

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. Dr. Günther Haring als weitere Mitglieder über Anträge der **WiMAX Telecom GmbH und der B-MAX Breitband GmbH** mit dem Sitz in 1120 Wien, Pottendorferstrasse 25-27, beide vertreten durch Freshfields Bruckhaus Deringer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Seilergasse 16 vom 14.08.2007 auf Änderung der Frequenznutzung gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 in ihrer Sitzung am 10.12.2007 folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Den Anträgen der WiMAX Telecom GmbH und der B-MAX Breitband GmbH vom 14.08.2007, die Telekom-Control-Kommission möge gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 die in § 16 Z 1 der Frequenzzuteilungsurkunde (Anlage I zum Bescheid vom 16.04.2007) im Verfahren F 3/07-5 festgelegte Versorgungspflicht dahingehend ändern, dass die Wortfolge „zumindest eine zentrale Funkstelle betrieben wird und“ gestrichen wird sowie dass in der Tabelle in Spruchpunkt 1 des Bescheides F 3/07-5 und in der Tabelle in § 16 Z 1 der vorgenannten Anlage I jeweils die Wortfolge „mit zentraler Funkstelle“ gestrichen wird, wird stattgegeben.
2. Den Anträgen der WiMAX Telecom GmbH und der B-MAX Breitband GmbH vom 14.08.2007 dahingehend, den in § 1 der Frequenzzuteilungsurkunde festgelegten Verwendungszweck dahingehend zu ändern, dass das zugeteilte Frequenzspektrum zur Herstellung von digitalen breitbandigen drahtlosen Zugangssystemen (Broadband Wireless Access-Systemen) verwendet werden kann, wird stattgegeben

§ 1 der Frequenzzuteilungsurkunde wird dahingehend abgeändert, dass dieser nunmehr lautet:

„Das zugeteilte Frequenzspektrum ist zur Herstellung von digitalen breitbandigen drahtlosen Zugangssystemen (Broadband Wireless Access-Systeme) zu verwenden.“

Digitale breitbandige drahtlose Zugangssysteme (Broadband Wireless Access-Systeme) sind Funkssysteme des festen oder beweglichen Funkdienstes, die aus zentralen (ortsfesten) Funkstellen und Teilnehmerfunkstellen bestehen, die mit der zentralen Funkstelle in der Betriebsart Duplex in Funkverbindung stehen.

Die Frequenzpakete sind für die drahtlose Anbindung von Endkunden im Rahmen der Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste vorgesehen. Die Verwendung der Frequenzen zur Anbindung von zentralen Funkstellen ist nur dann zulässig, wenn über diese zentralen Funkstellen Endkunden mittels der gegenständlichen Frequenzen versorgt werden.“

§ 10 der Frequenzzuteilungsurkunde wird dahingehend abgeändert, dass dessen Absatz 2 nunmehr lautet:

„(2) Insbesondere hat der Betreiber jener Funkanlagen, die das TDD-Duplexverfahren verwenden und/oder die nach den für den beweglichen Funkdienst geltenden Bestimmungen arbeiten, im Fall von Störungen, die trotz Einhaltung der Festlegungen hinsichtlich der spektralen Leistungsflussdichte gemäß Punkt 3.5 – 3.7 an Funkanlagen, die das FDD-Duplexverfahren verwenden und/oder die nach den für den festen Funkdienst geltenden Bestimmungen arbeiten, geeignete Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen zu ergreifen.“

Weiters wird Anlage I dahingehend abgeändert, dass der Begriff Richtfunkverteilsysteme durch den Begriff „digitale breitbandige drahtlose Zugangssysteme (Broadband Wireless Access-Systeme)“ ersetzt wird.

3. Für diesen Bescheid sind Euro 49,05 Euro an Gebühren zu entrichten. Der Betrag ist binnen 14 Tagen mittels beiliegendem Zahlschein auf das P.S.K.-Konto des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, Konto-Nr. 5040003 zu überweisen.

II. Begründung

II.1) Sachverhalt:

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 08.11.2004, F 5/04-37 wurden der Schrack Mediacom GmbH Frequenzen für die Regionen 1 bis 6 und somit für das gesamte Bundesgebiet zur Nutzung zugeteilt. Darüber hinaus erfolgten mit gegenständlichem Bescheid Frequenzzuteilungen an Telekom Austria AG, Telekabel Wireless GmbH und Teleport Consulting und Systemmanagement GmbH. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11.01.2005, F 5f/04-17 wurde die Zustimmung zur Überlassung der, der Schrack Mediacom GmbH zugeteilten Frequenzen an die WiMAX Telecom GmbH erteilt.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 16.04.2007 wurde weiters die Zustimmung zur Überlassung von Frequenznutzungsrechten in den Regionen 1 und 6 von der WiMAX Telecom GmbH auf die B-MAX Breitband GmbH erteilt.

In Anlage 1 des zitierten Bescheides (Frequenzzuteilungsurkunde) finden sich in § 1 Regelungen betreffend den Verwendungszweck für die zugeteilten Frequenzen

und in § 16 Regelungen betreffend die Versorgungspflicht. Punkt 1 des § 16 normiert die Auflage, eine bestimmte Anzahl an Gemeinden je Region zu bestimmten Stichtagen zu versorgen. Bis 31.12.2007 ist in der definierten Anzahl von Gemeinden ein Versorgungsgrad von 20% sicherzustellen, mit spätestens 31.12.2008 ist in den definierten Gemeinden ein Versorgungsgrad von 30% sicherzustellen. Dabei gilt eine Gemeinde dann als versorgt, wenn in dieser Gemeinde zumindest eine zentrale Funkstelle betrieben wird.

Mit Schriftsatz vom 14.08.2007 brachten die WiMAX Telecom GmbH und die B-MAX Breitband GmbH die aus dem Spruch ersichtlichen Anträge ein. Zu den Anträgen wurde ausgeführt, dass seit der Vergabe gravierende Veränderungen eingetreten sind, so sei insbesondere die Funkschnittstellenbeschreibung an den neuesten technischen Standard angepasst worden, der Frequenznutzungsplan sei dahingehend geändert worden, dass auch mobile Applikationen mit diesem Spektrum bedient werden können. Daher werde eine Anpassung der Nutzungsbedingungen beantragt. Einerseits solle das Erfordernis, eine zentrale Funkstelle je versorgter Gemeinde betreiben zu müssen, aufgegeben werden, da aufgrund der geänderten Funkschnittstellenbeschreibung die maximal erlaubte Strahlungsleistungsdichte erhöht werde und dies die Errichtung von Funknetzen mit größerer Reichweite unter Beibehaltung der Übertragungskapazitäten ermögliche, andererseits solle der Verwendungszweck auf die mobile Nutzung ausgedehnt werden.

In der Sitzung vom 29.10.2007 wurde von der Telekom-Control-Kommission ein Maßnahmenentwurf beschlossen und in Folge veröffentlicht. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens wurde seitens T-Mobile eine Stellungnahme eingebracht. In dieser wird vorgebracht, dass nachträgliche Änderungen von Auflagen stets kritisch zu hinterfragen seien, da speziell Versorgungsaufgaben ein wesentlicher Parameter für die Teilnahme an einer Frequenzauktion seien. Aus diesem Grund wird die geplante Entscheidung dahingehend, den Wegfall der Versorgungsverpflichtungen abzuweisen, seitens T-Mobile begrüßt. Hinsichtlich der vorgesehenen Ermöglichung der nomadischen Nutzung führt T-Mobile aus, dass diese Entscheidung auch im Hinblick auf die wettbewerblichen Auswirkungen noch zu prüfen sei. Entsprechende Ausführungen würden sich im Maßnahmenentwurf noch nicht finden. Zur weiteren geplanten Änderung (Wegfall des Erfordernisses einer zentralen Funkstelle je versorgter Gemeinde) führt T-Mobile aus, dass diese Änderung zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde, da jene Unternehmen, die die Frequenzen ersteigert haben, nachträglich finanzielle Erleichterungen zugestanden bekommen. Andere Unternehmen hätten bei Kenntnis dieser Änderung an der Auktion teilgenommen. Jedenfalls seien die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu überprüfen. Weitere Stellungnahmen sind nicht eingelangt. T-Mobile führt in ihrer Stellungnahme weiters an, dass die wettbewerblichen Auswirkungen auf andere Frequenzbereiche nicht ausreichend im Maßnahmenentwurf beleuchtet wurden.

II.2) Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den Verwaltungsakten im Verfahren F 5/04, sowie aus dem Vorbringen im gegenständlichen Verfahren.

II.3) Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde die vorgeschriebene Frequenznutzung ändern, sofern dies auf Grund des

Verwendungszwecks und der technischen Nutzungsbedingungen zulässig ist. Dabei hat sie insbesondere die technische Entwicklung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall wird eine Änderung der Auflagen betreffend die Versorgungspflicht beantragt. Diese Auflagen haben ihre Rechtsgrundlage in § 55 Abs. 10 Z 2 TKG 2003, der bestimmt, dass Auflagen betreffend die Reichweite und den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme auferlegt werden können. Diese Auflagen dienen verschiedenen Zielen. Einerseits soll dadurch eine effiziente Frequenznutzung sichergestellt werden, da mittels dieser Auflagen verhindert wird, dass Frequenzen ungenutzt bleiben, nachdem sie Unternehmen zugeteilt wurden. Auch ein Horten aus strategischen Gründen kann durch diese Bestimmungen verhindert werden. Schlussendlich dienen diese Regelungen auch dazu, Ziele des § 1 TKG 2003 (Standortqualität, Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigen Diensten) zu verwirklichen.

Die genannten Auflagen werden von der Regulierungsbehörde jeweils bereits im Zuge des Ausschreibungsverfahrens bekannt gemacht, und dienen somit den jeweiligen potentiellen Antragstellern auch als Entscheidungsgrundlage hinsichtlich einer Beteiligung am Verfahren. Unternehmen entscheiden unter anderem auch aufgrund der genannten Rahmenbedingungen (z.B. Nutzungsbedingungen), ob sie sich für bestimmte Frequenzzuteilungen bewerben oder nicht.

Eine nachträgliche Änderung dieser Bedingungen führt daher auch zu einer nachträglichen Änderung von unter Umständen wesentlichen Entscheidungsgrundlagen von am Verfahren beteiligten Unternehmen, und ist daher jedenfalls problematisch. Aber auch für zukünftige Vergabeverfahren wird dadurch ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen, da Unternehmen bei ständiger nachträglicher Änderung von Auflagen in zukünftigen Verfahren nicht mehr auf die Ausschreibungsbedingungen vertrauen können, und somit die Planungssicherheit von Unternehmen stark beeinträchtigt wird.

Gründe, die unter Umständen eine Änderung von Auflagen rechtfertigen könnten, wären unter anderem Weiterentwicklungen im Bereich der Technik und damit verbundene erhebliche Effizienzsteigerungen, erforderliche Änderungen aufgrund internationaler Erfordernisse (z.B. geänderte Frequenznutzung), unvorhergesehene Verzögerungen bei der Standardisierung (wenn in der Frequenzzuteilung bestimmte Standards vorgegeben wurden) und generell alle Gründe, die es dem Betreiber nicht ermöglichen, die Auflagen zu erfüllen, sofern diese Gründe nicht in seinem Einflussbereich liegen.

Die Antragstellerin brachte vor, dass durch die Möglichkeit höherer Strahlungsleistungsdichte die Versorgung größerer Gebiete möglich geworden sei.

Tatsächlich stellt sich die Situation so dar, dass in diesem Bereich aufgrund technischer Weiterentwicklung Verbesserungen bzw. Effizienzsteigerungen erreicht werden konnten.

Aus diesem Grund liegen im gegenständlichen Fall die Voraussetzungen für eine nachträgliche Änderung der Auflagen vor, dem Antrag war daher stattzugeben.

Zum Antrag auf Abänderung der Regelungen betreffend den Verwendungszweck ist auszuführen, dass durch die technische Weiterentwicklung es nunmehr möglich ist, den gegenständlichen Frequenzbereich nicht nur für den festen

Funkdienst zu verwenden, das Spektrum kann künftig auch für den beweglichen Funkdienst eingesetzt werden. Dieser Entwicklung Rechnung tragend hat das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie in der am 27.12.2006 in Kraft getretenen geltenden Fassung des Frequenznutzungsplanes (BGBl. II Nr. 525/2006) den Frequenzbereich 3400 – 3600 MHz betreffend die neue Eintragung „Mobile Anwendung von digitalen breitbandigen drahtlosen Zugangssystemen“ aufgenommen. Auch auf europäischer Ebene wird derzeit daran gearbeitet, im gegenständlichen Frequenzbereich die Nutzung durch den beweglichen Funkdienst zu ermöglichen.

Gemäß § 57 Abs. 4 kann auf Antrag die vorgeschriebene Frequenznutzung geändert werden, wenn dies aufgrund des Verwendungszweckes und der technischen Nutzungsbedingungen zulässig ist. Dabei ist insbesondere die technische Entwicklung und die Auswirkung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.

ISd § 57 Abs. 4 TKG 2003 ist davon auszugehen, dass weder der Verwendungszweck noch die technischen Nutzungsbedingungen der beantragten Änderung der vorgeschriebenen Frequenznutzung entgegenstehen und auch das Kriterium der technischen Entwicklung eine Änderung zweckmäßig macht

Es sind daher letztlich die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen.

Die Ausdehnung auf mobile Nutzung ist nunmehr aufgrund der Weiterentwicklung der Technik möglich. Die gesetzlichen Grundlagen wurden inzwischen durch eine Novelle der Frequenznutzungsverordnung 2005 (BGBl. II, Nr. 307/2005 idF BGBl. II, Nr. 524/2006) geschaffen. Auch wurde von allen in diesem Frequenzbereich tätigen Unternehmen inzwischen eine entsprechende Ausdehnung beantragt. T-Mobile ist unstrittig in den Frequenzbereichen GSM-900, GSM-1800 und 1900 (UMTS) tätig. Bei den gegenständlichen Frequenzen handelt es sich um solche aus dem Frequenzbereich 3,5 GHz. Diese Frequenzen waren ursprünglich für Richtfunkverteilsysteme gewidmet, aufgrund der Weiterentwicklung der technischen Voraussetzungen können diese Frequenzen nunmehr auch für mobile Anwendungen eingesetzt werden. Eine Vergleichbarkeit der darüber möglichen Anwendungen ist zwar im Bereich der mobilen Datenkarten gegeben, hier stellt der durch die verschiedenen Frequenzbereiche bedingte unterschiedliche Grad der Mobilität kein wesentliches Differenzierungsmerkmal mehr da. Hingegen ist im Hinblick auf die in den Frequenzbereichen GSM und UMTS angebotenen Sprachanwendungen derzeit jedenfalls noch keine Vergleichbarkeit hinsichtlich der angebotenen Anwendungen gegeben (insbesondere das für eine durchgehende Sprachverbindung erforderliche Hand-over ist im gegenständlichen Frequenzbereich derzeit noch nicht möglich).

Im Bereich der Marktabgrenzung haben die dargestellten Gegebenheiten bisher noch keine Berücksichtigung gefunden (es gibt noch keinen einheitlichen Markt für mobile Breitbanddienste), eine Beurteilung, inwieweit eine Vergleichbarkeit der genannten Frequenzbereiche gegeben ist und ob diese hinsichtlich der darin erbrachten Anwendungen einem gemeinsamen Markt zuzuordnen sein werden, wird gegebenenfalls erst im Rahmen neuer Marktabgrenzungen erfolgen.

§ 57 TKG 2003 geht allerdings ersichtlich davon aus, dass eine Genehmigung nur dann zu verweigern ist, wenn sich durch die geplante Änderung negative Auswirkungen auf den Wettbewerb ergeben. Diese Interpretation wird auch durch die Bestimmung des § 56 TKG 2003 gestützt, der wörtlich von einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs spricht.

Daher ist zu prüfen, ob die gegenständliche Entscheidung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde. Durch die beantragten Änderungen besteht die Möglichkeit, in weiterem Umfang Dienste an Endkunden anzubieten, als dies derzeit möglich ist. Durch diese Änderung ergeben sich daher durchaus Auswirkungen auf den Wettbewerb auch in anderen Frequenzbereichen (insbesondere im Bereich der Datenkarten), dabei handelt es sich allerdings nicht um negative Auswirkungen, im Gegenteil, durch die Änderung kommt es zu einer Intensivierung des Wettbewerbs, dies führt zu Auswirkungen sowohl in den Bereichen der von den Mobilfunkanbietern angebotenen mobilen Datenkarten als auch zu Auswirkungen im Bereich der Breitbanddienste im Festnetzbereich. Da die Auswirkungen aber zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, sondern im Gegenteil zu einer Intensivierung, war aus Sicht der Telekom-Control-Kommission kein Grund für eine Verweigerung der Genehmigung der gegenständlichen Anträge gegeben.

Die Vorschreibung der Gebühren erfolgte gemäß Abschnitt 2 Punkt E Ziffer 7 Telekommunikationsgebührenverordnung (BGBl II Nr. 29/1998, idF BGBl II 438/2006, TKGV). Danach ist für die Erteilung von Bewilligungen oder für sonstige Amtshandlungen nach dem Telekommunikationsgesetz, die im wesentlichen im Privatinteresse der Partei liegen und für die keine besondere Gebührenpost vorgesehen ist, eine Gebühr von einmalig Euro 49,05 Euro zu entrichten. Die TKGV hat ihre Rechtsgrundlage in § 82 Abs. 3 TKG 2003.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 10.12.2007

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

i. V. Dr. Wolfgang Feiel
Leiter Recht