



[rechtskräftiger Entscheid]

V e r f ü g u n g

der Eidg. Kommunikationskommission

Zusammensetzung: Marc Furrer, Präsident, Christian Bovet, Vizepräsident,
Monica Duca Widmer, Reiner Eichenberger, Pierre-Gérard
Fontolliet, Beat Kappeler, Hans-Rudolf Schurter

vom 12. April 2006

in Sachen

3G Mobile AG, Bahnhofplatz 4, 8001 Zürich

[...]

- Gesuchstellerin / Beaufsichtigte -

betreffend

**Aufsichtsverfahren und Gesuche um Änderung bzw.
Übertragung der IMT2000/UMTS-Konzession Nr. 25100007**



Inhaltsverzeichnis	Seite
I Aufsichtsverfahren und Gesuche um Änderung bzw. Übertragung der Konzession	3
II Sachverhalt	5
III Rechtliches	15
1. Formelles	15
1.1 Zuständigkeit	15
1.2 Gesuch [...]	15
1.3 Vereinigung und Sistierung	15
1.4 Rechtliches Gehör	17
2. Materielles	19
2.1 Gesuch um Änderung der Konzession	19
2.1.1 Voraussetzungen für eine Konzessionsänderung	23
2.1.2 Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse	23
2.1.3 Öffentliches Interesse	29
2.1.4 Gleichbehandlung	32
2.1.5 Konzessionsänderung aus anderen Gründen	34
2.1.6 Fazit	35
2.2 Gesuch vom 8. März 2005 zur Konzessionsübertragung	36
2.2.1 Voraussetzung für die Genehmigung einer Konzessionsübertragung	39
2.2.2 Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen	40
2.2.3 Umgehung der Vergabebedingungen und des Vergabeverfahrens	40
2.2.4 Nichteinhalten der Konzessionsbedingungen (wirtschaftl. Unabhängigkeit)	43
2.2.5 Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb	44
2.2.6 Fazit	46
2.3 Aufsichtsverfahren	46
2.3.1 Verletzung des Gesetzes und der Konzession	46
2.3.2 Massnahmen	49
2.3.3 Rückerstattung des Zuschlagpreises bzw. Entschädigung bei Konzessionsentzug als Aufsichtsmassnahme	54
2.3.4 Gleichbehandlung	61
IV Kosten und Parteientschädigung	65
V Dispositiv	66



I Aufsichtsverfahren und Gesuche um Änderung bzw. Übertragung der Konzession

Am 1. September 2004 hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Aufsichtsverfahren gegen die Gesuchstellerin eröffnet. Es betraf die Einhaltung der Auflage der UMTS-Konzession Nr. 25100007, die notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen, um bis Ende 2004 mindestens 50% der Schweizer Bevölkerung mit UMTS-Diensten auf der Basis einer eigenen Infrastruktur zu versorgen.

Am 27. Dezember 2004 hat die Gesuchstellerin bei der ComCom ein Gesuch um Änderung der UMTS-Mobilfunkkonzession Nr. 25100007 gestellt (act. 91). Sie beantragt darin die Streichung der in der Konzession vorgesehenen Versorgungspflicht in folgender Form:

- Art. 2.2.12.1 National Roaming zwischen IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen:
Streichung zweiter Halbsatz ("...., sobald sie eine Versorgung von 20% der Bevölkerung der Schweiz gemäss Art. 3.3.3 erreicht haben.")
- Art. 2.2.12.2 National Roaming zwischen kombinierten IMT-2000/UMTS/GSM-Konzessionärinnen und UMTS-Konzessionärinnen ohne GSM-Konzession:
Beginn des National Roaming
Neu: "Der neue Betreiber kann die Gewährung von National Roaming verlangen."
Streichung zweiter Halbsatz ("...., ab dem er eine Bevölkerungsabdeckung von mindestens 20% mit eigener Netzinfrastruktur erreicht hat.")
- Art. 3.3.3 Versorgungspflicht
Titel und ganzer Text ersatzlos streichen.

Eventualiter hat die Gesuchstellerin im gleichen Schreiben die Änderung der Versorgungspflicht wie folgt beantragt:

- Art. 2.3.1 Dauer der Konzession:
Neu: "Die Konzession ist bis zum 31. Dezember 2020 gültig."
- Art. 3.3.3 Versorgungspflicht:
Neu: "Die Konzessionärin ist verpflichtet, die Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Infrastruktur erbracht werden, wie folgt zu versorgen:

Bis Ende 2008 *50% der Bevölkerung..."*



Aktenzeichen: AZ 222.2

Am 20. Januar 2005 hat das BAKOM das Aufsichtsverfahren gegen die Gesuchstellerin auf die Einhaltung eben dieser Auflage ausgedehnt (act. 92).

Am 8. März 2005 hat die 3G Mobile AG bei der ComCom ein formelles Gesuch auf Genehmigung der Übertragung der UMTS-Konzession eingereicht (act. 101). [...]

Im Rahmen des Aufsichtsverfahrens hat das BAKOM im Schreiben vom 27. Juli 2005 zusätzlich die Frage aufgeworfen, inwiefern die Konzessionärin 3G Mobile AG allgemein die Konzessionsvoraussetzungen einhält, neben derjenigen der Gewähr für die Einhaltung des anwendbaren Rechts mit namentlich der Konzession (Art. 6 Abs. 1 Bst. b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]), insbesondere jene der Verfügbarkeit der notwendigen technischen Fähigkeiten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a FMG).



II Sachverhalt

Nach Eröffnung und Durchführung einer öffentlichen Konsultation am 13. April 1999 über Mobilfunk der dritten Generation (UMTS) in der Schweiz hat die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) anlässlich ihrer Sitzung vom 20. August 1999 entschieden, vier landesweite UMTS-Konzessionen mittels Auktion zu vergeben.

Am 14. März 2000 hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Ausschreibung von vier landesweiten Mobilfunkkonzessionen der dritten Generation (IMT-2000/UMTS) im Auftrag der ComCom eröffnet. Bis zum Ablauf der Eingabefrist am 31. Mai 2000 waren 10 Bewerbungen für die IMT-2000/UMTS-Konzessionen beim BAKOM eingegangen. Nach verschiedenen Rückzügen und der dem BAKOM am 13. November 2000 bekannt gegebenen Fusion der Firmen Sunrise Communications SA und der diAx AG blieben noch vier Kandidaten um die vier Konzessionen im Rennen. Angesichts dieser Situation hat das BAKOM nach Rücksprache mit der ComCom entschieden, die Versteigerung der vier IMT-2000/UMTS-Konzessionen aufzuschieben. Am 30. November 2000 hat die ComCom nach eingehender Prüfung der Lage entschieden, dass die Auktion nach den ursprünglichen Regeln durchgeführt werden soll. Am 6. Dezember 2000 hat das BAKOM im Auftrag der ComCom die vier UMTS-Konzessionen versteigert. Eine dieser Konzessionen hat die 3G Mobile AG ersteigert. Per 31. Januar 2001 hat die ComCom der 3G Mobile AG die UMTS-Konzession Nr. 25100007 erteilt. 3G Mobile AG wird beherrscht durch die spanische Telefonica SA, eine der weltweit grössten Fernmeldedienstanbieterinnen.

Die UMTS-Konzession enthält verschiedene Auflagen, so u.a. in Ziffer 3.3.3 auch eine Versorgungspflicht. Diese lautete in der Fassung zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung wie folgt:

„Die Konzessionärin ist verpflichtet, die Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Dienste, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Netzinfrastruktur erbracht werden, wie folgt zu versorgen:

Bis Ende 2002 20% der Bevölkerung

Bis Ende 2004 50% der Bevölkerung

Diese Verpflichtung kann 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.



Aktenzeichen: AZ 222.2

Die Konzessionärin ist dazu verpflichtet, die für die Erreichung der minimalen Versorgungsvorgabe notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen.

Unter Vorbehalt von Ziffer 2.2.12.1 kann eine Versorgung über 50% entweder durch den weiteren Netzausbau mit eigener Netzinfrastruktur oder durch den Abschluss von National Roaming Verträgen erreicht werden.“

Von sich aus und aufgrund von entsprechenden Gesuchen von zwei der vier UMTS-Konzessionärinnen entschied die ComCom am 18. April 2002, wegen Verzögerungen in der Entwicklung der Technik und des Marktes, die Versorgungsaufgaben in den UMTS-Konzessionen zu flexibilisieren und die Zwischenstufe von 20% Bevölkerungsabdeckung mit UMTS-basierenden Diensten bis Ende 2002 aufzuheben. Diese wurde ersetzt durch eine Auflage, alle drei Monate über das Voranschreiten der Netzaufbauarbeiten zu berichten. Der Zeitpunkt, zu dem 50% Bevölkerungsabdeckung gefordert war, wurde beibehalten. Mit Verfügung der ComCom vom 25. Juni 2002 wurde Ziffer 3.3.3 der UMTS-Konzession demnach wie folgt modifiziert:

„Die Konzessionärin ist verpflichtet, die Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Netzinfrastruktur erbracht werden, wie folgt zu versorgen:

Bis Ende 2004: 50% der Bevölkerung

Diese Verpflichtung kann 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.

Unter Vorbehalt von Ziffer 2.2.12.1 kann eine Versorgung über 50% entweder durch den weiteren Netzausbau mit eigener Netzinfrastruktur oder durch den Abschluss von National Roaming Verträgen erreicht werden.

Die Konzessionärin ist dazu verpflichtet, die für die Erreichung der minimalen Versorgungsvorgabe notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen. Die Konzessionärin informiert das BAKOM periodisch, alle drei Monate, schriftlich über den Fortschritt des Netzaufbaus. Dazu liefert die Konzessionärin einen kurzen Bericht, der insbesondere die nachfolgenden Angaben enthält:

- *Anzahl benötigte Antennenstandorte für den kommerziellen Netzstart;*
- *Anzahl der akquirierten Standorte (Miet- bzw. Mitbenutzungsvertrag abgeschlossen) für UMTS Basisstationen;*



Aktenzeichen: AZ 222.2

- Anzahl der eingereichten Baugesuche;
- Anzahl der erhaltenen, rechtskräftigen Baubewilligungen;
- Anzahl gebauter Standorte;
- Anzahl in Betrieb genommener Standorte;
- Erreichte Bevölkerungsabdeckung;
- Stand des Ausbaus des Core Networks;
- Geplanter kommerzieller Netzstart;
- Auftretende Probleme beim Netzaufbau.

Das BAKOM kann für die gemachten Angaben das Beibringen von Beweismaterial verlangen. Die Meldepflicht beginnt am 1. Januar 2003. Die Informationen sind jeweils bis spätestens Ende der Monate Januar, April, Juli und Oktober dem BAKOM einzureichen. Die spezifische Meldepflicht erlischt, wenn die Konzessionärin dem BAKOM nachweist, dass sie in der Lage ist, 20% der Bevölkerung mit auf eigener UMTS-Infrastruktur basierenden Diensten zu versorgen. Sämtliche gemachten Angaben werden vertraulich behandelt.“

Die Ländergesellschaften von Telefonica kündigten im Juli 2002 an, dass sie ihre UMTS-Aktivitäten in Mitteleuropa einstellen werden. Der Einbruch der Finanzmärkte nach der Abkühlung des Internet-Booms hatte heftige Auswirkungen auf die Telekommunikationsbranche. Diverse Unternehmen waren überschuldet. Investoren goutierten weitere Verschuldungen mit langem Investitionshorizont ohne baldige „Cash-Flow“-positiven Perspektiven nicht und bevorzugten eine risikoärmere Strategie und solide Finanzen. Telefonica S.A. zog daraus die Konsequenzen und beendete ihre UMTS Unternehmen ausserhalb von Spanien, für welche sie noch erhebliche Investitionen hätte tätigen müssen und für welche sie nur wenig Potential gesehen hatte.¹ Im folgenden Jahr konnte Telefonica S.A. denn auch berichten, dass sie ihre Schulden von knapp 29 Mia. € Ende 2001 auf unter 20 Mia. € Mitte 2003 hat reduzieren können.² In der Schweiz kündigte die 3G Mobile AG im Juli 2002 an, den Aufbau eines UMTS-Netzes vorerst einzufrieren. Nach der Bekanntgabe, dass sich Telefonica bzgl. UMTS aus Deutschland zurückziehen würde und ein erheblicher Teil von Telefonicas UMTS-Operations in der Schweiz aus Deutschland hätte ferngesteuert

¹ Telefonica SA hatte ihre sämtlichen UMTS Operations ausserhalb Spaniens aufgegeben, nicht nur in der Schweiz („Closure of UMTS operations outside Spain to prevent further cash outflows with little upside“, Präsentation von César Alierta, damaliger Executive Chairman and CEO Telefonica, S.A. anlässlich der 3. Investor Conference von Telefonica S.A. in Madrid Oktober 2003, http://www.telefonica.es/accionistaseinversores/ing/pdf/madrid2003_apertura-pres.pdf, S. 12).

² „9 Bn Euros Debt Reduction In 2002 & 2003“ Präsentation von Santiago Fernández Valbuena, damaliger Chief Financial Officer Telefonica, S.A. anlässlich der 3. Investor Conference von Telefonica S.A. in Madrid Oktober 2003, http://www.telefonica.es/accionistaseinversores/ing/pdf/madrid2003_finanzas.pdf, S. 17).



werden sollen, musste der Business Case für die Schweiz neu beurteilt werden, fehlten doch nun wichtige Synergiemöglichkeiten und Skaleneffekten für den UMTS Netzaufbau und die Vermarktung.³ In den Medien erschienen verschiedene Berichte zu den Absichten der 3G Mobile AG in der Schweiz. So veröffentlichte am 30. August 2002 z.B. www.teltarif.ch mit Bezug auf den damaligen Geschäftsführer der 3G Mobile AG eine Mitteilung, dass „das technische Inventar verkauft, die in Zürich-Oerlikon ansässige Firma aber nicht liquidiert werden solle. Fünf verbleibende Mitarbeiter sollen versuchen, die UMTS-Konzession und die bisher ausgearbeiteten Konzepte zu verkaufen. Eine Rückgabe der Lizenz an die Behörden solle auf jeden Fall verhindert werden.“⁴ Ähnliche Mitteilungen fanden sich in den Printmedien (vgl. Der Bund vom 26. Juli 2002 "Telefonica baut kein Schweizer UMTS-Netz"; Berner Zeitung vom 26. Juli 2002 "Telefonica legt Schweizer UMTS-Projekt auf Eis"; Basler Zeitung vom 26. Juli 2002 "Telefonica friert Schweizer UMTS-Aktivitäten ein"; Tages Anzeiger vom 30. August 2002 "Spanier ziehen sich zurück: Stellenabbau in Oerlikon" [mit einem Interview des damaligen Geschäftsführers]. In einer Mitteilung vom 29. August 2002 an das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich teilte die 3G Mobile AG mit, dass sie aufgrund des finanziell und strategisch bedingten Entscheides der Muttergesellschaft die Aktivitäten u.a. in der Schweiz suspendiere und von 128 deren 125 Mitarbeiter zu entlassen gedenke sowie dabei einen Sozialplan anwende. Deshalb werde die Gesellschaft nicht in der Lage sein, den Markteintritt vorzubereiten (vgl. act. 102, Beilage 30).

In allen Quartalsberichten der 3G Mobile AG gemäss Ziffer 3.3.3 der Konzession zuhanden des BAKOM führte die Gesuchstellerin jeweils auf, dass sie weder Netzelemente in Betrieb genommen noch neue Standorte akquiriert oder erschlossen hatte und keine entsprechende Planung hätte. Die 3G Mobile AG verwies regelmässig darauf, dass die Muttergesellschaft Ende Juli 2002 aus unternehmensstrategischen Gründen bezüglich des Europageschäfts ausserhalb von Spanien beschlossen hätte, ihr finanzielles Risiko zu minimieren und allfällige UMTS-Aktivitäten in diesen Märkten später wieder zu prüfen.

³ "Management of operations [Austria & Switzerland] within Germany, benefiting from geographical proximity, common language & leveraging on other synergies" Präsentation von Luis Lada, Chairman & CEO Telefonica Moviles, anlässlich der 2. Investor Conference von Telefonica S.A. in Sevilla März 2002 (<http://www.telefonica.es/accionistaseinversores/ing/pdf/sevilla-tem.pdf> S. 26)

⁴ Die 3G Mobile AG ist der Auffassung, die Mitteilung unter www.teltarif.ch sei unrichtig und irrelevant und deshalb aus den Akten zu weisen. Hierzu besteht kein Anlass, da das Dokument belegt, wie der strategische Rückzug gegenüber der Öffentlichkeit zu diesem Zeitpunkt kommuniziert bzw. von der Presse aufgenommen wurde. Die Wertung dieser Presseartikel erfolgt im materiellen Teil der vorliegenden Verfügung.



In den Schreiben vom 23. September 2002 und vom 14. Juli 2003 machte das BAKOM die 3G Mobile AG auf mögliche aufsichtsrechtliche Konsequenzen dieses Verhaltens aufmerksam.

Mit Schreiben vom 23. Juli 2004 forderte das BAKOM die 3G Mobile AG mit Verweis auf die vermutliche baldige Verletzung der Konzessionsauflagen und auf Art. 58 und 60 FMG auf, zum Sachverhalt Stellung zu nehmen und insbesondere darzulegen, welche Ziele und Absichten mit der Konzession verfolge, bzw. ob sie beabsichtige, überhaupt ein UMTS-Netz aufzubauen. Anlässlich einer daraufhin anberaumten Sitzung vom 1. September 2004 bestätigte die Konzessionärin, dass sie zwar anfänglich die Vorbereitung des Aufbaus eines UMTS-Netzes in der Schweiz forciert, seit Juli 2002 aber vollständig gestoppt hätte. Ein viertes UMTS-Netz in der Schweiz heute aufzubauen, sei aus ihrer Sicht wirtschaftlich nicht sinnvoll möglich. Die Verfügbarkeit von UMTS-Technologie sei verzögert und eine Übertragung der Konzession sei sinnvoll. Allerdings hätten bisher nur die anderen UMTS-Konzessionärinnen Interesse an dieser Konzession gezeigt, was für die 3G Mobile AG eine echte Option sei.

Anlässlich dieses Treffens vom 1. September 2004 hat das BAKOM aufgrund der Lage ein Aufsichtsverfahren gegen die 3G Mobile AG eröffnet. Gerügt wurde die Nicht-Einhaltung der Auflage der UMTS-Konzession Nr. 25100007, die notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen, um bis Ende 2004 mindestens 50% der Schweizer Bevölkerung mit UMTS-Diensten auf der Basis einer eigenen Infrastruktur zu versorgen.

Die 3G Mobile AG hat der ComCom mit Schreiben vom 24. September 2004 zwei Szenarien aufgezeigt, die sie hinsichtlich einer allfälligen Veräusserung der ihr erteilten IMT-2000/UMTS-Konzession umzusetzen in Betracht ziehe. [...]

Die ComCom teilte dazu am 28. Oktober 2004 mit, dass das vorgeschlagene Vorgehen die Voraussetzungen für eine Übertragung, wie sie in Art. 9 FMG sowie in Ziffer 2.3.2 der UMTS-Konzession statuiert seien, voraussichtlich nicht einhalten würde. Demnach sei zwar grundsätzlich eine Konzessionsübertragung möglich, sie dürfe aber weder eine Umgehung der Vergabebedingungen noch des Vergabeverfahrens bewirken und keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigen. Überdies müsse während der gesamten Konzessionsdauer eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit zwischen den IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen gewährleistet sein, wie dies auch in den Konzessionsbestimmungen festgehalten sei. Eine Übertragung der ganzen Konzession oder einzelner Teile davon an die übrigen UMTS-Konzessionärinnen würde dem im August 1999 getroffenen Entscheid widersprechen, wonach vier landesweite IMT-2000/UMTS-Konzessionen vergeben wurden



und damit das ursprüngliche Vergabeverfahren umgehen. Die ComCom hielt zusammenfassend fest, dass die im Brief skizzierten Szenarien nicht genehmigt werden könnten. Sie behielt sich vor, dass sie eine formelle Beurteilung einer Konzessionsübertragung nur aufgrund eines vollständigen formellen Übertragungsgesuches von übertragender und übernehmender Konzessionärin, vornehmen würde, ihr liege jedoch nur eine Bitte um Vorabklärung vor. In einem vollständigen Gesuch seien u.a. die Einhaltung der geschilderten Bedingungen und die entsprechenden konkreten Übertragungsmodalitäten aufzuzeigen.

Am 25. November 2004 reichten die 3G Mobile AG, am 26. November 2004 [...], je eine weitgehend gleich lautende Anfrage über die grundsätzliche Haltung der ComCom zu einer Konzessionsübertragung von 3G Mobile AG auf [...] ein. Die ComCom antwortete mit Schreiben vom 20. Dezember 2004, dass sie zwar mangels begründetem formellen Gesuch nicht abschliessend dazu Stellung nehmen könne, aber immerhin eine erste Einschätzung vorzunehmen bereit sei. In diesem Sinne und auf der Basis der vorgelegten Informationen sowie unter dem Vorbehalt der Beurteilung eines formellen, begründeten Gesuchs kam die Kommission dabei zum Schluss, dass das vorgelegte Szenario die Bedingungen für eine Übertragung nicht erfüllen würde und damit nicht genehmigt werden könnte.

Die 3G Mobile AG hat am 27. Dezember 2004, d.h. 4 Tage vor Ablauf der Frist für den Aufbau der zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe nötigen Infrastruktur bei der ComCom ein Gesuch auf Änderung der UMTS-Konzession gestellt; sie beantragt darin die ersatzlose Streichung der Versorgungsaufgabe in Ziffer 3.3.3. Zudem seien bezüglich "National Roaming" in den Ziffern 2.2.12.1 und 2.2.12.2 die geforderte Erstellung von 20% eigener Netzinfrastruktur zu streichen. Eventualiter sei die Dauer der UMTS-Konzession unentgeltlich bis zum 31. Dezember 2020 zu verlängern (Ziffer 2.3.1) und die Versorgungspflicht von 50% der Bevölkerung gemäss Ziffer 3.3.3 bis zum 31. Dezember 2008 zu verschieben.

Im Verlaufe des Januars 2005 hat das BAKOM überprüft, ob die vier für UMTS konzessionierten Mobilfunkbetreiber ihre Versorgungsaufgaben einhalten. Das BAKOM hat zur Ermittlung der erreichten Abdeckung die Angaben der Betreiber nachgerechnet, eigene Berechnungen aufgrund der Infrastrukturangaben angestellt und punktuell die Resultate mittels Fahrmessungen verifiziert. Diese Überprüfung hat gezeigt, dass die drei Betreiber Orange, Sunrise und Swisscom Mobile mindestens 50% der Bevölkerung mit Diensten der dritten Mobilfunkgeneration (UMTS) versorgen und damit die entsprechende Auflage in ihrer Konzession einhalten.⁵ Bereits die regelmässigen Berichte dieser drei Betreiber hatten den Fortschritt ihres Netzaufbaus aufgezeigt. Der vierte Betreiber, die 3G Mobile AG hat, auch



nach eigenen Angaben, bisher keine Infrastruktur aufgebaut, weshalb das BAKOM am 20. Januar 2005 das bereits hängige Aufsichtsverfahren gegen die 3G Mobile AG auf die Einhaltung eben dieser Auflage ausgedehnt hat.

[...]

Die ComCom hat mit Brief vom 21. Februar 2005 festgehalten, dass sich aus prozessökonomischen Überlegungen eine Vereinigung des Änderungs- und des Aufsichtsverfahrens aufdränge und das Gesuch mit dem bereits hängigen Aufsichtsverfahren gemeinsam instruiert und behandelt werde.

Zur Wahrnehmung ihrer Rechte betreffend dieses Gesuch und betreffend das laufende Aufsichtsverfahren hat die 3G Mobile AG am 25. Februar 2005 bei der ComCom Einsicht in folgende Akten beantragt:

"(a) Entscheid der ComCom vom 10. Juli 2002 (vollständiger Wortlaut) betreffend die Übertragung einer WLL-Funkkonzession (auszugsweise veröffentlicht als VPB 67.27) einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(b) Entscheid der ComCom vom 26. August 1999 (vollständiger Wortlaut) betreffend die Ausschreibung und die Vergabe von vier landesweiten UMTS-Konzessionen einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(c) Entscheid der ComCom vom 30. November 2000 betreffend den Abbruch der Auktion zur Vergabe von GSM-Frequenzen und betreffend die Vergabe dieser GSM-Frequenzen im Zuteilungsverfahren an Swisscom Mobile, Orange und Sunrise einschliesslich der Gesuche der Mobilfunkanbieter um Zuteilung, Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(d) Entscheid der ComCom vom 30. November 2000 betreffend die Durchführung der UMTS-Auktion (vollständiger Wortlaut) einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(e) Entscheid der ComCom vom 2. November 2004 betreffend die Vergabe von Restfrequenzen für den GSM-Mobilfunk an Swisscom Mobile, Orange und Sunrise (vollständiger Wortlaut) einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(f) Entscheid der ComCom vom 6. November 2003 bezüglich des Entzugs der WLL-Konzession Lot Nr. 11 der Firstmark Communications Switzerland AG einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

⁵ Medienmitteilung des BAKOM vom 8.2.2005 auf www.bakom.ch



(g) Entscheid der ComCom vom 18. Dezember 2003 bezüglich der Erteilung von zwei GSM-Mobilfunkkonzessionen (vollständiger Wortlaut) einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten BAKOM.

(h) Entscheid der ComCom vom 25. Juni 2002 betreffend die Änderung der UMTS-Konzessionsbedingungen (VPB 67.28) einschliesslich Vorakten BAKOM und einschliesslich der Verfahrensakten des mit Schreiben vom 1. Mai 2002 vom BAKOM eröffneten Verfahrens betreffend Änderung der UMTS-Mobilfunkkonzessionen der übrigen Mobilfunkkonzessionäre einschliesslich des Entscheids der ComCom, deren Stellungnahmen und Vorakten."

Beim BAKOM hat die Gesuchstellerin Akteneinsicht in 3 Fällen beantragt, betreffend:

"(a) Untersuchung des BAKOM betreffend die Einhaltung der UMTS-Konzessionsbedingungen und Versorgungsauflagen durch die UMTS-Mobilfunkkonzessionäre einschliesslich Verfahrensakten, Vorakten, Eingaben der Mobilfunkkonzessionäre und etwaige Berichte von externen Beratern (s. Pressecommuniqué vom 8. Februar 2005);

(b) Aufsichtsverfahren des BAKOM gegen die Gesuchstellerin betreffend die etwaige Verletzung von Konzessionsbedingungen und Versorgungsauflagen, eröffnet am 1. September 2004, einschliesslich Verfahrensakten und Vorakten;

(c) Verfahrensakten betreffend die Änderung der UMTS-Konzessionsbedingungen, eingeleitet durch Gesuch der Gesuchstellerin vom 27. Dezember 2004."

Die ComCom hat mit Verfügung vom 18. März 2005 das Gesuch um Akteneinsicht teilweise abgewiesen. Insbesondere wurde die Einsicht in die Akten betreffend der Überprüfung der Einhaltung der Versorgungspflicht der anderen Konzessionärinnen abgewiesen. Dagegen hat die 3G Mobile AG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht rekuriert. Das Bundesgericht ist im Entscheid (2A.277/2005) vom 30. August 2005 auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten. Vertreter der 3G Mobile AG haben am 20. Mai 2005 in den Räumlichkeiten des BAKOM Einsicht in die offen gelegten Akten genommen.

Am 8. März 2005 hat die 3G Mobile AG bei der ComCom ein formelles Gesuch auf Genehmigung der Übertragung der UMTS-Konzession [...] eingereicht. [...]

Mit Schreiben vom 27. Juli 2005 hat das die Sache instruierende BAKOM der 3G Mobile AG mitgeteilt, dass das Gesuch um Übertragung der IMT-2000/UMTS Konzession Nr. 25100007 aus prozessökonomischen Gründen und wegen des engen Sachzusammenhangs mit den



Aktenzeichen: AZ 222.2

beiden hängigen Verfahren (Aufsicht- und Konzessionsänderungsverfahren) vereinigt werde. Im Zusammenhang mit dem Aufsichtsverfahren warf die Instruktionsbehörde zusätzlich die Frage auf, inwiefern die Konzessionärin 3G Mobile AG die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen einhält, neben derjenigen der Gewähr für die Einhaltung des anwendbaren Rechts mit namentlich der Konzession (Art. 6 Abs. 1 Bst. b FMG), insbesondere jene der Verfügbarkeit der notwendigen technischen Fähigkeiten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a FMG). Der 3G Mobile AG wurde bis am 19. August 2005 Gelegenheit zum rechtlichen Gehör zu den im Schreiben dargestellten beabsichtigten Anträgen an die ComCom bezüglich des erhobenen Sachverhalts, des Änderungs- und des Übertragungsgesuchs und der gemäss Art. 58 Abs. 2 und 3 FMG beabsichtigten Massnahmen gewährt.

[...]

Auf Gesuch des Rechtsvertreters der 3G Mobile AG vom 2. August 2005 hin hat das BAKOM am 8. August 2005 die Frist zur Stellungnahme bis am Freitag, 30. September 2005 erstreckt.

[...]

Am 30. September 2005 hat der Rechtsvertreter der 3G Mobile AG eine weitere Fristverlängerung beantragt, die ihm vom BAKOM bis am 14. Oktober 2005 gewährt wurde.

Mit Eingabe vom 14. Oktober 2005 hat die 3G Mobile AG Stellung genommen. Sie hat dabei u.a. die gestellten Rechtsbegehren bestätigt und das erneute rechtliche Gehör zu den Begründungen der vom BAKOM in Aussicht genommenen der ComCom zu beantragenden Massnahmen verlangt.



III Rechtliches

1 Formelles

1.1 Zuständigkeit

Das BAKOM wacht gemäss Art. 58 Abs. 1 FMG darüber, dass die Konzessionärinnen das internationale Fernmelderecht, das Fernmeldegesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzession einhalten. Es handelt in diesen Verfahren als Instruktionsbehörde und stellt im Falle von Rechtsverletzungen der ComCom Antrag. Diese ist für die Verfügung von Aufsichtsmaßnahmen gemäss Art. 58 Abs. 2 FMG zuständig.

Gemäss Art. 9 FMG ist die Konzessionsbehörde für die Einwilligung zur Übertragung, gemäss Art. 10 FMG für die Änderung einer Konzession zuständig. Konzessionsbehörde ist vorliegend gemäss Art. 5 FMG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112) die ComCom.

Die Zuständigkeit der Kommission ist gegeben. Auf die Gesuche wird eingetreten.

1.2 Gesuch der [...]

[...]

1.3 Vereinigung und Sistierung

Im Rahmen des Gesuchs vom 8. März 2005 zur Konzessionsübertragung beantragt die 3G Mobile AG das Aufsichtsverfahren gegen sie, welches am 1. September 2004 eröffnet und am 1. Januar 2005 ergänzt worden sei sowie das Verfahren betreffend das am 27. Dezember 2004 gestellte Gesuch um Änderung der Konzession Nr. 25100007 zu sistieren, bis ein endgültiger Entscheid betreffend das Gesuch um Genehmigung der Übertragung vorliege. Es seien deshalb diese Verfahren und jene Verfahren nicht zu vereinigen.

Begründet wird dies damit, dass etwaige Entscheide betreffend Aufsicht und Konzessionsänderung durch die Genehmigung der Übertragung nachträglich hinfällig werden oder sich nachträglich Widersprüche ergeben könnten. Zudem sei im Verfahren um Übertragung eine Drittpartei betroffen, während sie bei der Aufsicht und der Konzessionsänderung alleine betroffen sei. Weiter sei die Sache betreffend Aufsicht und Konzessionsänderung nicht dringend.



Aktenzeichen: AZ 222.2

Eine Verwaltungsbehörde kann auf Antrag der Verfahrensbeteiligten oder von Amtes wegen ein bei ihr eingeleitetes Verfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren. Dies namentlich dann, wenn sich unter den gegebenen Umständen ein sofortiger Entscheid mit Blick auf die Prozessökonomie nicht rechtfertigen würde. Als Grund für die Sistierung des Verfahrens kommt etwa die Hängigkeit eines anderen Verfahrens, dessen Ausgang für das vorliegende Verfahren von präjudizieller Bedeutung ist (BGE 123 II 3 E. 2b; 122 II 217 E. 3), in Betracht. Die Praxis lässt eine Sistierung auch in weiteren Fällen zu. So kommt die Sistierung in Frage, wenn ein Verfahren nur vorsorglich angehoben worden ist oder wenn eine Rechtsänderung kurz bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist. Eine Pflicht zu sistieren besteht nicht. In Lehre und Praxis ist hingegen anerkannt, dass eine ohne zureichende Gründe bewilligte Sistierung eine Rechtsverzögerung darstellt (vgl. Arthur Haefliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985, S. 118; Georg Müller, *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, N 92 zu Artikel 4; VGE vom 28. September 1988 i.S. P. AG).

Beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, kommt der Behörde allgemein ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGE 119 II 389; BVR 1998, 24 E. 2c). Sie muss diesen Handlungsspielraum aber sachgerecht und pflichtgemäss ausfüllen. Mitzubeherrnsichtigen sind die betroffenen Interessen (Praxis 85/1996 S. 472). Die Behörde darf bei ihrem Entscheid auch die Prozessaussichten in anderen Verfahren abschätzen und miteinbeziehen, deren Ausgang für ihr Verfahren allenfalls bedeutsam ist.

Vorliegend würde eine Sistierung zu einer unnötigen Verzögerung des an sich spruchreifen Verfahrens führen. Da wie nachfolgend zu zeigen sein wird, weder das Änderungs- noch das Übertragungsgesuch gutgeheissen werden kann, macht eine Sistierung keinen Sinn. Durch einen Gesamtentscheid der ComCom soll die Gefahr widersprüchlicher Entscheide gerade minimiert werden. Das Risiko, dass eine Rechtsmittelbehörde einen vorinstanzlichen Entscheid aufhebt, besteht grundsätzlich immer. Durch die Möglichkeit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Falle eines allfälligen Rechtsmittels wird den Interessen der Verfahrensbeteiligten jedoch genügend Rechnung getragen. Auch die Tatsache, dass eine Drittpartei involviert ist, spricht als solches ebenfalls nicht für eine Sistierung. [...]

In ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 macht die Gesuchstellerin geltend, eine Sistierung sei angesichts derzeit laufender Verhandlungen opportun. Die Gesuchstellerin hatte seit ihrem Entscheid vom Juli 2002, in der Schweiz keine UMTS-Infrastruktur aufzubauen, Zeit für Verhandlungen. Die Rahmenbedingungen dafür kennt sie schon lange. Spätestens seit dem Schreiben der ComCom vom 28. Oktober 2004 weiss sie zudem, wie die ComCom sich zu diesen Rahmenbedingungen stellt. Weiter hat das BAKOM während



der Instruktion mit grosszügigen Fristverlängerungen nochmals auf mögliche Verhandlungen Rücksicht genommen. Heute muss die ComCom annehmen, dass die Gesuchstellerin primär Zeit gewinnen will. Es gibt keinen Grund, das spruchreife Verfahren zu verlängern. Die laufende Revision des Fernmeldegesetzes hat im Übrigen keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren. Der von der Gesuchstellerin erwähnte Artikel 24e E-FMG bezieht sich nicht auf den Entzug einer Konzession im Aufsichtsfall (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 S. 7980) und ist auch nicht in Kraft.

Eine Sistierung drängt sich vorliegend nicht auf, da sie weder notwendig noch sinnvoll ist. Ebenso sind keine zwingenden Gründe dargelegt, die gegen eine Vereinigung der Verfahren sprechen würden. Im Gegensatz zur Meinung der Gesuchstellerin können gerade mit der gemeinsamen Behandlung der drei Verfahren Widersprüche vermieden und eine Gesamtsicht über den Sachverhalt gewährleistet werden.

1.4 Rechtliches Gehör

Mit Schreiben vom 27. Juli 2005 gewährte das BAKOM der Gesuchstellerin rechtliches Gehör zu den Massnahmen, die es der ComCom im Rahmen des Aufsichtsverfahrens sowie zu den Konzessionsänderungs- und Konzessionsübertragungsgesuchen zu beantragen gedenke. Das Schreiben enthielt die Darstellung des Sachverhalts sowie eine Herleitung der Massnahmen.

Mit Eingabe vom 14. Oktober 2005 hat die 3G Mobile AG dazu Stellung genommen. Sie beantragt erneutes rechtliches Gehör in den „Empfehlungsentwurf“ des BAKOM, nachdem dieser aufgrund der Ausführungen in der Stellungnahme ergänzt worden sei. Das Prinzip des rechtlichen Gehörs würde sonst seines Sinnes und Zwecks beraubt. Weiter wird geltend gemacht, dass sich das BAKOM mit einigen gewichtigen Argumenten und rechtlichen Erwägungen der 3G Mobile AG nicht auseinandergesetzt habe bzw. sich zumindest die eingehende Prüfung dieser Argumente nicht aus dem Schreiben des BAKOM vom 27. Juli 2005 entnehmen lasse. Die Verfahrensgarantien würden es gebieten, dass alle Anträge und Stellungnahmen geprüft würden. Das rechtliche Gehör könne nur dann gehörig, nämlich vorgängig zum Entscheid, ausgeübt werden, wenn das BAKOM in seinem Entwurf eines Antrags zu allen relevanten Gesichtspunkten ausführlich Stellung nehme und sich mit sämtlichen Argumenten der 3G Mobile AG auseinandersetze.

Die Instruktion des Verfahrens dient in erster Linie der Erhebung des relevanten Sachverhalts und der Beweisabnahme zwischen den an einem Verfahren beteiligten Parteien und der Entscheidbehörde. Es bezweckt, die Wahrheitsfindung durch gemeinsame



Abklärung der Rechts-, Sach- und Interessenlage zu verbessern, die Betroffenen als Partner zu würdigen und die Chance der Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen, und sichert insofern einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Partizipation am Verfahren und Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Das rechtliche Gehör dient in diesem Sinne einerseits als Mittel zur Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen Rz. 3.51). Dabei haben die Parteien entsprechende Mitwirkungsrechte und -pflichten. Die 3G Mobile AG hatte im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme zum gesamten Sachverhalt und zu den von der Instruktionsbehörde der Entscheidbehörde voraussichtlich beantragten Massnahmen. Sie hat von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht. Zudem stellt sie spezifische zusätzliche Anträge. Sie manifestiert dadurch, dass ihr der Verfahrensgegenstand durchaus bekannt ist. Es kann im Rahmen der Instruktion nicht verlangt werden, dass zur Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits eine abschliessende rechtliche Würdigung vorgelegt werden müsste. Es mutet auch seltsam an, wenn die Gesuchstellerin kritisiert, die Instruktionsbehörde hätte sich mit ihren Argumenten zu wenig auseinander gesetzt, wenn man sich die gelinde gesagt knappe Begründung ihres Gesuchs vom 27. Dezember 2004 um Konzessionsänderung mit im Wesentlichen einem Verweis auf eine frühere Verfügung der ComCom vor Augen hält.

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör beschlägt an sich nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht aber die rechtliche Würdigung desselben. Dem Betroffenen ist deshalb in der Regel kein Recht auf vorgängige Stellungnahme bezüglich Fragen der rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen einzuräumen, es sei denn, die Entscheidbehörde gedenke, sich in ihrem Entscheid auf einen völlig unüblichen, nicht voraussehbaren Rechtsgrund abzustützen (Moser, a.a.O., Rz. 3.53) Ebenso äussern sich Merkli/Aeschlimann/Herzog im Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 7 und 8 zu Art. 21 VRPG. Danach haben die Beteiligten ein uneingeschränktes Recht auf Äusserung hinsichtlich der für die Verfügung oder den Entscheid wesentlichen Sachfragen. Da die Behörde das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben [...], besteht im allgemeinen kein Anspruch der Parteien, sich zur rechtlichen Beurteilung der Sachfragen noch besonders zu äussern (BGE 115 Ia 95, 114 Ia 99). Den Parteien ist jedoch Gelegenheit zur vorgängigen Äusserung einzuräumen, wenn sich die Behörde auf Sachumstände oder Rechtsnormen stützen will, die bisher nicht einbezogen oder angesprochen wurden und mit deren Heranziehen sie nicht rechnen



Aktenzeichen: AZ 222.2

musste, wenn eine der Parteien ihren Rechtsstandpunkt ändert oder wenn gar einer Partei zu ihrem Nachteil verändert werden soll (BGE 118 Ia 109). Vorliegend stützt sich die ComCom nicht auf Sachumstände oder Rechtsnormen, die im Rahmen des Instruktionsverfahrens nicht erwähnt worden sind, weshalb keine Ausnahme im vorgenannten Sinne gegeben ist.

Der Entscheidenantrag des BAKOM an die ComCom unterliegt gemäss dem Bundesgericht im Grundsatz nicht dem rechtlichen Gehör: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt der Verfügungsantrag einer Instruktionsbehörde grundsätzlich ein rein verwaltungsinternes Dokument dar, das nicht dem rechtlichen Gehör der Parteien untersteht, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine anders lautende Sonderregelung enthält (...)“. (Urteile des BG vom 1. Oktober 2004, 2A.586/2003, 2A.610/2003, 2A.587/2003, 2A.588/2003, jeweils E. 9.2 m.w.N.). Entgegen dem Antrag der Gesuchstellerin ist ihr kein zusätzliches rechtliches Gehör zu gewähren.

Hingegen besteht ein Anspruch darauf, dass sich die Entscheidbehörde mit allen von der Gesuchstellerin und Beaufichtigten vorgebrachten relevanten Argumentationen auseinandersetzt, was im Folgenden auch geschieht.

2 Materielles

2.1 Gesuch vom 27. Dezember 2004 um Änderung der Konzession

Argumentation von 3G Mobile

Die 3G Mobile AG hat am 27. Dezember 2004 bei der ComCom ein Gesuch auf Änderung der UMTS-Konzession gestellt; sie beantragt darin die ersatzlose Streichung der Versorgungsaufgabe von 50 % der Bevölkerung in Ziffer 3.3.3. Zudem seien bezüglich "National Roaming" in den Ziffern 2.2.12.1 und 2.2.12.2 die geforderte Erstellung von 20% eigener Netzinfrastruktur zu streichen. Eventualiter sei die Dauer der UMTS-Konzession unentgeltlich bis zum 31. Dezember 2020 zu verlängern (Ziffer 2.3.1) und die Versorgungspflicht von 50% der Bevölkerung gemäss Ziffer 3.3.3 bis zum 31. Dezember 2008 zu verschieben.

Zur Begründung führte sie aus, nach ihrem Kenntnisstand sei nur eine der vier UMTS-Konzessionärinnen in der Lage, die Versorgungsaufgabe von 50% zu erfüllen. Zudem werde in der Schweiz nur eine sehr geringe Anzahl von UMTS-Endgeräten angeboten und nachgefragt, was auch der Grund dafür sei, dass in ganz Europa kaum entsprechende



UMTS-Dienste und Produkte entwickelt und kommerziell angeboten würden. Insbesondere biete die bislang einzige UMTS-Diensteanbieterin in der Schweiz nur ein einziges Modell eines UMTS-Mobiltelefons an.

Daraus müsse geschlossen werden, dass sich der UMTS-Markt und die Technologie erheblich langsamer entwickelt habe als noch von der ComCom im Entscheid vom 25. Juni 2002 angenommen worden sei. Zudem habe sich seit 2002 auch die Situation bezüglich Akquisitionen von Antennenstandorten [...] und bezüglich NISV nicht wesentlich verbessert, sondern eher verschlechtert. So existierten die UMTS-Messempfehlungen selbst heute erst in Entwurfsform. Weiter verweist die 3G Mobile AG auf ihre Eingabe vom 8. März 2002 (act.16). Aufgrund der technologischen Entwicklung der jüngsten Vergangenheit könne deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass der UMTS-Standard in absehbarer Zeit durch andere Standards wie WiMAX, WLAN oder 4G verdrängt werden könnte. Gestützt auf diese Ausführungen komme die 3G Mobile AG zum Schluss, dass sich die Situation seit 2002 nicht wesentlich verändert habe, was die 3G Mobile AG als „Greenfield-Operator“ am meisten tangiere. Somit haben aus der Sicht der 3G Mobile AG auch die Erwägungen der ComCom, welche seinerzeit zur Gutheissung des Änderungsgesuchs betreffend der 20 % Abdeckungspflicht geführt hätten, nach wie vor Geltung. Zur weiteren Begründung wird auf drei Zitate (Seite 5, 2. Absatz; Seite 6, 3. Absatz und Seite 7, 2. Absatz) aus dem Entscheid der ComCom vom 25. Juni 2002 (act. 20) verwiesen. Weil sich die tatsächlichen Verhältnisse seit jenem Entscheid nicht wesentlich verändert hätten, seien die Voraussetzungen für eine Konzessionsänderung gemäss Art. 10 Abs. 1 FMG erfüllt.

Unter dem Titel "Streichung der Versorgungsaufgabe" führt sie mit Verweis auf den vorgeannten Entscheid der ComCom aus, es wäre als logische Konsequenz generell von der Festlegung von sich an der Bevölkerung orientierenden Versorgungspflichten abzusehen und die Entwicklung des Angebots und der Abdeckung dem Markt zu überlassen, was im übrigen auch der Praxis innerhalb der EU entspreche, wo die Mitgliedstaaten angewiesen worden seien, sich bezüglich der Einhaltung von Versorgungspflichten und Spectrum Trading als flexibel und offen zu zeigen. Aus diesem Grund werde die ersatzlose Streichung der Versorgungspflicht in Ziffer 3.3.3 beantragt.

In ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 zu den vom BAKOM ins Auge gefassten Massnahmen führt die 3G Mobile AG weiter aus, für UMTS fehle es an der Nachfrage und an Diensten. Angesichts veränderter Verhältnisse spreche vieles dafür, von der Festlegung von Versorgungsaufgaben generell abzusehen und den Markt und die Konzessionäre entscheiden zu lassen, wann welche Dienste angeboten werden sollen oder können. Einige



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



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.



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 multimoden⁶ Endgeräten mangle und sich die Entwicklung von Diensten und Anwendungen, welche die Möglichkeiten von UMTS ausschöpfen, noch in der Anfangsphase



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-Netzinfrastruktur 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)⁷ 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 Abonnenntenzahl 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 waren⁸. Diese Angaben werden durch eine Studie der renommierten Marktforscher von Informa Telecoms & Media⁹ 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

⁷ <http://www.gsacom.com>

⁸ <http://www.teltarif.de/arch/2005/kw28/s17852.html>

⁹ <http://www.informatm.com>



Aktenzeichen: AZ 222.2

Millionen.¹⁰ Dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union¹¹ 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 Angaben¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶

¹⁰ <http://www.heise.de/mobil/newsticker/meldung/68843>

¹¹ http://europa.eu.int/information_society/policy/ecommm/doc/implementation_enforcement/annualreports/11threport/sec_2006_193-vol1.pdf, S. 23.

¹² http://www.vodafone.com/article_with_thumbnail/0,3038,OPCO%253D40000%2526CATEGORY_ID%253D210%2526MT_ID%253Dpr%2526LANGUAGE_ID%253D0%2526CONTENT_ID%253D278071,00.html

¹³ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/70963>

¹⁴ http://www.telefonicomoviles.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".



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 Diensten¹⁷ gelungen, Marktführer im Bereich UMTS-basierter Dienste zu werden. Die Hutchison 3G weist gemäss Angaben von Informa¹⁸ 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.



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

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

²⁰ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/70147>



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 andern 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).



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 (BBl 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.



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 Zwischenversorgungsaufgabe (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.



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 Entscheids 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.)."



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.



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



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.

Aus diesen Gründen ist das Änderungsgesuch der 3G Mobile AG im Haupt- und Eventualpunkt abzuweisen.



2.2 Gesuch vom 8. März 2005 zur Konzessionsübertragung

Am 8. März 2005 hat die 3G Mobile AG bei der ComCom ein formelles Gesuch auf Genehmigung der Übertragung der UMTS-Konzession auf [...] eingereicht. [...]

Argumentation von 3G Mobile

Zur Begründung führt die 3G Mobile AG aus, sie habe den Netzaufbau von Anfang an initiiert, sich jedoch schon bald mit erschwerten Bedingungen in der Schweiz bezüglich des Netzaufbaus konfrontiert gesehen und deshalb entschieden, sämtliche Aktivitäten einzufrieren und vorerst den Schweizer Markt genau zu beobachten und laufende Kosten zu reduzieren. Die Situation sei seither noch schwieriger geworden. So sei es unmöglich, geeignete Antennenstandorte für ein landesweites Mobilfunknetz zu erhalten. Unter den gegenwärtigen (regulatorischen) Rahmenbedingungen sei es nicht möglich, die für den Aufbau und den Betrieb eines vierten nationalen UMTS-Netzes erforderlichen Verträge auf einer soliden kommerziellen Grundlage abzuschliessen. Derzeit bestehe die einzige Alternative in der Übertragung der Konzession und des entsprechenden Frequenzspektrums auf andere Konzessionärinnen, die bereits über entsprechende Netzinfrastruktur verfügten.

Die 3G Mobile AG habe ab Mitte 2002 diverse ausländische und lokale Unternehmen kontaktiert, die noch über keine Mobilkommunikationsinfrastruktur in der Schweiz verfügten, und ihnen die Konzession zum Erwerb angeboten. Keines der Unternehmen hätte im Jahr 2002 und noch in jüngster Vergangenheit Interesse an der Übernahme bekundet. Dagegen hätten die drei anderen UMTS-Konzessionärinnen Interesse an der Übernahme der UMTS-Frequenzen signalisiert. [...]

Da sich nur die drei andern UMTS-Konzessionärinnen für den Erwerb der Konzession bzw. des Frequenzspektrums der 3G Mobile AG interessiert hätten, müsse daraus geschlossen werden, dass der heutige und künftige Schweizer Mobilfunkmarkt aus nur drei landesweiten Konzessionärinnen bestehe bzw. bestehen werde. Das Festhalten an vier landesweiten UMTS-Mobilfunkkonzessionärinnen sei weder durch den Gesetzeszweck noch durch ein überwiegendes öffentliches Interesse zu rechtfertigen, nachdem sich die Umstände seit der Auktion erheblich verändert und sich frühere Marktprognosen betreffend den Schweizer Mobilfunkmarkt als eindeutig zu optimistisch erwiesen hätten.

Die ComCom habe in anderen, ähnlich gelagerten Fällen, in denen sich die Umstände wesentlich verändert hätten, das ursprüngliche Vergabeverfahren geändert und Konzessionen auf andere Weise vergeben. Sie habe auch die Übertragung einer WLL-Konzession unter geänderten Umständen genehmigt.



Bedingung für die Genehmigung seien gemäss Art. 9 FMG (i) die Einhaltung der generellen Konzessionsbedingungen; (ii) das Umgehungsverbot betreffend das Vergabeverfahren, (iii) das Bestehen einer ausreichenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit unter den Anbietern und (iv) das Fehlen von negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Zu diesen Bedingungen hält 3G Mobile fest:

(i) Alle UMTS-Konzessionärinnen erfüllten die Konzessionsvoraussetzungen; (ii) Da es sich beim landesweiten Mobilfunkmarkt in Tat und Wahrheit um einen Markt von nur drei und nicht vier Konzessionärinnen handle, könne die Übertragung der Konzession auf die drei bestehenden Mobilfunkkonzessionärinnen keine Umgehung der Vergabebedingungen und des Vergabeverfahrens darstellen; (iii) Die drei anderen UMTS-Mobilfunkkonzessionärinnen und die 3G Mobile AG seien voneinander wirtschaftlich unabhängig; die Übertragung von Frequenzspektrum tangiere die wirtschaftliche Unabhängigkeit der involvierten Parteien nicht; (iv) Keine der Mobilfunkkonzessionärinnen sei marktbeherrschend. Die eidgenössische Wettbewerbskommission habe bislang auch keine wettbewerbswidrigen Absprachen feststellen können.

Das Übertragungsgesuch der 3G Mobile AG erfülle somit sämtliche Bedingungen für die Übertragung gemäss Art. 9 FMG; selbst für den Fall, dass die ComCom zum Schluss kommen sollte, dass das im Gesuch dargestellte Szenario negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigen würde, sei zu berücksichtigen, dass Art. 24 Abs. 4 FMG (recte Art. 23 Abs. 4 FMG) eine Ausnahmeregelung zu Gunsten der wirtschaftlichen Effizienz enthalte. Da das vorgestellte Szenario die unmittelbare Nutzung des Frequenzspektrums in Übereinstimmung mit Art. 1 FMG erlaube, sei selbst im Falle der Annahme von negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb eine gesetzliche Grundlage gegeben, die die Übertragung der Konzession rechtfertigen würde; im Falle des Entzugs der Konzession der 3G Mobile AG durch die ComCom könnten die übrigen Mobilfunkkonzessionärinnen gestützt auf Art. 6 und Art. 24 FMG die Zuteilung des Frequenzspektrums verlangen. Somit würde der Entzug der Konzession mit der anschliessenden Zuteilung des Frequenzspektrums auf die bestehenden Mobilfunkkonzessionärinnen zum genau gleichen Ergebnis führen, wie wenn das Übertragungsgesuch der 3G Mobile AG genehmigt würde. Allerdings hätte die 3G Mobile AG im Falle des Entzugs einen gesetzlichen Anspruch auf volle Entschädigung durch den Bund. Dies würde dem Bund erhebliche Kosten verursachen, die im Falle der beantragten Übertragung nicht anfallen würden.

In ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 weist die 3G Mobile AG zudem darauf hin, es gebe keinerlei rechtliche Bestimmung, die die Anzahl der zu vergebenden Konzessionen festhalte und es verbiete, diese nachträglich zu ändern. Der interne Beschluss der ComCom



vier Konzessionen zu vergeben, könne und müsse bei veränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen angepasst werden. Die ComCom habe dies auch schon verschiedentlich getan, weshalb ein Anspruch auf Gleichbehandlung bestehe.

Das Ziel der Marktbelegung mit vier UMTS-Konzessionärinnen sei heute nicht mehr zu erreichen. Beim landesweiten Mobilfunkmarkt handle es sich nach wie vor um einen Markt mit drei Anbietern, was sich in absehbarer Zeit nicht ändern werde. Davon gehe auch das BAKOM im Situationsbericht GSM 1800 II mit Verweis auf die hohe Mobilfunk-Penetration, die Schwierigkeiten beim Aufbau von Mobilfunknetzen infolge strenger NISV-Grenzwerte und des Widerstandes in der Bevölkerung aus. Bestätigt werde dies durch Aussagen von Tele2 und dem Präsidenten der ComCom in entsprechenden Zeitungsinterviews. Das BAKOM habe deshalb die Vergabe der zusätzlichen GSM-Frequenzen an die bestehenden GSM-Betreiber empfohlen, was im Wesentlichen zur Kapazitätserhöhung bestehender Antennenstandorte führe und weniger zum Bau neuer Antennen. Daraus sei zu schliessen, dass dies mit der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 23 Abs. 4 FMG begründet worden sei. Diese Argumentation lasse sich auch auf den Fall der 3G Mobile AG übertragen, da bei der Vergabe an die bestehenden UMTS-Konzessionäre ebenfalls keine Antennenstandorte erstellt werden müssten. Es sei deshalb widersprüchlich und willkürlich, wenn das BAKOM dies bei GSM empfahl, nicht jedoch bei UMTS und dort weiterhin vier UMTS-Konzessionäre nebeneinander Mobilfunknetze aufbauen müssten, obwohl der Aufbau nach eigenem Bekunden des BAKOM so gut wie unmöglich sei, früher einmal so entschieden worden sei und dadurch die wirtschaftliche Effizienz völlig ausser Acht gelassen werde. Dieses Festhalten sei ohne Begründung erfolgt, wodurch Art. 29 Abs. 2 BV verletzt werde. Das Festhalten an vier UMTS-Betreiberinnen sei für die Lösung der gegenwärtigen Situation nicht sachdienlich. Das Festhalten an vier Konzessionen sei aufgrund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse willkürlich. Zudem könnten die anderen Konzessionäre ein Gesuch um Zuteilung der nicht genutzten Frequenzen stellen, was im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen würde wie die Genehmigung des Gesuchs. Damit würde der Staat aber ohne gesetzliche Grundlage zweimal an den gleichen Frequenzen verdienen.

Mit der beantragten Übertragung werde auch nicht das Ausschreibungsverfahren umgangen, weil damit nicht jemand, der keinen Zuschlag erhalten habe oder hätte, dadurch nachträglich eine Konzession erhalte. Ausser den übrigen UMTS-Konzessionärinnen hätte sich niemand für die Konzession der Gesuchstellerin interessiert. Im Übrigen hätte die Kommission auch in einem andern Fall, bei einer WLL-Konzession, eine Übertragung genehmigt ohne die Umgehung der Vergabedingungen zu thematisieren (VPB 67.27).



2.2.1 Voraussetzungen für die Genehmigung einer Konzessionsübertragung

Eingangs ist festzuhalten, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Übertragung einer Konzession besteht. Eine Konzession kann teilweise oder vollständig nur mit Einwilligung der Konzessionsbehörde übertragen werden (Art. 9 FMG; vgl. ebenso Ziffer 2.3.2 der UMTS-Konzession Nr. 25100007 der 3G Mobile AG). Das Erfordernis der Einwilligung bezweckt insbesondere die Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 6 und Art. 23 FMG und der Konzessionsauflagen. Im Falle von Konzessionen mit Nutzung von Funkfrequenzen und insbesondere von Konzessionen, die in einem Ausschreibungsverfahren erteilt worden sind, ist zusätzlich zu überprüfen, ob durch die Übertragung nicht das Vergabeverfahren umgangen werde. Bei Funkkonzessionen, auf deren Erteilung kein Anspruch besteht, verfügt die Konzessionsbehörde über ein Entschliessungsermessen bei der Festsetzung der Zahl der zu vergebenden Konzessionen sowie ein Auswahlermessen bei der Zuteilung (BGE 125 II 293 (308, E. 4 f)). Dementsprechend zieht die Kommission die Bedingungen des Vergabeverfahrens auch zur Beurteilung von Konzessionsübertragungen bei.

Die ComCom wendet demnach zur Beurteilung der beantragten Konzessionsübertragung folgende kumulativen Bedingungen an:

- a) Ein potenzieller Erwerber muss sämtliche Konzessionsvoraussetzungen gestützt auf Art. 6 und Art. 23 FMG erfüllen (vgl. hiernach Ziff. 2.2.2).
- b) Die Übertragung darf keine Umgehung der Vergabebedingungen und des Vergabeverfahrens darstellen (vgl. hiernach Ziff. 2.2.3).
- c) Zwischen den Konzessionärinnen muss während der Konzessionsdauer eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit bestehen (vgl. hiernach Ziff. 2.2.4).
- d) Die Übertragung darf keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (vgl. hiernach Ziff. 2.2.5).



2.2.2 Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen

Bezüglich der beantragten Übertragung der Konzession der 3G Mobile AG auf [...] ist davon auszugehen, dass die übernehmenden Unternehmen die geforderten Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a und c FMG erfüllen. Da alle drei möglichen Übernehmer Inhaber von GSM- und UMTS-Konzessionen sind und keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen, ist davon auszugehen, dass sie über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten. Bezüglich Art. 6 Abs. 1 Bst. b FMG bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die entsprechende Gewähr, das anwendbare Recht, namentlich das FMG, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einzuhalten, grundsätzlich nicht geboten würde. Eine Ausnahme stellt diesbezüglich allerdings die Konzessionsauflage der wirtschaftlichen Unabhängigkeit dar. Dieser Punkt wird im Folgenden unter 2.2.4 behandelt. Die Frage der Einhaltung der Konzessionsbedingungen kann hier vorerst offen gelassen werden.

2.2.3 Umgehung der Vergabebedingungen und des Vergabeverfahrens

Im Falle von Konzessionen mit Nutzung von Funkfrequenzen und insbesondere von Konzessionen, die in einem Ausschreibungsverfahren erteilt worden sind, ist bei einer Übertragung zu überprüfen, ob dadurch nicht das Vergabeverfahren umgangen wird (Botschaft zum FMG vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1426 ad Art. 8 E-FMG, der dann zu Art. 9 FMG wurde; Ziff. 2.3.2 Abs. 2 der Konzession). In den Ausschreibungsunterlagen vom März 2000 wurden in Ziffer 6 die Auktionsregeln für die Vergabe der vier IMT-2000/UMTS-Konzessionen festgelegt. Ziffer 6.1 (Anzahl Konzessionen, die eine einzelne Bieterin ersteigern darf) lautet wie folgt: *„Eine Bieterin darf höchstens eine IMT-2000/UMTS-Konzession ersteigern. Unter einer Bieterin wird ein einzelnes oder mehrere Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung verstanden. Zudem werden zur Auktion nur Bewerberinnen zugelassen, die über eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit gegenüber anderen Bewerberinnen verfügen. Einzelne oder mehrere Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung dürfen nicht mehrere unabhängige Konzessionsbewerbungen einreichen.“*

Die ComCom ging davon aus, dass die Vergabe von vier UMTS-Konzessionen eine Marktbelebung bringen werde und wollte weiter sicherstellen, dass die einzelnen UMTS-Konzessionärinnen während der gesamten Konzessionsdauer voneinander unabhängig bleiben sollten. Entsprechend wurden die Vergabebedingungen festgelegt, so dass seinerzeit keine Interessentin eine zweite Konzession hätte ersteigern können. Eine Genehmigung des Übertragungsgesuchs hätte jedoch nachträglich genau dies zu Folge. [...]



Weiter ändert auch die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Situation nichts, wonach sie sich zuerst auf den Aufbau der geforderten Netzinfrastruktur eingestellt hatte und erst aufgrund der aus ihrer Sicht geänderten Verhältnisse darauf verzichtet hat. Die Muttergesellschaft der Gesuchstellerin hat sich gleichzeitig aus den Märkten in Deutschland, Österreich, Italien und der Schweiz zurückgezogen²¹. Es handelt sich also kaum um eine Reaktion auf eine spezifische Situation von Telefonica in der Schweiz. [...] Damit sind subjektive, von der Konzessionärin zu vertretende Gründe für den strategischen Entscheid ausschlaggebend gewesen. Es wird ihr aber vorliegend in keiner Weise böswilliges Umgehen der Vergabebedingungen unterstellt. In diesem Sinne sind auch die von der Gesuchstellerin angestellten semantischen Überlegungen zu einem allfälligen Unterschied zwischen dem in der Konzession verwendeten „Unterlaufen“ und dem in der Botschaft zum FMG verwendeten „Umgehen“ nicht relevant. Es handelt sich um eine objektive Umgehung der Ausschreibe- und Konzessionsbedingungen, wenn nachträglich eine Konzessionärin zwei UMTS-Konzessionen erhält oder sich drei Konzessionärinnen das Frequenzspektrum der vierten Konzessionärin unter sich aufteilen.

Die Gesuchstellerin macht geltend, aufgrund der Praxis der Konzessionsbehörde in andern Fällen, sei das Umgehen der Ausschreibebedingungen vorliegend zu verneinen. Die angerufene Übertragung von WLL-Konzessionen ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Bei den WLL-Konzessionen handelt es sich um einen andern Markt und es standen mehr Frequenzen und damit mehr Konzessionen zur Verfügung. Sie sollten dazu dienen, den drahtlosen Teilnehmeranschluss (der so genannten "letzten Meile") im Festnetzbereich zu konkurrenzieren und teilweise zu substituieren. Ursprünglich wurden 48 Konzessionen ausgeschrieben, wovon schliesslich 3 nationale und 31 regionale versteigert wurden. Die Übertragung einer von 34 WLL-Konzessionen auf eine andere Konzessionärin hat geringe Auswirkungen auf den Wettbewerb und konnte auch deshalb gutgeheissen werden, weil die Bedingungen der Ausschreibung – im Gegensatz zum vorliegenden Fall – eingehalten wurden.

Es ist aber nicht zutreffend, dass die Übertragung der WLL-Konzession vorbehaltlos genehmigt wurde. Bei der Übertragung der WLL-Konzession von der [...] auf die [...] wurde zwar festgestellt, dass der wirksame Wettbewerb nicht beeinträchtigt wurde und die [...] weder im Bereich von WLL-Frequenzen noch im relevanten Markt für Breitbandübertragungen im Anschlussnetz eine marktmächtige oder beherrschende Position erreichen werde. Durch die Übertragung erlangte die [...] aber aufgrund der regionalen 56

²¹ Vgl. Fn. 1.



MHz-Konzession eine Kombination von Frequenzen, die durch die Vergabe- und die Auktionsregeln ausgeschlossen waren. So wurde der Inhaberin der nationalen 56 MHz-Konzession im 26 GHz-Band [...] nicht erlaubt, eine Konzession mit mehr als 28 MHz-Bandbreite zu ersteigern. Entsprechend hat die ComCom die Übertragung nur mit zusätzlichen Auflagen genehmigt, die einen Abtausch von Frequenzen zwecks Einhaltung der ursprünglichen Vergaberegeln notwendig machte. Die spätere Übertragung der WLL-Konzession von der [...] auf die [...] erfolgt schliesslich an eine Fernmeldedienstanbieterin, die bereits am ursprünglichen Verfahren hätte teilnehmen können, obwohl sie im Besitz von Mobilfunkkonzessionen war.

Die Tatsache, dass die ComCom in einem andern Übertragungsverfahren die Umgehung der Vergabeverfahren nicht thematisiert hätte, ist darauf zurückzuführen, dass sich in jenem Verfahren keine relevanten Anhaltspunkte ergaben, dies zu prüfen. Im Resultat hat sich das so niedergeschlagen, dass der Erwerber nicht mehr Konzessionen erlangt hatte, als er auf Grund der Ausschreibungsbedingungen im Rahmen des Vergabeverfahrens hätte ersteigern können.

Auch der Vergleich mit der direkten Zuteilung von GSM-Restfrequenzen an die bestehenden nationalen GSM-Netzbetreiber im Jahr 2005 greift in der vorliegenden Fragestellung in keiner Weise. Abgesehen davon, dass es sich dabei wiederum nicht um die gleichen Märkte handelt, wurde dort im Rahmen des vorangehenden Analyse-, Konsultations- und Konzessionierungsverfahrens festgestellt, dass für jene Frequenzen nicht mehr Nachfrager als verfügbare Frequenzen vorhanden waren und sich deshalb eine Direktzuteilung rechtfertigte. Es wurden nicht zuerst Vergaberegeln erstellt, die dann später abgeändert worden wären. Und mit der Konzessionierung von In&Phone sowie Tele2 wurden die Aspekte des wirksamen Wettbewerbs gebührend berücksichtigt.

Es ist mit Blick auf das vorliegende Übertragungsgesuch eigentlich müssig, Überlegungen darüber anzustellen, was die Konzessionsbehörde vorgekehrt hätte, wenn im damaligen Ausschreibungsverfahren am Schluss nicht vier, sondern z.B. nur drei Bewerber für die vier UMTS-Konzessionen geblieben wären. Zumindest hätte die Konzessionsbehörde die Frequenzen der vierten Konzession nicht einfach direkt den drei verbleibenden Kandidaten zugeteilt, weil dies auch nicht so in den Ausschreibungsbedingungen festgelegt worden war. Vielmehr hätte sie die Situation nach der Konzessionserteilung an die drei Kandidaten überprüft und, wie sie das meistens tut, unter Einbezug der interessierten Kreise in einem offenen und transparenten Prozess das Vorgehen bezüglich Restfrequenzen geprüft.



Mit der von 3G Mobile beantragten Konzessionsübertragung würden entsprechend der obigen Ausführungen das Ausschreibungsverfahren, bzw. die Ausschreibungsbedingungen umgangen.

2.2.4 Nichteinhalten der Konzessionsbedingungen (wirtschaftliche Unabhängigkeit)

In Ziffer 6.1 der Ausschreibungsunterlagen und auch in Ziffer 2.3.2 der UMTS-Konzession wird verlangt, dass eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit zwischen den UMTS-Konzessionärinnen während der gesamten Konzessionsdauer gewährleistet sein muss: *“Eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit zwischen den IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen muss während der gesamten Konzessionsdauer gewährleistet sein. Jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb von Beteiligungen oder der Abschluss eines Vertrages, durch den eine IMT-2000/UMTS-Konzessionärin unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über eine bisher unabhängige IMT-2000/UMTS-Konzessionärin oder Teile einer solchen erlangt, ist der Konzessionsbehörde zu melden und kann zum Entzug der Konzession einer oder aller beteiligten IMT-2000/UMTS-Konzessionärinnen oder zu besonderen Konzessionsauflagen führen.“*

Es ist unbestritten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass [...] nicht voneinander wirtschaftlich unabhängig wären. Wenn aber eine Konzession von einer Konzessionärin auf eine andere Konzessionärin übertragen wird, dann geraten beide Konzessionen unter die gleiche wirtschaftliche Herrschaft. Mithin kann nicht mehr von einer Unabhängigkeit gesprochen werden. Der zur Genehmigung beantragte Übertragungsvertrag ist gerade ein Vorgang, durch den die eine UMTS-Konzessionärin [...] die unmittelbare Kontrolle über die Konzession der 3G Mobile erlangt. Die Tatsache, dass in der einschlägigen Konzessionsbestimmung für diesen Fall explizit der Konzessionsentzug angedroht wird, weist darauf hin, wie wichtig diese Bedingung bei der Ausschreibung und Konzessionserteilung war und immer noch ist. Es würden also wesentliche Voraussetzungen zur Konzessionierung dahinfallen. Würden Teile der Konzession in Form von einzelnen Frequenzblöcken an andere UMTS-Konzessionärinnen weiter übertragen, würde die Situation nicht besser, da auch da die Konzessionsauflagen mitübertragen werden müssten und auch nicht eingehalten werden könnten.

Wie hiavor unter Ziff. 2.1.2 ausgeführt wurde, haben sich die tatsächlichen Verhältnisse auch nicht derart geändert, dass eine Änderung dieser Konzessionsbestimmung nötig und im öffentlichen Interesse vorzunehmen wäre. Die von der ComCom für die Aufhebung der ersten Etappe der Versorgungsaufgabe (Entscheid vom 25. Juni 2002) gemachten Feststellungen betreffend Technologie- und Marktreife von UMTS sind unterdessen überholt.



Mit der beantragten Konzessionsübertragung wäre naturgemäss die wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet und es könnte damit eine wichtige Konzessionsauflage nicht eingehalten werden.

2.2.5 Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb

Bei Gesuchen um Übertragung von Konzessionen, die das Recht, das Frequenzspektrum zu nutzen, beinhalten, ist neben der allgemeinen Konzessionsvoraussetzung insbesondere die Einhaltung von Art. 23 Abs. 4 FMG zu überprüfen. Gegebenenfalls sind Auflagen zu machen, z.B. was das Halten von anderen Konzessionen betrifft. In den Ausschreibungsunterlagen wurde in Ziffer 5.2.5 (Auswirkungen auf den Wettbewerb) explizit auf Art. 23 Abs. 4 FMG hingewiesen. Gemäss Art. 23 Abs. 4 FMG darf die Erteilung einer Funkkonzession wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen, es sei denn, Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen eine Ausnahme. Die Botschaft zum FMG nennt als Beispiel die Erteilung zweier gleichartiger nationaler Mobilfunkkonzessionen an dieselbe Unternehmung oder an zwei Unternehmen, die letztlich von derselben Eigentümerin beherrscht oder beeinflusst werden. In Zweifelsfällen konsultiert die Konzessionsbehörde die Wettbewerbskommission (Art. 23. Abs. 4 FMG).

Im Zusammenhang mit der Sicherstellung von wirksamem Wettbewerb machte die ComCom in den UMTS-Konzessionen die Auflage, dass eine minimale Versorgung innert vorgegebener Frist mit eigener Infrastruktur zu gewährleisten ist (UMTS-Konzession, Ziffer 3.3.3) sowie zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Konzessionärinnen. In einem Merkblatt vom 31. Januar 2002 hat die Kommission präzisiert, was unter Abwägung der sich teilweise widersprechenden öffentlichen Interessen des Landschaftsschutzes und des nachhaltigen Infrastrukturwettbewerbs unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Interessen der UMTS-Konzessionärinnen unter selbständigem Betreiben von eigener Infrastruktur im Sinne der Konzessionsauflage zu verstehen ist. Sie wendet dabei insbesondere die Kriterien der Nutzung je der eigenen Frequenzen, der Selbständigkeit bei der Entwicklung und Aufschaltung neuer Dienste, der selbständigen Kundenverwaltung, der Selbständigkeit der Wahl von Zugangsformen mit Drittfirmen, insbesondere z.B. Service Providers oder Mobile Virtual Network Operators, der weiter bestehenden Selbständigkeit bei Netzausbauten sowie der vollständigen Unabhängigkeit bei Netzkonfiguration, Betriebs- und Unterhaltszentren sowie teilweise der Fehlerbehebung an. Eine ähnliche Lösung gilt auch in Deutschland und Frankreich.

Bei der Festlegung der Zahl der zu vergebenden UMTS-Konzessionen hat die ComCom sowohl die Grösse des Marktes (Marktpotential), als auch die aktuelle und potentielle



Konkurrenzsituation berücksichtigt. Sie ist zum Schluss gekommen, dass mit der Vergabe von vier Konzessionen die Wettbewerbsintensität im Mobilfunkmarkt und als direkte Folge davon auch die volkswirtschaftliche Effizienz gesteigert werden kann. Diese Haltung wurde von der WEKO geteilt. Sie hat sie bei der Beurteilung der Fusion diAx/sunrise bestätigt, indem sie ausdrücklich davon ausging, dass die Fusion u.a. darum wettbewerbsrechtlich unbedenklich sei, weil im Bereich von UMTS vier Konzessionen vergeben werden (RPW 2000/4, S. 676). Die ComCom war sich bewusst, dass der aktuelle Wettbewerb ungenügend ist, und auch dass neu Eintretende gegenüber den Bestehenden im Nachteil sein würden. Aus diesem Grund wurde die vierte UMTS-Konzession mit einem Recht auf "National Roaming" mit einer bestehenden GSM-Anbieterin ausgestattet, bzw. allfällige GSM-Konzessionärinnen, die eine UMTS-Konzession ersteigern würden zur Gewährung von "National Roaming" verpflichtet. Es war somit schon bei der Ausschreibung klar, dass der aktuelle Wettbewerb frühestens mittelfristig gesteigert werden sollte. Die Vergabe einer zusätzlichen Konzession hat aber auch den Effekt, dass der aktuelle Wettbewerb unmittelbar bereits durch den potenziellen Konkurrenten gestärkt wird. Dies deshalb, weil allein schon die Möglichkeit eines Markteintritts eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Marktteilnehmer ausübt. Eine Übertragung der vierten Konzession auf eine oder mehrere der bestehenden Netzbetreiberinnen hätte somit zwangsläufig negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und kann die volkswirtschaftliche Effizienz nicht verbessern.

Im vorgelegten Vertrag zwischen der 3G Mobile AG und der [...] behält sich die [...] im Falle der Einführung von zusätzlichen Auflagen (z.B. einer MVNO-Verpflichtung) vor, vom Vertrag zurückzutreten. Damit schliessen die übergebende und die übernehmende Firma ausdrücklich aus, dass die Konzessionsbehörde die Möglichkeit hätte, mittels Auflagen, die mit der Ausschreibung von vier Konzessionen verfolgten Ziele auch bei einer Übertragung durchzusetzen. Eine Belebung des schweizerischen Mobilfunkmarktes mit konkurrierenden UMTS-Plattformen, wie sie von der ComCom durch die Vergabe von vier Konzessionen angestrebt wurde, wäre dadurch zukünftig definitiv wesentlich eingeschränkt. Der vorgelegte Vertrag schliesst kompensatorische Massnahme im Sinne z.B. von Auflagen aus. Auch in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 bringt die Gesuchstellerin keine Vorschläge oder Anträge, wie die mit der Ausschreibung der Konzessionen angestrebten Ziele auch im Falle der beantragten Konzessionsübertragung noch erfüllt bzw. die Verringerung der bereits sehr beschränkten Zahl von Wettbewerbern kompensiert werden könnten. Eine Übertragung, so wie im Gesuch beantragt, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Schweizer Mobilfunkmarkt, gemäss Art. 23 Abs. 4 FMG, dar.



Aktenzeichen: AZ 222.2

Mit der beantragten Konzessionsübertragung sind negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im breitbandigen Mobilfunkmarkt (UMTS-Plattformen) verbunden.

2.2.6 Fazit

Gleich mehrere Bedingungen für eine Genehmigung der vorliegend beantragten Konzessionsübertragung sind nicht realisiert. Insbesondere würden mit der beantragten Übertragung das Vergabeverfahren bzw. die Vergabebedingungen umgangen und könnte eine zentrale Konzessionsauflage nicht eingehalten werden. Zudem hätte die Übertragung negative Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Die ComCom verschliesst sich, wie sie dies der Gesuchstellerin auch mehrfach mitgeteilt hat, nicht grundsätzlich einer Konzessionsübertragung. Vielmehr erfüllt das vorgelegte Übertragungsgesuch die gesetzten, bekannten und in andern Fällen praktizierten Bedingungen nicht.

Das Übertragungsgesuch der 3G Mobile AG muss deshalb im Haupt- und Eventualpunkt abgewiesen werden.

2.3 Aufsichtsverfahren wegen der Verletzung von Gesetz und Konzession

2.3.1 Verletzung des Gesetzes und der Konzession

Die 3G Mobile AG ist Inhaberin der UMTS-Konzession Nr. 25100007. Die Konzession ist eine kombinierte Konzession für das Erbringen von Fernmeldediensten unter Nutzung des Frequenzspektrums. Durch das Konzessionsverhältnis werden der Konzessionärin Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt. Diese sind in der Konzession selbst und im FMG näher umschrieben.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 FMG, muss die Dienstkonzessionärin unter anderem:

- a) *über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen,*
- b) *dafür Gewähr bieten, dass sie das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einhält,*

Gemäss Art. 23 Abs. 1 FMG muss die Funkkonzessionärin:

- a) *über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen*
- b) *dafür Gewähr bieten, dass sie das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession, einhält.*



Aktenzeichen: AZ 222.2

Gemäss Ziff. 3.3.3 der Konzession ist die Konzessionärin verpflichtet, bis Ende 2004 50% der Schweizer Bevölkerung mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Netzinfrastruktur erbracht werden, zu versorgen. Die Konzessionärin ist weiter dazu verpflichtet, die für die Erreichung der minimalen Versorgungsvorgaben notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen.

Die Muttergesellschaft Telefonica hat 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. In diesem Zusammenhang kam es auch zur Auflösung mittlerweile aller bestehenden Arbeitsverträge mit den bisherigen Angestellten. Neue Mitarbeiter wurden nicht mehr angestellt. Die Konzessionärin verfügt in der Schweiz heute über kein Personal, insbesondere über kein technisches mehr, was Art. 6 Abs. 1 Bst. a FMG und Art. 23 Abs. 1 Bst. a FMG i.V.m Art. 9 Abs. 3 FDV widerspricht. Gemäss Zefix-Eintrag, Tagebuch-Nr. 30110 vom 3. November 2005 verzeigt die 3G Mobile AG neu Domizil bei ihrem Rechtsvertreter. Auch daraus ist zu schliessen, dass sie in der Schweiz nicht (mehr) aktiv ist und dies mit den eingesetzten Mittel auch nicht sein kann.

Im Rahmen der Flexibilisierung der Versorgungsaufgaben (Verfügung der ComCom vom 25. Juni 2002, act. 20) wurde in allen vier UMTS-Konzessionen die Zwischenstufe von 20% Bevölkerungsabdeckung bis Ende 2002 aufgehoben. Stattdessen wurde eine Auflage eingeführt, alle drei Monate über das Voranschreiten der Netzaufbauarbeiten zu berichten. Aus den entsprechenden Angaben der 3G Mobile AG an das BAKOM ging jeweils hervor, dass sie den Netzaufbau im Berichtszeitraum nicht vorangetrieben hatte bzw. weder Netzelemente in Betrieb genommen noch Standorte erschlossen hatte. Im Gegensatz dazu haben die drei andern Konzessionärinnen den kontinuierlichen UMTS-Netzaufbau dem BAKOM rapportiert und schliesslich auch die verlangten Versorgungsvorgaben erfüllt. Nach regelmässigen Ermahnungen hat das BAKOM am 1. September 2004 schliesslich ein Aufsichtsverfahren gegen die 3G Mobile AG eröffnet. Es betraf die Einhaltung der Auflage der UMTS-Konzession Nr. 25100007, die notwendigen Arbeiten frühzeitig zu beginnen, um bis Ende 2004 mindestens 50% der Schweizer Bevölkerung mit UMTS-Diensten auf der Basis einer eigenen Infrastruktur zu versorgen.

Im Verlaufe des Januars 2005 hat das BAKOM überprüft, ob die vier für UMTS konzessionierten Mobilfunkbetreiber ihre Versorgungsaufgaben einhalten. Das BAKOM hat bei allen Netzbetreibern detaillierte Angaben zum Netzaufbau erhoben und zur Ermittlung der erreichten Abdeckung diese Angaben nachgerechnet, eigene Berechnungen aufgrund der



Aktenzeichen: AZ 222.2

Infrastrukturangaben angestellt und punktuell die Resultate mittels Fahrmessungen verifiziert. Gemäss dieser Überprüfung versorgen die drei Betreiber Orange, Sunrise und Swisscom Mobile mindestens 50% der Bevölkerung mit Diensten der dritten Mobilfunkgeneration (UMTS) mit eigener Infrastruktur und halten damit die entsprechende Auflage in ihrer Konzession ein. Die 3G Mobile AG hat auch nach eigenen Angaben bisher keine Infrastruktur aufgebaut.

Damit bestreitet sie die Verletzung der Konzessionspflichten betreffend Netzaufbau und Versorgungspflicht nicht. Vielmehr begründet sie diese Verletzung in ihrem Schreiben vom 14. Oktober 2005 mit veränderten tatsächlichen Verhältnissen. Ihr könne deshalb kein Vorwurf gemacht werden und es seien insbesondere keine Sanktionen zu ergreifen, vielmehr sei die Konzession anzupassen. In Ziff. 2.1 hiervor wurde ausführlich dargelegt, dass kein Grund zur beantragten Anpassung der Konzession vorliegt. Die Beaufsichtigte muss sich deshalb den Nichtaufbau der Infrastruktur vorhalten lassen.

Weiter bestreitet die 3G Mobile AG nicht, kein Personal mehr in der Firma zu haben. Sie macht bezüglich des Vorwurfs, damit nicht über die notwendigen technischen Fähigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a FMG und Art. 23 Abs. 1 Bst. a FMG zu verfügen, geltend, sie könne bei Bedarf jederzeit technisches Personal von der spanischen Muttergesellschaft anfordern. Wichtig sei, dass Zugang zu solchem bestehe und solches kurzfristig verfügbar sei. Die ComCom habe dies im Rahmen der Vergabe entsprechend gewürdigt. Tatsächlich verlangte die ComCom anlässlich der Vergabe nicht, dass die Kandidaten bereits alles Personal oder auch die Ausrüstungen in einer Firma in der Schweiz bereithielten. Das hätte vor dem Erhalt der Konzession auch keinen Sinn gemacht. Die ComCom gab sich also damit zufrieden, dass die Kandidaten glaubwürdig machten, das nötige Personal rekrutieren zu können. Das ist aber mit der Erwartung verbunden, dass die Rekrutierung danach erfolgt und zusammen mit dem Aufbau von Infrastruktur und Geschäft die nötigen qualifizierten Ressourcen effektiv zur Verfügung stehen. 3G Mobile verfügt jedoch in der Schweiz über keine Angestellten mehr. Damit verfügt sie nicht mehr über die notwendigen technischen Fähigkeiten, um die Konzession auszuüben.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die 3G Mobile AG die Versorgungsaufgaben unter Ziffer 3.3.3 der UMTS-Konzession Nr. 25100007 klarerweise verletzt, indem sie es unterlassen hat, die Arbeiten bezüglich des UMTS-Netzaufbaus rechtzeitig an die Hand zu nehmen. Stattdessen hat sie ihre Aktivitäten ab Juli 2002 sistiert und auf einen Netzaufbau vollständig verzichtet. Dementsprechend verletzt sie auch die Auflage, 50% der Bevölkerung mit UMTS-Diensten, die sie auf eigener Infrastruktur erbringt, zu versorgen. Ausserdem erfüllt die Beaufsichtigte auch die Konzessionsvoraussetzung



bezüglich der notwendigen technischen Fähigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a FMG und Art. 23 Abs. 1 Bst. a FMG nicht (mehr), da sie über kein technisches Personal mit entsprechendem Know-how verfügt.

2.3.2 Massnahmen

Gemäss Art. 58 FMG wacht das BAKOM darüber, dass die Konzessionärinnen das internationale Fernmelderecht, des Fernmeldegesetzes, die Ausführungsvorschriften, die Konzessionsauflagen und -bestimmungen einhalten. Bei einer Verletzung des anwendbaren Rechts durch eine Fernmeldedienstanbieterin kann das Bundesamt gemäss Art. 58 Abs. 2 FMG der ComCom folgende aufsichtsrechtlichen Massnahmen beantragen:

- a) die Aufforderung der Konzessionärin, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt; die Konzessionärin muss der Behörde mitteilen, was sie unternommen hat;
- b) die Verpflichtung der Konzessionärin, die Einnahmen, die sie bei der Rechtsverletzung erzielt hat, an den Bund abzuliefern;
- c) die Ergänzung der Konzession mit Auflagen;
- d) die Einschränkung, Suspendierung, den Widerruf oder Entzug der Konzession.

Unter dem Begriff anwendbares Recht gemäss Art. 58 Abs. 2 FMG sind in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 FMG das Fernmeldegesetz selber, die Ausführungsvorschriften dazu, die Konzession oder anderes anwendbares Recht zu verstehen (vgl. dazu Botschaft zum FMG, a.a.O. S. 1448 und Denis Barrelet, *Droit de la communication*, 1998, S. 246 f. N 873).



Entzug der Konzession bei Nichterfüllung von wesentlichen Voraussetzungen

Wenn wesentliche Voraussetzungen zur Erteilung einer Konzession nicht mehr erfüllt sind, muss die Konzession gemäss Art. 58 Abs. 3 FMG entzogen werden. Mit den wesentlichen Voraussetzungen sind insbesondere die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 6 FMG gemeint. Dazu gehören das Verfügen über die notwendigen technischen Fähigkeiten (Abs. 1 Bst. a), die Gewährleistung der Einhaltung des anwendbaren Rechts (Abs. 1 Bst. b) und die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie der Arbeitsbedingungen der Branche (Abs. 1 Bst. c). Weiter gehört zu den wesentlichen Voraussetzungen, dass der Wille, den Zweck der Konzession zu erfüllen, im vorliegenden Fall ein Netz aufzubauen und Dienste anzubieten, vorhanden ist, ansonsten die Erteilung einer Konzession zur Nutzung einer beschränkten natürlichen Ressource, wie es die Frequenzen darstellen, an sich jeden Sinn verliert. Durch die Konzessionsvergabe wurden der Konzessionärin Rechte verliehen aber auch Pflichten auferlegt. So geht mit der Konzession vorliegend auch eine Ausübungspflicht einher. Soweit nämlich an der konzessionierten Tätigkeit ein öffentliches Interesse besteht, ist der Konzessionär verpflichtet, die ihm übertragenen Rechte auszuüben (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 45 Rz. 34).

In ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 macht die 3G Mobile AG geltend, da es sich um veränderte tatsächliche Verhältnisse handle, stünden Massnahmen gar nicht zur Debatte. Weiter führt sie aus, der Wille zur Erfüllung des Zwecks der Konzession bilde keine eigenständige, separat zu prüfende Konzessionsvoraussetzung und ergebe sich weder aus dem Gesetz noch aus der Konzession. 3G Mobile verfüge über die technischen Fähigkeiten, ebenso bietet sie Gewähr für die Einhaltung des geltenden Rechts und der arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Betreffend Wille zur Erfüllung der Konzession sei immerhin festzustellen, dass seit dem Erwerb der Konzession erhebliche Anstrengungen und Investitionen unternommen worden seien und sie auch in jüngster Zeit daran interessiert sei, eine Lösung zur Nutzung der Frequenzen im Rahmen der Konzession zu finden. Sie habe der ComCom auch bereits ausgezeichnete Lösungen präsentiert. Nachdem Art. 9 FMG die Möglichkeit einer Konzessionsübertragung einräume, könne ihr die Absicht der Veräusserung nicht vorgeworfen werden.

Soweit, wie bereits weiter oben erwähnt, an der konzessionierten Tätigkeit ein öffentliches Interesse besteht, ist der Konzessionär verpflichtet, die ihm übertragenen Rechte auszuüben (Tschannen/Zimmerli, Allg. Verwaltungsrecht, §45 Rz. 34). Nichts anderes kann bezüglich einer UMTS-Konzession gelten, die es erlaubt, den Konsumenten Fernmeldediensten im



Mobilfunkbereich anzubieten. Mit der Konzession wird ein Nutzungsrecht an einer grundsätzlich raren Ressource, im vorliegenden Fall zur exklusiven Nutzung, verliehen. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass die Frequenzen genutzt und damit Mobilfunkdienste der Öffentlichkeit angeboten werden. Eine Ausübungspflicht ist somit zu bejahen. Gegen diese hat die 3G Mobile AG verstossen, indem sie die Konzession nie genutzt hat und insbesondere die Versorgungspflichten nicht erfüllt. Wie unter Ziff. 2.1 dargelegt wurde, können keine veränderten tatsächlichen Verhältnisse dargetan werden, die im öffentlichen Interesse eine Änderung der Konzession mit einer Aufhebung der Versorgungspflicht begründen würden. Es kann auch nicht sein, eine Konzession in ihrem Kerngehalt zu ändern, nur damit die Konzession nicht mehr verletzt und nicht genutzt wird, ohne dass diesbezüglich veränderte Verhältnisse und ein entsprechendes öffentliches Interesse gegeben wären.

Gestützt auf den festgestellten Sachverhalt, auf die regelmässige Berichterstattung der Konzessionärin über den (unterlassenen) Aufbau der Infrastruktur, auf die Verlautbarungen der Konzessionärin in der Öffentlichkeit, auf die Ausführungen der Konzessionärin im Konzessionsänderungsgesuch und insbesondere auf das eingereichte Übertragungsgesuch vom 8. März 2005 (act. 101 und 102) muss davon ausgegangen werden, dass die 3G Mobile AG in der Schweiz auf den Aufbau eines eigenen UMTS-Netzes definitiv verzichtet und beabsichtigt, sich aus dem Schweizer Markt zurückziehen, ohne jemals am Markt aktiv geworden zu sein. Nicht anders ist das Schreiben des alleinig in der Firma verbliebenen Managing Director der 3G Mobile AG zu deuten, indem er dem BAKOM mitteilt, er verlasse die Firma und ab 31. Oktober 2005 sei der Rechtsvertreter der 3G Mobile AG Kontaktperson für die 3G Mobile AG in der Schweiz. Ebenso ist der Zefix-Eintrag, Tagebuch-Nr. 30110 vom 3. November 2005 zu verstehen, wonach die 3G Mobile AG neu Domizil bei ihrem Rechtsvertreter verzeigt. Insofern ist offensichtlich, dass im vorliegenden Fall wesentliche Konzessionsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt und Konzessionsauflagen verletzt sind. An und für sich ist damit die Konzession gemäss Art. 58 Abs. 3 FMG zu entziehen. Aber auch wenn der vorliegende Sachverhalt „nur“ unter Art. 58 Abs. 2 FMG zu subsumieren wäre, bliebe, wie im Folgenden gezeigt wird, der Konzessionsentzug als einzige wirksame Massnahme.

Verhältnismässigkeit der Massnahme

Nach Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein. Aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit folgt, dass Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sein müssen. Der angestrebte



Zustand muss ausserdem in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (BGE 117 Ia 472, 483). Das gilt auch für Massnahmen im Zusammenhang mit Konzessionsverletzungen (vgl. Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1448).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung also drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. dazu insbesondere Ulrich Häfelin/ Georg Haller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, S. 120 ff. N 492 ff.; René A. Rhinow/ Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 337 ff. Nr. 58 und Ergänzungsband, S. 178 ff. Nr. 58 mit Hinweisen).

Geeignetheit: Eine Massnahme muss im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Zu prüfen ist die Zwecktauglichkeit bzw. die Erfolgsaussicht der ins Auge gefassten Massnahme. Ungeeignet ist eine Massnahme insbesondere dann, wenn sie die Erreichung des angestrebten Zustandes sogar erschwert oder verhindert.

Erforderlichkeit: Die beabsichtigte Massnahme muss erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Sie darf damit einerseits nicht übermässig sein, indem sie zu stark in die Rechte der Betroffenen eingreift. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Andererseits darf die Massnahme aber auch nicht zu schwach und damit hinsichtlich des Ziels wirkungslos sein. Mit anderen Worten: „Es ist das mildeste der wirksamen Mittel zu wählen“ (René A. Rhinow/ Beat Krähenmann, a.a.O., S. 181).

Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Eine Verwaltungsmassnahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt. Diese Rechtfertigung ist durch eine Interessenabwägung festzustellen. Der staatliche Eingriff ist nur dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse jenes des Privaten überwiegt. „Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben“ (Ulrich Häfelin/ Georg Müller, a.a.O., N 516).

Die Konzessionärin liess die Frequenzen seit der Vergabe ungenutzt, sie hat seit 2002 trotz Aufforderungen keine Anstalten getroffen, die nötige Infrastruktur aufzubauen und auf UMTS basierende Dienste anzubieten. Sie beabsichtigt auch nach eigenen Angaben künftig keine eigene Verwendung und keinen Aufbau der notwendigen Infrastruktur. Sie hat trotz mehrfacher Ermahnung in keiner Weise Anstalten getroffen, die Konzession einzuhalten.



Stattdessen will sie sich aus dem schweizerischen Markt zurückziehen und beabsichtigt, die Konzession auf eine Konkurrentin zu übertragen. Dass die beantragte Übertragung nicht genehmigt werden kann, wurde unter Ziffer 2.2 erläutert. Damit ist es sinn- und zwecklos, die Konzessionärin ein weiteres Mal aufzufordern, den Mangel zu beseitigen und sie erneut zu verpflichten, den UMTS-Netzaufbau zu initiieren. Auch während des laufenden Verfahrens hat die Beauftragte keine solchen Schritte in die Wege geleitet und sie hat auch keinen Vorschlag eingebracht (z.B. mit einem konkreten Plan für einen verzögerten Aufbau), wie sie die Konzession in Zukunft einzuhalten gedenke. Eine Massnahme nach Art. 58 Abs. 2 Bst. a FMG kommt deshalb nicht in Frage.

Da die Konzessionärin durch die Rechtsverletzung keinen Gewinn erzielt hat, fällt eine Massnahme nach Art. 58 Abs. 2 Bst. b FMG ebenfalls ausser Betracht. Auch wäre damit aufgrund ihrer klaren Haltung bezüglich des Rückzugs immer noch nicht gewährleistet, dass die Konzessionärin die Rechtsverletzung beseitigt.

Ebenso erscheint es wenig sinnvoll, die Konzession mit spezifischen Auflagen gemäss Art. 58 Abs. 2 Bst. c FMG zu ergänzen. Die Beauftragte hat auch keine entsprechenden Vorschläge eingebracht. Die Konzessionärin hatte seit 2002 und immer noch seit 2004 genügend Zeit, um andere Szenarien zu entwickeln, wenn sie den drohenden Konzessionsentzug aufgrund der Konzessionsverletzung vermeiden wollte. Die Rahmenbedingungen dazu wurden ihr in mehreren Schreiben und Gesprächen dargelegt und die Aufsichtsbehörde stand ihr jederzeit zur Evaluation von solchen Szenarien zur Verfügung.

Als ultima ratio bleibt angesichts der vorliegenden Verhältnisse einzig der Entzug der Konzession. Unter Ziffer 2.3.5 der UMTS-Konzession und auch in Art. 58 Abs. 2 Bst. d FMG ist vorgesehen, dass die Konzession vollständig oder teilweise widerrufen werden kann, wenn die Konzessionärin der geltenden Gesetzgebung oder den Bestimmungen der Konzession zuwiderhandelt und deren Verpflichtungen nicht erfüllt (Art. 58 Abs. 2 FMG). Mit ihrem Verhalten hat die Konzessionärin das Gesetz und die Konzession verletzt. Die Verletzung ist schwer, da ein wesentlicher Punkt, ja der Sinn selbst der Konzession betroffen ist. Mit dem Entzug der Konzession entsteht die Möglichkeit, diese neu zu vergeben bzw. die Frequenzen einer effektiven Nutzung zuzuführen, was auch dem öffentlichen Interesse entspricht. Aus diesem Grund erweist sich der Entzug der Konzession als erforderlich und geeignet, ohne dass eine mildere Massnahme zielführend wäre. Die Frequenzen können damit durch die Konzessionsbehörde wieder dem Markt und damit der Nutzung im öffentlichen Interesse zugeführt werden. Ob dies wie im Jahr 2000 mit der Ausschreibung



der Frequenzen in Form einer vierten UMTS-Konzession oder in einem andern Szenario und in welcher Zeitfolge geschehen wird, wird die ComCom nach einer vertieften Abklärung und gegebenenfalls nach einer Konsultation aller interessierten Kreise entscheiden, wie sie das bisher normalerweise bei freien Frequenzen tat.

In diesem Sinne ist der Konzessionsentzug vorliegend eine verhältnismässige Massnahme.

2.3.3 Rückerstattung des Zuschlagpreises bzw. Entschädigung bei Konzessionsentzug als Aufsichtsmassnahme

Die Beauftragte äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 u.a. mit Verweis auf das im Rahmen des Übertragungsgesuchs eingereichte Parteigutachten „UMTS-Konzession“ von Prof. Dr. G. Schmid und Dr. M. Schott vom 4. März 2005 (act. 102; Beilage 58) zur Frage der Rückerstattung/Entschädigung im Falle eines Entzugs (ohne allerdings einen entsprechenden formellen Antrag zu stellen). Die Gutachter kommen zusammenfassend zum Schluss, dass gestützt auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts, des Bundesverfassungsrechts sowie analog angewandten Zivilrechts bei einem Entzug der Konzession derjenige Teil des Zuschlagspreises von CHF 50 Mio. an die Konzessionärin zurückzuerstatten sei, welcher den Konzessionsgebühren für die verbleibende Konzessionsdauer entspreche bzw. dass die Konzessionärin voll zu entschädigen sei.

Rückerstattung des Zuschlagpreises

Gemäss Art. 12 Abs. 3 FDV ist eine teilweise Rückerstattung des Zuschlagpreises bei Einschränkung, Suspension, Widerruf, Entzug oder Verzicht auf die Konzession vor Ablauf ihrer Geltungsdauer nicht möglich. Gleiches hält Ziff. 5.3 Abs. 3 der UMTS-Konzession fest. Art. 58 FMG, gestützt auf den vorliegend die Konzession im Sinne einer Aufsichts-massnahme zum Entzug ansteht, sieht keine Rückzahlung oder Entschädigung vor. Im Unterschied zur Konzessionsänderung im öffentlichen Interesse bei geänderten Verhältnissen nach Art. 10 FMG ist demnach im Aufsichtsfall weder die Rückzahlung eines Teils des Zuschlagpreises noch eine Entschädigung geschuldet. Dies war bereits in den Ausschreibungsbedingungen enthalten und die entsprechende Konzessionsbestimmung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

Im Unterschied zu einer Konzessionserteilung auf Gesuch hin oder im Falle eines Kriterienwettbewerbes ist im Falle der Auktion der Zuschlagspreis unmittelbar nach der Konzessionserteilung in einem Mal zu entrichten (Art. 12 Abs. 3 FDV). Mit der Auktion wird



der zum Zeitpunkt deren Stattfindens gültige „Marktwert“ des verliehen Rechts ermittelt. Entgegen dem Einwurf der Beaufsichtigten, hat es sich bei der Vergabe der UMTS-Konzessionen auch nicht dadurch, dass noch vier Kandidaten für vier Konzessionen steigerten, um einen Kriterienwettbewerb gehandelt. Vielmehr musste in mehreren Runden noch ausgemacht werden, wer welche Konzession ersteigert und dies hat denn auch dazu geführt, dass eine Konzession über dem Minimum zugeschlagen wurde. Steigt der Marktwert später, profitiert logischerweise der Ersteigerer davon. Sinkt er, trägt der Ersteigerer das Risiko. Muss die Konzession aufsichtsrechtlich entzogen werden, weil sie nicht genutzt wird, kann entgegen der Meinung der Beaufsichtigten und ihrer Gutachter beim bezahlten Preis nicht von einer grundlos erbrachten Leistung gesprochen werden. Der Preis wurde für das verliehene Frequenznutzungsrecht bezahlt und der Konzessionärin steht es frei, die Konzession zu nutzen. Tut sie dies nicht und verletzt sie dabei die Konzession, so ist dies ihr Entscheid, der keine Rückzahlungspflicht auslösen kann. Sie trägt das unternehmerische Risiko genau so wie sie von einer Wertsteigerung profitiert, beides kann im Falle der Auktion nicht auf den konzessionierenden Staat übertragen werden. Die Bieter haben dieses Risiko bzw. diese Chance in ihrem Gebot in der Auktion antizipiert. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass dadurch ein Rückgaberecht geschaffen würde. Die Konzessionärin könnte bei Ausbleiben des Erfolges die Konzession zurückgeben und den entsprechenden Betrag für die restliche Laufdauer der Konzession zurückverlangen. Damit würde die Auktion als objektives Vergabeverfahren ihres Sinnes entleert.

Es sind auch nicht staatliche Massnahmen oder nicht vorhersehbare geänderte Verhältnisse (vgl. Ziff. 2.1 hiervor), die sie an der Erfüllung der Konzessionspflichten gehindert hätten und dadurch eine Rückzahlungspflicht begründen könnten, sondern ihr unternehmensstrategischer Entscheid, den ihre Muttergesellschaft auch für andere Märkte, in denen offenbar andere Bedingungen herrschten, traf. Auch bereits ausführlich dargelegt wurde, dass es offensichtlich sowohl zahlreichen andern Betreibern (darunter auch sog. Greenfield-Betreiber) in andern Ländern, wie auch den drei andern UMTS-Betreibern in der Schweiz möglich war, rechtzeitig die nötige Infrastruktur aufzubauen. Der Entzug der Konzession ohne (Teil-)Rückzahlung des Zuschlagspreises im Aufsichtsfall widerspricht dem Legalitätsprinzip nicht, er stützt sich auf Artikel 58 FMG. Die einschlägige Verordnungs- und Konzessionsbestimmung verfügt damit auch über die nötige gesetzliche Grundlage.

Parallelen zum Fall Kaiseraugst können vorliegend nicht gezogen werden, da es sich hier um einen Entzug, gestützt auf ein Aufsichtsverfahren handelt, das initiiert werden musste, weil die Konzessionärin elementare Bedingungen der Konzession und des Gesetzes nicht



eingehalten hat. Die Entschädigungszahlung im Falle Kaiseraugst wurde aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kernkraftwerkinitianten geleistet, damit das Kraftwerk trotz Vorliegen einer rechtskräftigen Bewilligung nicht gebaut werde. Vorliegend ist die Situation gerade umgekehrt, die 3G Mobile AG will trotz entsprechender Möglichkeit und entgegen der eingegangenen Verpflichtungen in der Konzession, aus eigenen unternehmenspolitischen Gründen nicht bauen. Dass der Bau von Mobilfunknetzen in der Schweiz schwierig ist, ist anerkannt. Das war bereits zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung bekannt und die seit dem Jahr 2000 über 5'000 neu gebauten Antennenstandorte beweisen, dass es möglich ist, die entsprechende Infrastruktur zu erstellen. Auch diesbezüglich ist Kaiseraugst in keiner Weise mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar. Damit kann daraus keine Rückzahlungspflicht abgeleitet werden.

Entschädigungspflicht

Die Beauftragte bzw. ihre Gutachter führen aus, allgemeine verwaltungsrechtliche Rechtsgrundsätze sowie eine verfassungsrechtliche Argumentation auf Basis der Grundrechte sprechen für eine Entschädigung beim Entzug der Konzession. Die Konzession begründe wohlerworbene Rechte, welche unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie dem öffentlichrechtlichen Vertrauensschutz stünden. Ein Entzug gegen den Willen der Berechtigten könne lediglich gegen volle Entschädigung erfolgen. Dies ergebe sich auch aus Art. 10 Abs. 2 FMG. Art. 12 Abs. 3 FDV sei in dem Umfang unwirksam, als er gegen die Grundrechte der Bundesverfassung oder gegen Art. 10 Abs. 2 FMG verstosse. Die Übernahme der Verordnungsbestimmung in der Konzession vermöge daran nichts zu ändern. Es könne nicht gesagt werden, dass die Konzessionärin sich durch die Teilnahme an der Auktion sowie durch Zustimmung zur Konzession jener Bestimmung gültig unterworfen habe und nunmehr daran gebunden sei. Dagegen spreche, dass die Bestimmung zum nicht vertraglichen Teil der Konzession gehöre, sondern als einseitige, sich aus dem Verordnungstext ergebende Anordnung der Behörde Verfügungscharakter aufweise. Unzutreffend sei, dass durch Ablauf der Rechtsmittelfrist die Konzession in Rechtskraft erwachsen sei und deshalb Ziffer 5.3 erhöhte Rechtsbeständigkeit aufweise.

Vorliegend findet Art. 10 Abs. 2 FMG nicht Anwendung. Die Bedingungen von Art. 10 sind auch nicht realisiert (vgl. Ziff. 2.1 hiervor). Und der Verweis auf die laufende Revision des FMG mit Art. 24e Abs. 2 E-FMG kann diesbezüglich auch nicht helfen, da auch da die Entschädigungspflicht an den Fall eines Konzessionswiderrufs, der zur Wahrung öffentlicher Interessen im Falle von veränderten Verhältnissen erfolgen würde (in der Botschaft wird das Beispiel von Funkkonzessionen erwähnt, deren Frequenzen aus technischen Gründen neu



aufgeteilt werden müssen (BBI 2003 S. 7980)). Vorliegend erfolgt aber der Entzug der Konzession nicht im öffentlichen Interesse aufgrund geänderter Verhältnisse, sondern gestützt auf Art. 58 FMG als Aufsichtsmassnahme. Dass der Konzessionsentzug als Aufsichtsmassnahme gem. Art. 58 entschädigungslos erfolgt, geht auch aus den Materialien hervor: Bereits in der Botschaft zum FMG vom 10. Juni 1996, BBI 1996 III S. 1447 und S. 1448 ad Art. 57 E-FMG, der dann zu Art. 58 FMG wurde, hat der Bundesrat festgehalten: *"Da sich in jedem Fall die Konzessionärin widerrechtlich verhalten hat, entstehen aufgrund der Massnahmen der Konzessionsbehörde keine Entschädigungsansprüche."* Sinn und Zweck eines Konzessionswiderrufs bzw. -entzugs im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens gebieten die Entschädigungslosigkeit. Es wäre absolut systemwidrig, wenn eine Aufsichtsmassnahme einen Anspruch auf Entschädigung begründen würde.

Durch Ziff. 5.3 Abs. 3 der Konzession und Art. 12 Abs. 3 FDV sind allfällige Entschädigungsansprüche wegbedungen worden. Da also bereits in der Konzession die Entschädigungslosigkeit vorgesehen war, kann sich die Beauftragte nicht auf den wohlerworbenen Rechten zugrunde liegenden Vertrauensschutz berufen (BGE 127 II 69 E. 5a). Damit ist die Entstehung wohlerworbener Rechte rechtswirksam verhindert worden. Als „wohlerworben“ gelten Rechte, deren wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes unwiderruflich und gesetzesbeständig ist und die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen, sofern von ihnen Gebrauch gemacht worden ist (BGE 128 II 112 E.10). Die Entstehung wohlerworbener Rechte setzt somit voraus, dass von ihnen Gebrauch gemacht worden ist. Letztlich würde vorliegend die Konzession gerade entzogen, weil eine zentrale Konzessionsauflage nicht erfüllt wurde und dabei gerade kein Gebrauch des verliehenen Nutzungsrechts gemacht wurde. Auch aus diesem Grund ist es fraglich, inwiefern die Beauftragte sich auf wohlerworbene Rechte berufen könnte.

Willensmängel

Die Beauftragte bzw. ihre Gutachter führen an, ein verwaltungsrechtlicher Konzessionsvertrag könne gestützt auf Irrtum, Täuschung oder Drohung beim Abschluss durch die betroffene Partei angefochten werden. Mit Bezug auf die Irrtumsanfechtung sei wie im Privatrecht zwischen Erklärungsirrtum und Motivirrtum zu unterscheiden. Im ersten Fall werde eine Willensäusserung von den Parteien unterschiedlich verstanden, im zweiten Fall irre eine Partei über den Sachverhalt, der dem Rechtsgeschäft zugrunde liege. Während im Zivilrecht der Motivirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR nur erheblich sei, wenn er eine *conditio sine qua non* des Vertragsschlusses betreffe, sei im öffentlichen Recht jeder Motivirrtum beachtlich (vgl. Häfelin/Müller, Rz.1119). Die Konzessionärin beruft sich darauf,



dass sie bei Entgegennahme und Zustimmung zur Konzession über die Rahmenbedingungen für den Netzausbau sowie die weitere Entwicklung der UMTS-Technologie geirrt habe. Hätte sie diese Situation zum damaligen Zeitpunkt richtig eingeschätzt, so hätte sie die Konzession in der ihr unterbreiteten Form nicht akzeptiert, sondern gewisse Absicherungen für den Fall des Scheiterns ihres Vorhabens verlangt. Insbesondere wäre die Konzessionärin nicht damit einverstanden gewesen, im Falle der vorzeitigen Aufgabe des Projektes verbunden mit einem Entzug bzw. einer Rückgabe der Konzession auf jegliche Rückvergütung des Zuschlagspreises für die verbleibende Konzessionsdauer zu verzichten. Ein solcher Irrtum habe in analoger Anwendung von Art. 23 OR die einseitige Unverbindlichkeit und Anfechtbarkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts bzw. des vom Irrtum betroffenen Teils im Sinne einer Teilanfechtbarkeit zur Folge. Demnach könne Ziffer 5.3 Abs. 3 der Konzession durch Willenserklärung der Konzessionärin einseitig aufgehoben werden, und sie könne die von ihr rechtsgrundlos erbrachte Leistung gestützt auf bereicherungsrechtliche Grundsätze zurückfordern.

Inwiefern die von der Beaufichtigten geltend gemachte Verschätzung der Verhältnisse ein Motivirrtum darstellen könnte, ist fraglich. Immerhin waren die Rahmenbedingungen für den Aufbau von Mobilfunkinfrastruktur bereits zum Zeitpunkt der Konzessionierung bekannt. Auch die Tatsache, dass es mühsam sein kann, Standorte zu akquirieren und Baubewilligungen zu erhalten. Aber es ist möglich, wie der Aufbau der andern Netze in der gleichen Zeitspanne zeigt.

Soweit es sich bei Ziff. 3.5 der Konzession effektiv um einen vertraglichen Bestandteil der Konzession handeln sollte, kann sowieso der geltend gemachte Irrtum nicht die Nichtigkeit der Bestimmung zur Folge haben. Der vermeintlich geltend gemachte Irrtum bezieht sich nicht auf eine Tatsache, sondern auf eine Hoffnung in eine unbestimmte zukünftige Entwicklung. Er bezieht sich somit auf einen künftigen Sachverhalt, verstanden als Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Umstandes nach Vertragsabschluss. Als Beispiel wäre etwa Kauf von Land zu Spekulationszwecken denkbar. An dieser Stelle sei in Erinnerung gerufen, dass die Konzessionsbehörde durch die Vergabe von Frequenznutzungsrechten der Konzessionärin ermöglicht, eine wirtschaftliche Tätigkeit zu verfolgen, ohne jedoch für den wirtschaftlichen Erfolg des konzessionierten Rechts einzustehen. Dies ist geradezu systemimmanent.

Selbst wenn man mit den von der Gesuchstellerin zitierten Häfelin/Müller (Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Rz. 1119) davon ausgehen würde, dass sich das Vorliegen



eines Motivirrtums regelmässig als rechtserheblich erweist²², erscheint es als äusserst zweifelhaft, ob auch die Hoffnung in eine in der Zukunft liegende Entwicklung überhaupt Gegenstand eines Motivirrtums sein kann.

Aus der Praxis des Bundesgerichts kann zu Irrtümern über künftige Sachverhalte kein eindeutiger Schluss gezogen werden. Ebenfalls klammert ein Teil der Lehre künftige Sachverhalte von den Bestimmungen des Irrtums aus. Als Begründung wird angeführt, "irren" könne man nur über gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte, nicht dagegen über die Zukunft. Diese restriktive Lehrmeinung, wonach sich der mögliche Gegenstand eines Irrtums auf gegenwärtige und vergangene Sachverhalte beschränkt, überzeugt. Die Beschränkung verhindert, dass die Frage, ob sich eine Partei bei Vertragsschluss irrt, von der späteren Entwicklung abhängt und deshalb über den Abschluss des Vertrages hinaus – oft während vieler Jahre – ungewiss bleibt. Vor allem aber berücksichtigt sie den Umstand, dass die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages, die den Irrtum sanktioniert, keine passende Rechtsfolge bildet, wenn sich die Zukunft anders entwickelt, als bei Vertragsschluss erwartet.

Bedeutsam erscheinen hierzu ebenfalls Erwägungen 4.1 im Entscheid des Bundesrates vom 5. Oktober 2001 in VPB 66.73. Dort wird zur Frage des Irrtums über einen künftigen Sachverhalt ausgeführt: "Ob und wie weit aber ein Irrtum auch der falschen Vorstellung über einen künftigen Sachverhalt entspringen kann, ist indes umstritten (Übersicht über die hauptsächlichen Lehrmeinungen in Gauch/Schlupe, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 7. Aufl., 1998, Rz. 799 ff.). Die bundesgerichtliche Praxis mündet in BGE 118 II 297 ff.; in diesem Entscheid schliesst das Bundesgericht einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt an sich nicht aus; unerlässliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Berufung auf einen Irrtum ist allerdings, dass es sich dabei um einen Irrtum über eine objektiv wesentliche Vertragsgrundlage und nicht bloss über eine auf Hoffnung gründende spekulative Erwartung gehandelt hat. Der Irrende muss sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt haben, den er nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte. Eine Berufung auf Irrtum ist demnach nur dann möglich, wenn der Irrende den künftigen Sachverhalt als unumstösslich feststehendes Ereignis ansehen durfte, was zu verneinen ist, wenn der künftige Sachverhalt bei objektiver Betrachtung nicht mit Gewissheit feststand (BGE 118 II 299 ff.)."

²² Kritisch dazu Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrages, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, 2003, S. 190 ff. der dafür eintritt, dass in analoger Anwendung des Privatrechts die qualifizierten Merkmale des Grundlagenirrtums erfüllt sein müssen.



Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Wie sich eine neue Technologie entwickelt und ob ihr ein rascher und bedeutender wirtschaftlicher Erfolg beschieden sein wird, kann im Vergabezeitpunkt nie als unumstössliches feststehendes Ereignis angesehen werden, dass bei objektiver Betrachtung mit Gewissheit feststand. So hat sich beispielsweise die GSM-Technologie, entgegen den ursprünglichen Erwartungen, viel vorteilhafter entwickelt, als dies ursprünglich angenommen wurde. Der Irrtum der Beaufichtigten/Gesuchstellerin kann daher nicht als wesentlich betrachtet werden.

Weiter muss auch bezweifelt werden, dass die Beaufichtigte in gutem Glauben gewesen wäre, um nun einen Irrtum geltend machen zu können. Die Versorgungsaufgabe war klar, sie war bereits in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt, die Auktionsteilnehmer haben sich diesbezüglich bewusst auf die Auflage eingelassen und die Beaufichtigte wurde regelmässig darauf aufmerksam gemacht. Sie hat trotzdem keine Infrastruktur aufgebaut und erst vier Tage vor Ablauf der Frist für den Aufbau noch ein Änderungsgesuch betreffend ebendiese Auflage eingereicht.

Im Übrigen ist zu erwähnen, dass der Staat im Gegenzug von Anfang an seine Leistung erbracht hat und der 3G Mobile AG die UMTS-Frequenzen zur Nutzung überlassen hat. Wenn sie diese von sich aus nicht nutzt, wirkt es konstruiert, nach über fünf Jahren nachträglich einen Teil des Zuschlagspreises als Entschädigung im Rahmen einer Irrtumsanfechtung erhältlich zu machen. Am Rande sei erwähnt, dass gemäss Art. 31 OR der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist dem andern zu eröffnen hat, dass er den Vertrag nicht halte. Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung (Art. 31 Abs. 2 OR). Der 3G Mobile AG war die Formulierung des Vorbehalts von Anfang an bekannt. Zudem wurde sie vom BAKOM mehrfach (z.B. mit Schreiben vom 23. September 2002, act. 102, Beilage 31) auf die Möglichkeit eines Entzugs hingewiesen, falls die Versorgungsaufgaben nicht eingehalten würden. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass die Jahresfrist zur Geltendmachung des Willensmangels abgelaufen ist. Die einseitige nachträgliche Berufung auf die Unverbindlichkeit erscheint nicht angemessen, wenn nicht rechtsmissbräuchlich.

Clausula rebus sic stantibus

Was die angerufene "clausula rebus sic stantibus" anbelangt, so kann die 3G Mobile AG daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Umstände haben sich jedenfalls seit der Konzessionserteilung, sicherlich aber nach der erfolgten Anpassung der UMTS-Konzession im Jahre 2002, nicht derart verändert, dass der 3G Mobile AG die Erfüllung der Konzessionsauflagen nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. auch Ziff. 2.1 hiervor). Sie



Aktenzeichen: AZ 222.2

muss sich vielmehr den strategischen Entscheid des Rückzugs, welcher bekanntlich bereits einen Monat nachdem die ComCom die Versorgungsaufgabe gelockert hat erfolgte, entgegenhalten lassen. Es war anhand der konkreten Umstände nicht unzumutbar, die Konzessionsauflagen zu erfüllen, ansonsten es den anderen Konzessionärinnen ebenfalls nicht gelungen wäre, fristgerecht ein UMTS-Netz im Umfang von 50% Bevölkerungsabdeckung aufzubauen.

An dieser Stelle sei ergänzend darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 2A.178/2004 vom 30. November 2004 in Erwägung 6.4.1 für Swisscom, aber auch für alle anderen Fernmeldedienstanbieterinnen, offen gelassen hat, ob diese sich angesichts des noch immer weitgehend staatlich regulierten Marktes auf die Grundrechte berufen dürfen. Insofern ist zumindest fraglich, ob sich die 3G Mobile AG, als Fernmeldedienstanbieterin überhaupt auf die Eigentumsgarantie stützen könnte.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Ausrichtung einer Entschädigung im vorliegenden Fall nicht geboten erscheint, da die Konzessionärin den Entzug im Rahmen des Aufsichtsverfahrens wegen offensichtlicher Verletzung der Konzessionsbestimmungen selber zu verantworten hat.

2.3.4 Gleichbehandlung

In ihrer Eingabe vom 14. Oktober 2005 macht die 3G Mobile AG geltend, zwei der drei anderen Konzessionärinnen hätten im relevanten Zeitpunkt am 31. Dezember 2004 ihre Infrastruktur auch nicht aufgebaut bzw. keine der in der Konzession postulierten UMTS-Dienste angeboten. Sie verweist hierzu auf den Wortlaut der Konzession und das Merkblatt (act. 21). Nach dem Wortlaut der Konzession und des Merkblatts hätten die Konzessionäre Dienste anzubieten, mindestens einen Sprachdienst müsse den Konsumenten öffentlich zugänglich sein. Der Aufbau der Netzinfrastruktur allein sei nicht ausreichend. Die ComCom habe in der Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde behauptet, alle anderen UMTS-Konzessionärinnen würden die Versorgungsaufgaben erfüllen, da seit Anfang 2005 mindestens 50% der Bevölkerung auf allen UMTS-Netzen das Telefonieren mit einem UMTS-Mobiltelefon möglich sei. So würden 50% der Bevölkerung mit dem UMTS-Dienst Sprachtelefonie versorgt. Weiter werde behauptet es sei nicht sinnvoll, die Konzessionäre neben dem Anbieten von UMTS-Sprachdiensten zum Verkauf und der Bewerbung dieser Dienstleistungen anzuhalten, zumal dies erst Sinn mache, wenn effektiv breitbandige und mobile Datendienste über UMTS angeboten würden. Die Definition eines Sprachdienstes ermögliche dem BAKOM, die Einhaltung der Versorgungsaufgabe zu überprüfen. Ziel der Versorgungsaufgabe sei insbesondere sicherzustellen, dass die Frequenzen als knappes Gut



auch genutzt und nicht gehortet würden. Allerdings sei zu betonen, dass der Aufbau der Infrastruktur nicht bedeute, dass der Dienst genutzt wird. Tatsache sei, dass es kaum UMTS-Kunden gebe, was darin liege, dass nach wie vor veränderte tatsächliche Verhältnisse vorliegen würden und der Markt noch nicht reif sei. [...] habe auf tel. Anfrage am 8. Oktober 2005 mitgeteilt, dass derzeit weder UMTS-Dienste noch Handys angeboten würden und auch bei [...] sei die Nutzung von UMTS-Diensten gering.

Diese Auslegung, dass bereits der Aufbau der Infrastruktur ausreichend sei, widerspreche dem Wortlaut der Konzession und des Merkblatts und sei gesetzwidrig, weil sie dem Sinn und Zweck des FMG widerspreche. Sollte jedoch an dieser Auslegung festhalten werden, so müsse davon ausgegangen werden, dass die 3G Mobile AG gegenüber den anderen Konzessionärinnen, die die Konzession ebenfalls verletzten, ungleich behandelt werde. Diesbezüglich verlange die 3G Mobile AG Gleichbehandlung im Unrecht und dass das Aufsichtsverfahren gegen sie umgehend eingestellt werde.

Zudem sei nicht ersichtlich, wie das BAKOM die Einhaltung der Versorgungsaufgabe überprüfen wolle, wenn die Dienste nicht angeboten würden. Das BAKOM habe sich allein auf die Berichterstattung der Konzessionärinnen gestützt und kaum unabhängige Erhebungen durchgeführt.

Die UMTS-Netze von Swisscom Mobile, Sunrise und Orange sind freigeschaltet und lassen eine Nutzung eines 12.2K Sprachdienstes, wie im Merkblatt „Auslegung der IMT-2000/UMTS Konzession bezüglich der von der Konzessionärin zu erbringenden Informationen über den Netzaufbau“ (act. 21) als Minimalanforderung vorgegeben, zu. Vorgaben bezüglich des Zeitpunktes eines bestimmten kommerziellen Angebotes oder zu Marketingmassnahmen machen Konzession und das sie auslegende Merkblatt nicht. Hierüber hat letztendlich der Markt bzw. jede Konzessionärin selber zu entscheiden. Entgegen der Auffassung der 3G Mobile AG ist Überprüfung der Einhaltung der Versorgungsaufgabe durch das BAKOM nicht zu beanstanden. Das BAKOM in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde verfügt zweifellos über das zur Überprüfung der Einhaltung der Versorgungsaufgaben nötige technische Know-how. Das "Radio-Monitoring" des BAKOM ist zur selbständigen und objektiven Überprüfung hinlänglich befähigt und ausgerüstet, ohne dass hierzu externe Unternehmen beigezogen werden müssten. Nicht zu beanstanden ist weiter, dass sich das BAKOM auch auf die Berichterstattung der Konzessionärinnen stützt, zumal diese in der Verfügung vom 25. Juni 2005 zu einer strengen Rapportierung gegenüber dem BAKOM verpflichtet wurden. Art. 59 FMG statuiert überdies, dass die Konzessionärinnen verpflichtet sind, der Konzessionsbehörde die Auskünfte zu erteilen, die für den Vollzug dieses Gesetzes notwendig sind. Die Angaben der Konzessionärinnen wurden überprüft.



Die in den vier UMTS-Konzessionen statuierte Versorgungspflicht verlangt, dass eine UMTS-Konzessionärin ab Anfang 2005 50% der Bevölkerung mit UMTS-Diensten versorgen kann. Im Merkblatt zur Auslegung der UMTS-Konzession bezüglich der von der Konzessionärin zu erbringenden Informationen über den Netzaufbau hat das BAKOM näher umschrieben, nach welchen Kriterien die Erreichung der Versorgungspflicht beurteilt wird. Bezüglich Diensten ist dort festgehalten: "Die Konzession macht keine Vorgaben bezüglich Typ und Qualität der Dienste, da das zukünftige Angebot von IMT-2000/UMTS-Diensten zur Zeit der Konzessionserteilung noch nicht absehbar war. Welche Dienste von welcher Qualität dem Endkunden angeboten werden, obliegt dem freien Wettbewerb und der entsprechenden Marktnachfrage. Es obliegt der jeweiligen Konzessionärin die von ihr angebotenen Dienste frei zu bestimmen. Allerdings darf es sich bei den angebotenen Diensten nicht einfach um "Alibidienste" handeln, sondern diese müssen im Marktumfeld Sinn machen. Als Untergrenze für einen zu erbringenden Dienst geht das BAKOM daher davon aus, dass eine Konzessionärin mindestens einen (...) Sprachdienst anbietet." Diese Versorgungspflicht haben – mit Ausnahme der 3G Mobile AG – alle UMTS-Konzessionärinnen erfüllt. Seit Anfang 2005 ist mindestens 50% der Bevölkerung auf allen UMTS-Netzen das Telefonieren mit einem UMTS-Telefon möglich. Dazu muss der Nutzer bei [...] eine GSM-SIM Karte in das UMTS-Telefon einsetzen, damit sein Telefon im Netz identifiziert werden kann. Bei [...] können ausgewählte Kunden seit Anfang 2005 SIM-Karten erhalten. Damit können sie UMTS-Dienste nutzen. Dass mindestens 50% der Bevölkerung seit Anfang 2005 mit UMTS-Sprachdiensten versorgt werden, ergaben die Berechnungen und Messungen des BAKOM. Somit werden 50% der Bevölkerung mit dem UMTS-Dienst Sprachtelefonie versorgt. Dies gilt für jedes der drei Netze der übrigen UMTS-Konzessionärinnen. Sie bauen nun laufend ihr Dienstangebot (z.B. Videotelefonie, Musik- und Videodownload, TV-Angebote, Internet, Datendienste via Datenkarten etc.) aus.

Demgegenüber ist festzustellen, dass die 3G Mobile AG innert Frist den Netzaufbau nicht an die Hand genommen hat und heute über keinen einzigen Antennenstandort verfügt. Da die übrigen Konzessionärinnen fristgerecht Netzinfrastruktur errichtet und ein Sprachdienst freigeschaltet haben, bestand kein Anlass gegen sie ein Aufsichtsverfahren einzuleiten. Hätte die 3G Mobile AG wie die anderen Konzessionärinnen Infrastruktur errichtet und eine Bevölkerungsabdeckung von 50% erreicht und zudem einen Sprachdienst freigeschaltet, so hätten auf sie dieselben Regeln Anwendung gefunden, wie bei den drei anderen UMTS-Konzessionärinnen auch. Die Sachverhalte sind verschieden und werden demnach auch unterschiedlich behandelt.



Aktenzeichen: AZ 222.2

Es ist auch unklar, was die Beaufichtigte von der vermeintlichen Ungleichbehandlung für sich ableiten möchte. Würde ihr Vorwurf zutreffen, müssten ja höchstens auch Aufsichtsverfahren gegen [...] eingeleitet werden. Da sie unbestrittenermassen im Gegensatz zu 3G Mobile AG bereits ihre Infrastruktur aufgebaut hatten, stünde als Aufsichtsmassnahme sicher nicht ein Konzessionsentzug zur Diskussion. Auch bestünde kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Ein solcher ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise gegeben, unter der Voraussetzung, dass eine ständige gesetzeswidrige Praxis der rechtsanwendenden Behörde vorliegt, die im jeweiligen Fall zu entscheiden hat, und diese Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von ihrer Praxis abzuweichen gedenke (BGE 127 I 1 E. 3a S. 2 f. mit Hinweisen; 115 Ia 81 E. 2 S. 83 und 3c S. 85). Dies trifft vorliegend nachgerade nicht zu.

Die vorliegende Sachlage unterscheidet sich auch klar von derjenigen im angerufenen VPB 66.26 (recte: 65.26). Im Verlauf des GSM-Netzaufbaus gelang es [...] nicht, die vorgegebenen Versorgungsaufgaben fristgerecht einzuhalten. Im Gegensatz zur 3G Mobile AG wurde von [...] ein neues GSM-Mobilfunknetz geplant und auch gebaut. Insofern konnte auf weitere Aufsichtsmassnahmen verzichtet werden, da die Konzessionärin gezeigt hat, dass sie bestrebt ist, die Frequenzen zu nutzen. Davon kann bei der 3G Mobile AG keine Rede sein, hat diese doch nach mehr als fünf Jahren keinen einzigen Antennenstandort in Betrieb genommen. Weiter beabsichtigt sie auch nicht, den Netzaufbau künftig an die Hand zu nehmen.

Der entschädigungslose Konzessionsentzug ist somit die einzige adäquate Aufsichtsmassnahme.

IV Kosten und Parteientschädigung

[...]



V Dispositiv

Aus diesen Gründen wird

verfügt:

1. Das Gesuch vom 27. Dezember 2004 um Änderung der Konzession wird bezüglich Haupt- und Eventualbegehren abgewiesen.
2. Das Gesuch vom 8. März 2005 zur Konzessionsübertragung wird bezüglich Haupt- und Eventualbegehren abgewiesen.
3. Das Gesuch um Sistierung des Konzessionsänderungs- und des Aufsichtsverfahrens sowie dasjenige um Nichtvereinigung der Verfahren wird abgelehnt.
4. Das Gesuch vom 14. Oktober 2005 um (nochmaliges) rechtliches Gehör zum Antrag des BAKOM an die Entscheidbehörde wird abgelehnt.
5. Es wird festgestellt, dass die 3G Mobile AG die Versorgungsaufgaben unter Ziffer 3.3.3 der UMTS-Konzession Nr. 25100007 nicht einhält und zudem gegen Art. 6 und Art. 23 FMG verstösst.
6. Die UMTS-Konzession Nr. 25100007 der 3G Mobile AG wird entschädigungslos entzogen.
7. [...]
8. [...]
9. Diese Verfügung wird der 3G Mobile AG schriftlich mittels eingeschriebener Post mit Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission

Marc Furrer
Präsident

[...]