

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Wolfgang Schramm als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über die Anträge der **Mobilkom Austria Aktiengesellschaft**, Treustraße 43, 1200 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 10. August 1998 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Der Mobilkom Austria Aktiengesellschaft 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 Aktiengesellschaft 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. ... (*Sachverständigenkosten*)

II. Begründung

Die Antragstellerin 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 die Mobilkom Austria AG 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 die Mobilkom Austria AG 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 Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (im folgenden: Connect Austria) vorgesehen.

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

Die Telekom-Control-Kommission hat die Anträge der Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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 Connect Austria das um Geschäftsgeheimnisse der Mobilkom Austria AG bereinigte Gutachten von Professor Mahmoud übermittelt und die Möglichkeit zu einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt.

In der Stellungnahme der Mobilkom Austria AG vom 12. Mai 1998 wird im wesentlichen ausgeführt, daß der Anspruch der Mobilkom Austria AG nach § 125

Abs. 3 TKG durch das vorliegende Gutachten von Prof. Mahmoud nachgewiesen sei. Weiters wendet sich die Mobilkom Austria AG gegen eine Parteistellung der Connect Austria im gegenständlichen Verfahren. Materiell wendet sich die Mobilkom Austria AG auch gegen die von der Connect Austria in einem "Positionspapier" (ON11) vorgebrachten Argumente insbesondere unter Bezugnahme auf die Frequenzausstattung der Connect Austria im DCS-1800 Frequenzbereich.

Die Connect Austria 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 Connect Austria gegen das Gutachten von Prof. Mahmoud, das von einer unzuständigen Behörde in Auftrag gegeben worden sei, und das auf den von der Mobilkom Austria AG zur Verfügung gestellten Daten aufbaue. Das Gutachten vernachlässige zudem einige technische Möglichkeiten der Kapazitätserweiterung. Die Connect Austria beantragte, die Anträge der Mobilkom Austria AG abzuweisen, in eventu ein Sachverständigen-Gutachten über die technischen Möglichkeiten der Kapazitätserweiterung des GSM-Netzes der Mobilkom Austria AG sowie deren wirtschaftliche Vertretbarkeit einzuholen. Ergänzend brachte die Connect Austria mit Schreiben vom 25. Mai 1998 noch vor, daß der Konzessionsbescheid der Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG weiter erörtert und beschlossen, ergänzende Fragen an die Mobilkom Austria AG 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 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 eine Zuteilung von Frequenz-Spektrum im DCS 1800-Bereich gemäß § 47 Abs. 3 TKG. Der Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr teilte ein Spektrum von jeweils 2 mal 5 MHz zur wirtschaftlichen Nutzung durch die konzessionierten Mobiltelefon-Betreiber Mobilkom Austria AG 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.

Die Mobilkom Austria AG 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 die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG gerichtet, um aufgetretene Widersprüche bzw. Unklarheiten aufklären zu können. Die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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.

Die Connect Austria nahm nach vorangegangener Akteneinsicht mit Telefax vom 15. Juli 1998 zu den bis dahin vorliegenden Verfahrensergebnissen Stellung. Die Connect Austria wiederholte darin den Antrag, die Kommission möge den Antrag der Mobilkom Austria AG 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 Austria AG und der Connect Austria 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 Connect Austria als auch die Mobilkom Austria AG zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung. Die Mobilkom Austria AG geht in der Stellungnahme insbesondere auch auf die Frage einer allfälligen regionalen Verteilung der Frequenzen ein und bringt ergänzende Ausführungen zu den Kapazitätsproblemen insbesondere in Salzburg und im Rheintal vor. Die Connect Austria 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 freizumachen wären.

In einer weiteren, am 6. August 1998 eingelangten, Stellungnahme vom 4. August 1998 wiederholte die Connect Austria 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 die Connect Austria 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 Frequenzuteilung an die Regulierungsbehörde hinsichtlich der konkreten Kanaluordnung entsprechend der mittlerweile erfolgten Stellungnahmen der Nachbarstaaten ergänzt.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender wesentlicher Sachverhalt fest:

Die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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

Austria AG betriebene Netz und die gebotenen Dienstleistungen unter Bedachtnahme auf die Frequenzökonomie den europäisch vergleichbaren Qualitätsstandard erwarten lassen (BMWVK GZ 120637/IV-JG/96). Die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG wurde eine Konzessionsgebühr von 4 Mrd. S vorgeschrieben (BMWV GZ 120234/IV-JD/96).

Die Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH 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). Die Connect Austria 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 die Connect Austria ein Konzessionsentgelt von 2,3 Mrd. S zu entrichten (BMWV GZ 101059/IV-JD/97).

Die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG derzeit ausschließlich die max.mobil Telekommunikation Service GmbH 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 Austria AG 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).

Die Mobilkom Austria AG setzt 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG, 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 zur Zeit 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 Austria AG 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 gleichbleibendem 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 Austria AG 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.

Zur Beweiswürdigung ist festzuhalten, daß die zur Erstfassung des Gutachtens von Prof. Mahmoud seitens der Connect Austria 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 der Mobilkom Austria AG und durch eigene Fachkunde des sachverständigen Mitglieds der Telekom-Control-Kommission, Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl, geklärt werden konnte. Die seitens der Connect Austria 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 Austria AG 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.

Die Connect Austria bemängelt pauschal das Unterbleiben „objektiver Messungen“ durch einen „unabhängigen Sachverständigen“; im Vorbringen der Connect Austria 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 der Mobilkom Austria AG kontinuierlich im laufenden Betrieb durchgeführt werden. Diese Daten wurden von der Mobilkom Austria AG aufgeschlüsselt auf alle Mikro- und Makrozellen für das Bundesland Wien zurückgehend um ein Jahr für jede Kalenderwoche der Telekom-Control-Kommission offengelegt. Eine Messung dieser Werte „von außen“, wie dies die Connect Austria 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 Austria AG davon überzeugen können, daß die angegebenen Verkehrswerte tatsächlich erreicht werden. Die Mobilkom Austria AG 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 Connect Austria, 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. Die Connect Austria 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 stichprobenartige 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 Austria AG schließlich der Telekom-Control-Kommission offengelegt. 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 Austria AG, 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 Austria AG 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 Austria AG vorgelegt wurden, die tatsächliche Netzbelastung widerspiegeln.

Rechtliche Beurteilung

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, ABI 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 Austria AG 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 positivierete 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.

Zur Parteistellung der Connect Austria:

In dem durch Anträge der Mobilkom Austria AG eingeleiteten Verfahren kommt auch der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH 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 Connect Austria – anzusehen. Connect Austria 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 Austria AG, wonach Connect Austria keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren zukommt, übersieht, daß die Connect Austria 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).

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 Austria AG 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 Konzession für die DCS-1800-Konzession. Zur Entscheidung über die von der Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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.

„Ausschöpfung der Teilnehmerkapazität“

Voraussetzung für eine vor dem 27. August 2000 – drei Jahre ab Konzessionserteilung an die Connect Austria – 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 der Connect Austria 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 Connect Austria 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 wettbewerbsspolitischen 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 Kapazitätsteilung ab, die von der Mobilkom Austria AG 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 Connect Austria urgierter, 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 Austria AG 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.

Die Connect Austria verkennt auch die Rechtslage im Hinblick auf die „wirtschaftliche Vertretbarkeit“, wenn sie die Kosten eines dual band-Betriebs für die Mobilkom Austria AG 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 ist. § 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 Connect Austria bestritten wird - die Investition in den DCS-1800-Bereich günstiger als mögliche Netzausbauvarianten im 900 MHz-Bereich wäre, könnte die Mobilkom Austria AG 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 Austria AG 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 der Connect Austria erstmals in der am 6. August 1998 eingelangten Stellungnahme angesprochenen Möglichkeit, nationales Roaming „oder äquivalente Maßnahmen“ unter Verwendung des Netzwerks der Connect Austria 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 Austria AG-Netzes ein anderes Netz – etwa das Netz der Connect Austria – auszuwählen; die Mobilkom Austria AG 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 der Connect Austria nicht näher spezifiziert – keine von der Antragstellerin aus eigenem bewirkbare Maßnahme, da dazu die Zustimmung des möglichen Vertragspartners erforderlich ist. Die Konzession der Connect Austria 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. Die Connect Austria hat auch bisher im Verfahren nicht vorgebracht, daß der Mobilkom Austria AG 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 Austria AG, 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 Austria AG 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 die Mobilkom Austria AG über einen aufrechten Bescheid, der bis zum 31.12.2007 gilt; hinsichtlich der von Connect Austria 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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.

Regionale Frequenzzuweisung

Die Bestimmung des § 125 Abs 3 TKG geht jedoch davon aus, daß die Zuweisung von DCS-1800-Frequenzen an Mobilkom Austria AG oder max.mobil vor dem 27. August 2000 eine Durchbrechung der der Connect Austria grundsätzlich eingeräumten Schutzfrist darstellt, die nur bei Vorliegen eines entsprechenden Kapazitätsengpasses 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 Austria AG 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 Austria AG 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 nahegelegt, 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 Austria AG 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 Austria AG und den unmittelbar bevorstehenden Markteintritt der Connect Austria 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 Austria AG 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. 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 Austria AG 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 Austria AG 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 Austria AG 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.

Entgeltlichkeit

§ 125 Abs 3 TKG ist nicht bloß als Schutzklausel für den DCS-1800 Betreiber konzipiert, sie ist – nicht nur aufgrund der systematischen Einordnung in § 125 TKG – (auch) als Übergangsbestimmung im eigentlichen Wortsinn zu verstehen, die für Mobilkom und max.mobil Sonderregeln geschaffen hat, um den – für diese Betreiber zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht absehbaren – Regimewechsel hinsichtlich der Frequenzvergabeverfahren im Mobilfunk gewissermaßen "abzufedern" und tatsächlich die neue rechtliche Situation, die für die Betreiber mit bedeutenden wirtschaftlichen Auswirkungen verbunden ist, nicht völlig übergangslos in Kraft treten zu lassen. Die Bestimmung des § 125 Abs 3 TKG ist daher – insbesondere auch vor dem Hintergrund des VAB 619 BlgNR 20. GP – dahingehend zu verstehen, daß die angesprochene Frequenzzuweisung – wie bereits die vorangegangenen Frequenzzuweisungen an Mobilkom Austria AG und max.mobil durch den BMWV, noch unter Geltung des Fernmeldegesetzes 1993 – ohne Frequenznutzungsentgelt im Sinn des § 21 TKG zu erfolgen hat. Das Vergabeverfahren nach den §§ 20 ff TKG – das schon aufgrund der lex specialis-Regel im Fall des § 125 Abs 3 TKG keine Anwendung finden kann – stellt auf den in diesen Bestimmungen festgelegten Regelfall der Ausschreibung und gegebenenfalls ein darauffolgendes Auktionsverfahren ab. Ein derartiges Konzept wäre im Fall des § 125 Abs 3 TKG unanwendbar, gewährt diese Bestimmung doch bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen der Antragstellerin einen Rechtsanspruch auf Frequenzzuweisung – und damit ein exklusives, nicht im Rahmen eines Auktionsverfahrens durch entsprechend hohe Angebote gegenüber Mitbieterinnen durchzusetzendes subjektives Recht. § 125 Abs 3 TKG enthält auch keinen Hinweis darauf, daß die in dieser Bestimmung angesprochene Frequenzzuweisung an ein dafür zu leistendes Frequenznutzungsentgelt gebunden wäre.

Gemäß der Telekommunikationsgebührenverordnung (TKGV) war jedoch 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.

Daß die Frequenzzuweisung gemäß § 125 Abs 3 TKG ohne gesondertes Frequenznutzungsentgelt zu erfolgen hat, begegnet auch keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, daß die Höhe der von den Anbietern im Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie gezahlten Frequenznutzungsentgelte bzw. Konzessionsgebühren bei der Beurteilung der Auswirkungen auf den effektiven Wettbewerb, dessen Förderung – auch in Umsetzung der RL 96/2/EG – wesentliches Regulierungsziel des Telekommunikationsgesetzes ist (§§ 1 Abs 2 Z 2 und 32 Abs 1 Z 1 TKG), Beachtung zu finden hat. Eine isolierte Betrachtung bloß der Frequenzzuweisung nach § 125 Abs 3 TKG ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht angebracht, zumal – wie bereits ausgeführt – die Bestimmung auch den Übergang zwischen dem vor Inkrafttreten der Fernmeldegesetznovelle 1997 bzw. des TKG angewandten Vergaberegime und dem nunmehr ausschließlich anzuwendenden Ausschreibungsverfahren regelt und somit eine Gesamtbetrachtung der Konzessions- bzw. Frequenznutzungsentgelte, ebenso wie der jeweiligen Frequenzausstattung und des Zeitpunkts des Marktzutritts zu erfolgen hat.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, daß die Mobilkom Austria AG zwar als ehemaliger Monopolanbieter und weiterhin – jedoch mit abnehmendem Marktanteil – mit deutlichem Abstand größter Anbieter auf dem Markt für

öffentliche mobile Sprachtelefonie ein Konzessionsentgelt von 4 Mrd S zu leisten hatte und dafür eine Frequenzausstattung im GSM-900-Bereich von 2 x 8 MHz erhielt (selbst unter Berücksichtigung des von der Mobilkom Austria AG aufgrund einer gesonderten Konzession betriebenen analogen D-Netzes beträgt die Frequenzausstattung gegenwärtig 2 x 19 MHz und wird in rund eineinhalb Jahren auf 2 x 16 MHz absinken). Auch die max.mobil hatte für eine Frequenzausstattung von 2 x 8 MHz im 900 MHz-Band ein Frequenznutzungsentgelt von 4 Mrd S zu entrichten.

Die Connect Austria hat im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens ein Entgelt von 2,3 Mrd S für eine Frequenzausstattung von jedenfalls 2 x 16,8 MHz geboten und entrichtet; ohne weiteres Entgelt wird die Frequenzausstattung der Connect Austria ab Erreichen eines Teilnehmervolumens von 300.000 und 75% Versorgungsgrad auf 2 x 22,5 MHz erhöht; dieser Versorgungsgrad ist spätestens am 27. August 1999 (laut Konzession 80% Versorgungsgrad) jedenfalls zu erreichen, der Zeitpunkt des Erreichens der genannten Teilnehmeranzahl ist naturgemäß zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht bestimmbar.

Connect Austria hat daher ein deutlich niedrigeres Entgelt als die Mitbewerber bezahlt und dafür eine wesentlich bessere Frequenzausstattung bekommen.

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist zudem nicht unerheblich, daß die (wortidenten) Vorgängerbestimmung zu § 125 Abs 3 TKG noch vor der Vergabe der DCS-1800-Konzession durch die Fernmeldegesetznovelle 1997 geschaffen wurde. Connect Austria selbst beruft sich darauf, daß § 20a Abs 3b Fernmeldegesetz 1993 in der Fassung der Novelle 1997 (entspricht § 125 Abs 3 TKG) eine wesentliche Grundlage für das gelegte Angebot und die getroffene Investitionsentscheidung war; gerade im Zusammenhalt mit den damals geltenden Bestimmungen des Fernmeldegesetzes 1993 mußte jedoch klar sein, daß für die solcherart für den Fall entsprechenden Bedarfs (jedenfalls ab etwa Mitte des Jahres 2000) "reservierten" Frequenzen kein Entgelt zu zahlen wäre. Wenn zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots für die DCS-1800-Konzession allenfalls die Dynamik des Mobilfunkmarktes und die notwendige Zeit für die Verwirklichung des Netzaufbaus unterschätzt wurde, so trifft dies die unternehmerische Sphäre der Connect Austria und begründet keinen Anspruch auf ein erweitertes Verständnis der "Schutzklausel", wonach im Ergebnis die Zuweisung der Frequenzen gemäß § 125 Abs 3 TKG an einen der "bestehenden Inhaber" trotz Erreichen der Kapazitätsgrenze erst nach tatsächlich erfolgtem Markteintritt der Connect Austria erfolgen dürfe. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß die Frequenzzuweisung durch die Mobilkom Austria AG ab dem 1. Oktober 1998 beantragt wurde, also zu einem Zeitpunkt, da der Markteintritt der Connect Austria nach den Bestimmungen der Konzession längst vollzogen sein mußte. Der Vorwurf einer Störung des Markteintritts der Connect Austria geht insofern ins Leere, als die Frequenzzuweisung von der Mobilkom Austria AG bereits zu einem Zeitpunkt beantragt wurde, als die Mobilkom Austria AG noch von einem Markteintritt der Connect Austria jedenfalls vor dem beantragten Zuweisungsdatum 1. 10. 1998 ausgehen konnte, wäre doch die Connect Austria gemäß ihrer Konzession verpflichtet, spätestens bis 27. August 1998 das Erreichen eines tatsächlichen Versorgungsgrades von 52% - Erreichbarkeit der Bevölkerung – zu gewährleisten.

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 Austria AG 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 Austria AG 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) ...

Zur Frage der Vorabentscheidung:

Connect Austria 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 entgegenstehen, 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:

Hinsichtlich der innerstaatlichen Regelungen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Daraus ergibt sich, daß im Verfahren nach § 125 Abs 3 TKG keine Entgeltlichkeit normiert wurde. Soweit sich Connect Austria den in Art 11 Abs 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 normierten Grundsatz der Nichtdiskriminierung bei „Konzessionsabgaben“ bezieht, ist festzuhalten, daß Grenze einer gemeinschaftskonformen Interpretation der eindeutige Sinngehalt einer innerstaatlichen Regelung ist. Daß aber das TKG nicht von der Entgeltlichkeit ausgeht, wurde bereits dargetan. Im übrigen wird darauf hingewiesen, daß selbst einer klaren und unbedingten Richtlinienbestimmung über die Entgeltlichkeit, die eine belastende Wirkung für den Einzelnen statuiert, schon aus diesem Grund keine unmittelbare Wirkung zukommen würde. Connect Austria bezieht sich in diesem Zusammenhang auch auf die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, auf die die Telekom-Control-Kommission – insbesondere durch die regional beschränkte Frequenzzuteilung - Bedacht genommen hat.

Zur Frage der Zuteilung:

Art 1 der von Connect Austria 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, wengleich 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 das 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 Connect Austria 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.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ist gemäß Art 133 Z 4 B-VG ausgeschlossen.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 10. August 1998

Der Vorsitzende
Dr. Wolfgang Schramm