

(Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 25. Juni 2002)

Fernmeldewesen. Änderung einer Konzession für Mobilfunk der 3. Generation (UMTS), welche mit einer Versorgungsaufgabe bis Ende 2002 erteilt worden war.

- Die Kommunikationskommission ist gemäss Art. 5 FMG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 FMG für die Änderung der Konzession zuständig.
- Veränderte tatsächliche Verhältnisse ergeben sich vorliegend daraus, dass wider Erwarten sowohl der technische Stand der Endgeräte als auch die verfügbaren Dienste noch nicht in genügendem Masse vorhanden sind, um die Netzabdeckung in der bei der Konzessionserteilung festgelegten Frist zu verlangen.

- Ein wichtiges öffentliches Interesse an einer Konzessionsänderung besteht vorliegend darin, dass beim Markteintritt von UMTS-basierenden Diensten ein ausgereiftes, technisch genügend ausgetestetes und markt- bzw. diensterelevantes Netz aufgebaut ist und einschliesslich der zur Nutzung notwendigen marktauglichen Endgeräte zur Verfügung steht.

Télécommunications. Modification d'une concession pour radiocommunication mobile de la 3e génération (UMTS), dont l'octroi avait été assorti d'une charge relative à une obligation de desserte d'ici à fin 2002.

- En application de l'art. 5 LTC en relation avec l'art. 10 al. 1 LTC, la Commission fédérale de la communication est compétente pour la modification de la concession.
- En l'espèce, une modification des conditions de fait résulte de ce que, contre toute attente, ni le développement technique ni les services à disposition n'existent encore dans une mesure suffisante pour permettre d'exiger la couverture du réseau dans les délais fixés avec l'octroi de la concession.

- Il y a en l'espèce un intérêt public important à ce que la concession soit modifiée afin qu'un réseau mûri, suffisamment testé sur le plan technique, conforme au marché et adapté aux services soit établi et mis à disposition avec un équipement terminal capable de s'imposer sur le marché.

Telecomunicazioni. Modifica di una concessione per radiocomunicazione mobile della 3a generazione (UMTS) il cui rilascio era stato vincolato all'obbligo di fornire il servizio fino alla fine del 2002.

- Sulla base dell'art 5 LTC in relazione con l'art. 10 cpv. 1 LTC, per la modifica della concessione è competente la Commissione federale delle comunicazioni.
- Nella fattispecie, risulta una modifica delle condizioni di fatto perché, contro ogni aspettativa, lo sviluppo tecnico degli apparecchi terminali e i servizi disponibili sono ancora insufficienti per esigere la copertura di rete entro il termine fissato nella decisione di rilascio della concessione.
- In casu sussiste un importante interesse pubblico ad una modifica della concessione, in modo che, al momento dell'introduzione sul mercato di servizi basati sulla tecnologia UMTS, venga creata una rete sviluppata razionalmente, sufficientemente collaudata dal punto di vista tecnico, conforme al mercato, adattata ai servizi e accompagnata da apparecchi terminali atti ad imporsi sul mercato.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 6. Dezember 2000 wurden die vier UMTS[80]-Konzessionen durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) versteigert. Der Konzessionärin Z. wurde anlässlich der Auktion zur Vergabe der 4 UMTS-Konzessionen eine Konzession zugeschlagen. Die entsprechende Konzession Nr. X für das Erbringen von Fernmeldediensten über ein landesweites digitales zelluläres Mobilfunknetz auf der Basis des UMTS-Standards gemäss den Bedingungen für IMT-2000[81]-Familie der ITU-R[82] in der Schweiz wurde der Konzessionärin Z. am 31. Januar 2001 erteilt.

Bezüglich der Versorgungsaufgabe war in den Ausschreibungsunterlagen ursprünglich vorgesehen, dass sich die Konzessionärin verpflichtet, «bis am 31.12.2004 mindestens 50% der Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS-Netzinfrastruktur erbracht werden, zu versorgen.» Die definitive Konzession wurde in Ziff. 3.3.3 durch eine Staffelung ergänzt. Die Ergänzung lautete dahingehend, dass bis Ende 2002 20% der Bevölkerung der Schweiz mit IMT-2000/UMTS-Diensten, die mit eigener IMT-2000/UMTS Netzinfrastruktur erbracht werden, versorgt werden müssten. Die ursprüngliche, 50%-ige Abdeckung der Bevölkerung bis Ende 2004 wurde beibehalten. Die Zwischenstufe von 20% wurde insbesondere in die Konzession aufgenommen, um sicherzustellen, dass die Aufsichtsbehörden bei sich durch die Konzessionärinnen ergebenden Verzögerungen rechtzeitig und nicht erst Ende 2004 einschreiten können. Die Konzession ist unbestritten in Rechtskraft erwachsen.

Bei der Konzessionserteilung ging man anfänglich von der rechtzeitigen Verfügbarkeit von UMTS-Netzwerkinfrastruktur, Terminals sowie spezifischer UMTS-Dienste aus. Später mussten die anfänglich zu positiv ausgefallenen Prognosen revidiert werden. Nach Überprüfung der aktuellen Situation stellte die ComCom fest, dass insbesondere Zweifel bezüglich der termingerechten Verfügbarkeit der für den Markteintritt wichtigen «multimode» Endgeräten (d. h. alle drei Mobilfunkstandards [GSM[83]/GPRS[84]/UMTS] unterstützende Endgeräte) bestehen. Zudem befindet sich die Entwicklung von Diensten und Anwendungen, welche die Möglichkeiten von UMTS ausschöpfen, zur Zeit noch in der Anfangsphase und eine entsprechende Nachfrage hat sich noch nicht manifestiert.

Aufgrund der veränderten Verhältnisse im Bereich des Marktes der dritten Mobilfunkgeneration (3G-Telekommunikation) erklärte sich deshalb die ComCom am 18. April 2002 bereit, eine Flexibilisierung der Versorgungsaufgaben der UMTS-Konzessionen zu prüfen und auf die Zwischenstufe von 20% Bevölkerungsabdeckung per Ende 2002 zu verzichten. Gleichzeitig sollte aber eine spezifische, zusätzliche Berichterstattungspflicht bezüglich des Voranschreitens der Netzaufbauarbeiten eingeführt werden. Das BAKOM hat den UMTS-Konzessionärinnen die entsprechende Konzessionsänderung im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben vom 1. Mai 2002 zur Stellungnahme unterbreitet. Sämtliche Konzessionärinnen haben ihre

Stellungnahmen fristgerecht bis zum 17. Mai 2002 beim BAKOM eingereicht.

Aus den Erwägungen:

2.1. Formelles

Die Konzessionärin Z. ist gestützt auf Art. 4 und Art. 22 ff. des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) Inhaberin der UMTS-Konzession Nr. X. In der vorliegenden Verfügung steht eine Änderung der in der vorgenannten Konzession enthaltenen Versorgungsaufgabe zur Diskussion. Für Änderungen einzelner Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer ist gemäss Art. 10 FMG die Konzessionsbehörde zuständig. Konzessionsbehörde ist in casu die Eidgenössische Kommunikationskommission (Art. 5 FMG).

2.2 Materielles

2.2.1 Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 10 Abs. 1 FMG kann die Konzessionsbehörde «einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.» Art. 10 Abs. 2 FMG hält weiter fest, dass die Konzessionärin angemessen entschädigt wird, wenn die Änderung der Konzession eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte bewirkt.

2.2.2 Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse

Vorliegend gilt es zu prüfen, ob sich im Sinne von Art. 10 Abs. 1 FMG die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben und ob eine Änderung der heute geltenden Konzessionsbestimmungen zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist und somit als gerechtfertigt erscheint.

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 als dies anlässlich der Konzessionserteilung angenommen werden durfte und musste.

Im Zeitpunkt der Vergabe der Konzessionen ging die ComCom davon aus, dass die Einführung der neuen UMTS-Infrastruktur sehr schnell vorangehen werde. Entsprechend positiv war auch die Stimmung auf dem Telekommunikationsmarkt und sie wurde durch entsprechende Aussagen seitens der Netzinfrastukturanbieter und Geräteherstellern noch verstärkt. Im Verlaufe des Jahres 2001 zeichnete sich ab, dass diese Vorgaben zu euphorisch gewesen waren und entsprechend relativiert werden mussten. Auf Anfrage des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) hin wurden bei den Infrastrukturherstellern Auskünfte über die Verfügbarkeit der Netzinfrastuktur wie auch von entsprechenden Endgeräten eingeholt. Die Anfragen ergaben, dass es zwar grundsätzlich technisch und organisatorisch möglich sein dürfte, die verlangte Netzabdeckung von 20% per Ende 2002 zu erreichen, jedoch Zweifel betreffend der termingerechten Verfügbarkeit der für den Markteintritt wichtigen «multimode» Endgeräten (GSM/GPRS/UMTS) bestehen. Zudem befindet sich die Entwicklung von Diensten und Anwendungen, welche die Möglichkeiten von UMTS ausschöpfen, noch in der Anfangsphase und die Entwicklung einer entsprechenden Marktnachfrage ist erst mit der Einführung leistungsfähiger, GPRS-basierender Dienste zu erwarten, die sich in Folge einer verspäteten kommerziellen Verfügbarkeit von leistungsfähigen GPRS-Endgeräten nur zögerlich entwickeln. Dementsprechend kann wohl auch kaum von einer eigentlichen Versorgung der Bevölkerung mit UMTS-basierenden Diensten die Rede sein.

Aus den dargelegten Gründen ist zweifelsohne ersichtlich, dass der technische Stand der Endgeräte wie auch der verfügbaren Dienste in noch ungenügendem Masse vorangeschritten ist und der Kundennutzen im gegenwärtigen Zeitpunkt deshalb als noch gering qualifiziert werden muss. Es ist nicht zu erwarten, dass sich dies bis zum Jahresende 2002 wesentlich verändern wird. Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich damit in der Zeitspanne vor der Konzessionsvergabe und dem jetzigen Zeitpunkt massgeblich verändert. Mit einer derartigen Änderung wird die in Art. 10 Abs. 1 FMG verlangte Voraussetzung für eine Konzessionsänderung erfüllt.

Änderungen rechtlicher Natur sind dann gegeben, wenn sich das objektive Recht seit der Konzessionserteilung geändert hat, sei dies durch Inkrafttreten neuer Gesetzes- oder Ordnungsbestimmungen. Vorliegend relevante Gesetzesänderungen sind nicht erfolgt. Inwiefern die Tatsache, dass im Zeitpunkt der Konzessionserteilung die Vollzugsinstrumente für die Anwendung der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) noch nicht definitiv festgelegt waren, eine solche Änderung der rechtlichen Verhältnisse darstellen könnte, kann hier offengelassen werden, da sich bereits die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben. Immerhin war zwar die NISV selber im Zeitpunkt der Konzessionserteilung bereits in Kraft, wichtige notwendige Vollzugsinstrumente (z. B. Messmethoden bzw. Messempfehlungen) für deren Anwendung lagen aber nur teilweise und nur in provisorischer, umstrittener Fassung vor. Dies führte mindestens zu einer Rechtsunsicherheit und zu einer zeitlichen Verzögerung bei den entsprechenden kantonalen Baubewilligungsbehörden.

2.2.3 Öffentliches Interesse

Zusätzlich zur oben erwähnten Voraussetzung einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ist erforderlich, dass die Konzessionsänderung der Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen entspricht.

Öffentliche Interessen sind Anliegen, welche die Öffentlichkeit (verstanden als Allgemeinheit) für schützenswert und verwirklichenswert erachtet. Die öffentlichen Interessen sind stets den zugehörigen Aufgabengesetzen zu entnehmen, wobei sie sich zumeist den Ziel- und Zweckartikeln des Gesetzes, mitunter aber auch spezifischen Umschreibungen oder Aufzählungen entnehmen lassen. Das Vorliegen eines bestimmten öffentlichen Interesses allein rechtfertigt staatliches Handeln noch nicht: Das öffentliche Interesse muss die entgegenstehenden (privaten oder öffentlichen) Interessen überwiegen. Ob dies der Fall ist, wird durch Interessenabwägung ermittelt (Tschannen / Zimmerli / Kiener; Allgemeines Verwaltungsrecht; Bern 2000; S. 101 ff.).

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. Im Rahmen einer volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der vorerwähnten veränderten Rahmenbedingungen im Telekommunikationsmarkt erscheint es wenig sinnvoll, dass die Behörde an der ursprünglichen Versorgungsaufgabe festhält.

Vielmehr muss sie darauf bedacht sein, dass dem Publikum Dienste angeboten werden, welche im Sinne des Zweckartikels (Art. 1 Abs. 1 FMG) für dieses auch einen gewissen Mehrwert beinhalten. Insofern macht es wenig Sinn, UMTS-Technologien und Dienste vor Erreichen der Marktreife regulatorisch zusätzlich zu forcieren. In diesem Zusammenhang sei als typisches Beispiel auf die verfrüht eingeführten und technisch noch nicht ausgereiften WAP-Dienstleistungen verwiesen, welche beim Zielpublikum nur auf geringe Akzeptanz gestossen sind und auch heute das Image von WAP stark negativ belasten. Letztlich ist es auch ein öffentliches Interesse, nicht regulatorisch zu Investitionen zu verpflichten, wenn der Markt noch nicht reif scheint bzw. die entscheidenden Endgeräte noch nicht zur Verfügung stehen.

Diese Interessen überwiegen die Interessen an der Beibehaltung der Versorgungspflicht bis Ende 2002. Das weiterhin vorhandene öffentliche Interesse an der rechtzeitigen Einführung von UMTS-basierenden Diensten wird mit der Einführung einer zeitlich beschränkten spezifischen Meldepflicht über den Fortschritt des Aufbaus der Netzinfrastruktur berücksichtigt. Diese erlischt, wenn der ursprünglich vorgesehene Versorgungsgrad erreicht ist.

Bezüglich eines allenfalls vorhandenen Arguments der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch die Konzessionsänderung ist festzuhalten, dass der Kerngehalt der Konzession von der Änderung nicht betroffen ist. Die Änderung betrifft nur den Zeitpunkt des regulatorisch erzwungenen Markteintrittes. Diesen zu flexibilisieren beeinträchtigt die Rechtssicherheit im vorliegenden Umfeld wenig, zumal sich die Änderung zum Vorteil der Konzessionärin auswirkt. Es steht ihr weiterhin offen, bereits in einem früheren Zeitpunkt mit UMTS-basierenden Diensten am Markt aufzutreten. Sie erhält aber neu die Möglichkeit, damit etwas zuzuwarten. Ein allfälliges Interesse der Konzessionärin, dass neben ihr auch ihre Mitbewerber die für die Erreichung von 20% der Bevölkerung bis Ende 2002 nötigen Investitionen sofort tätigen müssen, tritt gegenüber dem Interesse der Konsumenten gemäss Art. 1 FMG zurück.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es im öffentlichen Interesse liegt, dass beim Markteintritt von UMTS-basierenden Diensten ein ausgereiftes, technisch genügend ausgetestetes und markt- bzw. diensterrelevantes Netz aufgebaut ist und einschliesslich der zur Nutzung notwendigen marktauglichen Endgeräte zur Verfügung steht.

Auf die Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 FMG braucht vorliegend nicht näher eingegangen zu werden, da die beabsichtigte Konzessionsänderung zu keiner Schmälerung der übertragenen Rechte führt.

2.2.4 Stellungnahme der Konzessionärin Z.

(...)

Abschliessend kann gesagt werden, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 FMG gegeben sind. Es rechtfertigt sich deshalb, die Konzession auf Grund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse und zur Wahrung der öffentlichen Interessen entsprechend zu modifizieren.

Unter Berücksichtigung sämtlicher in Frage stehenden Interessen erscheint es angemessen, auf die Versorgungsaufgabe von 20% bis Ende 2002 zu verzichten. Die Versorgungsaufgabe von 50% der Bevölkerung bis Ende 2004 wird beibehalten.

[80] «Universal Mobile Telecommunications System», Universelles mobiles Telekommunikationssystem: ein Standard für digitale Mobilfunknetze der 3. Generation.

[81] «International Mobile Telecommunications 2000».

[82] Internationale Fernmeldeunion - Radiocommunication.

[83] «Global System for Mobile Communications», Globales Mobilkommunikationssystem: ein Standard für digitale Mobilfunknetze der 2. Generation.

[84] «General Packet Radio Service», paketvermittelter Datendienst zur Verbesserung des Datendurchsatzes in GSM-Netzen (erlaubt Übertragungsraten von bis zu 115,2 kBit/s).

Dokumente der ComCom