

# **COMCOM umts-konzessionsentzug-2006-04-12-5f18f1 vom 12. April 2006**

ComCom, 2006-04-12, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_umts-konzessionsentzug-2006-04-12-5f18f1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_umts-konzessionsentzug-2006-04-12-5f18f1)

FR: COMCOM umts-konzessionsentzug-2006-04-12-5f18f1 du 12 avril 2006

IT: COMCOM umts-konzessionsentzug-2006-04-12-5f18f1 del 12 aprile 2006

## **Erwägungen**

### **E. 20**

/ 64

Länder hätten auf eine solche Festlegung verzichtet und in Grossbritannien beginne die Versorgungspflicht erst ab 31. Dezember 2007. Diesem Postulat folge offensichtlich auch die ComCom mit dem „postulierten Verzicht auf die UMTS-Angebotspflicht“. Unhaltbar sei dagegen, dass trotz dieser Lockerung die vorgeschlagene Streichung der Versorgungsaufgabe ohne weitere Begründung abgelehnt werde, da in beiden Fällen die UMTS-Dienste nämlich erst angeboten würden, wenn eine entsprechende Marktnachfrage bestehe und Technologie und Dienste verfügbar seien. Der Konsument und der Markt würden keinen Unterschied spüren. Zwar könnten im Fall des Infrastrukturaufbaus relativ rasch Dienste angeboten werden, sobald eine entsprechende Marktnachfrage bestehe, wohingegen im anderen Fall die Infrastruktur erst erstellt werden müsste. Es gehe infolge der veränderten Verhältnisse nicht an, eine Konzessionärin angesichts der unsicheren Lage zu Investitionen zu zwingen, was auch die ComCom im Entscheid vom 25. Juni 2002 bestätigt habe. Der 3G Mobile AG könne somit kein Vorwurf gemacht werden, dass sie bislang keine Infrastruktur aufgebaut habe. Dass die Erfolgchancen für einen vierten Mobilfunkbetreiber als eher schlecht zu beurteilen sei, habe bekanntlich auch das BAKOM bestätigt. Weiter wird bezüglich eines "National Roaming"-Abkommens erwähnt, dass das BAKOM bereits früher auf die Probleme hingewiesen worden sei, namentlich auf Probleme beim Abschluss eines solchen Vertrages. Mit Verweis auf den Situationsbericht GSM-1800 des BAKOM wird ausgeführt, das Amt betrachte den Abschluss eines "National Roaming"-Vertrages für den erfolgreichen Eintritt eines vierten UMTS-Mobilfunkkonzessionärs als entscheidend. Auch [...] sei es nicht gelungen, einen Vertrag abzuschliessen. Dasselbe sei bei anderen Anbietern zu erwarten, solange keine Unterstützung von der Regulierungsbehörde zu erwarten sei. Könnte ein neuer Anbieter von Anfang an "National Roaming" beanspruchen, würde ihm dies erlauben, umgehend Kunden zu gewinnen, neue Dienste anzubieten und nicht zuletzt auch Umsätze zu generieren, aus denen wiederum der Netzaufbau finanziert werden kann. Zur Begründung des Eventualbegehrens hält die 3G Mobile AG fest, angesichts der nicht absehbaren Verzögerungen, sei es offensichtlich, dass sämtliche Beteiligten davon ausgegangen seien, dass UMTS-Dienste wesentlich früher angeboten werden könnten, was sich auch aus dem Entscheid vom 25. Juni 2002 ergebe. Nachdem sich die Aufnahme der UMTS-Dienste um mindestens vier Jahre verzögert habe, sei es nur logisch, wenn die Konzessionsdauer entsprechend verlängert werde, um die Kosten zu amortisieren und die Gewinnschwelle zu erreichen. 3G Mobile AG macht weiter geltend, es sei zwar zutreffend, dass eine gewisse Anzahl UMTS-Netze gebaut worden sei.

Zum Vergleich sei aber vielmehr zu berücksichtigen, wie

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 21**

/ 64

viele neu gebaute Netze von sog. Greenfield-Operators errichtet worden seien und ob es sich um Länder mit vergleichbaren regulatorische Rahmenbedingungen wie der Schweiz handle. Nur dann könnten diese Daten unter Umständen zum Vergleich herangezogen werden. Rund die Hälfte der Nutzer würde auf den japanischen Markt entfallen, was die Zahlen stark relativiere. Auch bezüglich der Anzahl Geräte sei davon auszugehen, dass diese überwiegend für den asiatischen Markt bestimmt seien. [...] ihrerseits biete demgegenüber lediglich sieben UMTS-fähige Geräte an. Relevant für die Darstellung der Marktreife seien nicht, wie vom BAKOM dargelegt, globale Zahlen, die kaum verifizierbar seien. Entscheidend für die Beurteilung der veränderten tatsächlichen Verhältnisse sei aber die Situation in der Schweiz. Die UMTS-Netze, soweit sie überhaupt gebaut worden seien, seien von bisherigen GSM-Mobilfunkanbieterinnen gebaut worden. Zudem hätten zwei Betreiberinnen noch gar nicht bzw. erst kürzlich, d.h. deutlich nach dem in der Konzession festgelegten Datum für die Erfüllung der Versorgungsaufgabe, die Netze kommerziell in Betrieb genommen. Weiter führt 3G Mobile aus, UMTS-Applikationen seien erst in bescheidenem Masse verfügbar und verbreitet, weshalb die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nach wie vor zu bejahen sei. Im Übrigen würde dies auch durch [...] bestätigt. In der Stellungnahme der ComCom zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde von 3G Mobile AG betreffend Akteneinsicht sei erwähnt, dass es den Konzessionären anheim gestellt sei zu entscheiden, ob und wann sie welche Dienste lancieren möchten und der Markt reif dafür sei. Es sei nicht nachvollziehbar, wie sich diese Aussage mit den im Situationsbericht zu GSM 1800 II (Status Report des BAKOM betreffend GSM 1800 II Version 1.0, Beilage 35 in act. 102) gemachten Aussagen vertragen, da sie sich diametral widersprechen würden. Die übrigen UMTS-Konzessionärinnen würden bislang nur rudimentäre bis gar keine Dienste anbieten, was belege, dass diese den Markt offenbar für nicht reif einstufen. Wenn nun, wie das BAKOM behaupte, die Infrastruktur und die verfügbaren Dienste wirklich in genügendem Masse vorhanden seien und der Kundennutzen somit als gegeben erachtet werden müsse, liefe das Nichtanbieten solcher Dienste durch die Konzessionärin doch auf eine Nichtbenutzung der Konzession heraus, was entsprechend als Konzessionsverletzung geahndet werden müsse. Die gegenwärtige Situation spreche aber vielmehr dafür, dass der Markt aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse eben noch gar nicht reif sei, weshalb eine Anpassung gemäss Art. 10 FMG geboten sei. Die 3G Mobile weist weiter darauf hin, dass ein Netzaufbau für bestehende Betreiber mit entsprechenden Bewilligungen einfacher zu erreichen sei, als der Neubau eines Netzes von Grund auf; dies sei auch international erwiesen.

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 22**

/ 64

2.1.1 Voraussetzungen für eine Konzessionsänderung Einleitend ist festzuhalten, dass Änderungen einen Eingriff in das bestehende Rechtsverhältnis darstellen und deshalb einschränkenden Bedingungen unterliegen. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine

Konzessionsänderung. Die Konzessionärin verlangt in ihrem Gesuch eine Anpassung von Rechten und Pflichten in ihrer UMTS- Konzession, was als Änderung der Konzession zu qualifizieren ist. Gemäss Art. 10 FMG und Ziffer 2.3.3 (Änderung der Konzession) kann die Konzessionsbehörde einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn die Änderung zur Wahrung öffentlicher Interessen notwendig ist. Vorliegend gilt es zu prüfen, ob sich im Sinne von Art. 10 Abs. 1 FMG die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben und ob die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist und somit eine Änderung der heute geltenden Konzessionsbestimmungen als nötig erscheint.

2.1.2 Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse Grundsatz

Veränderte tatsächliche Verhältnisse liegen dann vor, wenn sich der von der Konzessionsbehörde zugrunde gelegte Sachverhalt im Verlaufe der Zeit beispielsweise in technischer, politischer oder wirtschaftlicher Hinsicht anders entwickelt hat als dies anlässlich der Konzessionserteilung angenommen werden durfte und musste. Geänderte Verhältnisse 2002 Im Zeitpunkt der Vergabe der Konzession ging die ComCom aufgrund der ihr vorliegenden Informationen, der in einer Konsultation der interessierten Kreise erhobenen Meinungen und der allgemeinen veröffentlichten Einschätzungen davon aus, dass die Einführung der neuen UMTS-Technologie sehr schnell vorangehen werde. Diese Annahme erwies sich jedoch als zu optimistisch und musste – auch in der ganzen Branche – entsprechend relativiert werden. Es gab starke zeitliche Verzögerungen. Aus diesem Grund sah sich die ComCom veranlasst, die erste Stufe der Versorgungsaufgaben in den Konzessionen aufzuheben. Die Kommission hat im Entscheid vom 25. Juni 2002 eingehend dargelegt, weshalb diese Lockerung der Versorgungsaufgaben im damaligen Zeitpunkt gerechtfertigt war. Als zentralen Punkt führte sie an, dass zwar die Ausrüstungen für die UMTS-Infrastruktur grundsätzlich vorhanden sei, es jedoch an multimodalen Endgeräten mangle und sich die Entwicklung von Diensten und Anwendungen, welche die Möglichkeiten von UMTS ausschöpfen, noch in der Anfangsphase

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 23**

/ 64

befände. In diesem Sinne seien die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem Zeitpunkt der Konzessionserteilung verändert. Ausdrücklich nicht verändert hat die ComCom damals die zweite Stufe der Versorgungsaufgabe, diejenige der 50 % Bevölkerungsabdeckung bis Ende 2004.

Heute keine geänderten Verhältnisse betreffend Verfügbarkeit von Infrastruktur und Endgeräten Die Verhältnisse haben sich seit 2002 weiter entwickelt. Bereits Ende 2002 und noch mehr im Verlaufe von 2003 war welt- und europaweit eine markante Zunahme der UMTS-Roll- Outs zu verzeichnen. Die notwendige UMTS-Netzinfrastuktur ist seither viel besser und ausgereifter verfügbar geworden. Auch die Verfügbarkeit von Endgeräten, einschliesslich von multimodalen Geräten, ist seither gewährleistet. Dementsprechend war es den drei anderen UMTS-Konzessionärinnen in der Schweiz, welche den Netzaufbau frühzeitig an die Hand genommen haben, möglich, die Versorgungsaufgaben per 31. Dezember 2004 zu erfüllen (vgl. hierzu Ziffer 2.3.4). Die Verzögerungen, die noch 2002 für die ComCom eine veränderte Situation ergaben, waren vorübergehend und sind im Verlaufe von 2003 – 2004 behoben worden. Mittlerweile sind gemäss einer

Marktuntersuchung der Global Mobile Suppliers Association (GSA)<sup>7</sup> weltweit 78 UMTS-Netze in 36 Ländern, die für kommerzielle Dienste genutzt werden, in Betrieb. Fünf weitere Netze befinden sich in der vorkommerziellen Phase und stehen kurz vor dem offiziellen Start. Die Abonentenzahl von UMTS-Diensten belief sich nach der GSA-Untersuchung Ende Juni 2005 auf 28,34 Millionen weltweit. Weiter stellte die Untersuchung fest, dass Ende Juni 2005 179 UMTS-Geräte von 26 Herstellern auf dem Markt erhältlich waren<sup>8</sup>. Diese Angaben werden durch eine Studie der renommierten Marktforscher von Informa Telecoms & Media<sup>9</sup> untermauert. Danach ist die Zahl der Nutzer UMTS-fähiger Mobilfunkgeräte Ende 2005 auf 44,4 Millionen weltweit gestiegen. In Westeuropa betrug die Zahl der im vierten Quartal neu hinzugekommenen UMTS-Nutzer rund vier Millionen und stellte damit ein knappes Drittel der 12,4 Millionen neuer Mobilfunkkunden. Weltweit betrug die Zahl der Neuverträge im vierten Quartal 8,4

6 D.h. GSM/UMTS-fähig <sup>7</sup> <http://www.gsacom.com> <sup>8</sup> <http://www.teltarif.de/arch/2005/kw28/s17852.html> <sup>9</sup> <http://www.informatm.com>

Aktenzeichen: AZ 222.2

## E. 24

/ 64

Millionen.<sup>10</sup> Dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union<sup>11</sup> ist zu entnehmen, dass die Zahl der UMTS-Kunden im September 2005 EU-weit rund 15 Millionen betrug, die meisten davon in Italien und Großbritannien. Der Mobilfunkbetreiber Vodafone zählt im März 2006 nach eigenen Angaben<sup>12</sup> weltweit 10 Millionen Nutzer seines Dienstes Vodafone Live, die 3G-Mobilfunktechnik einsetzen. Damit hat das Unternehmen laut Mitteilung das selbst gesteckte Ziel erreicht. Mit der Vermarktung von UMTS Diensten [...] hatte Vodafone im Februar 2004 begonnen und zielte mit einer Datenkarte zunächst auf Geschäftskunden. Die breite Masse der Endverbraucher steuerte der Mobilfunkbetreiber dann im Herbst 2004 an.<sup>13</sup> Die Mutterfirma der 3G Mobile AG, die Telefonica, betreibt in Spanien bereits eine UMTS- Infrastruktur und bietet seit Februar 2004 UMTS-basierte Dienste via Datenkarten an.<sup>14</sup> Schon allein das macht die Ausführungen der Gesuchstellerin über mangelnde Marktreife unglaubwürdig, kann doch nicht im Ernst behauptet werden, der spanische Markt sei bedeutend weiter entwickelt als der Schweizer. Zudem beweist gerade diese Tatsache, dass offensichtlich auch für die Telefonica die Technologie für die Infrastruktur sowie Endgeräte genügend verfügbar sind. Der Aufbau von UMTS-Netzen ist offensichtlich möglich, die Technologie und Dienste sowohl für die Basisinfrastruktur wie auch Endgeräte stehen heute bzw. standen 2004, ja schon ab Ende 2002 zur Verfügung. Weltweit und in der Schweiz werden die UMTS-Netze bereits weiter ausgebaut mit der nächsten UMTS Generation, der sog. HSDPA-Technik.<sup>15</sup> Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin betont z.B. die Swisscom heute, ihre Investitionen in UMTS hätten sich bereits ausgezahlt. Im Jahr 2005 habe man mit neuen Datendiensten – SMS ausgenommen – 172 Millionen Franken verdient. Damit befinde man sich bei auf einem Umsatzniveau, bei dem es gar keine Frage mehr sei, ob sich die UMTS-Investitionen rentiert hätten oder nicht.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> <http://www.heise.de/mobil/newsticker/meldung/68843> <sup>11</sup> [http://europa.eu.int/information\\_society/policy/ecom/doc/implementation\\_enforcement/annualreports](http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/implementation_enforcement/annualreports)

/11threport/sec\_2006\_193-vol1.pdf, S. 23. <sup>12</sup> [http://www.vodafone.com/article\\_with\\_thumbnail/0,3038,OPCO%253D40000%2526CATEGORY\\_ID%253D210%2526MT\\_ID%253](http://www.vodafone.com/article_with_thumbnail/0,3038,OPCO%253D40000%2526CATEGORY_ID%253D210%2526MT_ID%253)

Dpr%2526LANGUAGE\_ID%253D0%2526CONTENT\_ID%253D278071,00.html 13  
http://www.heise.de/newsticker/meldung/70963 14

http://www.telefoniamoviles.com/esp/notas\_prensa/Espana/UMTS8.htm 15 HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) ist ein UMTS-Datendienst, der die Übertragungsrate über das Funknetz erhöht. Dadurch soll die maximale Datenrate in den Bereich eines mobilen Breitbandanschlusses gebracht werden. 16 Vgl. Ausführungen von CEO Carsten Schloter in Netzwoche vom 1. März 2006 S. 5 "WLAN ade: Mit HSDPA wird die Schweiz zum Hotspot"; NZZ vom 24. Februar 2006 S.67 "Turbulenzen an der Luftschnittstelle".

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 25**

/ 64

Da es sich beim UMTS-Markt um einen globalen Markt handelt, rechtfertigt sich entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin nicht, eine eingeschränkte Sichtweise alleine auf Greenfield Betreiber und auf die Schweiz einzunehmen. Netzwerkinfrastruktur wie auch Endgeräte werden von international tätigen Unternehmen angeboten, weshalb für die Beurteilung durchaus auf das weltweite Angebot abgestützt werden kann. Die Anzahl verschiedener Endgerätetypen hängt mindestens am Anfang stark vom Netzbetreiber ab, der die auf dem internationalen Markt erhältlichen Geräte auf seine Infrastruktur bezogen einkauft und seinen Kunden zusammen mit einem Dienstvertrag vermittelt. Einer in zahlreichen Märkten verschiedener Kontinente tätigen Telekommunikationsfirma wie Telefonica stehen hierzu genügend Bezugskanäle offen. Aber auch wenn der Vergleich mit „Greenfield“-Betreibern angestellt werden sollte, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass ein Netzaufbau in der Schweiz nicht möglich gewesen wäre: Denn sowohl in Italien, wie auch in Österreich und in Grossbritannien hat ein solcher „Greenfield“-Betreiber, Hutchison 3G, frühzeitig eine entsprechende Infrastruktur aufgebaut. In Italien, zudem einem Land mit ähnlich strengen Grenzwerten für die nicht ionisierenden Strahlen von Basisstationen wie in der Schweiz, ist es diesem Betreiber nicht zuletzt mit innovativen Diensten<sup>17</sup> gelungen, Marktführer im Bereich UMTS-basierter Dienste zu werden. Die Hutchison 3G weist gemäss Angaben von Informa<sup>18</sup> im dritten Quartal 2005 in Italien 4,8 Mio. UMTS-Kunden aus. Im Vergleich dazu verfügen die Betreiber TIM über 1 Mio. Vodafone Omnitel über 1,357 Mio. und Wind über 500'650 UMTS-Kunden. In Grossbritannien hat Hutchison 3G 3,376 Mio. UMTS-Kunden. Hinsichtlich der angebotenen Dienste ist zu berücksichtigen, dass ein neuer reiner UMTS Netzbetreiber zu Beginn durchaus auch mittels Sprachtelefonie Kunden akquirieren und Umsätze generieren kann und wird. Hingegen wird ein bestehender GSM-Betreiber den Sprachdienst über UMTS nicht unbedingt forcieren, da er diesen seinen Kunden bereits über seine vorhandene GSM-Infrastruktur zur Verfügung stellt.

17 Z.B. Video-upload, Webcamdienste, Datenbank und Virtual Office, Mobile TV, VoIP over Mobile, UMA- Datenübertragung, Location-based services. 18 Quelle: Informa, 3G Mobile, Volume 8, Number 1, January 18, 2006.

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 26**

/ 64

Dementsprechend haben sich die Verhältnisse bezüglich der Verfügbarkeit der Technologie und der Marktreife gegenüber den Annahmen zum Zeitpunkt der Konzessionierung zum heutigen Zeitpunkt nicht namhaft geändert. Wenn auch anfangs einige Verzögerungen eintraten, so hat sich insbesondere die Situation gegenüber 2002 wesentlich weiter entwickelt. Keine veränderte Verhältnisse betreffend "National Roaming" Bezüglich "National Roaming" ist festzuhalten, dass von der ComCom und dem BAKOM immer deutlich kommuniziert wurde, dass "National Roaming" die konzessionsrechtliche Versorgungspflicht und den Netzaufbau mit eigener Infrastruktur nicht ersetze, sondern einzig dafür eingesetzt werden könne, um den Abdeckungsgrad über denjenigen der effektiven Versorgung zu erhöhen. Mittels der Möglichkeit eines "National Roaming" und der Pflicht für kombinierte GSM/UMTS-Konzessionärinnen, "National Roaming" zugunsten des Neueinsteigers einzugehen, hat die ComCom der Situation des Neueinsteigers Rechnung getragen und der 3G Mobile AG dadurch ermöglicht, bereits früh landesweite Mobilfunkdienste anbieten zu können. Es war klar, dass die Konzessionärin ohne eigenes GSM-Netz gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Nachteil hatte. Gerade deshalb wurde die Pflicht zur Gewährung von "National Roaming" in die UMTS-Konzessionen der bestehenden GSM-Konzessionärinnen aufgenommen. Diese Konditionen waren im Ausschreibungszeitpunkt auch jedem Interessenten bekannt. Die Versorgungsaufgaben gelten unabhängig von einem "National Roaming" auch für die Neueinsteigerin. Die 3G Mobile AG hat bis heute nie versucht eine Abdeckungspflicht von 20% zu erstellen, um in den Genuss eines "National Roaming"-Abkommens zu gelangen. Zudem war von Anfang an klar, dass ein "National Roaming"-Abkommen mit einem bestehenden GSM-Betreiber vorerst auf kommerzieller Basis auszuhandeln waren, solange keine eigene Infrastruktur aufgebaut ist. Der guten Ordnung halber sei darauf verwiesen, dass die Ausführungen bezüglich "National Roaming" im zitierten Situationsbericht sich auf die Gegebenheiten eines regionalen GSM- Betreibers beziehen und nicht auf diejenige eines UMTS-Mobilfunkkonzessionärs. Im Unterschied zur UMTS-Konzession der 3G Mobile AG können die entsprechenden GSM- Konzessionen keinen Anspruch auf "National Roaming" geltend machen. Der Abschluss eines "National Roaming"-Vertrages erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, zumal es seinerzeit der Orange Communications SA (1999) und kürzlich auch der GSM-

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 27**

/ 64

Konzessionärin In&Phone19 sowie Tele220 gelungen ist, entsprechende Abkommen abzuschliessen, ohne dass dabei der Regulator unterstützend eingewirkt hätte. Diese Bedingungen für das "National Roaming" waren von Anfang an klar, wurden entsprechend kommuniziert und haben sich nicht verändert. Auch diesbezüglich kann also nicht von veränderten Verhältnissen die Rede sein. Ähnliches gilt für die Behauptung, dass die GSM-Betreiber heute vor allem nicht UMTS-fähige Endgeräte in langfristigen Verträgen an ihre Kunden abgeben. Keine veränderten Verhältnisse betreffend Chancen eines vierten Betreibers Dass ein vierter Mobilfunkbetreiber zwischen 2002 und 2004 einen schwierigeren Markteintritt haben werde als in früheren Jahren der zweite und der dritte GSM-Betreiber, war nie bestritten. Das war bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der UMTS-Konzession bekannt. Noch schwieriger wurde der Markteintritt aber durch die selbst verschuldete Verzögerung von 3G Mobile. Immerhin steht mit der UMTS-Technologie dem

vierten Betreiber die Möglichkeit offen, nicht bloss im Markt für mobile Sprachtelefondienste, sondern auch im noch neuen Markt für mobile Breitbanddatendienste tätig zu werden und (neue) Kunden zu akquirieren. In diesem Sinne kann auch kein Widerspruch mit der Beurteilung des BAKOM betreffend die Mobiltelefonie GSM im Situationsbericht GSM 1800 II konstruiert werden. Es handelt sich um zwei mindestens in namhaften Teilen verschiedene Marktsegmente, da UMTS basierte Dienste ein deutlich höheres Potential hinsichtlich Kundenattraktivität in sich bergen (z.B. mobile multimediale Dienste und Inhalte) gegenüber einfachen Sprach- und SMS-Diensten wie diese überwiegend bei GSM vorliegen. Der Hinweis der 3G Mobile, wonach ein bestehender Netzaufbau mit entsprechenden Bewilligungen einfacher zu erreichen sei, als der Neubau eines Netzes von Grund auf, mag zutreffend sein, war jedoch der 3G Mobile AG als Greenfield Operator auch von Anfang an bekannt. Im übrigen ist auch zu berücksichtigen, dass die bereits etablierten Betreiberinnen die Erfüllung ihrer Versorgungsaufgaben für UMTS nicht nur durch eine einfache Aufrüstung bestehender GSM-Standorte mit UMTS Equipment bewerkstelligen konnten, sondern vielmehr gezwungen waren, mehrere hundert neue Standorte zu akquirieren bzw. neue Baubewilligungsverfahren für UMTS-Antennen auf bereits bestehenden GSM-Standorte zu durchlaufen.

19

[http://www.inandphone.ch/downloads/20060116\\_Medienmitteilung\\_National\\_Roaming\\_Vertragsabschluss.pdf](http://www.inandphone.ch/downloads/20060116_Medienmitteilung_National_Roaming_Vertragsabschluss.pdf) 20 <http://www.heise.de/newsticker/meldung/70147>

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 28**

/ 64

Bezüglich der allgemeinen Chancen als vierte Mobilfunkbetreiberin und den übrigen Rahmenbedingungen können dementsprechend keine relevanten Änderungen aufgezeigt werden, die eine Konzessionsänderung begründen könnten. Keine Änderung der rechtlichen Verhältnisse Änderungen rechtlicher Natur sind dann gegeben, wenn sich das objektive Recht seit der Konzessionserteilung geändert hat, sei dies durch Inkrafttreten neuer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen. Vorliegend relevante Gesetzesänderungen sind nicht erfolgt. Was die gerügte fehlende definitive Festlegung der Messmethoden und -empfehlungen im Zusammenhang mit der NISV betrifft, so hat dies offensichtlich die ändern UMTS- Konzessionärinnen nicht daran gehindert, die nötige Infrastruktur aufzubauen. Im Übrigen fehlten die Messempfehlungen zum Vollzug der NISV anfänglich auch im Bereich von GSM, weshalb aber keine GSM-Konzessionärin nachhaltig am Aufbau der nötigen Infrastruktur gehindert gewesen wäre. Dementsprechend muss eine massgebliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse im vorliegenden Fall verneint werden.

2.1.3 Öffentliches Interesse Grundsatz Zusätzlich zur oben erwähnten Voraussetzung der Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche vorliegend nicht gegeben ist, wäre erforderlich, dass die Konzessionsänderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist. Öffentliche Interessen sind Anliegen, welche die Öffentlichkeit (verstanden als Allgemeinheit, Bevölkerung, Publikum) für erstrebenswert und erhaltenswert erachtet. Auf Bundesebene finden sich die öffentlichen Interessen zunächst in den Aufgabennormen der Bundesverfassung, sodann in den Ausführungsgesetzen, wobei sich die öffentlichen Interessen zumeist den Ziel- und Zweckartikeln des Gesetzes, mitunter aber auch spezifischen Umschreibungen oder Aufzählungen in den Gesetzen entnehmen

lassen. Das Vorliegen eines bestimmten öffentlichen Interesses allein rechtfertigt staatliches Handeln noch nicht. Zusätzlich muss dieses Interesse die allenfalls entgegenstehenden (privaten oder öffentlichen) Interessen auch überwiegen. Ob dies der Fall ist, wird durch Interessenabwägung ermittelt. Soweit private Interessen betroffen sind, erfolgt die Abwägung gewöhnlich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung unter dem Titel der Zumutbarkeit (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, §20 Rz 1f).

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 29**

/ 64

Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Der staatliche Eingriff muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist er den Privaten zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind also einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben.

Kein wichtiges öffentliches Interesse zur Änderung der Konzession Eingangs ist zu bemerken, dass die 3G Mobile AG die Änderung der Konzession allein aufgrund von privaten Interessen beantragt und nicht wie in Art. 10 FMG vorgesehen, zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen. Sie verlangt somit eine einseitige Lockerung der Konzession zu ihren Gunsten. Prüft man trotzdem die geltend gemachten gesuchstellerischen Ausführungen so gelangt man zusammenfassend zu nachfolgendem Schluss. Das FMG bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 1 FMG „der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste“ anzubieten. Das Gesetz will laut Botschaft bewusst den entsprechenden Wettbewerb sowohl bei den Fernmeldediensten wie auch bei den Netzinfrastrukturen fördern (BB1 1996 III S. 1410), was den Aufbau der entsprechenden Infrastruktur voraussetzt. Die Konzessionsbehörde ist auch heute darauf bedacht, dass dem Publikum Dienste angeboten werden, welche im Sinne des Zweckartikels (Art. 1 Abs. 1 FMG) für diese einen gewissen Mehrwert beinhalten. In diesem Sinne besteht in erster Linie ein wichtiges öffentliches Interesse daran, dass die nötige Infrastruktur aufgebaut wird, um zugunsten von Bevölkerung und Wirtschaft mit innovativen, wettbewerbsfähigen Diensten anbieten zu können. Also besteht ein Interesse daran, dass die Versorgungsaufgaben nicht aufgehoben bzw. aufgeschoben werden, mithin eben keine Änderung an der Konzession vorgenommen wird.

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 30**

/ 64

Die 3G Mobile AG macht in der Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 geltend, das öffentliche Interesse sei entsprechend den Ausführungen im Entscheid der ComCom vom

25. Juni 2002 darin zu erblicken, dass eine Konzessionärin nicht zu Investition verpflichtet werden solle, wo der Markt hierfür nicht reif sei. Es könne zudem nicht im öffentlichen Interesse liegen, UMTS-Infrastruktur und Dienste zu lancieren, solange keine Marktnachfrage und keine ausgereiften Dienste und Hardware vorhanden seien. Dies führe letztendlich zu unbrauchbaren, überteuerten Diensten, welche die Konsumenten vor der Nutzung abschrecken würden. Die Ausführungen der ComCom in ihrem Entscheid vom 25. Juni 2002 betrafen die Aufhebung der Zwischenversorgungsauflage (20% der Bevölkerung). Damals konnte aufgrund der verfügbaren Infrastruktur und v. a. der kaum verfügbaren Endgeräte sowie Dienste nicht damit gerechnet werden, dass bereits zu dem Zeitpunkt Dienste im Sinne von Art. 1 FMG überhaupt angeboten werden könnten. Dass die ComCom zum Schluss kam, bei solchen Bedingungen sei es im öffentlichen Interesse, vorläufig keine unnötigen Investitionen zu erzwingen und dahinter ein öffentliches Interesse sah, ist vertretbar. Heute ist die UMTS- Technologie sowohl für die Netzinfrastruktur wie auch für die Endgeräte der Konsumenten und Dienste in ausreichendem Masse verfügbar. Damit können nun (und konnten bereits 2004) auf der UMTS-Infrastruktur durchaus Dienste im Sinne des Zweckartikels angeboten werden. Dementsprechend kann es heute auch kein öffentliches Interesse mehr an einem Investitionsaufschub geben. Im Gegenteil, das öffentliche Interesse der Bevölkerung an der Möglichkeit zur Nutzung von UMTS-Diensten überwiegt das private Interesse der 3G Mobile AG auf eine Lockerung bzw. einen Verzicht auf die Versorgungspflicht. Was nämlich die Gesuchstellerin zum öffentlichen Interesse anführt, sind vielmehr Gründe, warum sie bisher und auch künftig nicht beabsichtigt, die Konzession zu nutzen, somit handelt es sich vielmehr um rein private Interessen der 3G Mobile AG, die gerade dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. In wiefern echte oder vermeintliche Fehleinschätzungen der Gesuchstellerin, wie etwa die Schwierigkeiten neue Antennenstandorte zu finden, Bau- und NIS-Bewilligungsverfahren zu durchlaufen, einen Vertrag über ein "National Roaming" ohne eigene Infrastruktur zu erreichen oder in einem schon relativ reifen Mobilfunkmarkt als Neueinsteiger Kunden zu gewinnen, ein öffentliches Interesse an einer Konzessionsänderung, d.h. an einer Nichtnutzung der Konzession zu begründen vermag, geht aus den Ausführungen der Gesuchstellerin nicht hervor.

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 31**

/ 64

2.1.4 Gleichbehandlung Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zu Grunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Die Gleichbehandlung durch die rechtsanwendende Behörde ist allerdings nicht nur dann geboten, wenn zwei Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind, sondern auch, wenn die im Hinblick auf die anzuwendende Norm relevanten Tatsachen gleich sind (BGE 125 I 168; 123 I 7; 123 II 11, 117 Ia 101). Eine Regelung, die Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, ist zulässig, wenn diese Gleich- oder Ungleichbehandlung notwendig ist, um das Ziel der

Regelung zu erreichen, und die Bedeutung des Ziels die Gleich- oder Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es muss also abgewogen werden zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleichbehandlung bzw. Ungleichbehandlung. Die Rechtsgleichheit wird teilweise bereits durch die Bindung der rechtsanwendenden Behörde an die Rechtssätze, d.h. an generell-abstrakte Rechtsnormen, gewährleistet. Sofern der Rechtssatz aber durch das Verwenden unbestimmter Rechtsbegriffe oder das Einräumen von Ermessen einen Spielraum offen lässt, hat die rechtsanwendende Behörde davon in allen gleich gelagerten Fällen gleichen Gebrauch zu machen. Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt. In diesem Zusammenhang sei ebenfalls auf die aus Art. 27 und Art. 94 BV fließende Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verwiesen. In Erwägung 4.1 des Entscheides des Schweizerischen Bundesgerichts 2P.322/2004 vom 24. Juni 2005 ist hierzu festgehalten: "Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f.)."

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 32**

/ 64

Die 3G Mobile AG hat im Unterschied zu den andern UMTS-Konzessionärinnen kein UMTS- Netz errichtet. Stattdessen hat die Muttergesellschaft Telefonica bereits im Sommer 2002 verlauten lassen, dass sie in diversen europäischen Ländern (Deutschland, Italien, Österreich und der Schweiz) den Netzaufbau bis auf weiteres sistiere. In der Schweiz werde beabsichtigt, die UMTS-Konzession und die bisher ausgearbeiteten Konzepte zu verkaufen. Insofern war bereits in diesem Zeitpunkt absehbar, dass die Versorgungsaufgabe per 31. Dezember 2004 voraussichtlich nicht eingehalten werden wird. Die Konzessionärin wurde auf die Konsequenzen ihres unternehmenspolitisch motivierten Entscheides hingewiesen. Die übrigen drei UMTS-Konzessionärinnen haben entsprechend der je gleichen Versorgungsaufgaben ihre Infrastruktur fristgerecht aufgebaut. Dies nicht zuletzt auch im Vertrauen auf die Ausführungen der ComCom im Entscheid vom 25. Juni 2002, in dem die Kommission ausdrücklich nur die Zwischenetappe der 20 % Versorgungspflicht, nicht aber die endgültige der 50 % aufgehoben hatte. Sie haben also die nötigen Investitionen getätigt. Es wäre stossend, wenn derjenigen Konzessionärin, die aus strategisch motivierten Eigeninteressen den Aufbau der Infrastruktur unterlassen hat, die Versorgungsaufgabe zu erlassen bzw. aufzuschieben und die Geltungsdauer der Konzession zu verlängern. Ein solches Vorgehen käme einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 8 BV gleich. An dieser Beurteilung ändert entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin die Tatsache nichts, dass sie neu in den Markt eintreten würde und nicht auf eine, bereits erstellte Infrastruktur einer andern Technologie zurückgreifen kann. Es ist fraglich, inwiefern der Grundsatz der Gleichbehandlung überhaupt verlangen kann, subjektive Ungleichheiten von Konzessionärinnen auszugleichen. Die objektive Tatsache, die Versorgungspflicht, ist gleich und war der Gesuchstellerin bereits bei der Ersteigerung der Konzession bekannt.

Aber auch wenn die subjektiven Eigenheiten der Konzessionärin über sie favorisierende Konzessionsbedingungen ausgeglichen werden sollten, wäre dem vorliegend bereits Rechnung getragen worden. Die UMTS-Konzessionärinnen, die bereits über eine nationale GSM-Konzession verfügten, wurden verpflichtet, den neuen, reinen UMTS-Konzessionärinnen "National Roaming" anzubieten, sobald jene über eine Abdeckung von 20% mit eigener UMTS-Infrastruktur verfügten. Wenn die Gesuchstellerin nun geltend macht, dies sei aus ihrer Sicht nicht genügend gewesen, so begründet das keine Ungleichbehandlung. Immerhin hatte sie im Wissen um die Rahmenbedingungen des Schweizer Marktes die Konzession ersteigert und akzeptiert. Im Übrigen hat sie ihren Netzaufbau nicht bloss in der Schweiz gestoppt gehabt, sondern auch in andern Staaten.

Aktenzeichen: AZ 222.2

### **E. 33**

/ 64

Eine Verlängerung der Konzession der 3G Mobile AG rechtfertigt sich ebenfalls nicht und würde zu einer Ungleichbehandlung mit den übrigen Konzessionärinnen führen. Es liegt ausserhalb des Verantwortungsbereichs des Staates, wenn die 3G Mobile AG die Marktentwicklung von UMTS im Zeitpunkt der Ausschreibung zu positiv beurteilt hat oder aus unternehmensstrategischen Gründen nicht mehr neue Investitionen tätigen wollte oder konnte. Es liefe den Zielen des FMG und dem öffentlichen Interesse völlig entgegen und wäre geradezu absurd, ausgerechnet derjenigen Konzessionärin, die bisher kein Netz aufgebaut hat, die konzessionierten Frequenzen nicht nutzt und dazu auch keine Anstalten trifft, die nicht genutzte und damit verletzte Konzession noch zu verlängern. Es rechtfertigt sich somit nicht, nachträglich einzig gegenüber der 3G Mobile AG auf die Versorgungsaufgabe zu verzichten bzw. diese im Sinne des Eventualbegehrens bis zum Jahr 2008 aufzuschieben und zudem die Geltungsdauer der Konzession zu verlängern. Aus diesem Grund ist an der Versorgungsaufgabe festzuhalten.

2.1.5 Konzessionsänderung aus anderen Gründen Gemäss Ziff. 3.3.3, zweiter Absatz der Konzession kann die Versorgungsverpflichtung (50% der Bevölkerung bis Ende 2004 mit eigener Infrastruktur) nur abgeändert werden, wenn die Konzessionärin beweisen kann, dass sie diese aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann. Die Konzessionärin muss schlüssig beweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Zu Recht macht die 3G Mobile AG in ihrem Änderungsgesuch nicht geltend, dass sie gestützt auf diese Konzessionsbestimmung die Versorgungsaufgabe zur Änderung beantrage. Immerhin hat sie nachweislich seit Juli 2002 keinerlei Anstrengungen unternommen, um Infrastruktur zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe aufzubauen. Die 3G Mobile AG macht geltend, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich seit dem Entscheid der ComCom im Jahr 2002 nicht wesentlich verändert. Die ComCom selbst habe ausgeführt, es liege nicht im öffentlichen Interesse, regulatorisch zu Investitionen zu verpflichten, wenn der Markt noch nicht reif scheine bzw. Endgeräte nicht zur Verfügung stünden. Es mache somit wenig Sinn, Investitionen zu tätigen, obwohl die Zukunftsaussichten des Marktes insbesondere für den vierten Anbieter mehr als fragwürdig seien. Der 3G Mobile AG könne deshalb nicht vorgeworfen werden, sie habe nicht jeden Versuch unternommen, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Immerhin versuche sie seit längerem, eine für alle Beteiligten sinnvolle Lösung zu finden, welche die Erfüllung des Gesetzeszwecks gewährleiste. Sie habe nicht nur potentielle

Käufer kontaktiert, sondern

Aktenzeichen: AZ 222.2

## **E. 34**

/ 64

eine Vereinbarung mit [...] ausgehandelt. Da diese Lösung offenbar abgelehnt werde, habe sie einen legitimen Anspruch auf Änderung bzw. Verlängerung der Konzessionsbedingungen und dass ihr Zeit eingeräumt werde, um andere Lösungen zu erarbeiten und zu präsentieren. Dass der Markt inzwischen als reif zu erachten ist und sowohl Netzinfrastruktur als auch Endgeräte (Telefone, Smartphone, digitale Agenden, Computerkarten, etc) und Anwendungen basierend auf UMTS in hinreichendem Umfang zur Verfügung stehen, wurde bereits mehrfach dargelegt. Sich heute allein darauf zu berufen, dass die Zukunftsaussichten insbesondere für den vierten Anbieter mehr als fraglich seien, greift zu kurz. Der 3G Mobile AG wäre es jedenfalls ab 2002 zumutbar gewesen, wie den anderen Konzessionärinnen auch, den Netzaufbau voranzutreiben. Stattdessen ist sie aufgrund des strategischen Entscheids inaktiv geblieben. Es ist offensichtlich, dass sie nicht jeden Versuch unternommen hat, ihrer Verpflichtung nachzukommen. Aus diesen Gründen kommt eine Konzessionsänderung gestützt auf Ziffer 3.3.3 nicht in Frage.

2.1.6 Fazit Da weder veränderte tatsächliche noch rechtliche Verhältnisse gegeben sind und ein öffentliches Interesse nicht ersichtlich ist, welches eine Anpassung der Konzession notwendig machen würde, ist von einer Änderung der Konzession abzusehen. Eine Konzessionsänderung gestützt auf Ziffer 3.3.3 ist ausgeschlossen, da die Konzessionärin nicht jeden Versuch unternommen hat, um eine Netzinfrastruktur zu errichten, obwohl dies möglich und zumutbar gewesen wäre. Eine Anpassung bzw. Verlängerung der Konzession alleine gegenüber der Gesuchstellerin würde zu einer Ungleichbehandlung der übrigen UMTS-Konzessionärinnen führen und ist auch deshalb ausgeschlossen. Weder für eine ersatzlose Streichung der Versorgungsaufgabe noch für eine Lockerung hinsichtlich der Voraussetzungen für das Erzwingen von "National Roaming" sind hinreichende Gründe ersichtlich, die für eine Änderung der Konzession sprechen würden. Dasselbe gilt für die eventualiter geltend gemachte unentgeltliche Verlängerung der Konzession bzw. für die Aufschiebung der Versorgungsaufgabe von 50% bis ins Jahr 2008. Zudem betrifft die Verpflichtung zu "National Roaming" die andern Konzessionärinnen, deren Konzessionen angepasst werden müssten, was vorliegend weder beantragt wurde noch zur Diskussion steht.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.