jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/11 W120 2011676-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.09.2019

Entscheidungsdatum

11.09.2019

Norm

B-VG Art. 133 Abs4
B-VG Art. 133 Abs9
KOG §17
TKG 2003 §57
VwGVG §14 Abs1
VwGVG §15 Abs1
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W120 2011676-2/41E

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 6c/14-13, nach Ergehen einer Beschwerdevorentscheidung am 13.10.2014, F 6c/14-24, 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 6 c/14-13 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 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 werde, dass diese nunmehr technologieneutral gemäß den Nutzungsbedingungen der dem Bescheid angeschlossenen Anlage ausgeübt werden können. Entsprechend der Frequenzausstattung der erstmitbeteiligten Partei in den genannten Frequenzbändern wurde der Umfang der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz jeweils im Up- und Downlink näher bestimmt und schließlich die sich aus den Frequenznutzungsrechten ergebenden Versorgungspflichten festgelegt: 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. Derzeit stünden den Mobilfunkbetreibern für den Transport von Breitbanddiensten 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 für Breitbanddienste, mehr Flächenspektrum und langfristige Kosteneinsparungen durch höhere technische Effizienz ermöglichen 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 den an die hier erstmitbeteiligte Partei ergangenen Bescheid der belangten Behörde erhob die Beschwerdeführerin, der dieser nicht zugestellt worden war und die davon - wie von ihr begründet - dadurch Kenntnis erlangte, dass der Bescheid unmittelbar nach Erlassung auf der Webseite der Geschäftsstelle der belangten Behörde veröffentlicht worden war, fristgemäß die vorliegende Beschwerde in vollem Umfang wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Mangelhaftigkeit des Verfahrens und beantragte dieser 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 Rechtmittels 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. Inhaltich 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, gemäß den einschlägigen nationalen Bestimmungen sowie des Unionsrechts nicht zwingend vorgeschrieben sei. Sowohl das Ziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen als auch das Verbot von Diskriminierung würden eine solche Maßnahme aber erforderlich machen. § 57 Abs. 1 TKG 2003 gestatte eine Änderung von Art und Umfang der Frequenzzuteilung nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen für die Betroffenen. Im Weiteren wirft die Beschwerdeführerin der belangten Behörde eine Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens vor, 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 Ausführungen ohne konkrete Beweisergebnisse zurückziehe, so dass der angefochtene Bescheid an einem Begründungsmangel leide und die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt sei. Das von der belangten Behörde 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 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 bestünden nicht, zumal die Regelung in § 57 Abs. 1 TKG 2003 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 hier zweitmitbeteiligte Partei erheblich profitiere, dieser einen größeren wirtschaftlichen Vorteil verschaffen würde als der Beschwerdeführerin. 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 beantragt die Beschwerdeführerin ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, da eine Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten der erstmitbeteiligten Partei und 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 2011676-1/2E, wurde dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht stattgegeben.

7. Mit Urkundenvorlage vom 29.09.2014 übermittelte die Beschwerdeführerin zur Untermauerung ihres Standpunkts im Hinblick auf das Bestehen einer Beschwerdelegitimation im vorliegenden Verfahren sowie die Verpflichtung der belangten Behörde zur Hintanhaltung von Wettbewerbsverzerrungen, die - so die Beschwerdeführerin unter näherer Begründung - nicht nur dem Schutz der Wettbewerbsstruktur als solcher, sondern auch dem Schutz der Rechte konkurrierender Unternehmen diene, was die belangte Behörde jedoch unterlassen habe zu berücksichtigen, die Schlussanträge des Generalanwalts in dem näher bezeichneten Vorabentscheidungsverfahren des EuGH.

8. Mit Äußerung vom 08.10.2014 replizierte die erstmitbeteiligte Partei auf das Beschwerdevorbringen. Sie verweis zunächst darauf, dass eine Umwidmung der Frequenzen zur Ermöglichung einer technologieneutralen Nutzung, für sämtliche Marktteilnehmer gleichermaßen erfolgen müsse, um für alle dieselbe Ausgangslage zu schaffen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Die belangte Behörde habe daher für alle drei auf dem Mobilfunkmarkt tätigen Mobilfunkanbieter mit den zu GZ: F 6a-c/14 ergangenen Bescheiden die Umwidmung der darin jeweils genannten Frequenzbereiche verfügt. Diese würden somit eine untrennbare Einheit bilden, so dass eine Anfechtung lediglich des an die erst- und zweitmitbeteiligte Partei ergangenen Bescheids, nicht jedoch des an die Beschwerdeführerin selbst ergangenen, unzulässig sei. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Kritik im Hinblick auf die unterbliebene Prüfung der Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert der davon betroffenen Frequenzen erweise sich, selbst bei Annahme der Anwendbarkeit der von ihr in diesem Zusammenhang zitierten Judikate auf den vorliegenden Fall, als unberechtigt, da die angefochtene Entscheidung weder zu einem Wertemissverhältnis noch zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. Keine der von der Beschwerdeführerin genannten Bestimmungen oder Rechtsakte sehe eine Defragmentierung als kompensatorische Maßnahme beim Refarming, das als weniger eingriffsintensiv als etwa eine Primär- oder Sekundärallokation anzusehen sei, vor. Im Übrigen werde übersehen, dass es vorliegend nicht um ein Ausschreibungsverfahren gehe, so dass die belangte Behörde entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht lediglich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme für die Betroffenen und deren Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen habe. Eine faktische Gleichstellung von Rechten - wie von der Beschwerdeführerin verlangt - sei nicht gefordert, da Anreize zur freiwilligen Defragmentierung gefördert werden sollen. Ein wirtschaftliches Ungleichgewicht im Verhältnis der "refarmten" Frequenznutzungsrechte zwischen der Beschwerdeführerin und der erstmitbeteiligten Partei bestehe - wie diese näher dazu begründet - nicht und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Im Weiteren führt die erstmitbeteiligte Partei näher zu dem von der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfen der Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens sowie des Verstoßes gegen EU-Beihilfenrecht aus und verweist auf die insgesamt fehlende Begründetheit.

9. Mit Beschwerdevorentscheidung der belangten Behörde vom 13.10.2014, F 6c/14-24, wies die belangte Behörde die vorliegende Beschwerde mangels Parteistellung auf Grund fehlender Betroffenheit gemäß § 14 Abs. 1 VwGVG iVm § 8 AVG zurück.

10. Mit Schriftsatz vom 20.10.2014 stellte die Beschwerdeführerin den, unter Bezugnahme auf die eingebrachte Beschwerde, näher begründeten Antrag auf Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht.

11. Mit Beschwerdevorlage vom 22.12.2014 übermittelte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Akten zum vorliegenden Verfahren und verwies unter einem auf ihre Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung.

12. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.01.2015 wurde der Vorlageantrag der Beschwerdeführerin der erstmitbeteiligten Partei zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt, wovon diese mit Schriftsatz vom 29.01.2015 auch entsprechend Gebrauch machte.

13. Die Stellungnahme der erstmitbeteiligten Partei sowie die ergänzende Eingabe der Beschwerdeführerin wurden den jeweils anderen Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Die replizierenden Äußerungen wurden den übrigen Verfahrensparteien übermittelt und ihnen

rechtliches Gehör eingeräumt, das von ihnen im Rahmen weiterer Stellungahmen mehrfach wahrgenommen wurde.

14. Mit hg. Beschluss vom 15.04.2016, W194 2011676-2 wurde die vorliegend eigebrachte 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 Beschwerdevorentscheidung ausführt, dass das vorliegende Verfahren insofern anders gelagert sei, als hier nicht ein marktmächtiges Unternehmen anderen, nicht marktmächtigen Unternehmen gegenüberstehe bzw. nicht ein erhebliches wettbewerbliches Defizit durch die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen korrigiert werde, wodurch die Wettbewerber zu "Betroffenen" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie würden. 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 Beschwerdevorentscheidung 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 (VwGH) vorliege und auch nicht angenommen werden könne, dass dieser Fragestellung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

15. Mit Erkenntnis vom 22.11.2017, Ro 2016/03/0015 (miterledigt bzw. zu gemeinsamen Entscheidung mit Ro 2016/03/0014 verbunden) hob der VwGH nach Revision der Beschwerdeführerin, die ihre Parteistellung und daraus abgeleitet ihre Rechtsmittellegitimation im vorliegenden Verfahren auf Grund von "Betroffenheit" iSd Art. 4 Rahmenrichtlinie damit begründete, dass ein Unternehmen dann als "betroffen" anzusehen sei, wenn es ein Wettbewerber des Unternehmens sei, 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 die die Marktstellung der 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.

Fallbezogen 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 Beiziehung als Partei sei daher schon dann geboten, wenn der zu fällenden Entscheidung der Regulierungsbehörde die beschriebene "Eignung" zukomme; ob eine Beeinträchtigung der Rechtsposition tatsächlich stattfinde, sei Gegenstand des Verfahrens, berühre aber nicht die Parteieigenschaft.

16. Mit Beschluss des Geschäftsverteilungsausschusses vom 18.04.2018 wurde die verfahrensgegenständliche Rechtssache gemäß § 17 Abs. 3 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG) der Gerichtsabteilung W194 abgenommen und unter der angeführten Geschäftszahl der Gerichtsabteilung W120 neu zugewiesen.

17. 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 GSM- im Verhältnis zu LTE/UMTS-Diensten sowie eine allenfalls zwischenzeitig erreichte Defragmentierungsvereinbarung Stellung zu nehmen.

18. Mit Eingabe vom 15.10.2018 äußerte sich die belangte Behörde zu den Fragen des Bundesverwaltungsgerichts und verwies darauf, dass die erstmitbeteiligte Partei teilweise noch bis Ende 2019 ein an GSM-Dienste gebundenes Nutzungsrecht im 1800 MHz Frequenzband habe. Ohne ein Refarming könnte die erstmitbeteiligten Partei lediglich 17,4% des ihr im 1800-MHz Band zur Verfügung stehenden Spektrums nutzen. Die damit erzielbare Kapazität bzw. Spitzendatenrate wäre gering und damit die Wirtschaftlichkeit einer LTE/UMTS-Nutzung unwahrscheinlich. Im Weiteren stellte die belangte Behörde die Frequenzausstattung der Verfahrensparteien im Zeitablauf in den verfahrensgegenständlichen 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 das Erfordernis technologieneutraler Nutzung infolge des erneut deutlichen Anstiegs des Datentransfers, der größtenteils über LTE-Netze abgeführt werde, um eine Steigerung von Wettbewerb und Effizienzgewinn zu erreichen.

19. Mit Äußerung vom 19.10.2018 nahm die Beschwerdeführerin zu den Fragen des Bundesverwaltungsgerichts Stellung und bestätigte ebenfalls, dass es zwischenzeitig mit den übrigen Verfahrensparteien 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.

20. Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin sowie jene der belangten Behörde wurden den jeweils anderen Verfahrensparteien im Wege des Parteiengehörs zur Kenntnis gebracht.

21. 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 Mobilen 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.

Aufgrund der technologischen Weiterentwicklung von GSM hin zu UMTS - Universal Mobile Telecommunications Systems (3G) und LTE - Long Term Evolution (4G) sind erhebliche Effizienzsteigerungen für die Nutzung von Funkfrequenzen 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 dargestellt werden. *) Die erstmitbeteiligte Partei hat sich verpflichtet diese Frequenzen auf Nachfrage an den Gewinner von Block LB07 in der Multiband-Auktion 2013 (XXXX) zu verkaufen.

In den technologieneutralen Bändern 800 MHz und 2600 MHz gab bzw. gibt es keine Einschränkung auf die Nutzung einer bestimmten Technologie.

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. 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 ergibt sich keine Verschärfung der zu erfüllenden Versorgungsgrade.

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at