

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/11 W120 2011675-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.09.2019

## Entscheidungsdatum

11.09.2019

## Norm

AEUV Art. 107 Abs1

AVG §8

B-VG Art. 133 Abs4

TKG 2003 §55

TKG 2003 §57

VwGVG §14 Abs1

VwGVG §15 Abs1

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W120 2011675-2/37E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian EISNER als Vorsitzenden, die Richterin Mag. Katharina DAVID als Beisitzerin und den Richter Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwalt in 1220 Wien, ARES Tower, Donau-City-Straße 11, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission (TKK) vom 28.07.2014, F 6b/14-11, nach Ergehen einer Beschwerdeverentscheidung am 13.10.2014, F 6b/14-22, und Stellung eines Vorlageantrages, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid vom 28.07.2014, F 6b/14-11 bestätigt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 B-VG zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

## I. Verfahrensgang:

1. Mit Sitzung vom 05.05.2014 leitete die Telekom-Control-Kommission, als folgend belangte Behörde, ein Verfahren zur Änderung der Frequenzzuteilung gemäß § 57 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) hinsichtlich sämtlicher in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz zugeteilter Frequenznutzungsrechte der XXXX (nunmehrige Beschwerdeführerin) sowie der erstmitbeteiligten Partei ( XXXX ) und der zweitmitbeteiligten Partei ( XXXX ), die als Zuteilungsinhaberinnen von Nutzungsrechten in diesen Frequenzbereichen Mobilfunkdienste anbieten, ein.

Die belangte Behörde kündigte an, dass in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz keine Einschränkungen der technologischen Nutzung mehr bestehen sollen, sodass die bis dahin der Art nach auf die Nutzung der GSM-Technologie beschränkten Frequenzen technologieneutral iSd GSM-Richtlinie 2009/114/EG bzw. der Entscheidung der Kommission 2009/766/EG vom 16.10.2009 u.a. für UMTS- und LTE-Systeme eingesetzt werden können.

2. Mit Schreiben vom 03.06.2014 übermittelte die belangte Behörde durch deren Geschäftsstelle den Verfahrensparteien, als Betroffene, das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens zum festgestellten Sachverhalt und räumte ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme ein, wovon diese auch mehrfach Gebrauch machten.

In ihren Äußerungen verwies die Beschwerdeführerin insbesondere darauf, dass die in Aussicht genommene Änderung (technologieneutrale Umwidmung bzw. Liberalisierung bestehender Frequenznutzungsrechte; sogenanntes "Refarming") Hand in Hand mit einer Neuordnung des jeweiligen Bestandsspektrums an Frequenzen zur Erzielung durchgehender Frequenzbereiche je Betreiber (sogenannte "Defragmentierung") gehen sollte.

3. Am 30.06.2014 führte die belangte Behörde jeweils gesondert eine mündliche Verhandlung mit der Beschwerdeführerin, der (hier) erst- und der zweitmitbeteiligten Partei durch. Eine weitere mündliche Verhandlung fand am 07.07.2014 mit der Beschwerdeführerin im Beisein der beiden mitbeteiligten Parteien statt

4. Mit dem angefochtenen Bescheid entschied die belangte Behörde gemäß § 57 Abs. 1 TKG 2003, dass die Art der in den jeweils näher angeführten Zeiträumen bestehenden Frequenznutzungsrechte der erstmitbeteiligten Partei in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz dahin geändert werden, dass diese technologieneutral gemäß den Nutzungsbedingungen der dem Bescheid angeschlossenen Anlage ausgeübt werden können. Die belangte Behörde legte zudem den Umfang der Frequenznutzungsrechte der erstmitbeteiligten Partei in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz näher fest und normierte schließlich die sich aus den Frequenznutzungsrechten ergebenden Versorgungspflichten: Diese wurden dahingehend geändert, dass sie neben der GSM-Technologie auch mit anderen, den Nutzungsbedingungen entsprechenden Technologien erfüllt werden können, wobei dies jeweils mit einer zumindest GSM entsprechenden Qualität zu erfolgen habe. Im Rahmen der Versorgungspflichten seien sowohl Sprach- als auch Datendienste anzubieten. Sämtliche weiteren Rechte und Pflichten, die sich aus den jeweiligen Frequenzzuteilungen ergaben, blieben unberührt.

In ihrer Begründung hielt die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst fest, dass auf Grund der technologischen Weiterentwicklung des digitalen Mobilfunksystems GSM, das im Wesentlichen für die Sprachtelefonie entwickelt worden war, hin zu LTE Systemen (Long Term Evolution, 4G) als Nachfolgetechnologie von UMTS (Universal Mobile Telecommunications Systems, 3G) eine erhebliche Effizienzsteigerung für die Nutzung von Frequenzen möglich sei. In den vergangenen Jahren habe der Datenverkehr ein exponentielles Wachstum gezeigt, was höhere Kapazitäten durch breitbandfähiges Spektrum erforderlich mache. Sowohl LTE als auch UMTS wiesen eine deutlich höhere Spitzenrate als GSM auf, wodurch ein höherer Datendurchsatz erreicht werden könne. Für den Transport von Breitbanddiensten stünden den Mobilfunkbetreibern derzeit nur drei von fünf möglichen Bändern mit für Breitband nutzbarem Spektrum zur Verfügung, da nur das 800 MHz-Band, das 2100 MHz-Band und das 2600 MHz-Band technologieneutral und damit für UMTS/LTE genutzt werden könne. Das 900 MHz-Band und das 1800 MHz Band seien nach wie vor an die Nutzung der GSM-Technologie gebunden. Durch die technologieneutrale Umwidmung ("Refarming") bzw. die Liberalisierung bestehender Frequenznutzungsrechte würde das für Breitband nutzbare Spektrum wesentlich erhöht und volkswirtschaftlich positive Effekte erzielt, da neue Dienste, mehr Kapazität und Flächenspektrum für Breitbanddienste sowie langfristige Kosteneinsparungen durch höhere technische Effizienz ermöglicht würden. Jeder der betroffenen Mobilfunkbetreiber profitiere von der Umwidmung, da ihm mehr Spektrum für die Produktion von Breitbanddiensten zur Verfügung stünde. Selbst wenn sich auf Grund der jeweiligen Frequenzausstattung der durch die Liberalisierung bewirkte Vorteil für die einzelnen Betreiber unterschiedlich stark auswirke, sei diese jedenfalls geboten, da durch die Konkurrenzsteigerung wesentliche positive Auswirkungen auf den

Wettbewerb und die Breitbandversorgung Österreichs zu erwarten seien. Mit der regulatorischen Maßnahme würde den europarechtlichen Harmonisierungsvorgaben Rechnung getragen und eine Weiterentwicklung der Mobilfunknutzung ermöglicht. Im Weiteren führte die belangte Behörde näher zu den wirtschaftlichen Auswirkungen der Umwidmung für die einzelnen Betreiber, als Zuteilungsinhaber von Frequenzen in den genannten Bereichen sowie den wettbewerblichen Effekten des Refarmings im Verhältnis der Betreiber zueinander aus. Die Notwendigkeit einer Defragmentierung wurde auf Grund der verhältnismäßig geringen Effizienzsteigerung und der dadurch bewirkten weiteren zeitlichen Verzögerung der erforderlichen technologischen Liberalisierung verneint. Abschließend setzte sich die belangte Behörde mit den von der nunmehrigen Beschwerdeführerin im behördlichen Verfahren erhobenen Einwendungen auseinander und verneinte insgesamt deren Begründetheit.

5. Gegen diesen an die (nunmehr) erstmitbeteiligte Partei ergangenen Bescheid der belangten Behörde erhob die Beschwerdeführerin, der dieser nicht zugestellt worden war, fristgemäß die vorliegende Beschwerde in vollem Umfang wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Mangelhaftigkeit des Verfahrens und beantragte dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Zur Zulässigkeit verwies die Beschwerdeführerin darauf, dass nach § 7 Abs. 3 VwGVG Beschwerde bereits ab dem Zeitpunkt erhoben werden könne, ab dem sie Kenntnis von dem Bescheid erlangt habe. Unter näherer Ausführung begründete die Beschwerdeführerin im Weiteren das Vorliegen einer möglichen Betroffenheit iSd § 57 Abs. 1 TKG 2003, so dass ihr eine Berechtigung zur Erhebung eines Rechtsmittels auch gegen den an die erstmitbeteiligte Partei ergangenen Bescheid zukomme. Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit verwies die Beschwerdeführerin, ihre bisherigen Einwendungen im behördlichen Verfahren im Wesentlichen wiederholend darauf, dass die belangte Behörde es entgegen der Rechtsprechung unterlassen habe, konkret die Auswirkungen des verfügten Refarmings auf den wirtschaftlichen Wert der jeweils davon betroffenen Frequenzen zu prüfen. Die belangte Behörde hätte den angefochtenen Bescheid nur erlassen dürfen, wenn die von ihr verfügte Maßnahme die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Frequenznutzungsrechte der einzelnen Betreiber wahre. Inhaltlich verfehlt sei daher die Ansicht der belangten Behörde, wonach eine Verknüpfung des Refarmings mit der von der Beschwerdeführerin geforderten Defragmentierung, um deren Frequenzausstattung durch Schaffung zusammenhängender Spektrumsblöcke möglichst umfassend für Breitband nutzbar zu machen, nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen sowie des Unionsrechts nicht aufzugreifen sei. Sowohl das Ziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen als auch das Verbot von Diskriminierung würden eine solche Maßnahme aber erforderlich machen, da § 57 Abs. 1 TKG 2003 eine Änderung von Art und Umfang der Frequenzzuteilung nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen für die Betroffenen gestatte. Der belangten Behörde sei zudem eine Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens vorzuwerfen, da diese es verabsäumt habe ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der von der Umwidmung betroffenen Frequenznutzungsrechte einzuholen und sich stattdessen bloß auf allgemeine Ausführung dazu ohne konkrete Beweisergebnisse zurückziehe, so dass der angefochtene Bescheid an einem Begründungsmangel leide und eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Parteigehör vorliege. Das von der belangten Behörde im Rahmen des Konsultationsverfahrens unter anderem an die Beschwerdeführerin übermittelte Dokument zum festgestellten Sachverhalt sei keiner natürlichen Person zuzuordnen, so dass eine Ermittlung in einer "dem AVG entsprechenden Weise" unterblieben sei. Der ungleiche Vorteil, der der erstmitbeteiligten Partei im Verhältnis zur Beschwerdeführerin durch das "Refarming" verschafft würde, führe zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung und stelle einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Eine Defragmentierung sei schon deshalb geboten, weil dadurch eine weitere Effizienzsteigerung erreicht würde, da die Nutzungsmöglichkeiten von LTE optimiert würden. Rechtliche Hindernisse beständen nicht, zumal die Regelung in § 57 Abs. 1 TKG auch die Ermächtigung zur Änderung in Bezug auf Nebenbestimmungen einschließe. Schließlich rügt die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen das EU-Beihilfenrecht, da die durch das Refarming als staatliche Maßnahme bewirkte Werterhöhung der Frequenzen, von der insbesondere die erstmitbeteiligte Partei erheblich profitiere, dieser einen unzulässigen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen würde. Die Auffassung der belangten Behörde, wonach es fallgegenständlich an einer staatlichen Maßnahme fehle, sei - so die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die dazu näher dargestellte Judikatur des EuGH - unzutreffend.

Unter Punkt II) der Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, da eine "massive Wettbewerbsverzerrung" zu Gunsten der erstmitbeteiligten Partei bzw. zu Lasten der Beschwerdeführerin stattfinde, die für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Schaden bedeute.

6. Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.09.2014, W120 2011675-1/2E, wurde dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht stattgegeben.

7. Mit Beschwerdeentscheidung der belangten Behörde vom 13.10.2014, F 6b/14-22, wies die belangte Behörde die vorliegende Beschwerde mangels Parteistellung auf Grund fehlender Betroffenheit gemäß § 14 Abs. 1 VwGVG iVm § 8 AVG zurück.

8. Mit Schriftsatz vom 20.10.2014 stellte die Beschwerdeführerin den näher begründeten Antrag, dass ihre Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 28.07.2014 dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt werde.

9. Am 29.10.2014 legte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde samt Verwaltungsakt vor und erstattete unter einem eine Stellungnahme zu den geltend gemachten Beschwerdegründen, in der sie im Wesentlichen auf ihre Ausführungen in der Beschwerdeentscheidung verwies.

10. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.01.2015 wurde der Vorlageantrag der hier erstmitbeteiligten Partei zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt, wovon diese mit hg. am 11.02.2015 eingelangter Äußerung Gebrauch machte.

11. Die Stellungnahme der erstmitbeteiligten Partei sowie die ergänzende Eingabe der Beschwerdeführerin wurden den jeweils anderen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Die replizierenden Äußerungen wurden den übrigen Verfahrensbeteiligten übermittelt und ihnen rechtliches Gehör eingeräumt, das von ihnen im Rahmen weiterer Stellungnahmen mehrfach wahrgenommen wurde.

12. Mit hg. Beschluss vom 15.04.2016, W120 2011675-2 wurde die vorliegende Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen, da die Beschwerdeführerin nicht als "Betroffene" im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen anzusehen sei, zumal deren Rechtsposition insofern unverändert bliebe, als sie die ihr zugeteilten Frequenzen gleich wie bisher nutzen könne. Auch aus den europarechtlichen Richtlinienvorgaben sei in Zusammenschau mit der dazu näher zitierten Rechtsprechung des EuGH eine Beschwerdelegitimation nicht abzuleiten, da es dem angefochtenen Bescheid an der notwendigen Eignung fehle, sich auf die Marktposition der Beschwerdeführerin auszuwirken. Der belangten Behörde sei zuzustimmen, wenn diese im Rahmen der Beschwerdeentscheidung ausführt, dass das vorliegende Verfahren insofern anders gelagert sei, als hier nicht ein marktmächtiges Unternehmen anderen nicht marktmächtigen Unternehmen gegenüberstehe bzw. kein erhebliches wettbewerbliches Defizit durch die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen korrigiert werde, wodurch die Wettbewerber zu "Betroffenen" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie werden. Es sei folglich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin das Recht zur Einbringung eines Rechtsmittels (Beschwerde) gegen den verfahrensgegenständlichen Bescheid mangels Parteistellung iSd § 8 AVG fehle, weshalb die Beschwerde zurückzuweisen und die Beschwerdeentscheidung zu bestätigen sei.

Die Revision wurde als zulässig erachtet, weil zu einer Konstellation wie im Beschwerdefall nach § 57 Abs. 1 TKG 2003 noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliege und auch nicht angenommen werden könne, dass dieser Fragestellung nicht eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

13. Mit Erkenntnis vom 22.11.2017, Ro 2016/03/0014 hob der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) nach Revision der Beschwerdeführerin, die ihre Parteistellung und daraus abgeleitet ihre Rechtsmittellegitimation im vorliegenden Verfahren auf Grund von "Betroffenheit" iSd Art. 4 der Richtlinie 2009/140/EG (im Folgenden: Rahmenrichtlinie) damit begründete, dass ein Unternehmen dann als "betroffen" anzusehen sei, wenn es ein Wettbewerber des Unternehmens wäre, an das sich die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde richte und diese in einem Verfahren entscheide, das dem Schutz des Wettbewerbes diene, wenn die fragliche Entscheidung - so wie hier - geeignet sei, sich auf die Marktstellung des erstgenannten Unternehmens auszuwirken, den zurückweisenden Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf.

Die Betroffenheit wäre - so der VwGH in seiner Begründung - gemäß der näher dargestellten Rechtsprechung des EUGH dann gegeben, wenn die fragliche Entscheidung geeignet sei, sich auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin auszuwirken. Eine solche Eignung könne im Hinblick auf die Ausführungen des angefochtenen Bescheids nicht bezweifelt werden, zumal durch die Umwidmung der GSM-Frequenzen in den jeweils relevanten Technologien die

Konkurrenzfähigkeit der Wettbewerber der Beschwerdeführerin, vorliegend die erst- und zweitmitbeteiligte Partei, kurz- bis mittelfristig verbessert werden könne, da diesen ein breiteres Nutzungsspektrum zur Verfügung stünde und diese daher nicht mehr den bisher bestehenden Expansionsbarrieren unterlägen.

Vor diesem Hintergrund könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung der belangten Behörde im Ausgangsverfahren über die vorgenommene Änderung der Frequenzrechte geeignet sei, sich auch auf die Marktposition der Beschwerdeführerin auszuwirken. Treffe dies zu, sei diese im Sinne des zitierten Urteils des EuGH als "Betroffene" iSd Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie anzusehen, weshalb ihr auch Parteistellung zukomme. Die Beziehung als Partei sei daher schon dann geboten, wenn der zu fällenden Entscheidung der Regulierungsbehörde die beschriebene "Eignung" zukomme; ob eine Beeinträchtigung der Rechtsposition tatsächlich statfinde, sei Gegenstand des Verfahrens, berührt aber nicht die Parteieigenschaft.

14. Im zweiten Rechtsgang forderte das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 08.10.2018 die Beschwerdeführerin sowie die belangte Behörde auf, zu näher bezeichneten Fragen, insbesondere im Hinblick den Umfang der aktuell bestehenden Frequenzausstattung und die Nutzungsverteilung von für GSM im Verhältnis zu LTE/UMTS nutzbarem Spektrum sowie eine allenfalls zwischenzeitig erreichte Defragmentierungsvereinbarung Stellung zu nehmen.

15. Mit Eingabe vom 15.10.2018 äußerte sich die belangte Behörde zu den Fragen des Bundesverwaltungsgerichts und verwies darauf, dass die vorliegend bekämpfte Refarming Entscheidung gegenüber der erstmitbeteiligten Partei nur bis Ende 2017 relevant gewesen sei, da sie seit dem 01.01.2018 sämtliche 900 MHz- und 1800 MHz-Frequenzen auf Grund der Zuteilung nach der Multiband-Auktion 2013 (Bescheid der TTK vom 19.11.2013, F 1/11-283) nunmehr ohnedies technologieneutral nutzen dürfe. Lediglich die zweitmitbeteiligte Partei habe noch bis Ende 2019 ein Nutzungsrecht an der 1800 MHz Frequenz, das ohne das Refarming lediglich für GSM-Dienste genutzt werden dürfe. Im Weiteren stellte die belangte Behörde die Frequenzausstattung der Verfahrensparteien im Zeitablauf in sämtlichen Frequenzbändern graphisch dar und hielt überdies fest, dass eine privatrechtliche Defragmentierungsvereinbarung zwischen den betroffenen Mobilfunkbetreibern nach wie vor nicht zu Stande gekommen sei. In Zusammenfassung der Erwägungen im Bescheid verwies die belangte Behörde nochmals auf die Notwendigkeit technologieneutraler Nutzung infolge des erneut deutlichen Anstiegs des Datentransfers, der größtenteils über LTE-Netze abgeführt werde, erforderlich sei um eine Steigerung von Wettbewerb und Effizienzgewinn zu erreichen.

16. Mit Stellungnahme vom 19.10.2018 replizierte die Beschwerdeführerin auf die Fragen des Bundesverwaltungsgerichts und bestätigte ebenfalls, dass es zwischenzeitig weder Vertragsverhandlungen gegeben habe noch eine Defragmentierungsvereinbarung zu Stande gekommen sei, so dass die Benachteiligung der Beschwerdeführerin nach wie vor fortbestehe. Das 900 MHz-Band werde von der Beschwerdeführerin landesweit, das 1800 MHz Band lediglich im grenznahen Bereich für GSM genutzt. Daneben erfolge eine Nutzung auch für Breitband (UMTS/LTE) allerdings nicht in der "dringend notwendigen" Bandbreite, zumal dem Mitbewerb 20 MHz bzw. zumindest 15 MHz zur Verfügung stünden. Mangels erfolgter Defragmentierung habe daher auch keine Effizienzsteigerung erreicht werden können. Der Umstand, dass das bisher für GSM gewidmete 1800 MHz-Band für die Beschwerdeführerin nicht ausreichend effizient für LTE nutzbar (gewesen) sei, habe zur Folge gehabt, dass sowohl im Bandbereich 800 MHz als auch im Bandbereich 2600 MHz versorgungs- und kapazitätsmäßig erweitert werden musste.

17. Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin sowie jene der belangten Behörde wurden der jeweils anderen Verfahrenspartei im Wege des Parteiengehörs zu Kenntnis gebracht.

18. Am 29.07.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Von der eingeräumten Möglichkeit zur allfälligen ergänzenden Stellungnahme machten sowohl die erst- als auch die zweitmitbeteiligte Partei Gebrauch. Die Beschwerdeführerin erstattete eine schriftliche Äußerung zu den in der mündlichen Verhandlung an sie gestellten Beweisfragen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Zum vorliegend entscheidungswesentlichen Sachverhalt sind nachstehende (in der Beschwerde unbestritten gebliebene) Feststellungen des angefochtenen Bescheids zu Grunde zu legen:

1.1. Die Beschwerdeführerin ( XXXX ) und die erstmitbeteiligte Partei ( XXXX ) sowie die zweitmitbeteiligte Partei ( XXXX ) sind Inhaberinnen von Frequenznutzungsrechten u.a. in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz. Sie bieten unter Nutzung dieser Frequenzen Mobilfunkdienste an und stehen insoweit untereinander im Wettbewerb.

1.2. Entwicklung des Mobilten Datenverkehrs im Zeitraum 2005 bis 2013:

Bild kann nicht dargestellt werden

Im vierten Quartal 2014 betrug das Datenvolumen 48 TB. Im ersten Quartal 2018 wurden etwa 346.000 TB an Daten übertragen. Der Anteil der Datendienste am Gesamtverkehr ist von 96% im Jahr 2014 auf aktuell etwa 100% gestiegen.

Sowohl LTE (Long Term Evolution, 4G) als auch UMTS (Universal Mobile Telecommunications Systems, 3G) sind technische effizientere Technologien als GSM. Aufgrund der technologischen Weiterentwicklung von GSM hin zu UMTS und LTE sind erhebliche Effizienzsteigerungen für die Nutzung von Funkfrequenzen für mobilen Datenverkehr möglich.

1.3. Die Frequenzausstattung der Beschwerdeführerin sowie der beiden mitbeteiligten Parteien in den von der Umwidmung betroffenen Frequenzbändern stellt sich mit den technologischen Einschränkungen vor dem Refarming dar wie folgt (Stand Juli 2014):

Tabelle kann nicht abgebildet werden

\*) Die erstmitbeteiligte Partei hat sich verpflichtet diese Frequenzen auf Nachfrage an den Gewinner von Block LB07 in der Multiband Auktion ( XXXX ) zu verkaufen.

In den technologieneutralen Bändern 800 MHz und 2600 MHz gab bzw. gibt es keine Einschränkungen.

1.4. Der Anteil an für LTE und UMTS nutzbarem gepaartem Spektrum an der Gesamtausstattung der Mobilfunkbetreiber beträgt ohne Refarming unter Berücksichtigung der Multiband-Auktion gemessen in verfügbaren 5 MHz Blöcken (Stand Juli 2014):

Betreiber

800 MHz

900 MHz

1800 MHz

2100 MHz

2600 MHz

Breitband-fähig

XXXX

2 x 20 MHz

-

-

2 x 20 MHz

2 x 25 MHz

65%

XXXX

2 x 10 MHz

-

-

2 x 15 MHz

2 x 20 MHz

54%

XXXX

-

-

-

2 x 25 MHz

2 x 25 MHz

60%

Summe

2 x 30 MHz

-

-

2 x 60 MHz

2 x 70 MHz

59%

Gesamt

2 x 30 MHz

-

-

2 x 60 MHz

2 x 70 MHz

1.5. Der Anteil an gepaartem Spektrum der betroffenen Mobilfunkbetreiber, das nach dem Refarming (ohne Defragmentierung) für LTE und UMTS genutzt werden kann, beträgt unter Berücksichtigung der Multiband-Auktion wie folgt (Stand Juli 2014):

Betreiber

800 MHz

900 MHz

1800 MHz

2100 MHz

2600 MHz

Breitband-fähig

XXXX

2 x 20 MHz

2 x 15 MHz

2 x 10 MHz

2 x 20 MHz

2 x 25 MHz

90%

XXXX

2x 10 MHz

2 x 10 MHz

2 x 15 MHz

2 x 15 MHz

2 x 20 MHz

84%

XXXX

-

-

2 x 30 MHz

2 x 25 MHz

2 x 25 MHz

96%

Summe

2x 30 MHz

2 x 25 MHz

2 x 55 MHz

2 x 60 MHz

2 x 70 MHz

89%

Gesamt

2x 30 MHz

2 x 35 MHz

2 x 75 MHz

2 x 60 MHz

2 x 70 MHz

Die Menge des

für Breitband nutzbaren Spektrums wird durch die Liberalisierung wesentlich erhöht. Mit der Umwidmung steigt der Anteil von breitbandfähigem Spektrum auf über 89%.

1.6. Der Anteil am gesamten gepaarten Mobilfunkspektrum der Beschwerdeführerin sowie der mitbeteiligten Parteien, das für Breitband genutzt werden kann beträgt (ohne Defragmentierung):

2014

2015

2016

2017

2018

2019

2020

Ohne Refarming

59%

59%

72%

72%

89%

89%

100%

Refarming ohne Defragmentierung

89%

89%

94%

94%

96%

96%

100%

1.7. Die Anzahl der

zusätzlichen breitbandfähigen 2x5 MHz Blöcke, die jeder Betreiber durch die Umwidmung unter Berücksichtigung der Multiband-Auktion erhält, beträgt:

Betreiber/Jahr

2014

2015

2016

2017

2019

2019

XXXX

+5

+5

+1\*

+1\*

XXXX

+5

+5

+4

+4

+4

+4

XXXX

+6

+6

+7

+7

\*) XXXX hat sich verpflichtet, 2x0,8 MHz auf Nachfrage an den Gewinner von Block LB07 in der Multiband-Auktion ( XXXX ) zu verkaufen, was hier berücksichtigt wird.

1.8. Die Telekom-Control Kommission hat im Jahr 2011 im Rahmen der Konsultation zu künftigen Frequenzvergaben auf das Regulierungsziel des Refarmings hingewiesen. Vor Durchführung der Multiband-Auktion 2013 zur Zuteilung der Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz hat die Telekom-Control Kommission gemäß den Ergebnissen der öffentlichen Konsultation zu künftigen Frequenzvergaben und der Liberalisierung der Frequenzbereiche 900 MHz und 1800 MHz vom 18.07.2011 am 03.05.2013 angekündigt, dass die GSM-Frequenzen nach der Auktion liberalisiert werden sollen.

1.9. Die Frequenzausstattung der beteiligten Mobilfunkbetreiber im Bereich 1800 MHz im Zeitablauf stellt sich dar wie folgt:

Bild kann nicht dargestellt werden

1.10. Die Frequenzausstattung der beteiligten Mobilfunkbetreiber im Bereich 900 MHz stellt sich im Zeitablauf dar wie folgt:

Bild kann nicht dargestellt werden

1.11. GSM-Kanäle nutzen ein ca. 0,6 MHz breites Spektrum. Innerhalb eines Netzes können GSM-Kanäle in einem Abstand von 0,2 MHz betrieben werden; zwischen unterschiedlichen Netzbetreibern ist ein Kanalabstand von 0,4 MHz einzuhalten. UMTS nutzt Kanäle mit einer Breite von etwa 5 MHz, wobei mit etwas höherer Interferenz ein Kanalabstand von nur 4,8 MHz (innerhalb eines Netzes auch weniger) möglich ist. LTE unterstützt unterschiedliche Bandbreiten, in der Praxis relevant sind 5 MHz, 10 MHz, 15 MHz und 20 MHz. Höhere Bandbreite bedeutet sowohl höhere Kapazität als auch höhere Spitzendatenraten.

1.12. Die Beschwerdeführerin sowie die mitbeteiligten Parteien verfügen unter Berücksichtigung der Multiband-Auktion 2013 über nachstehende Anzahl an zusätzlichen breitbandfähigen 2 x 5 MHz Blöcken:

Betreiber/Jahr

2014

2015

2016

2017

2018

2019

XXXX

+5

+5

+1

+1

XXXX

+5

+5

+4

+4

+4

+4

XXXX

+6

+6

+7

+7

1.13. Durch das Refarming wird die wechselseitige Konkurrenzfähigkeit der Zuteilungsinhaber im Hinblick auf deren Frequenzausstattung für Breitbanddienste erhöht. Mit der Umwidmung der GSM-Frequenzen hin zu einer technologieneutralen Nutzung sind keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten. Jeder der drei betroffenen Mobilfunkbetreiber als Zuteilungsinhaber profitiert insofern von der Liberalisierung der Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz, als ihm nach der Umwidmung mehr Spektrum für die Erbringung von Breitbanddiensten zur Verfügung steht als vorher und ihm keine Einschränkungen oder sonstige Nachteile daraus erwachsen. Durch das Refarming werden neue Dienste, mehr Kapazität für Breitbanddienste, mehr Flächenspektrum für Breitbanddienste und langfristige Kosteneinsparungen durch höhere technische Effizienz ermöglicht. Die derzeit fragmentierten Zuteilungen stellen keine Barriere für die Umwidmung dar. Festgestellt wird, dass insgesamt die wirtschaftlichen und technischen Vorteile des Refarmings sämtlicher Frequenzrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz überwiegen.

1.14. Die Umwidmung bewirkt keine Verschärfung der zu erfüllenden Versorgungsgrade.

1.15. Seit dem 01.01.2018 darf die erstmitbeteiligte Partei auf Grund der Zuteilung nach der Multiband-Auktion mit Bescheid der Telekom-Control Kommission vom 19.11.2013, F 1/11-283 sämtliche 900 MHz- und 1800 MHz-Frequenzen technologieneutral nutzen.

## 2. Beweiswürdigung:

Beweiswürdigend ist im Hinblick auf die im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen festzuhalten, dass diesen - soweit entscheidungsrelevant - in der Beschwerde nicht entgegengetreten wird.

Die Feststellung zur Frequenzausstattung der Beschwerdeführerin sowie der mitbeteiligten Parteien in den Frequenzbändern 900 MHz und 1800 MHz im Zeitverlauf (vgl. Pkt. 1.9. sowie 1.10.), dem Volumen der Datenübertragung sowie der mittlerweile technologieneutralen Nutzung der Frequenzen im 900 MHz- sowie 1800 MHz-Band durch die erstmitbeteiligte Partei folgt der Stellungnahme der belangten Behörde vom 15.10.2018 und korrespondierend dazu jener der Beschwerdeführerin vom 19.10.2018. Wie darin jeweils übereinstimmend festgehalten, ist zwischenzeitlich keine privatrechtliche Defragmentierungsvereinbarung zu Stande gekommen, so dass die Feststellungen im angefochtenen Bescheid betreffend die Frequenzausstattung den (damaligen) status quo darstellen und daher der vorliegenden Entscheidung zu Grunde gelegt werden konnten.

Die tabellarische Aufstellung der Frequenzausstattung der Betreiber sowie deren für LTE bzw. UMTS nutzbares Spektrum folgt den unbestritten gebliebenen Feststellungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid.

Die graphische Darstellung der Frequenzausstattung der Verfahrensparteien im Zeitablauf jeweils im 900 MHz- und im 1800 MHz-Band basiert auf den unstrittigen Angaben der belangten Behörde in ihrer Stellungnahme 15.10.2018 und gleichlautend dazu der Äußerung der Beschwerdeführerin vom 19.10.2018. Die angeführte Grafik ist zudem auf der Homepage der belangten Behörde veröffentlicht (vgl. <https://www.rtr.at/de/tk/Spectrum1800MHz> sowie <https://www.rtr.at/de/tk/900MHzGSM>). Die Nutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet wurden mit Bescheid der belangten Behörde vom 19.11.2013, F1/11-283 (Verfahrensparteien waren ebenso wie hier die Beschwerdeführerin sowie die erst- und zweitmitbeteiligte Partei), in welchem auch das Frequenznutzungsentgelt festgesetzt wurde, neu vergeben. Die Änderungen zeigen, dass die Betreiber auf Grund der unterschiedlichen Restlaufzeiten der ihnen zugeteilten Frequenzen im unterschiedlichen Ausmaß von der technischen Flexibilisierung profitieren, da eine Freischaltung sich naturgemäß nur in GSM-gebundenen Bereichen auswirken kann. Aktuell ist nur noch die zweitmitbeteiligte Partei von einer Technologiebindung betroffen, da deren Nutzungsrechte im 1800 MHz-Band gemäß der Stellungnahme der belangten Behörde vom 15.10.2018 erst Ende 2019 auslaufen. Aus der Stellungnahme der belangten Behörde vom 15.10.2018 folgt auch, dass sämtliche Nutzung der erstmitbeteiligten Partei im Bandbereich 900 MHz sowie 1800 MHz (nur diese Nutzungsrechte sind fallgegenständlich angesprochen) auf Grund der Multiband-Auktion 2013 seit 01.01.2018 technologieneutral erfolgt. Die technologiegebundenen Frequenznutzungs

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)