

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Martin Hagleitner und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der **Centrowave Breitband Services GmbH** mit dem Sitz in 1020 Wien, Hollandstrasse 11+13, vertreten durch Piepenbrock Schuster, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Parkring 10, in der Sitzung vom 06. Februar 2006 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003, BGBl I Nr. 70/2003 idF BGBl I Nr. 133/2005 wird über Antrag der Centrowave Breitband Services GmbH vom 22. Juli 2005 § 4 Abs. 2 der Anlage II der Frequenzuteilungsurkunde des Bescheides der Telekom-Control GmbH vom 16.02.2001, RFQZ 5/00-34 dahingehend geändert, dass er nunmehr lautet:

„Die gemäß § 1 zugeteilten Frequenzpakete sind für Richtfunkverteilsysteme zu verwenden. Richtfunkverteilsysteme sind digitale Funkssysteme des festen Funkdienstes, die aus zentralen Funkstellen und Teilnehmerfunkstellen bestehen. Zwischen zentraler Funkstelle und Teilnehmerfunkstellen besteht eine Funkverbindung in der Betriebsart Duplex.“

Die Frequenzpakete sind für die drahtlose Anbindung von Kunden (sowohl mit Endkunden- wie mit Vorleistungsprodukten) im Rahmen der Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste vorgesehen.“

## II. Begründung

### II.1) Sachverhalt:

Mit Bescheid der Telekom Control GmbH vom 16.02.2001, RFQZ 5/00-34, wurden der Broadnet Austria GmbH und der Star 21 Networks GmbH Frequenzen aus dem Frequenzbereich 26 GHz zur Nutzung zugeteilt.

In § 4 der Anlagen I und II (Frequenzzuteilungsurkunden) wurde jeweils Folgendes normiert:

„Die gemäß § 1 zugeteilten Frequenzpakete sind für Richtfunkverteilsysteme zu verwenden. Richtfunkverteilsysteme sind digitale Funkssysteme des festen Funkdienstes, die aus zentralen Funkstellen und Teilnehmerfunkstellen bestehen. Zwischen zentraler Funkstelle und Teilnehmerfunkstellen besteht eine Funkverbindung in der Betriebsart Duplex.

Die Frequenzpakete sind ausschließlich für die drahtlose Anbindung von fixen Teilnehmern im Rahmen der Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienste vorgesehen. Es ist nicht zulässig, diese Pakete für Verbindungen innerhalb des Kernnetzes – wie z.B. zur Anbindung von Basisstationen von zellularen Mobilfunksystemen – zu einzusetzen.“

In der Folge ist weder durch Broadnet Austria GmbH noch durch Star 21 Networks GmbH eine Nutzung der Frequenzen erfolgt.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 29.03.2004 (F 1/04-8) wurde die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der Star 21 Networks GmbH erteilt. Neue Eigentümer sind nunmehr zu 60% die Mount Vernon AG und zu 40% die RIZ Raiffeisen Informatik Zentrum Beteiligungs GmbH. In weiterer Folge erfolgte eine Umfirmierung des Unternehmens in Centrowave Breitband Services GmbH.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21.02.2005 (F 2/04-16) wurde die Zustimmung zur Überlassung, der - der Broadnet ursprünglich zugewiesenen Frequenzen - auf die eTel Austria AG erteilt.

Centrowave bietet seit September 2004 Dienste im Mietleitungs- und Internetbereich an, eTel nutzt die Frequenzen bisher nicht.

Mit Schriftsatz vom 22.07.2005 brachte Centrowave Breitband Services GmbH einen Antrag gemäß § 57 Abs. 4 TKG 2003 auf Änderung der Frequenznutzung ein. Beantragt wurde, § 4 der Anlage II des Frequenzzuteilungsbescheides wie folgt abzuändern:

„Die Frequenzpakete sind für die drahtlose Anbindung von Kunden (sowohl mit Endkunden- wie mit Vorleistungsprodukten) im Rahmen der Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste vorgesehen.“

Begründet wurde der Antrag damit, dass Centrowave sich in ihrem Geschäftsmodell auf die Bereitstellung von Breitbandaccess-Produkten mit Fokus auf Firmenkunden und Carrier sowie Internet-Service-Provider konzentrierte. Im Zuge des Ausbaus ihres Netzes strebt die Antragstellerin eine Zusammenarbeit

mit Mobilfunkbetreibern dahingehend an, dass sie deren Standorte mitbenutzen kann. Im Gegenzug dafür könnte die Antragstellerin den Mobilfunkbetreibern die Anbindung von deren Basisstationen mittels ihrer Frequenzen im 26 GHz-Bereich anbieten. Dies würde dazu führen, dass der Netzausbau der Antragstellerin rascher erfolgen könnte, was zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation im Anschlussbereich führen würde.

Ausgeführt wurde weiters, dass keinesfalls geplant sei, die Anbindung von Basisstationen zum Hauptgeschäftsfeld zu machen, diese stelle lediglich ein Nebenprodukt des eigenen Netzausbaus dar. In Bezug auf die Kanalbelegung soll der Anteil von 1/3 für die Anbindung von Basisstationen jedenfalls nicht überschritten werden.

Der Antrag der Centrowave wurde allen am Markt tätigen Mobilfunkunternehmen sowie der eTel Austria AG als weiterem Frequenzinhaber im Frequenzbereich 26 GHz zur Stellungnahme übermittelt. In weiterer Folge wurde von mobilkom austria AG & Co KG eine Stellungnahme abgegeben. Darin spricht sich diese gegen eine Änderung der Frequenznutzung aus. Begründet wurde dies damit, dass sich auch Mobilkom ursprünglich am Vergabeverfahren beteiligt habe, aufgrund der Einschränkung in der Frequenznutzung habe sich jedoch für Mobilkom kein positives Geschäftsmodell ergeben. Einzig die Anbindung der eigenen Basisstationen mittels der gegenständlichen Frequenzen wäre für Mobilkom als Anwendungsbereich in Frage gekommen. Nachdem im Zuge des Ausschreibungsverfahrens von der Behörde unmissverständlich klargestellt worden war, dass eine Anbindung von Basisstationen nicht zulässig ist, habe sich Mobilkom schlussendlich vom Vergabeverfahren zurückgezogen. Sollten die Rahmenbedingungen im Nachhinein für einen Auktionsteilnehmer geändert werden, so wäre dies eine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber allen anderen Auktionsteilnehmern, unbeachtlich der Tatsache, ob diese nun Spektrum erfolgreich ersteigert haben, oder wie Mobilkom, aufgrund der engen Nutzungsbedingungen vorzeitig ausgestiegen sind. Als Alternativvorschlag wurde von Mobilkom eingebracht, dass Centrowave und eTel das Spektrum zurückgeben sollten und dieses von der Regulierungsbehörde in einer neuerlichen Auktion nochmals vergeben werden sollte, wobei die Anbindung von Mobilfunkbasisstationen explizit erlaubt werden sollte.

Aufgrund der bestehenden Rechts- und Wettbewerbsprobleme spreche sich Mobilkom aber jedenfalls gegen die nachträgliche Änderung der Nutzungsbedingungen aus.

Weitere Stellungnahmen wurden nicht abgegeben.

In der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 14.11.2005 führte Centrowave nochmals ihr Geschäftsmodell aus und betonte, dass der Hauptfokus der Tätigkeit jedenfalls auf dem Ausbau des eigenen Netzes liege und nicht auf der Anbindung von Basisstationen. Diese solle nur dazu dienen, den eigenen Netzausbau rascher und effizienter vorantreiben zu können.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 wurde ein Entwurf einer Vollziehungshandlung dahingehend erlassen, dass dem Antrag auf Änderung der Frequenznutzungsbedingungen stattgegeben wird. Dieser Maßnahmenentwurf wurde in weiterer Folge gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 zur Konsultation veröffentlicht.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens wurden zwei Stellungnahmen abgegeben. Die ISPA (Internet Service Providers Austria) führt in ihrer Stellungnahme aus, dass die Entscheidung zur Änderung der

Frequenznutzungsbedingungen im Frequenzbereich 26 GHz grundsätzlich begrüßt werde, da die bisherigen Nutzungsbeschränkungen im Hinblick auf die effiziente Frequenznutzung und die Förderung des Wettbewerbs nicht zielführend waren. Hingewiesen wurde allerdings darauf, dass eine nachträgliche Änderung von Nutzungsbedingungen grundsätzlich dem Prinzip der Rechtssicherheit widerspreche, eine solche sollte daher nur dann vorgenommen werden, wenn die gesamtwirtschaftlichen Vorteile gegenüber den Nachteilen aus der Verletzung des Vertrauensgrundsatzes massiv überwiegen würden.

Von Mobilkom wurde ebenfalls eine Stellungnahme abgegeben. In dieser wurde ausgeführt, dass auch Mobilkom grundsätzlich die Möglichkeit der Anbindung von Basisstationen begrüße, allerdings nicht im Wege einer nachträglichen Änderung der Frequenznutzungsbedingungen. Es müsste daher eine Neuausschreibung unter zugrundelegung der geänderten Nutzungsbedingungen erfolgen.

Darüber hinaus sei die Änderung für den rascheren Ausbau des Netzes der Centrowave nicht erforderlich, eine Ausweitung der Nutzungsbedingungen sei daher überschießend. Daher spreche sich Mobilkom gegen eine Änderung der Frequenznutzungsbedingungen aus. Für den Fall, dass die Telekom-Control-Kommission diese Auffassung nicht teile, werde vorgeschlagen, eine Beschränkung der Anbindung von Basisstationen auf Grundlage der angeschalteten Teilnehmer vorzunehmen.

Abschließend beantragte Mobilkom Parteistellung im gegenständlichen Verfahren sowie die Zustellung der Verfahrensunterlagen.

Die Anträge auf Zuerkennung der Parteistellung und auf Zustellung der Unterlagen wurden mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 06.02.2006 zurückgewiesen.

## II.2) 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.

Die Vergabe der gegenständlichen Frequenzen erfolgte durch die Telekom Control GmbH im Jahr 2001, die Vorbereitung der Ausschreibung bereits im Jahr 2000.

Die Einschränkung im Hinblick auf die Nutzung der Frequenzen wurde zum damaligen Zeitpunkt von der Regulierungsbehörde aufgrund der damaligen Marktgegebenheiten getroffen. Intention war es, diese Frequenzen für die Endkundenanbindung zur Verfügung zu stellen, um den Wettbewerb im Anschlussbereich zu intensivieren. Aufgrund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Ausstattung der Mobilfunkbetreiber mit Richtfunk – insbesondere im Hinblick auf den bevorstehenden Aus- bzw. Aufbau der UMTS-Netze - nicht ausreichend war, und die gegenständlichen Frequenzen auch für die netzinterne Anbindung geeignet sind, bestand die Befürchtung, dass das zu vergebende Frequenzspektrum von den Mobilfunkbetreibern erworben werden könnte, und damit dem eigentlichen Anwendungsbereich, nämlich der Anbindung von Endkunden entzogen werden könnte. Daher erfolgte eine strikte Einschränkung im Hinblick auf die Nutzung.

Diese Einschränkung wurde auch im Zuge des Ausschreibungsverfahrens mehrmals kommuniziert, als Folge davon zogen sich jene Mobilfunkunternehmen, die ursprünglich Anträge auf Frequenzzuteilung eingebracht hatten, vom Verfahren zurück.

Die an Broadnet und Star 21 zugeteilten Frequenzen wurden jedoch in weiterer Folge nicht genutzt. Europaweit stellte sich heraus, dass die ursprünglich für diese Technologie angenommenen Businesscases offensichtlich nicht realisierbar waren.

Nach Übernahme der Star 21 durch die neuen Eigentümer bietet Centrowave nunmehr über diese Frequenzen Dienste für Endkunden an, insbesondere im Bereich Internet und Mietleitungen.

Grundsätzlich sind nachträgliche Änderungen von Ausschreibungsbedingungen im Hinblick auf die Rechtssicherheit aller am Verfahren beteiligten Unternehmen problematisch. Im Vertrauen auf die Ausschreibungsbedingungen werden unternehmensinterne Entscheidungen betreffend Businesspläne getroffen, bzw. im vorliegenden Fall führten die Ausschreibungsbedingungen dazu, dass einzelne Unternehmen sich überhaupt aus dem Verfahren zurückzogen. Daher sind nachträgliche Änderungen im Hinblick auf zugeteilte Frequenzen jedenfalls restriktiv zu behandeln und können nicht bereits vorgenommen werden, nur weil dies im bloßen Interesse eines Unternehmens liegt. § 57 Abs. 4 TKG 2003 sieht vor, dass bei der Entscheidung über eine Änderung auf Antrag des Zuteilungsinhabers jedenfalls die technische Entwicklung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

Die Vorgängerbestimmung im TKG (1997) stellte noch darauf ab, ob die Änderung der Frequenznutzung im Interesse einer effizienten Frequenzverwaltung und eines fairen Wettbewerbs erforderlich ist.

Die mit dem TKG 2003 eingeführte Bestimmung ist daher liberaler als ihre Vorgängerbestimmung. Überhaupt wurden durch das TKG 2003 die Regelungen betreffend die Nutzung von Frequenzen deutlich gelockert, etwa durch die Einführung der Möglichkeit der Weitergabe von Frequenzen.

Der grundsätzlich zu berücksichtigende Vertrauensschutz auf den Fortbestand der zum Zeitpunkt eines Vergabeverfahrens bestandenen Vorschriften (Einschränkungen) über die Frequenznutzung wurde daher in diesem Bereich durch die Vorschrift des § 57 Abs. 4 TKG 2003 relativiert. Durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, nachträgliche Änderungen im Hinblick auf die Frequenznutzung vorzunehmen, wurde den Zuteilungsinhabern einerseits mehr Flexibilität bei der Frequenznutzung zugestanden, andererseits wurden dadurch natürlich auch die Grundlagen für in der Vergangenheit getroffene Unternehmensentscheidungen nachträglich geändert.

§ 57 Abs. 4 TKG 2003 sieht vor, dass bei der Entscheidung die technischen Auswirkungen und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

Wie bereits dargestellt, ist Centrowave derzeit das einzige Unternehmen, welches in diesem Frequenzbereich in Österreich tätig ist. In dem – im Jahr 2004 vergebenen Frequenzbereich 3,5 GHz, welcher ebenfalls im Wettbewerb mit dem gegenständlichen Frequenzbereich steht – hat kürzlich eines der fünf

Unternehmen, denen Frequenzen zugeteilt worden waren, den Betrieb aufgenommen.

Die Antragstellerin bietet mittels der gegenständlichen Frequenzen bereits Endkundenservices an, und plant, durch die Kooperation mit Mobilfunkbetreibern den Netzausbau weiterhin rasch und effizient voranzutreiben. Dies würde jedenfalls zu einer Belebung des Wettbewerbs im Anschlussbereich führen, da Centrowave in der Lage ist, eine von der Telekom Austria AG unabhängige Infrastruktur aufzubauen. Eine weitergehende Nutzung der Frequenzen scheint daher unter dem Aspekt der Intensivierung des Wettbewerbs jedenfalls zweckmäßig. Darüber hinaus widerspricht eine derartige Änderung auch nicht der ursprünglichen Intention der Regulierungsbehörde, da über die gegenständlichen Frequenzen primär Endkundenanbindungen erfolgen und die Anbindung von Basisstationen lediglich ein Nebenprodukt darstellt, während die Auswirkungen auf den Wettbewerb deutlich positiv zu beurteilen sind. Die Regulierungsbehörde hat auch bereits bei der Vergabe der Frequenzen im Frequenzbereich 3,5 GHz eine Lockerung der Nutzungsbedingungen vorgenommen, die Anbindung von Basisstationen ist in gewissem Umfang erlaubt. Nach Abwägung der Wettbewerbssituation auf dem Zugangsmarkt und der Spezifika der derzeitigen Frequenznutzung in diesem Bereich hat sich gezeigt, dass die ursprüngliche Einschätzung der Regulierungsbehörde hinsichtlich der Nutzung der Frequenzen sich in der Marktentwicklung nicht widerspiegelt hat. Darüber hinaus war es immer Ziel der Regulierungsbehörde, die Frequenzen für die Endkundenanbindung zum Einsatz zu bringen, verhindert sollte lediglich die ausschließliche Nutzung für die netzinterne Anbindung von Basisstationen werden. Aufgrund der geänderten Marktgegebenheiten sowie der Unternehmenscharakteristik der Frequenzinhaberin geht die Regulierungsbehörde aber davon aus, dass auch nach einer Änderung der Frequenznutzungsbedingungen der primäre Verwendungszweck in der Endkundenanbindung liegt. Unter Berücksichtigung der Marktgegebenheiten, der Wettbewerbssituation auf dem Zugangsmarkt sowie des Erfordernisses der effizienten Frequenznutzung war daher aus Sicht der Regulierungsbehörde dem Antrag der Centrowave Breitband Services GmbH stattzugeben und die Nutzungsbedingungen entsprechend zu ändern.

Hinsichtlich der Frage der Durchführung eines Konsultationsverfahrens gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 gelangte die Telekom-Control-Kommission zum Ergebnis, dass die vorliegende Vollziehungshandlung aufgrund der angeführten Problematik des nachträglichen Eingriffes in Nutzungsrechte beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt habe. Daher war der Entwurf der Vollziehungshandlung dem Verfahren der Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 zu unterwerfen.

### **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 Einbringung der Beschwerde ist jeweils eine Gebühr in Höhe von Euro 180,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 06. Februar 2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann