

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder über die Anträge der WiMAX Telecom GmbH, Pottendorfer Straße 25-27, 1120 Wien und der B-MAX Breitband GmbH, Pottendorfer Straße 25-27, 1120 Wien auf „Trennung der Frequenznutzungsrechte in Region 1 und 6, sowie auf Genehmigung der Überlassung von Frequenznutzungsrechten“ und über den Antrag der B-MAX Breitband GmbH auf Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur der B-MAX Breitband GmbH in ihrer Sitzung vom 16.04.2007 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 19 der einen integrierenden Bestandteil des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 08.11.2004, F 5/04-37, bildenden Frequenzuteilungsurkunde, iVm. § 56 Abs. 1 TKG 2003 wird die Zustimmung zur Überlassung von Frequenznutzungsrechten für die folgenden politischen Bezirke von der WiMAX Telecom GmbH an die B-MAX Breitband GmbH erteilt:

Nutzungsrechte am Frequenzpaket 1B:

- Eisenstadt (Stadt)
- Rust (Stadt)
- Eisenstadt-Umgebung
- Mattersburg
- Neusiedl am See
- Oberpullendorf

Nutzungsrechte am Frequenzpaket 6C:

- Güssing
- Jennersdorf
- Oberwart

Für die Nutzung der überlassenen Frequenzen gelten die in der einen integrierenden Bestandteil des Bescheides bildenden Frequenzzuteilungsurkunde vorgeschriebenen Bedingungen, mit der Maßgabe, dass die Versorgungspflicht des §16 der Frequenzzuteilungsurkunde in den Regionen 1 und 6 der WIMAX-Telekom-GmbH wie folgt modifiziert wird:

Nutzungsrecht	Anzahl der Gemeinden mit zentraler Funkstelle	
	bis spätestens 31.12.2007	bis spätestens 31.12.2008
1B (Nutzungsrechte der WIMAX-Telekom GmbH)	59	118
1B (Nutzungsrechte der B-MAX Breitband GmbH)	10	20
6C (Nutzungsrechte der WIMAX-Telekom GmbH)	42	84
6C (B-MAX Breitband GmbH)	7	14

Im Falle des Nichterreichens der oben genannten Versorgungsgrade in den Regionen 1 und 6 haben die Betreiber WiMax-Telekom GmbH bzw. B-MAX-Breitband GmbH ab 31.12.2007 folgende Beträge im Sinne der Bestimmungen des §17 der Frequenzzuteilungsurkunde zu entrichten:

Nutzungsrecht	Garantiebetrag bei Nichtausbau in Euro
1B (Nutzungsrechte der WIMAX-Telekom GmbH)	344.382
1B (Nutzungsrechte der B-MAX Breitband GmbH)	55.618
6C (Nutzungsrechte der WIMAX-Telekom GmbH)	119.470
6C (Nutzungsrechte der B-MAX Breitband GmbH)	20.530

Für die Grenzen zwischen den Nutzungsgebieten der WiMAX Telekom GmbH und der B-MAX Breitband GmbH gelten die Vorgaben des § 11 der Frequenzzuteilungsurkunde sinngemäß.

2. Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 wird die Zustimmung zur Änderung der Eigentümerstruktur an der B-MAX Breitband GmbH, die sich durch den Verkauf von 100% der Anteile der B-MAX Breitband GmbH an die B.Net Burgenland Telekom GmbH ergibt, erteilt.

II. Begründung

II. A) Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 13.03.2007 brachte die WiMAX Telecom GmbH gemeinsam mit der B-MAX Breitband GmbH einen Antrag auf Genehmigung der Überlassung von Frequenznutzungsrechten, verbunden mit einem Antrag auf Trennung der Frequenznutzungsrechte in Region 1 und 6 ein.

Die B-MAX Breitband GmbH brachte zusätzlich noch einen Antrag auf Genehmigung der wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur ein.

Im Antrag betreffend die Genehmigung der Überlassung von Frequenznutzungsrechten wird ausgeführt, dass die WiMAX Telekom GmbH derzeit Frequenzen im Frequenzbereich 3,5 GHz auf Grundlage des Bescheides F 5f/04-17 der Telekom-Control-Kommission vom 11.01.2005 halte. Die Zweitantragstellerin sei eine 100%-Tochtergesellschaft, an die durch Abspaltung der Aktivitäten des „Teilbetriebes Burgenland“ aus der WiMAX Telecom GmbH sämtliche Aktivitäten, Kunden und Vermögensteile, welche das Bundesland Burgenland betreffen, übertragen werden. In weiterer Folge sollen 100% der Anteile der B-MAX Breitband GmbH an die B.Net Burgenland Telekom GmbH verkauft werden.

Ergänzend wurde ausgeführt, dass beantragt werde, das der WiMAX Telecom GmbH zugeteilte Spektrum der Region 1 und 6 in neue geographische Regionen aufzuteilen. Für die daraus resultierenden neuen Regionsgrenzen zu Region 1 und 6 solle für die Leistungsflussdichte dieselbe Regelung wie in § 11 der Frequenzzuteilungsurkunde angeführt, gelten.

Zu den Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 TKG 2003 wurde ausgeführt, dass die Überlassung keine technischen Auswirkungen habe und auch keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben seien. Die Zweitantragstellerin sei eine völlig neue Gesellschaft, die mit anderen Lizenzinhabern nicht verflochten sei. Daher komme es durch die Überlassung zu keiner Verringerung des Wettbewerbs.

Mit Schreiben vom 27.03.2007 wurde ergänzend ausgeführt, dass die WiMAX Telecom GmbH derzeit ein WiMAX basierendes Netz auf dem Standard IEEE 802.16-2004 (FDD) mit 29 Sendestationen betreibe und damit mehr als 2000 Kunden versorge. Nach der Überlassung der Frequenzen werde die B-MAX die selben Dienste erbringen. Für das Jahr 2008 sei auch der Einsatz mobiler WiMAX-Dienste auf Basis IEEE 802.16e-2005 vorgesehen.

Hinsichtlich der Versorgungsaufgaben wurde ausgeführt, dass von der Region 1 10 (2007) bzw. 20 (2008) Gemeinden dem Burgenland zugeschlagen werden sollen, von der Region 6 8 (2007) bzw. 15 (2008) Gemeinden.

Von B-MAX Breitband GmbH wurde betreffend den Antrag auf Genehmigung der Änderung der Eigentumsverhältnisse ausgeführt, dass die B.Net Burgenland Te-

lekom GmbH mit anderen Lizenzinhabern ebenfalls nicht verflochten sei und daher keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben sind.

II.B) Festgestellter 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 Frequenzuteilungen 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.

Die B-MAX Breitband GmbH, der die Frequenzen nunmehr überlassen werden sollen, ist eine 100%-Tochter der WiMAX Telecom GmbH. Gesellschaftsrechtliche Verflechtungen mit anderen Frequenzinhabern in diesem Frequenzbereich bestehen nicht.

Durch die Frequenzüberlassung kommt es auch zu keiner Änderung der Nutzungsbedingungen.

Hinsichtlich der Versorgungspflicht ist in der Frequenzuteilungsurkunde normiert, dass in Region 1 bis spätestens Ende 2007 69 Gemeinden zu versorgen sind, bis Ende 2008 138 Gemeinden. In Region 6 sind 49 Gemeinden (2007) bzw. 98 Gemeinden (2008) zu versorgen.

Betreffend den Antrag auf Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse stellt sich die Situation so dar, dass die B.Net Burgenland Telekom GmbH mit keinem der im gegenständlichen Frequenzbereich tätigen Unternehmen gesellschaftsrechtlich verbunden ist. Technische Änderungen ergeben sich durch die Eigentumsänderung nicht.

II. C) Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem bei der Behörde aufliegenden Akt im Verfahren F 5/04 bzw. aus dem nunmehrigen Antrag. Die Feststellungen zur Eigentümerstruktur der beteiligten Unternehmen ergeben sich aus dem Firmenbuch zu FN 290254 w bzw. 271830 a.

II. D) Rechtliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 bedarf die Überlassung von Nutzungsrechten an Frequenzen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Bei ihrer Entscheidung hat diese im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Überlassung auf den Wettbewerb zu beurteilen. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von

Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Überlassung wahrscheinlich ist.

Im gegenständlichen Fall bezieht sich die geplante Überlassung auf regional begrenzte Gebiete, nämlich auf jene Bezirke, die im Bundesland Burgenland liegen.

Grundsätzlich ist auch die Überlassung von Frequenzen in räumlich begrenzten Gebieten zulässig. Im vorliegenden Fall befinden sich die Frequenzen, die von der Überlassung betroffen sind, in unterschiedlichen Regionen der ursprünglichen Frequenzzuweisung. Daher wurde von den Antragstellern gemeinsam mit dem Antrag auf Überlassung der Frequenzen auch ein Antrag auf Trennung der Frequenznutzungsrechte in Region 1 und 6 eingebracht. Nachdem es dem Frequenzinhaber jedoch – vorbehaltlich der Zustimmung der Regulierungsbehörde – möglich ist, Frequenzen auch räumlich begrenzt zu überlassen, ist eine derartige Trennung oder eine Neudefinition von Regionen nicht erforderlich. Die gegenständlichen Regionen (im vorliegenden Fall all jene Bezirke, die dem Burgenland zuzurechnen sind), gehen im Zuge der Überlassung auf die B-MAX Breitband GmbH über.

Die Genehmigung ist jedoch, wie bereits ausgeführt, nur dann zu erteilen, wenn weder technische noch wettbewerbliche Überlegungen dagegen sprechen.

Im vorliegenden Fall führt die Überlassung zu keiner Änderung der technischen Nutzungsbedingungen, insbesondere besitzen die überlassenen Gebiete eine ausreichende Größe um eine effiziente Nutzung der Frequenzen weiterhin zu ermöglichen.

Auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist durch die Überlassung nicht gegeben. Bei der übernehmenden Gesellschaft handelt es sich um eine 100%-Tochter der derzeitigen Frequenzinhaberin. Eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung mit anderen, in diesem Frequenzbereich tätigen Unternehmen besteht nicht.

Daher war die Genehmigung zur Überlassung zu erteilen. Die Überlassung war aber nur unter der Auflage zu erteilen, dass die bestehenden Versorgungspflichten der WIMAX GmbH in den Regionen 1 und 6 weiterhin erfüllt werden. Daher wurde die Versorgungspflicht im Verhältnis der übertragenen Gemeinden an die beiden Antragsteller aufgeteilt.

Analog wurde hinsichtlich der Neufestlegung der Pönalen bei Nichterreichen der Versorgungspflicht vorgegangen.

Hinsichtlich der Nutzungsbedingungen war erforderlich, klar zu stellen, dass die bereits bestehenden Regelungen für die Leistungsflussdichte an Regionsgrenzen sinngemäß auch an der Grenze zwischen den nunmehrigen Nutzungsrechten der Antragsteller gelten.

Im Übrigen gelten die Nutzungsbedingungen, die im Zuge der Zuteilung der Frequenzen von der Telekom-Control-Kommission normiert worden sind, auch für die überlassenen Frequenzen weshalb diese einen integrierenden Bestandteil des Bescheides bilden.

Zu Spruchpunkt 2:

Beantragt wurde in weiterer Folge die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der B-MAX Breitband GmbH. Diese ergibt sich durch Verkauf von

100% der Anteile an die B.Net Burgenland Telekom GmbH. Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 bedürfen wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 zugeteilt wurden, der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. § 56 Abs. 1 dritter bis letzter Satz gelten dabei sinngemäß.

Im Gesetz ist daher normiert, dass auch bei der Zustimmung zu Änderungen der Eigentümerstruktur sowohl die technischen Auswirkungen als auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen sind.

Die B.Net Burgenland Telekom GmbH steht zu 100% im Eigentum der Burgenländischen Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft. Eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung mit anderen in diesem Frequenzbereich tätigen Unternehmen ist nicht gegeben. Da durch die geplante Eigentumsänderung weder technische Auswirkungen noch Auswirkungen auf den Wettbewerb erfolgen, war die Änderung der Eigentumsverhältnisse zu genehmigen.

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 16.04.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

Dr. Georg Serentschy
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation