K 15d/00-94

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder im Verfahren betreffend die Überprüfung der Erfüllung der Konzessionsauflage betreffend die Versorgungspflicht durch die ONE GmbH in ihrer Sitzung vom 24.07.2006 einstimmig folgenden Beschluss gefasst:

I. Spruch

1. Gemäß §§ 8 und 9 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde der ONE GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) (Anlage III zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15d/00-29)) wird festgestellt, dass ONE GmbH die in § 8 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde auferlegte Auflage, UMTS/IMT-2000-Dienste spätestens am 31.12.2005 mit 50% Versorgungsgrad kommerziell anzubieten, erfüllt hat.

2. Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat die ONE GmbH folgende Sachverständigengebühren für die nichtamtlichen Sachverständigen zu tragen: Für DI Robert Kalasek, Reinberg und Partner OEG, in Höhe von Euro [redacted] (inklusive USt), für Ing. Helmut Schnitzhofer, Alpine-Energie GmbH, in Höhe von Euro [redacted] (inklusive USt) und für Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, in Höhe von Euro [redacted] (inklusive USt). Diese Beträge sind binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Zahlschein auf das PSK-Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), BLZ 60000, Konto-Nr. 9663936, zu überweisen.

II. Begründung

Sachverhalt:

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15d/00-29) wurden der ONE GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, in weiterer Folge ONE) Frequenzen aus dem für UMTS gewidmeten Frequenzbereich zur Nutzung zugewiesen. In § 8 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde (Anlage III zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15d/00-29) wurden Bestimmungen betreffend die Versorgungspflicht normiert. Der Frequenzinhaber wurde unter anderem verpflichtet, mit dem zugeteilten Frequenzspektrum UMTS/IMT-2000-Dienste bis spätestens 31.12.2005 mit 50% Versorgungsgrad kommerziell anzubieten. Regelungen hinsichtlich der Durchführung des Verfahrens zur Überprüfung der Erfüllung der in § 8 verhängten Auflage wurden in § 9 statuiert. Demnach hat der Frequenzinhaber spätestens zwei Monate nach dem in § 8 genannten Zeitpunkt Daten zum Stichtag 31.12.2005 an die Telekom-Control-Kommission zu übermitteln. Anhand dieser Daten erfolgt in weiterer Folge die Überprüfung durch die Telekom-Control-Kommission.

Im Verfahren S 14/02 waren von der Telekom-Control-Kommission die genauen Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Überprüfung der Versorgungsauflage festgelegt worden. Die Frequenzinhaber waren in das Verfahren eingebunden und es war ihnen die Gelegenheit gegeben worden, dazu Stellung zu nehmen (Verfahren S 14/02).

Mit Bescheid vom 19.07.2004, K 15d/00-66, hatte die Telekom-Control-Kommission festgestellt, dass die ONE gemäß §§ 8 und 9 der oben genannten Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde die auferlegte Auflage, UMTS/IMT-2000-Dienste spätestens am 31.12.2003 mit 25% Versorgungsgrad kommerziell anzubieten, erfüllt hatte.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 09.01.2006 wurde das Verfahren zur Überprüfung der Erfüllung der in § 8 verhängten Auflage eingeleitet. Mit Beschluss vom 20.02.2006 wurden DI Robert Kalasek, Reinberg und Partner OEG, Ing. Helmut Schnitzhofer, Alpine-Energie GmbH und Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, zu Sachverständigen bestellt und mit der Erhebung der erforderlichen Daten beauftragt.

Nach Ermittlung des Stichprobenumfanges und Definition der konkreten Messpunkte wurden im Zeitraum von 29.03.2006 – 24.05.2006 die Messungen durchgeführt.

Anhand des Ergebnisses der Messungen wurde vom Gutachter für Statistik der tatsächliche Versorgungsgrad ermittelt. Das Originalgutachten wurde der Telekom-Control-Kommission am 27.06.2006 übermittelt. Aus dem Gutachten ergibt sich, dass von ONE der geforderte Versorgungsgrad von 50% erreicht wurde. Das Gutachten sowie die Ergebnisse der Messungen wurden der ONE am 11.07.2006 zur Stellungnahme übermittelt.

Seitens ONE wurde keine Stellungnahme zum Gutachten abgegeben.

Die Feststellung, dass die entsprechenden Dienste mit 31.12.2005 kommerziell angeboten worden sind, wurde von der Telekom-Control-Kommission getroffen.

Die Honorarnoten für die Sachverständigen wurden der ONE übermittelt. Die ONE hat dazu keinen Einwand erhoben. Die RTR-GmbH hat Euro [redacted] für die Sachverständigen zur Auszahlung gebracht. Der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission sind somit Barauslagen iSd § 76 AVG erwachsen.

Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt 1:

Die Konzessions-/Frequenzzuteilung im Verfahren K 15d/00-29 erfolgte auf Grundlage der §§ 14 Abs. 1 iVm 49a des Telekommunikationsgesetzes (1997). Gemäß § 15 Abs. 6 und § 49a Abs. 8 Telekommunikationsgesetz (1997) kann die Konzession bzw. die Frequenzzuteilung Nebenbestimmungen und Auflagen enthalten, die dazu dienen, die Zielsetzungen und Bestimmungen dieses Gesetzes und der relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften zu erfüllen.

Entsprechend diesen rechtlichen Vorgaben wurde an die Konzessions- bzw. Frequenzzuteilung die Auflage geknüpft, mit den zugeteilten Frequenzen eine entsprechende Bevölkerungsversorgung zu garantieren.

In § 8 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde wurde normiert, dass mit dem zugeteilten Frequenzspektrum UMTS/IMT-2000-Dienste spätestens am 31.12.2003 mit 25% Versorgungsgrad sowie spätestens am 31.12.2005 mit 50% Versorgungsgrad anzubieten sind und dass in den versorgten Gebieten eine Datenrate von zumindest 144 kbit/s anzubieten ist.

Gemäß der Übergangsbestimmung des § 133 Abs. 6 TKG 2003 bleiben Rechte und Pflichten, die im Laufe eines auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens begründet wurden, unberührt. Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen an Konzessionsinhaber ergeben, bleiben ebenfalls unberührt.

Auf Grundlage der von den Sachverständigen - entsprechend des von der Telekom-Control-Kommission im Verfahren S 14/02 festgelegten Verfahrens - durchgeführten Messungen wurde für die ONE ermittelt, dass der Vesorgungsgrad von 50% bei einer Datenrate von 144 kbit/s erreicht wurde. Die vorgelegten Daten beziehen sich auf den Stichtag 31.12.2005. Die Versorgung war daher – unter Zugrundelegung der Daten mit Stichtag 31.12.2005 – entsprechend den Vorgaben der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde mit 31.12.2005 gegeben. Das Gutachten ist schlüssig und widerspruchsfrei. Auch das Erfordernis des kommerziellen Anbietens zum 31.12.2005 war gegeben. ONE hatte bereits am 18.12.2003 öffentlich bekanntgegeben, UMTS-Dienste anzubieten.

Ausgehend vom vorliegenden Gutachten ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer Bewertung zum Ergebnis gelangt, dass damit der in § 8 vorgeschriebene Versorgungsgrad erreicht wurde. Dies war mittels des gegenständlichen Bescheides festzustellen.

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ist dann zulässig, wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt.

An die Nichterfüllung der Versorgungspflicht ist die Bezahlung eines Garantiebetrages geknüpft. Dieser Garantiebetrag wurde in § 9 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde, abhängig vom Prozentsatz um den der Versorgungsgrad unterschritten wird, festgelegt. Da daher an die Nichterfüllung der Auflage die Entrichtung eines Garantiebetrages geknüpft ist, der der Republik Österreich zufließt, war aus Sicht der Behörde ein öffentliches Interesse an der Feststellung des Erfüllens der Auflage geknüpft. Darüber hinaus besteht auch für die Partei ein rechtliches Interesse an der bescheidmäßigen Feststellung der Erfüllung der Auflage.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 9 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde iVm §§ 53a und 76 AVG hat die ONE die Gebühren für die nichtamtlichen Sachverständigen DI Robert Kalasek, Reinberg und Partner OEG, Ing. Helmut Schnitzhofer, Alpine-Energie GmbH und Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, in Höhe von insgesamt Euro [redacted] (inklusive USt) zu tragen. Nach ausdrücklicher Anordnung des § 76 Abs 1 zweiter Satz AVG gelten als Barauslagen auch die Gebühren, die den (nicht amtlichen) Sachverständigen zustehen. Dass auf Grund der personellen und sachlichen Ausstattung der Telekom-Control-Kommission und der ihr als Geschäftsstelle zugeordneten Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH in diesem komplexen und umfangreichen Verfahren die Heranziehung auch von nicht amtlichen Sachverständigen für dieses Spezialgebiet erforderlich war, steht außer Streit.

Gemäß § 53a AVG haben nichtamtliche Sachverständige einen Anspruch auf Gebühren „unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Ausmaß wie Sachverständige [ ] im gerichtlichen Verfahren. Umfang und Höhe dieser Gebühren sind von der Behörde, die den Sachverständigen [ ] in Anspruch genommen [ ] hat, festzusetzen". Eine Überprüfung der Kosten hat ergeben, dass sie angemessen im Sinne der Bestimmungen der §§ 24 und 34 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl Nr 136, in der geltenden Fassung, sind und der tatsächlich erbrachten Leistung entsprechen. § 34 Abs 1 GebAG legt fest, dass dem Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens eine Gebühr für Mühewaltung zusteht. Diese wird nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften bestimmt, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge (die abweichenden Regelungen der Abs. 2 ff leg cit finden keine Anwendung).

Die nichtamtlichen Sachverständigen haben folgende Kostennoten gelegt: DI Robert Kalasek, Reinberg und Partner OEG, am 13.04.2006 in Höhe von insgesamt Euro [redacted] (inklusive USt), Ing. Helmut Schnitzhofer, Alpine-Energie GmbH, am 16.06.2006 in Höhe von Euro [redacted] (inklusive USt) für die Messungen betreffend ONE und Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, am 27.06.2006 in Höhe von insgesamt Euro [redacted] (exklusive USt). Diese Beträge entsprechen jenen, die im außergerichtlichen Erwerbsleben für ein von Umfang und Inhalt vergleichbares Gutachten durchaus üblich sind.

Hinsichtlich der Gebühren von Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, ist auszuführen, dass sich der mit der Rechnung vorgelegte Gesamtbetrag jeweils gleichmäßig auf jene 5 Unternehmen, hinsichtlich derer Messungen durchgeführt wurden, aufteilt und daher entsprechend vorzuschreiben war.

Hinsichtlich der Gebühren von DI Robert Kalasek, Reinberg und Partner OEG, ist auszuführen, dass der in der Honorarnote vom 13.04.2006 angeführte Gesamtbetrag von Euro [redacted] für seine Tätigkeit sich aus der Bearbeitung einer Gesamtzahl einzelner Messpunkte ergibt. Die Bestimmung der Anzahl der zu überprüfenden Messpunkte wurde vom Sachverständigen Dr. Andreas Quatember, Assistenzprofessor am Institut für angewandte Statistik der Universität Linz, nach dem in dessen Gutachten (ON 85a) unter Punkt 2 nachvollziehbar beschriebenen Verfahren betreiberindividuell vorgenommen und führte im Fall der ONE zu dem Ergebnis, dass ein erforderlicher Stichprobenumfang von [redacted] Messpunkten errechnet wurde. Der vom Gesamtbetrag von Euro [redacted] (für eine alle überprüften Betreiber umfassende Gesamtheit von 560 Messpunkten) auf die ONE entfallende Betrag errechnet sich daher aus dem Verhältnis der Zahl der für die Messungen bezüglich ONE als notwendig ermittelten Messpunkte zur Gesamtzahl der für alle überprüften Betreiber insgesamt als notwendig ermittelten Messpunkte und beträgt Euro [redacted].

Die Gebühren für die nicht amtlichen Sachverständigen wurden daher mit den genannten Beträgen festgesetzt.

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 24. Juli 2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

ZV:
ONE GmbH, z. Hd. Mag. Gerold Putzi, Brünnerstraße 52, 1210 Wien, per Telefax und Post