Standard besitzt, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während ein neu auf den fraglichen Markt tretendes Unternehmen für

den Erwerb einer Lizenz zur Erbringung digitaler Mobilfunkdienste nach dem DCS 1800-Standard eine Gebühr entrichten musste. Diese Bestimmungen stehen jedoch einer solchen nationalen Regelung nicht entgegen, wenn die Gebühr, die von dem öffentlichen Unternehmen mit beherrschender Stellung für seine GSM-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Wettbewerber, dem die DCS 1800-Lizenz erteilt wurde, erhoben wurde, gleichwertig ist.

Die selbe rechtliche Beurteilung wurde auch hinsichtlich Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications getroffen.

Abschließend wurde ausgeführt, dass das, in den Artikeln 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste aufgestellte Diskriminierungsverbot einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen steht, wenn die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der jeweils bezahlten Gebühren gegeben ist.

Zu prüfen war daher die Frage, ob die von Mobilkom bezahlte Gebühr von ATS 4 Milliarden für eine Frequenzausstattung von 2x8 MHz aus dem Frequenzbereich GSM-900 und von 2x5 MHz aus dem Frequenzbereich GSM-1800 wirtschaftlich gleichwertig ist mit der, von One bezahlten Gebühr von ATS 2,3 Milliarden für eine Frequenzausstattung von 2x22,5 MHz.

Wie sich aus den von der Telekom-Control-Kommission vorgenommenen Feststellungen ergibt, ist aus mehreren Gründen von einer wirtschaftlichen Gleichwertigkeit auszugehen.

Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich aus rechtlicher Sicht Folgendes:

Gemäß den Feststellungen des EuGH in seinem Urteil widerspricht die entgeltlose Zuteilung von Frequenzen auf Grundlage des § 125 Abs. 3 TKG dann nicht dem EG-Vertrag bzw. den Bestimmungen der Richtlinie, wenn die von Mobilkom bezahlte Gebühr wirtschaftlich gleichwertig ist mit der Gebühr, die von One bezahlt wurde.

Ein wesentlicher Aspekt bei der Beurteilung der Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit ist, inwieweit One im Rahmen der Preisbildung für ihre Konzession berücksichtigt hat, dass an Mobilkom in Zukunft Zusatzfrequenzen unentgeltlich zugeteilt werden. Wenn dies nämlich von One in ihrem Angebot berücksichtigt wurde, so ist davon auszugehen, dass sich die wirtschaftliche Gleichwertigkeit bereits daraus ergibt, weil One in ihrem Angebot diesen Umstand bereits berücksichtigt hat und ihr Angebot dementsprechend gestaltet hat. Aus den Antragsunterlagen der One ergibt sich, dass dieser der Umstand, dass Mobilkom Frequenzen aus dem GSM-1800-Frequenzbereich unentgeltlich nach Ablauf einer Frist von 3 Jahren zugeteilt werden können, bekannt war. In ihrem Antrag führte One dazu im Kapitel „Unsicherheiten in Bezug auf rechtliche Rahmenbedingungen“ aus: „Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen sehen vor, dass die existierenden GSM-Betreiber nach drei Jahren kostenlosen Zugang zum DCS-1800-Spektrum erhalten, während keinerlei Zuteilung von GSM-900-Frequenzen an den dritten Betreiber vorgesehen sind.“ Auch der Umstand, dass

diese Zuteilung bereits vor dem Ablauf der 3-Jahresfrist erfolgen kann, war One bekannt. Dies ergibt sich ebenfalls aus den Antragsunterlagen. Zwar wird dazu nicht explizit ausgeführt, dass diese Zuteilung unentgeltlich erfolgen wird, aus dem Umstand, dass beide Zuweisungen auf Grundlage des § 125 Abs. 3 TKG erfolgen und dieser keine Differenzierung in die Richtung trifft, kann abgeleitet werden, dass für One keine Grund zur Annahme bestand, dass eine vor Ablauf der 3 Jahre erfolgende Zuteilung entgeltlich sein wird, während eine nach Ablauf dieser Frist erfolgende Zuteilung unentgeltlich ist. Auch der Einwand von One, dass der Umstand zwar bekannt war, im Angebot allerdings nicht berücksichtigt wurde, geht ins Leere. Wesentlich für die rechtliche Beurteilung, ob wirtschaftliche Gleichwertigkeit vorliegt ist, dass One alle Umstände bekannt waren, die die Preisbildung beeinflussen können. Dies war zweifellos der Fall, und wurde von One auch nicht bestritten.

Aus den Feststellungen ergibt sich auch, dass der zweifellos vorhandene technische Unterschied zwischen GSM-900 und GSM-1800-Frequenzen mit zunehmender Teilnehmerzahl geringer wird, womit eher näher beieinanderliegende Preise als jene mit einer Preisdifferenz um den Faktor 5 je Bandbreite gerechtfertigt sind. Die Unterschiede in den technischen Gegebenheiten werden auch dadurch relativiert, dass One ihr Netz zu einem späteren Zeitpunkt errichtet hat und hier Lerneffekte sowie eine Verbilligung im Bereich des technischen Equipment eine maßgebliche Rolle spielen.

Zu prüfen ist abschließend noch die Frage, welche Vorteile der frühere Markteintritt der Mobilkom im Vergleich zu One gebracht hat.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass ein früher lizenziertes Unternehmen Nachfrage-Vorteile gegenüber später in den Markt eintretenden Unternehmen hat. Diese basieren vor allem auf Wechselkosten im Zusammenhang mit einer bestehenden Kundenbasis (mit einem hohen Anteil an Businesskunden). Im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung (10.8.1998) lassen sich First-Mover-Vorteile nicht quantifizieren.

Über den Entscheidungszeitpunkt hinaus und für diese daher nicht relevant wird an dieser Stelle noch Folgendes angemerkt:

Zum Zeitpunkt des Markteintritts von One gab es in Österreich ca. 1,5 Mio. GSM Teilnehmer. Demzufolge beschränkt sich die First-Mover-Vorteile der zwei bestehenden Betreiber auf ca. 22% des langfristigen Marktpotenzials von fast 7 Mio. Teilnehmern. Die Entwicklung der Churnrate, starke Marktanteilsverschiebungen nach dem Markteintritt der One wie auch die hohe Wachstumsdynamik im österreichischen Mobilfunkmarkt zeigen, dass der tatsächliche Umfang an Teilnehmern, für die First-Mover-Vorteile vorlagen (bzw. für die langfristig ein First-Mover-Marge akquiriert werden kann) sehr gering ist. Darüber hinaus waren die Prognosen über die Entwicklung der Teilnehmerzahlen zum Zeitpunkt der Antragstellung wesentlich konservativer, sodass der First-Mover-Vorteil (bzw. Late-Comer-Nachteil) tatsächlich sogar geringer ausfiel, als erwartet wurde. Daraus ergäbe sich daher nachträglich ebenfalls, dass das von Mobilkom bezahlte Frequenznutzungsentgelt überhöht im Vergleich zu dem von One entrichteten Entgelt war und dass daher durch die Zuweisung von Zusatzfrequenzen die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nicht beeinträchtigt wird.

Aus den Feststellungen (Beurteilung der Marktsituation durch One im Zeitpunkt der Antragstellung, technische Gegebenheiten betreffend GSM-900 oder GSM-1800-Netzen, First-Mover-Advantage) kann abgeleitet werden, dass die von

Mobilkom und One bezahlten Frequenznutzungsentgelte wirtschaftlich gleichwertig waren.

Zur Parteistellung der One:

In dem durch Anträge der Mobilkom eingeleiteten Verfahren kommt auch der One Parteistellung gemäß § 8 AVG zu. Nach dieser Bestimmung ist Partei, wer an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt ist. § 125 Abs 3 TKG ist – wie aus den zitierten Gesetzesmaterialien eindeutig hervorgeht – als Schutznorm zugunsten des "zukünftigen Inhabers der DCS-1800-Lizenz" – also der One – anzusehen. One hat kraft dieser Bestimmung einen Rechtsanspruch darauf, dass während der Ausschlussfrist die bestehenden Betreiber grundsätzlich keine Frequenzen aus dem DCS-1800 Frequenzbereich zugewiesen erhalten bzw dass sie nur dann zusätzliches Spektrum aus dem DCS-1800-Bereich erhalten, wenn ihre Teilnehmerkapazität unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer Möglichkeiten nachweislich ausgeschöpft ist. Die Bestimmung legt damit materiell fest, welche inhaltliche Entscheidung sowohl die "bestehenden Konzessionsinhaber" als auch der "zukünftige Inhaber" begehren können. Ihre Rechtsstellung ist eine verschiedene, "je nachdem, ob der Bescheid ... aufrecht bleibt oder aufgehoben wird". Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass diese Norm ausschließlich öffentlichen Interessen dient, vielmehr dient sie – zumindest auch – einem Individualinteresse (vgl VwSlg 7618 A/1969; VwGH 9.11.1982, Z 82/15/0112; 30.9.1992, Z 89/03/0224). Das Vorbringen der Mobilkom, wonach One keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren zukommt, übersieht, dass One ihre Parteistellung nicht bloß aus ihrer Stellung als Mitbewerber auf dem Mobilfunkmarkt unter Hinweis auf ihre wirtschaftlichen Interessen ableitet, sondern dass § 125 Abs 3 TKG ausdrücklich auf dieses Unternehmen abstellt und der Behörde im Interesse (nur) dieses einen Unternehmens ein bestimmtes Handeln – nämlich die Prüfung der Kapazitätserschöpfung im Fall eines Frequenzzuweisungsantrags – auferlegt (vgl Walter-Thienel, Verwaltungsverfahren S. 186).

Zu den Anträgen der One:

One hatte mit Anträgen vom 10.10. und 1.12.2003 die Beauftragung eines externen Gutachters zur Beurteilung der vom VwGH aufgeworfenen Fragen und die Einvernahme von Prof. Gerpott als Auskunftsperson beantragt. Hinsichtlich des Antrages auf Bestellung eines externen Gutachters ist auszuführen, dass dieser Antrag in keiner Weise spezifiziert wurde. Es wurde nicht ausgeführt, warum die Bestellung eines externen Gutachters der Bestellung von Amtssachverständigen vorzuziehen ist bzw. wurden auch keine Gründe dargelegt, aus denen sich Umstände ergeben würden, die eine Bestellung der Amtssachverständigen verhindern würden. Daher war der Antrag der One abzuweisen.

Zum Antrag auf Einvernahme von Prof. Gerpott als Auskunftsperson ist auszuführen, dass aus Sicht der Telekom-Control-Kommission aus einer Einvernahme keine neuen Fakten, die in die Entscheidung eingeflossen wären, zu erwarten waren. Die Telekom-Control-Kommission hat sich mit dem Gutachten von Dr. Gerpott inhaltlich auseinandergesetzt und dazu Stellung genommen, eine mündliche Einvernahme war aber aus Sicht der Telekom-Control-Kommission dazu nicht mehr erforderlich. Daher war der Antrag der One abzuweisen.

Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

§ 125 Abs 3 TKG enthält keine ausdrückliche Festlegung, welche Behörde zur Entscheidung über die Frequenzzuweisung befugt ist. Frequenzzuteilungen erfolgen nach dem System des Telekommunikationsgesetzes zwar grundsätzlich durch die Fernmeldebehörden, soweit es sich jedoch um Frequenzen handelt, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten vorgesehen sind, erfolgt die Zuteilung durch die Konzessionsbehörde (§ 49 Abs 12 TKG), sohin gemäß § 111 Z 1 TKG durch die Telekom-Control-Kommission. Auch die noch auf der Basis des Fernmeldegesetzes 1993 erfolgten (weiteren) Frequenzzuweisungen an die Mobilkom und die max.mobil erfolgten durch die Konzessionsbehörde, zum damaligen Zeitpunkt also durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr. Bei Übernahme der Bestimmung des § 20a Abs 3b aus dem Fernmeldegesetz wurde der Wortlaut unverändert gelassen, aus der fehlenden ausdrücklichen Bezugnahme auf die Regulierungsbehörde oder Konzessionsbehörde kann daher nicht abgeleitet werden, dass damit eine materielle Änderung insbesondere der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung beabsichtigt war. Vielmehr dokumentiert die eben auch im Hinblick auf die Terminologie (so kennt das TKG sonst keinen "reservierten Fernmeldedienst" mehr) unveränderte Übernahme das Bestreben, die materielle Rechtslage unangetastet zu lassen, dies vor allem auch vor dem Hintergrund des zum Zeitpunkt der parlamentarischen Behandlung noch laufenden Ausschreibungsverfahrens betreffend die DCS-1800-Konzession. Zur Entscheidung über die von der Mobilkom gestellten Anträge ist daher die Telekom-Control-Kommission gemäß § 111 Z 1 TKG zuständig. Von dieser Zuständigkeitsverteilung geht auch der Gesetzgeber in der TKG-Novelle, BGBl I Nr. 98/1998, aus, in der die Telekom-Control-Kommission ausdrücklich im Zusammenhang mit der Verwertung des (restlichen) für DCS-1800 reservierten Frequenzbereichs als zuständige Behörde genannt wird.

§ 125 Abs 3 als lex specialis zu §§ 20ff

§ 125 Abs 3 TKG ist gegenüber dem allgemeinen Konzessionsvergabeverfahren nach den §§ 20 ff TKG lex specialis; für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung "bestehenden Inhaber" einer Mobilfunklizenz (Mobilkom und max.mobil) wird darin ein von den allgemeinen Regeln der §§ 20ff TKG abweichendes Verfahren festgelegt, in dessen Rahmen die Zuweisung von Frequenzen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich erfolgen kann. Mobilkom und max.mobil ist es somit verwehrt, einen Antrag auf Konzessionserweiterung nach § 20 Abs 4 TKG im Hinblick auf Frequenzen aus dem DCS-1800-Band zu stellen, und sich in diesem Fall an der Ausschreibung zu beteiligen. § 125 Abs 3 TKG legt jedoch ein subjektives Recht dieser Betreiber fest, im Fall der Kapazitätserschöpfung ein Spektrum von 5 MHz aus dem DCS-1800 Frequenzbereich – zur Behebung der Engpasssituation – zugewiesen zu bekommen. Die im Gesetz festgelegten "5 MHz" sind im technischen Sinn als "2 x 5 MHz" (Bandbreite von 5 MHz jeweils uplink und downlink) zu verstehen; unter Abrechnung des erforderlichen Schutzkanals ergibt dies 24 verfügbare DCS-1800-Kanäle (Duplex) mit der Kanalbreite von 200 kHz.

Regionale Frequenzzuweisung

Die Bestimmung des § 125 Abs 3 TKG geht jedoch davon aus, dass die Zuweisung von DCS-1800-Frequenzen an Mobilkom oder max.mobil vor dem 27. August 2000 eine Durchbrechung der der One grundsätzlich eingeräumten Schutzfrist darstellt, die nur bei Vorliegen eines entsprechenden

Kapazitätsengpässen erfolgen darf. Soweit ein derartiger Engpass nicht nachgewiesen ist, besteht kein Anspruch auf Frequenzzuweisung. Da der Nachweis des Erreichens der Kapazitätsgrenze (die "Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität") nur für den Kernbereich von Wien erbracht wurde, wurde die Frequenzzuweisung nur für ein regional beschränktes Einsatzgebiet, nämlich für das Bundesland Wien vorgenommen. Zur klaren Abgrenzung wurde dabei auf den Standort der Basisstationen abgestellt; auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Netzplanung eine effiziente Frequenznutzung für den Kernbereich von Wien ermöglichen kann.

Hinsichtlich der von der Mobilkom im Verfahren weiters behaupteten Kapazitätsengpässe insbesondere im Bereich der Stadt Salzburg sowie im Rheintal (sowie in einer Reihe von mittelgroßen Städten) wurde der Nachweis, dass hier unter Einsatz aller Möglichkeiten zur Kapazitätssteigerung die Teilnehmerkapazität ausgeschöpft ist, nicht erbracht. Die bloße Behauptung entsprechender Probleme, ohne dass dies durch detaillierte Verkehrswerte (im zeitlichen Verlauf) sowie entsprechende Unterlagen insbesondere zum erreichten Grade of Service belegt wird, reicht zum Nachweis des Erreichens der Kapazitätsgrenze nicht aus. Der Nachweis der erfolgten Kapazitätsauslastung wäre auch in diesem Fall durch die Antragstellerin zu erbringen gewesen, zumal es sich um ein antragsgebundenes Verfahren handelt, in dem sie die Einräumung subjektiver Rechte begehrt und in dem zur Entscheidung Umstände aus dem unmittelbaren Unternehmensbereich der Antragstellerin maßgeblich sind (vgl in diesem Sinne etwa VwSlg 9721 A/1978, VwGH 16.12.1993, 92/06/0160 ua).

Der Mobilkom ist in diesem Zusammenhang auch entgegenzuhalten, dass die durch den Bundesminister grundsätzlich für bundesweiten Einsatz erfolgte Frequenzuteilung an die Regulierungsbehörde diese in keiner Weise verpflichtet, eine allfällige Zuweisung jedenfalls bundesweit vorzunehmen. § 125 Abs 3 TKG enthält keine ausdrückliche Festlegung, wonach es sich um jedenfalls bundesweit einsetzbare Frequenzen handeln muss; im Gegenteil wird mit der Bindung an die strenge "Bedarfsprüfung" im 2. Satz dieser Bestimmung nahe gelegt, dass die Frequenzzuweisung Abhilfe bei bestehenden Engpässen der Betreiber ermöglichen soll. Daraus ergibt sich nun keineswegs, dass auch in Gebieten, in denen ein Engpass nicht nachgewiesen wurde, ein Anspruch auf Nutzung von DCS-1800-Frequenzen bestünde. Die Regulierungsbehörde hat zudem bei der Entscheidung über die Anträge der Mobilkom schon gemäß der expliziten Zielsetzung des TKG zur Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, sowie unter Bedachtnahme insbesondere auf die Richtlinie 96/2/EG, die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu bedenken und bei der Auslegung der relevanten Bestimmung zu berücksichtigen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich, dass eine bundesweite Zuweisung der beantragten Frequenzen im Hinblick auf die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Mobilkom und den unmittelbar bevorstehenden Markteintritt der One dem effektiven Wettbewerb eher abträglich wäre, während eine auf das Gebiet mit nachgewiesenem Engpass beschränkte Frequenzzuweisung die tatsächlichen Kapazitätsprobleme der Antragstellerin beheben kann, ohne dass mit dieser regionalen Beschränkung rechtlich anerkannte Interessen der Antragstellerin beeinträchtigt würden.

Den Anträgen der Mobilkom war daher insoweit stattzugeben, als ein Frequenzspektrum von 2 x 5 MHz aus dem DCS-1800 Band für den regionalen Bereich der nachgewiesenen Kapazitätsengpässe zugewiesen wurde. Gemäß der Telekommunikationsgebührenverordnung (TKGV) war daher auch die Verpflichtung zur Entrichtung von Frequenznutzungsgebühren nach dem 2. Abschnitt Punkt A III 2 c TKGV ("anderes Einsatzgebiet", da die Zuweisung

räumlich nicht bundesweit und auch nicht lokal im Sinne des 2. Abschnitts Punkt A III 2 a TKGV erfolgte) festzulegen.

Der darüberhinausgehende Antrag auf Zuweisung weiterer 2 x 3,4 MHz war mangels gesetzlicher Grundlage jedoch abzuweisen. § 125 Abs 3 TKG beschränkt das aus dem DCS-1800-Bereich an die Mobilkom zuteilbare Spektrum (sieht man von der nunmehr mit § 125 Abs 3a TKG geschaffenen Möglichkeit ab, sich an der Ausschreibung nicht bundesweiter Konzessionen zu beteiligen) mit (2x) 5 MHz, die vor dem 27.8.2000 nach genauer Prüfung des Erreichens der Kapazitätsgrenze, danach jedoch schon "bei Bedarf" vergeben werden können. Für die Zuweisung eines weiteren Frequenzbereichs bleibt nach dieser Bestimmung kein Raum. Auch die Konzession, auf die sich der Antrag ausdrücklich beruft, weist lediglich auf die Zulässigkeit von "Anträgen um Überlassung eines weiteren Frequenzspektrums in geeigneten Frequenzbereichen" hin. Aus dieser Bestimmung in der Konzession ist ein Rechtsanspruch auf bestimmte Frequenzzuweisungen nicht abzuleiten.

Frequenzzuteilung

Die Vergabe von Frequenzen ist der Regulierungsbehörde nur möglich, wenn der für die Verwaltung des Frequenzspektrums zuständige Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr gemäß § 47 Abs 3 TKG der Regulierungsbehörde Teile des Frequenzspektrums zur wirtschaftlichen Nutzung zuteilt. Diese Zuteilung ist im vorliegenden Fall durch Schreiben des BMWV vom 10. Juni 1998, GZ 100798/IV-TD/98, erfolgt, zugeteilt wurden aus dem für DCS-1800-Systeme festgelegten Frequenzband ein Spektrum von jeweils 2 x 5 MHz zur wirtschaftlichen Nutzung durch die konzessionierten Mobilfunkbetreiber Mobilkom und max.mobil. Die konkrete Kanalzuordnung sowie die technischen Nutzungsbedingungen waren auf der Basis der erfolgten Frequenzzuteilung durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr festzulegen. Ausdrücklich hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Bestimmung des § 22 Abs 10 TKG, wonach (auch) von Amts wegen eine Anpassung der zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen erfolgen kann, wenn diese auf Grund geänderter technischer oder rechtlicher Voraussetzungen im Interesse einer effizienten Frequenznutzung und eines fairen Wettbewerbs zwingend erforderlich und die Änderung nicht grundsätzlicher Art ist. Eine derartige Änderung könnte sich gegebenenfalls entsprechend der Ergebnisse der Koordination mit den Nachbarstaaten als erforderlich erweisen.

Konzessionserweiterung

Die Zuweisung von Frequenzen gemäß § 125 Abs 3 TKG stellt – wie auch die bereits vorangegangene Erhöhung des für die Mobilkom nutzbaren Spektrums durch dem Bescheid des BMWV vom 23. Juli 1997, GZ 101006/IV-JD/97 – eine Erweiterung der Konzession dar. Abgesehen von der Erweiterung des nutzbaren Frequenzspektrums bleiben die Bestimmungen der Konzession, die insbesondere auch die Berechtigung zum Betrieb der relevanten Fernmeldeanlagen umfasst, unberührt. Soweit die bestehende Konzession auf GSM verweist, ist dies auch als Verweis auf DCS-1800 zu verstehen; eine ausdrückliche Berichtigung konnte unterbleiben, da DCS-1800 als zur GSM-Systemfamilie gehörend anzusehen ist.

Befristung

Die Sicherstellung einer effizienten Nutzung des Frequenzspektrums ist ein in § 1 Abs 2 Z 5 TKG ausdrücklich angeführtes Ziel des Telekommunikationsgesetzes. Diese Zielbestimmung konkretisierend ermöglicht § 15 Abs 4 TKG die Befristung

einer Konzessionserteilung, wenn dies wegen der Knappheit oder der Widmung der zur Verfügung stehenden Frequenzen notwendig ist. Die bestehende Konzession der Mobilkom ist befristet bis zum 31.12.2015, wobei bis zum 31.12.2009 nachzuweisen ist, dass auch für die letzten 5 Jahre das von der Mobilkom betriebene Netz und die gebotenen Dienstleistungen den europäisch vergleichbaren Qualitätsstandard erwarten lassen. Die Frequenzzuweisung im vorliegenden Verfahren – die wie bereits ausgeführt eine Konzessionserweiterung darstellt – kann daher nur befristet mit der Dauer der bereits bestehenden Konzession erfolgen; die Festlegung der Befristung im Spruch dient vor allem der ausdrücklichen Klarstellung der untrennbaren Verknüpfung der gegenständlichen Frequenzzuweisung mit der bestehenden Konzession.

Zu den Sachverständigenkosten

Mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles war zur vollständigen Ermittlung des Sachverhaltes einerseits erweiterte Simulationen und ergänzende Berechnungen der Studie von Prof. Dr. Samy A. Mahmoud geboten. Nach der Verfahrenslage war aber auch die Beiziehung eines Sachverständigen aufgrund der Komplexität der zu klärenden Sachfragen zur Prüfung, ob sämtliche entscheidungserhebliche Tatsachen erhoben worden sind, sowie zur Prüfung der Plausibilität der Annahmen und der Schlüssigkeit der Ergebnisse der Studie von Herrn Prof. S. A. Mahmoud, Carlton University, Ottawa, notwendig. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Sachverständigenbestellung massive Bedenken von Seiten der mitbeteiligten Partei an der Vollständigkeit der Erhebungen und der Schlüssigkeit der Ergebnisse des Gutachtens vorgebracht wurden.

Die Kosten wurden der Behörde in einer Honorarnote am 23.6.1998 in Rechnung gestellt. Gemäß § 53 a AVG haben nichtamtliche Sachverständige einen Anspruch auf Gebühren „unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Ausmaß wie Sachverständige ... im gerichtlichen Verfahren. Umfang und Höhe dieser Gebühren sind von der Behörde, die den Sachverständigen ... in Anspruch genommen ... hat, festzusetzen.“ Die Überprüfung der Kosten hat ergeben, dass sie angemessen im Sinne der Bestimmungen der §§ 24 und 34 des Gebührenanspruchsgesetzes, BGBl 136/1975, (GebAG) sind und der tatsächlich erbrachten Leistung entsprechen.

Gemäß § 76 AVG hat die Partei, die um die Amtshandlung ersucht hat, im Allgemeinen für Sachverständigengebühren aufzukommen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht eine amtswegige Kostentragung vorschreiben. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist dann, wenn eine Partei ein bestimmtes, auf einem Rechtsanspruch beruhendes und daher mit einem sachlichen Abspruch zu erledigendes Begehren stellt, der Antrag auf Durchführung der zur vollständigen Ermittlung des Sachverhaltes erforderlichen oder nach dem Gesetz gebotenen Amtshandlung als in das Parteibegehren eingeschlossen anzusehen. Es bedarf es also keinen besonderen Antrages zur Durchführung der einzelnen Amtshandlungen, vielmehr erwächst die Verpflichtung zur Tragung allfälliger Kosten bereits aus der Tatsache, dass das das Verwaltungsverfahren auslösende Parteibegehren gestellt worden ist (VwSlg. 4350A/1957, VwGH 15.9.1983, 06/2959 bis 2961/80, VwGH 26.6.1990, 89/05/0004). § 76 AVG durchbricht die Kostentragungspflicht des Antragstellers nur dort, wo diese unbillig wäre (VwGH 17.1.1995, 94/07/0118). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Sachverständigengebühren waren daher der antragstellenden Gesellschaft vorzuschreiben.

Zur Frage der Vorabentscheidung

One regt an, die Frage, ob Art 86 bzw Art 91 (gemeint wohl Art 90) des EGV bzw Art 9 Abs 2 bzw Art 11 Abs 2 der (zwar nicht explizit genannten, wohl aber intendierten) Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABI Nr L 117/15, einer entgeltfreien Zuteilung von zusätzlichen Mobilfunkfrequenzen (GSM-1800) an ein öffentliches Unternehmen, das überdies marktbeherrschend ist, entgegensteht, wenn gleichzeitig andere Mobilfunkbetreiber zusätzliche Frequenzen nur gegen Entgelt in einem Versteigerungsverfahren erwerben können, indem sie überdies noch der Bietkonkurrenz anderer Betreiber oder Interessenten ausgesetzt sind, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Weiters wird die Herantragung der Frage an den EuGH vorgeschlagen, ob Art 1 Abs 2 RL 87/372/EWG einer solchen Zuteilung entgegensteht, wenn gleichzeitig das betreffende Unternehmen 2x8 MHz des in dieser Richtlinie definierten GSM-Spektrums bis zum Ablauf des Jahres 2004 für ein analoges Mobilfunksystem nutzt und dieses Frequenzspektrum nicht für GSM-Nutzung heranzieht, obwohl dieses öffentliche Unternehmen selbst kommerziellen Bedarf an zusätzlichem Frequenzspektrum geltend macht, den es durch Nutzung von 1800-MHz-Frequenzen (GSM-1800) befriedigen will.

Zur Frage der Entgeltlichkeit:

Dazu wird auf die Ausführungen zum Urteil des EuGH (Seite 6 und 7 des Bescheides) verwiesen.

Zur Frage der Zuteilung:

Art 1 der von One herangezogenen Richtlinie 87/372/EWG des Rates vom 25. Juni 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, ABI L 196 vom 17.7.1987, bestimmt, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Frequenzbänder 905-914 MHz und 950-959 MHz oder äquivalente Teile der in Absatz 2 bezeichneten Frequenzbänder ab 1. Januar 1991 ausschließlich für einen europaweiten öffentlichen zellularen digitalen Mobilfunkdienst bereitgestellt werden. Abs 2 der genannten Richtlinie fordert von den Mitgliedstaaten die bloße Aufstellung von Plänen, wonach die gesamte Bandbreite von 890-915 und 935-960 MHz für ein solches europaweites öffentliches zellulares digitales Mobilfunksystem entsprechend dem kommerziellen Bedarf so bald wie möglich zur Verfügung stehen wird.

Aus den Erwägungsgründen wird deutlich, dass die Richtlinie davon ausgeht, dass zwar die „schrittweise Verfügbarkeit der vollständigen Breite der genannten Frequenzbänder zum Aufbau echter europaweiter Mobilfunkkommunikation unerlässlich“ ist, aber „angesichts der derzeitigen Technologie- und Marktentwicklung ... realistischerweise davon aus(zu)gehen ist, dass die Frequenzbänder 890-915 und 935-960 MHz spätestens innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren, gerechnet ab 1. Januar 1991, ausschließlich für das europaweite Funksystem zur Verfügung stehen werden“.

Für die Widmung der 890-915 MHz und 935-960 MHz sieht die Richtlinie sohin keine klare und eindeutige „Widmungsfrist“ vor. Aus der bloßen Verpflichtung zur Aufstellung von Plänen, die vorsehen, dass die gesamte Bandbreite von 890-915 und 935-960 MHz für ein solches europaweites öffentliches zellulares digitales

Mobilfunksystem entsprechend dem kommerziellen Bedarf „so bald wie möglich“ zur Verfügung stehen, kann jedenfalls keine solche Frist abgeleitet werden. Sie überlässt es vielmehr den Mitgliedstaaten selbst zu bestimmen, wann der ehestmögliche Zeitpunkt ist, wenngleich sie in den Erwägungsgründen, denen allerdings keine verbindliche Wirkung zukommt, einen gewissen Rahmen vorgibt, indem sie „realistischerweise“ von einer grundsätzlichen Überleitungsfrist bis zum Jahr 2001 ausgeht.

Die in Umsetzung dieser Richtlinie ergangene Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, mit der Frequenzen und Frequenzbänder für europaweit harmonisierte Funkssysteme gewidmet werden (Frequenzwidmungsverordnung - FWV), BGBl. Nr. 313/1996, bestimmt in ihrem § 3, dass die Frequenzbänder 905-914 MHz und 950-959 MHz ausschließlich für einen europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienst (GSM) gewidmet sind, ab 1. Juli 1996 zusätzlich die Frequenzbänder 903-905 MHz und 948-950 MHz für das GSM zur Verfügung stehen. Ab 1. Jänner 1998 stehen zusätzlich die Frequenzbänder 898-903 MHz und 943-948 MHz und ab 1. Jänner 2005 steht die gesamte Bandbreite von 890-915 MHz und 935-960 MHz für GSM zur Verfügung. Österreich hat damit den in der Richtlinie eingeräumten Gestaltungsspielraum dahingehend „ausgefüllt“, dass es für die Frequenzbänder 890-915 MHz und 935-960 ab 1. Jänner 2005 eine ausschließliche GSM-Widmung vorgesehen hat und bis dahin schrittweise die schon vorher verfügbaren Frequenzbänder für GSM widmet.

Da die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung einräumt, erscheint es durch die Judikatur des EuGH ausreichend geklärt, dass hinsichtlich einer „Widmungsfrist“ für die Bandbreite von 890-915 und 935-960 MHz für ein europaweites öffentliches zellulares digitales Mobilfunksystem – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt - keine unmittelbare anwendbare Richtlinienbestimmung vorliegt. Entgegen den Ausführungen der One in ihrem Schriftsatz vom 4.8.1998, S 6, kann daher nicht von einer Verdrängung der Frequenzwidmungsverordnung, soweit sie Frequenzbänder noch nicht für GSM gewidmet hat, ausgegangen werden.

Ein Vorabentscheidungsersuchen wegen einer Auslegungsfrage erscheint daher insgesamt nicht erforderlich.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 115 Abs 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. 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 einer Beschwerde ist eine Gebühr von jeweils Euro 180.- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15. Dezember 2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann