

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Anträge der **UPC Wireless GmbH** mit dem Sitz in 1120 Wien, Wolfganggasse 58-60 vom 17.07.2007 und vom 25.10.2007 auf Änderung des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 08.11.2005 (F 5c/04-37) in ihrer Sitzung am 29.10.2007 folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

1. Der Antrag der UPC Wireless GmbH vom 17.07.2007, die Telekom-Control-Kommission möge gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 die Abänderung der Bescheidaufgaben in § 16 (Versorgungspflicht) der Anlage I zum Bescheid F 5/04 der Telekom-Control-Kommission vom 08.11.2004 dahingehend ändern, dass die Versorgungspflicht gänzlich gestrichen wird, wird abgewiesen.
2. Der in eventu-Antrag der UPC Wireless GmbH vom 17.07.2007, die Telekom-Control-Kommission möge die Bescheidaufgaben dahingehend ändern, dass die Verpflichtung zur Errichtung einer bestimmten Anzahl von Sendestationen in Gemeinden gestrichen und die Versorgungspflicht um einen Zeitraum von 3 Kalenderjahren verschoben wird, sodass spätestens zum 31. Dezember 2010 ein kumulativer Versorgungsgrad von 20% und spätestens zum 31. Dezember 2011 ein kumulativer Versorgungsgrad von 30% sicherzustellen ist, wird abgewiesen.

3. Der in eventu-Antrag der UPC Wireless GmbH vom 17.07.2007, die Telekom-Control-Kommission möge gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 die Bescheidaufgaben in § 16 dahingehend ändern, dass die Versorgungspflicht um einen Zeitraum von 3 Kalenderjahren verschoben wird, sodass spätestens zum 31. Dezember 2010 ein kumulativer Versorgungsgrad von 20% und spätestens zum 31. Dezember 2011 ein kumulativer Versorgungsgrad von 30% sicherzustellen ist, wird abgewiesen.
4. Der in eventu-Antrag der UPC Wireless GmbH, die Telekom-Control-Kommission möge gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 die Bescheidaufgaben in § 16 dahingehend ändern, dass die Versorgungspflicht um einen angemessenen Zeitraum aufgeschoben wird, wird abgewiesen.
5. Dem Antrag der UPC Wireless GmbH vom 17.07.2007 dahingehend, dass § 1 der Frequenzzuteilungsurkunde (Anlage I zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 08.01.2004 (F 5b/04-13) dahingehend geändert wird, dass in Zukunft auch nomadische und/oder mobile Nutzung der gegenständlichen Frequenzen möglich ist, 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 Funkdienste 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.“

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

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 5c/04-37) wurden der UPC Wireless GmbH (vormals Telekabel Wireless GmbH) Frequenzen aus dem Frequenzbereich 3,5 GHz zur Nutzung in den Regionen 1, 2, 3, 5 und 6 zugeteilt. Im Zuge des genannten Vergabeverfahrens wurden darüber hinaus Frequenzen an die Schrack Mediacom GmbH (nunmehr WiMax Telecom GmbH), die Telekom Austria AG (nunmehr Telekom Austria TA AG) und die Teleport Consulting und Systemmanagement GmbH zugeteilt. Die Frequenzen in Region 3 wurden mit Kaufvertrag vom 18.10.2005, nach erfolgter Zustimmung durch die Telekom-Control-Kommission an die Telesystem Tirol Gesellschaft m.b.H. & Co KG übertragen. Telesystem hat ursprünglich einen gleichlautenden Antrag auf Abänderung der Auflagen eingebracht. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.10.2007 wurde auf Antrag der UPC Wireless und der Telesystem die Zustimmung zur Rückübertragung der Frequenzen an die UPC Wireless erteilt, UPC hat daraufhin mit Schriftsatz vom 25.10.2007 seinen Antrag vom 17.07.2007 auch auf die Region 3 ausgedehnt, Telesystem hat den entsprechenden Antrag zurückgezogen.

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.

Mit Schriftsatz vom 17.07.2007 brachte UPC Wireless GmbH die aus dem Spruch ersichtlichen Anträge bzw. Eventualanträge auf Entfall bzw. Aufschiebung der Versorgungsverpflichtung bzw. auf Abänderung der Nutzungsbedingungen ein. Zu den Anträgen wurde ausgeführt, dass sich einerseits aufgrund der geänderten Marktsituation die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert hätten. Der beschleunigte DSL-Ausbau der Telekom Austria, die Breitbandinitiative sowie die stärkere Verbreitung der UMTS-Funktechnologien hätten zu einer Verringerung der breitbandunversorgten Haushalte auf 14% (Ende 2004) bzw. auf 6% (Ende 2005) geführt. Derzeit würden nur mehr 1% aller Haushalte nicht in breitbandig versorgten Gebieten liegen. Eine großflächige Versorgung der Bevölkerung mit Wimax-Technologie sei daher nicht mehr nötig und der parallele Aufbau weiterer Plattformen ökonomisch nicht sinnvoll.

Andererseits führte die Antragstellerin aus, dass es im Hinblick auf die Verfügbarkeit des technischen Equipments massive Verzögerungen gegeben habe. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung sei IEEE 802.16-2004 der einzig verfügbare Standard gewesen. Es sei aber bereits damals an einer Ergänzung

dieses Standards gearbeitet worden (Version 802.16e), welche unter anderem die Mobilität des Endgerätes ermöglichen sollte. Bei der Entwicklung dieses Standards sei es aber zu deutlichen Verzögerungen gekommen, mit der Verfügbarkeit der ersten Systeme wird derzeit frühestens zu Beginn des Jahres 2008 gerechnet, aber auch dieser Zeitplan könnte nicht halten und es könnte zu Verzögerungen bis 2010 kommen.

Daher werde einerseits entweder ein gänzlicher Entfall der Versorgungspflicht oder zumindest eine Verschiebung des Zeitpunktes sowie eine Änderung der Frequenznutzung beantragt, um den geänderten Bedingungen entsprechen zu können.

Der Antrag wurde den Verfahrensparteien im Vergabeverfahren zur Stellungnahme übermittelt. In ihren Stellungnahmen sprachen sich Telekom Austria TA AG und Telesystems Tirol für eine Änderung im beantragten Sinne aus, wobei dazu auszuführen ist, dass die genannten Unternehmen bereits gleichzeitig mit dem Antrag der UPC Wireless GmbH gleichlautende Anträge eingebracht hatten.

Teleport brachte in ihrer Stellungnahme vor, dass man grundsätzlich das Vorbringen betreffend die Verzögerung bei der Standardisierung teile, Teleport werde jedoch die Auflagen zum vorgeschriebenen Zeitpunkt erfüllen. Sollte dem Antrag der UPC Wireless auf Verschiebung jedoch entsprochen werden, dann müsste Teleport, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, für 36 Monate das Frequenznutzungsentgelt erlassen werden.

WiMAX Telecom GmbH bzw. B-MAX Breitband GmbH brachten in ihrer Stellungnahme vor, dass sie im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragstellerin beipflichten würden. Allerdings wiesen sie darauf hin, dass der Aufbau einer alternativen Zugangstechnologie insbesondere im ländlichen Raum geeignet wäre, den Wettbewerb im Anschlussbereich zu fördern.

II.2) Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den Verwaltungsakten im Verfahren F 5b/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 Frequenzuteilungen 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 Frequenzuteilung 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 als Hauptargumente vor, dass einerseits durch die geänderte Marktsituation und andererseits durch Verzögerungen in der technischen Entwicklung eine Erfüllung der Auflagen nicht möglich bzw. zweckmäßig sei.

Die von der Antragstellerin angeführten Gründe scheinen aber aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht geeignet, um eine Änderung der Auflagen zu rechtfertigen.

Die geänderte Marktsituation kann in einem derartig bewegten Markt nicht als Grund für eine Verschiebung ausreichen, da naturgemäß in einer sich so rasch entwickelnden Branche die Marktbedingungen zum Zeitpunkt der Vergabe von Frequenzen andere sein können, als während der restlichen Laufzeit der Frequenzuteilung. Es ist Aufgabe jedes Unternehmens, zum Zeitpunkt der Bewerbung um Frequenzen eine Markteinschätzung vorzunehmen, sollte es hier zu Fehleinschätzungen kommen, so liegen diese jedoch in der Sphäre des Unternehmens und können aus diesem Grund alleine keine Rechtfertigung für eine Abänderung der Auflagen darstellen.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass es zu Verzögerungen bei der Entwicklung neuer Standards gekommen sei. Dazu ist auszuführen, dass in der Frequenzuteilungsurkunde in keiner Weise auf den von der Antragstellerin genannten neuen Standard, dessen Entwicklung sich nun verzögert hat, Bezug genommen wird. Vielmehr ist normiert, dass alle der Funkschnittstellenbeschreibung entsprechenden Technologien eingesetzt werden können, insbesondere auch der Standard IEEE 802.16a. Einzelne Betreiber, denen ebenfalls Frequenzen in diesem Frequenzbereich zugeteilt wurden, haben

den Betrieb auch bereits aufgenommen. Die Fertigstellung des von der Antragstellerin angeführten Standards 802.16e ist daher nicht Voraussetzung für eine Aufnahme der Tätigkeit. Es scheint zwar nachvollziehbar, dass der neue Standard eine effizientere Tätigkeit ermöglichen könnte, allerdings kommt es in diesem Bereich der Technik laufend zu Weiterentwicklungen und Effizienzsteigerungen. Würde man jeweils auf den nächsten Entwicklungsschritt warten, dann könnte damit jegliche Versorgungsaufgabe umgangen werden.

Wie bereits ausgeführt, werden durch nachträgliche Änderungen zahlreiche rechtliche Probleme geschaffen (z.B. Rechtsunsicherheit), eine Abwägung der Interessen der Antragstellerin mit den Interessen der entscheidenden Behörde (Schaffung von Rechtssicherheit, Verwirklichung der Ziele des § 1 TKG 2003) führt in diesem Fall dazu, dass das Interesse der UPC Wireless GmbH hintanzustellen ist, da die von ihr vorgebrachten Verzögerungen bzw. die Änderung der Marktgegebenheiten nicht als objektive Rechtfertigung für eine Verzögerung der Erreichung der Versorgungsverpflichtungen ausreichend scheinen.

Hingegen war dem Antrag auf Abänderung der Regelungen betreffend den Verwendungszweck stattzugeben. Durch die technische Weiterentwicklung ist es nunmehr möglich, 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 TKG 2003 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.

Da wie bereits ausgeführt gerade die technische Entwicklung dazu führt, dass eine Änderung zweckmäßig scheint, und keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu befürchten sind, war diesem Antrag der UPC Wireless GmbH stattzugeben.

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. Hinweis

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“).

Der vorliegenden Entwurf stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 dar, die sohin dem Verfahren der Konsultation zu unterwerfen ist. Gegenständlicher Entwurf ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 29.10.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann