

## **Erläuterungen**

### **Allgemeiner Teil**

#### **Hauptgesichtspunkte der Verordnung**

Mit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2021 (TKG 2021) am 01.11.2021, BGBl. I Nr. 190/2021, wurde die Abgrenzung der Zuständigkeiten hinsichtlich der Zuteilung von Frequenzen neu geregelt. War es nach Rechtslage des TKG 2003 noch so, dass eine allfällige zahlenmäßige Beschränkung von Frequenz(teil)bereichen durch das zuständige Bundesministerium im Frequenzzuteilungsplan, welcher einen Teil der Frequenznutzungsverordnung 2013 (FNV 2013; Anlage 2) darstellt, festgelegt wurde, ging diese Kompetenz auf die Regulierungsbehörde über, sobald im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 11 Abs. 3 TKG 2021 getroffen wird. Somit war eine erstmalige Erlassung der Verordnung gemäß § 14 Abs. 1 TKG 2021 erforderlich, die diesbezügliche Verordnung (ZaBe-V 2023) der RTR-GmbH ist mit 29.04.2023 in Kraft getreten.

Sind Frequenzen zahlenmäßig beschränkt und stehen für eine Zuteilung zur Verfügung, hat die Regulierungsbehörde nunmehr per Verordnung ein Auswahlverfahren zu bestimmen (§ 15 Abs. 1 TKG 2021). Zu entscheiden ist zwischen dem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren einerseits und einem vergleichenden Auswahlverfahren andererseits. Somit ist eine erstmalige Erlassung der Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2021 erforderlich, was mit der vorliegenden Auswahl-V 2023 der Telekom-Control-Kommission erfolgt.

Die Rechte und Pflichten betreffend jene Frequenzbereiche, für die keine Festlegung gemäß § 11 Abs. 4 TKG 2021 oder § 14 Abs. 1 TKG 2021 getroffen wurde und nicht für eine Zuteilung durch die Regulierungsbehörde zur Verfügung stehen, sind nicht Gegenstand dieser Verordnung.

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ergibt sich aus § 198 Abs. 3 TKG 2021, wonach diese für die Entscheidung über Frequenzzuteilungen nach § 15 TKG 2021 zuständig ist. Die Festlegung der Art des Auswahlverfahrens ist bereits Teil des Zuteilungsverfahrens.

In die Verordnung und die darin getroffenen Festlegungen fließen die gewonnenen Erkenntnisse aus der von Oktober bis Dezember 2022 durchgeführten Konsultation der Regulierungsbehörde ein, u.a. die Frage, ob die Kriterien und Ziele des § 15 Abs. 2 und 3 TKG 2021 mit einem wettbewerbsorientierten oder besser mit einem vergleichenden Auswahlverfahren erfüllt werden. Gemäß § 15 Abs. 4 TKG 2021 ist eine Entscheidung gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2021 zu begründen und diese Begründung zu veröffentlichen. Die Begründung erfolgt mit den gegenständlichen Erläuterungen (siehe unten unter „Begründung der Entscheidung über das Auswahlverfahren gemäß § 15 Abs. 4 TKG 2021“).

Vor Erlassung der Verordnung ist interessierten Parteien im Rahmen einer öffentlichen Konsultation Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 206 TKG 2021). Die Konsultation wurde von 03.05.2023 bis 04.06.2023 durchgeführt.

Da die Voraussetzungen des § 207 Abs. 1 TKG 2021 nicht vorliegen, war kein Koordinationsverfahren nach § 207 TKG 2021 durchzuführen.

Die Verordnung tritt am auf die Kundmachung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag in Kraft.

## Besonderer Teil

### Zu § 2 (Begründung der Entscheidung über das Auswahlverfahren gemäß § 15 Abs. 4 TKG 2021)

#### Einleitung

Sind Frequenzen zahlenmäßig beschränkt (und damit knapp) und stehen für eine Zuteilung zur Verfügung, hat die Regulierungsbehörde per Verordnung ein Auswahlverfahren zu bestimmen (§ 15 Abs. 1 TKG 2021). Zu entscheiden ist zwischen dem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren einerseits und einem vergleichenden Auswahlverfahren andererseits.

Beim wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren (Versteigerungsverfahren bzw. Auktion) entscheidet die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgelts darüber, wer den Zuschlag für ein Frequenznutzungsrecht erhält (siehe auch § 16 TKG 2021). Das wettbewerbsorientierte Auswahlverfahren hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten zum dominanten Auswahlverfahren für zahlenmäßig beschränkte Frequenzen entwickelt. In praktisch allen europäischen Ländern bzw. OECD-Ländern werden Frequenzen für Mobilfunk- und Breitbanddienste auf dieser Basis vergeben.

Das vergleichende Auswahlverfahren („Beauty Contest“) war das dominante Verfahren in jener Zeit, bevor dieses durch das wettbewerbsorientierte Auswahlverfahren abgelöst wurde. Ein vergleichendes Auswahlverfahren ist dadurch charakterisiert, dass mehrere Auswahlkriterien herangezogen werden, um zu entscheiden, welchem Unternehmen ein Frequenznutzungsrecht zugeteilt wird. Eines dieser Auswahlkriterien kann auch das finanzielle Angebot sein. Je nach Ausgestaltung und Akzentuierung gibt es einen Graubereich zwischen diesen „reinen“ Verfahrenstypen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Verfahren liegt darin, dass beim wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren die Anforderungen vorweg in Form von bindenden Nutzungsbedingungen festgelegt werden (z.B. Versorgungsaufgaben), dann aber im Falle einer Nutzungsrivalität das angebotene Frequenznutzungsentgelt entscheidet, welcher Antragsteller den Zuschlag erhält. Beim vergleichenden Auswahlverfahren werden die Nutzungsbedingungen partiell durch den Auswahlprozess bestimmt. Allerdings bedeutet das nicht, dass damit die Vergabeziele besser erreicht werden können. Wie die 2. 5G-Auktion in Österreich im Jahr 2020 demonstriert hat, können etwa ambitionierte Versorgungsziele mit einem entsprechenden Design auch im Rahmen eines wettbewerbsorientierten Auswahlverfahrens erreicht werden.

Das TKG 2021 räumt dem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren Vorrang vor dem vergleichenden Auswahlverfahren ein. Nur wenn den in den in § 15 Abs. 2 und 3 TKG 2021 genannten Zielen und Aspekten durch ein vergleichendes Auswahlverfahren besser Rechnung getragen werden kann, ist diesem der Vorrang zu geben.

Bei der Entscheidung über das Auswahlverfahren ist auf unterschiedliche Ziele und Aspekte Bedacht zu nehmen (§ 15 Abs. 2 und 3 TKG 2021). Neben den Vergabezielen ist insbesondere auf folgende Aspekte Bedacht zu nehmen:

- Förderung des Wettbewerbs;
- Verbesserung der Versorgung;
- Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität;
- Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen, u.a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte;
- Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

### Auswahlkriterien

Im § 16 TKG 2021 ist normiert, wie ein Auswahlverfahren ausgestaltet sein muss und welche Auswahlkriterien herangezogen werden können. Im Gegensatz zum vergleichenden Auswahlverfahren ist das wettbewerbsorientierte Auswahlverfahren sehr detailliert geregelt. In einem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren werden die Vergabeziele (Wettbewerb, Verbesserung der Versorgung, Effizienz, etc.) vorab durch die Nutzungsbedingungen und das Auktionsdesign berücksichtigt, als Auswahlkriterium im Falle von Nutzungsrivalität kommt dann nur mehr das angebotene Frequenznutzungsentgelt zur Anwendung (siehe oben).

In einem vergleichenden Auswahlverfahren erfolgt die Auswahl auf Basis unterschiedlicher Auswahlkriterien. Bei der Suche nach potenziellen Auswahlkriterien ist § 16 Abs. 2 und 4 TKG 2021 einschlägig und verweist in diesem Zusammenhang auf die Ziele des TKG 2021 (§ 1) sowie auf § 15 Abs. 3 TKG 2021. Die darin genannten Ziele und Aspekte sind:

- Förderung des Wettbewerbs;
- Verbesserung der Versorgung und Förderung der Konnektivität
- Zugang zu Netzen / Nutzung von Netzen
- Effektive und effiziente Nutzung der Frequenzen
- Dienstqualität
- Preiswerte Dienste
- Innovation und Geschäftsentwicklung / neue Technologien
- Frequenznutzungsentgelte
- Ökonomische Effizienz

### Rechtliche Vorgaben in Bezug auf die Auswahlkriterien

Ein Auswahlverfahren muss offen, objektiv, transparent und verhältnismäßig sein. Das Kriterium der Offenheit ist vergleichsweise einfach zu erreichen, nämlich indem sichergestellt wird, dass das Verfahren für alle potenziellen Teilnehmer offen ist. Damit ein Auswahlverfahren objektiv und transparent ist, müssen die Auswahlkriterien so gewählt werden, dass die Bewertung der Anträge (z.B. die Bewertungspunkte, die ein bestimmter Antrag erhält) und die Relevanz einzelner Auswahlkriterien für das Gesamtergebnis (Gewichtung) vorab bekannt sind und die Antragsteller bei der Formulierung ihrer Anträge in der Lage sind, die aus unterschiedlichen Antragsmöglichkeiten resultierenden Bewertungen (Gesamtpunkte) zu antizipieren. Das Ergebnis des Auswahlverfahrens muss nachvollziehbar und erklärbar sein. Im Falle des angebotenen Frequenznutzungsentgelts sind diese Anforderungen eindeutig erfüllt.

Für andere Auswahlkriterien trifft das zum Teil nur sehr eingeschränkt zu. Zum Beispiel lassen sich Auswahlkriterien wie Dienstqualität, Innovation oder Geschäftsentwicklung kaum objektivieren. Dies liegt etwa daran, dass viele Kriterien nicht quantifizierbar sind. Wie viele zusätzliche Bewertungspunkte, wenn überhaupt, erhält ein Betreiber, der zusätzlich zu seinem Breitbanddiensten auch einen Schwerpunkt auf andere Dienste wie z.B. Telemedizin legt (Kriterium Innovation)? Wie viele zusätzliche Bewertungspunkte im Vergleich zu einem bestehenden Betreiber erhält ein Neueinsteiger, dessen Markteintritt auf einem Oligopolmarkt naturgemäß zu einer Zunahme an Wettbewerb führt (Kriterium Förderung von Wettbewerb)? Was, wenn gleichzeitig einer der bestehenden Betreiber an wettbewerblicher Kraft verliert, weil er mangels Frequenzen mit Kapazitätsengpässen konfrontiert ist, die er aber wiederum durch Netzverdichtung kompensieren könnte? Wie werden diese beiden Szenarien relativ zueinander in Bewertungspunkten bewertet?

Auch Auswahlkriterien, die auf den ersten Blick einer Quantifizierung grundsätzlich zugänglich sind, könnten in der Praxis deutlich schwieriger in Zahlen zu gießen sein. Würde die Regulierungsbehörde etwa die Endkundertarife heranziehen (Kriterium preiswerte Dienste), müsste sie – abgesehen davon, dass sich in einer Marktwirtschaft Preise am Markt durch Angebot

und Nachfrage herausbilden sollten – die von den Betreibern in ihren Anträgen genannten zukünftigen Tarifpläne bewerten, was hinsichtlich der Vielzahl an Tarifelementen (nichtlineare Tarife, unterschiedliche Leistungen im Paket, nicht quantitativ erfassbare Elemente, wie z.B. Nutzerklassen) nicht praktikabel ist. Selbst die Quantifizierung des Kriteriums der (zusätzlichen) Versorgung stößt in der Praxis auf Grenzen, wenn man etwa die zunehmend bedeutsamere Rolle der Qualität (Verfügbarkeit, Latenz, Datenrate unter Last) mit in Betracht zieht. Selbst die Nutzung der Datenrate als Auswahlkriterium wirft in der Praxis viele Fragen auf. Es macht einen großen Unterschied, ob im Rahmen von Versorgungsaufgaben moderate Mindestdatenraten vorgeschrieben werden oder die angebotene Datenrate (im Bundesgebiet) darüber entscheidet, wer eine Frequenz erhält (an welchen Orten und zu welchen Zeiten wird sie gemessen, welche SIM-Karte und welcher Tarif mit welcher Priorität wird der Entscheidung zugrunde gelegt und für die Überprüfung herangezogen, etc.).

Neben der Objektivität und Transparenz müssen Vergabeverfahren auch zwei weitere rechtliche Kriterien erfüllen, nämlich das Kriterium der Nichtdiskriminierung und das Kriterium der Verhältnismäßigkeit. Demnach müssen die Auswahlkriterien so gewählt und operationalisiert werden, dass einzelne Betreiber nicht sachlich ungerechtfertigt diskriminiert werden. Die Wahl der Auswahlkriterien, deren Bewertung und Auswirkungen auf das Ergebnis müssen angemessen im Verhältnis zu den vorgegebenen Zielen des TKG 2021 sein.

Wie anhand des folgenden Beispiels gezeigt wird, kann ein Auswahlverfahren rasch mit diesen zwei Kriterien in Konflikt geraten. Angenommen zwei Betreiber mit unterschiedlicher Frequenzausstattung konkurrieren um eine Frequenz. Der Betreiber mit der besseren Ausstattung hat – eben aufgrund seiner Frequenzausstattung – eine bessere Netzabdeckung, sein Netz ist weniger ausgelastet und er kann seinen Kunden im Mittel eine höhere Datenrate anbieten. Die Behörde wählt die zwei Auswahlkriterien Versorgungsgrad und Datenrate (Qualität). Den Zuschlag erhält naheliegender Weise der Betreiber mit der besseren Ausstattung, weil er die besseren Startvoraussetzungen hat und zusätzliches Spektrum diese Vorteile vergrößert. Das Argument, dass mit dem Ergebnis die Qualität und die Versorgung für einen erheblichen Teil der Bevölkerung (die Kunden des ersten Betreibers) besser würden und dies ja Ziel des TKG 2021 sei, klammert aus, dass die Auswahl längerfristig weitreichende negative Konsequenzen haben kann. Das könnte etwa der Fall sein, wenn der zweite Betreiber in Zukunft mit erheblichen Kapazitätsengpässen konfrontiert ist, weil er seinen Frequenzbedarf nicht decken kann und damit seine Wettbewerbskraft einbüßt und in der Folge etwa die Preise steigen. Ähnliche Überlegungen lassen sich auch für eine Reihe anderer Auswahlkriterien anstellen.

Anders zu bewerten ist das einzige Kriterium, das sowohl im vergleichenden Auswahlverfahren als auch im wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren eingesetzt werden kann, nämlich das angebotene Frequenznutzungsentgelt. Dieses stellt direkt auf den Bedarf ab und steht in einem engen Konnex zum Ziel der effizienten Frequenznutzung.

Die rechtlichen Anforderungen, die an ein vergleichendes Auswahlverfahren gestellt werden, schränken den Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Wahl und die Operationalisierung der Auswahlkriterien ein. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordert eine enge Orientierung an den Zielen des TKG 2021 im Allgemeinen und an den Vergabezielen der Regulierungsbehörde im Speziellen. Zudem müssen Defizite in Bezug auf diese Ziele festgestellt werden (z.B. Versorgungslücken, Wettbewerbsdefizite).

Wie die 2. 5G-Auktion im Jahr 2020 demonstriert hat, können ambitionierte Versorgungsziele mit einem entsprechenden Design auch im Rahmen eines wettbewerbsorientierten Auswahlverfahrens erreicht werden. Auch andere Ziele, wie etwa Wettbewerbsziele, lassen sich in einem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren durch Spektrumskappen, Reservierungen (etwa für Neueinsteiger) oder Zugangsverpflichtungen adressieren. Da der Gesetzgeber dem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren Priorität einräumt, muss das vergleichende Auswahlverfahren einen über die Möglichkeiten des wettbewerbsorientierten Auswahlverfahrens hinausgehenden Beitrag zur Erreichung der (Vergabe-)Ziele leisten. Wie hier erörtert wurde, engen die rechtlichen Vorgaben an Auswahlverfahren die diesbezüglichen Freiheitsgrade deutlich ein.

Die Sicherstellung einer effizienten und effektiven Nutzung der Frequenzen ist eines der zentralen Ziele (wenn nicht das zentrale Ziel) der Frequenzverwaltung (§ 10 TKG 2021). Diese Priorisierung reflektiert darüber hinaus die Tatsache, dass die in der gegenständlichen Vergabe zu vergebenden Frequenzen ungeeignet sind, um andere wichtige Regulierungsziele wie Versorgung oder Wettbewerb wirksam zu adressieren (unabhängig vom Auswahlverfahren). Dies liegt vor allem an den Eigenschaften der Frequenzen, die keine flächige Nutzung zulassen und deren Bedeutung für den Wettbewerb vergleichsweise gering ist.

#### Effiziente Nutzung und Verteilung der Frequenzen

Ein wesentliches Ziel der Frequenzregulierung ist gemäß § 10 Abs. 3 TKG 2021, einen effizienten und effektiven Einsatz der Frequenzen sicherzustellen. Das bedeutet im vorliegenden Kontext, dass die Frequenzen so unter den potenziellen Nutzern zu verteilen sind, dass der größtmögliche volkswirtschaftliche Nutzen erzielt wird.

Dabei muss nicht nur entschieden werden, welcher Nutzer ein Frequenznutzungsrecht erhält, sondern auch wie viele Nutzer Frequenzen erhalten (Marktstruktur) und wie viele Frequenzen jeder dieser Nutzer erhält. Der Bedarf, den ein potenzieller Nutzer hat, und seine individuelle Nachfrage nach Frequenzen ist eine aus der Nachfrage nach Mobilfunkleistungen (auf den Endkunden- und Vorleistungsmärkten) abgeleitete Nachfrage. Bei der Bedarfsabwägung spielen daher Einflussfaktoren eine zentrale Rolle, die in die Entscheidungs- und Informationssphäre des Betreibers (z.B. Endkundennachfrage, Marktstruktur, Geschäftsmodelle, Kosten, Produktdifferenzierung) fallen. Diese privaten Informationen sind für die Regulierungsbehörde nicht transparent und können daher auch nur unzureichend in einem (vergleichenden) Auswahlverfahren berücksichtigt werden. Die Behörde kann die Validität der von den Betreibern zur Verfügung gestellten Angaben nur unzureichend prüfen. Zudem ist eine Zukunftsbetrachtung notwendig; die Regulierungsbehörde müsste daher Prognosen erstellen, wie sich die genannten Faktoren in Zukunft für die einzelnen Marktakteure entwickeln.

In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist vor allem auch, dass Frequenzen durch alternative Maßnahmen substituiert werden können. Ein Betreiber kann etwa statt in Frequenzen in eine dichtere Netzinfrastruktur investieren (mehr Standorte, mehr Sektoren), um die Kapazität seines Mobilfunknetzes zu erweitern. Es gibt also eine Abwägung zwischen Frequenzen und Infrastrukturinvestitionen. Ein Betreiber, der mehr Kapazitäten hat bzw. kostengünstiger Kapazitätserweiterungen durch Infrastrukturinvestitionen vornehmen kann, hat tendenziell einen geringeren Bedarf. Aber das ist nicht der einzige trade-off. Betreiber differenzieren sich im Wettbewerb um Kunden. Ein Betreiber, der Produkte mit besserer Qualität und Versorgung zu höheren Preisen anbietet, muss mehr Kapazität vorhalten und hat einen höheren Bedarf an Frequenzen.

In einem Auswahlverfahren ist die Verteilung der knappen Ressource Frequenzen nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz vorzunehmen (vgl. dazu § 16 Abs. 2 TKG 2021). Dies ist nur möglich, wenn die Abwägung zwischen Frequenzen, Investitionskosten und Netzqualität optimal gelöst wird. Die ökonomische Theorie zeigt, dass bei richtiger Ausgestaltung der Regeln ein Versteigerungsverfahren (wettbewerbsorientiertes Auswahlverfahren) in der Lage ist, eine volkswirtschaftlich effiziente Verteilung zu erzielen. Der Betreiber mit dem höchsten Bedarf hat die höchste (intrinsische) Bewertung für eine Frequenz (bzw. ein Paket von Frequenzen). In einem richtig ausgestalteten Versteigerungsverfahren erhält tendenziell der Betreiber mit der höchsten (intrinsischen) Bewertung den Zuschlag und dieser kann die Frequenzen am besten nutzen.

In einem Versteigerungsverfahren werden Marktpreise erzeugt. Marktpreise spiegeln die Knappheit der Ressource wider, fördern eine effiziente und produktive Nutzung der knappen Ressource und der Betreiber trägt die Opportunitätskosten, die seine Nutzung verursacht. Dieser enge Zusammenhang zwischen Auktionsverfahren, Marktpreisen, ökonomischer Effizienz und effizienter Nutzung findet sich auch in den einschlägigen Bestimmungen des TKG 2021 (§ 15 Abs. 3 bzw. § 16).

Das vergleichende Auswahlverfahren ist nicht geeignet, diese komplexe Bedarfsabwägung vorzunehmen. Es müsste von der Regulierungsbehörde in einer Zukunftsbetrachtung für jeden

Frequenzblock (in jeder Region) der Bedarf jedes einzelnen Antragstellers geprüft und mit dem Bedarf der anderen Antragsteller sachlich abgewogen werden. Dabei müsste die Regulierungsbehörde auch alternative Maßnahmen (Netzverdichtung) und die wettbewerblichen Strategien berücksichtigen.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren räumt die TKK dem Ziel der effizienten Frequenznutzung eine hohe Priorität ein.

#### Bewertung und Validität von Angeboten

Eine notwendige Voraussetzung für eine sachlich korrekte und rechtssichere Durchführung eines Vergabeverfahrens ist die Fähigkeit, Anträge und Angebote (quantitativ) zu bewerten und die Validität der Angaben zu überprüfen.

Das wettbewerbsorientierte Auswahlverfahren basiert auf bewährten Marktmechanismen. Monetäre Gebote lassen sich sehr einfach vergleichen. Die mit den Geboten einhergehende Zahlungsverpflichtung ist üblicherweise als Upfront-Zahlung zu leisten, zudem wird sie durch entsprechende Bankgarantien abgesichert. Damit ist sichergestellt, dass der Bieter seiner Zahlungsverpflichtung nachkommt.

Beim vergleichenden Auswahlverfahren werden Auswahlkriterien herangezogen, die oft nicht quantifizierbar sind bzw. deren Quantifizierung als nicht objektiv nachvollziehbar und argumentierbar kritisiert wird. Die transparente Quantifizierbarkeit (Mapping auf ein Punktesystem) ist aber eine notwendige Voraussetzung, um eine Gesamtbewertung vornehmen zu können, wenn die Gesamtbewertung rechtssicher (auf Basis der Gesetze) durchgeführt werden soll. Warum erhält ein Betreiber, der einen bestimmten Dienst (z.B. E-Health) anbietet, mehr Bewertungspunkte als ein anderer Betreiber, der einen anderen Dienst anbietet? Warum sind 2% mehr Versorgung wichtiger als eine höhere Datenrate? Ist eine höhere Datenrate mit mehr Latenz besser als eine niedrigere Datenrate mit geringerer Latenz? Häufig gibt es trade-offs zwischen unterschiedlichen Ausprägungen. Diese Entscheidungen sollte der Markt (und damit die Kunden) und nicht eine Regulierungsbehörde treffen. Zudem lässt sich die Validität der zur Verfügung gestellten Informationen oft nur eingeschränkt überprüfen. Wenn etwa die Netzauslastung als Kriterium für den Bedarf herangezogen würde, ließe sich das kaum evaluieren.

#### Durchsetzung von Zusicherungen

Im Rahmen von Auswahlverfahren geben Antragsteller Zusicherungen ab. Beim wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren wird durch Bankgarantien sichergestellt, dass diese Zusicherungen auch eingehalten werden.

Bei vergleichenden Auswahlverfahren stellt sich oft erst viele Jahre später heraus, ob die im Rahmen des Auswahlverfahrens abgegebenen Zusicherungen eingehalten werden (z.B. werden statt den versprochenen 99% Versorgungsgrad nur 97% erreicht). Gemäß § 25 TKG 2021 ist ein Widerruf von Frequenznutzungsrechten zwar möglich, aber in der Regel wohl problematisch, wenn Zusicherungen nur partiell erfüllt werden. Mit einem Widerruf würde auch ein erheblicher Schaden für die Nutzer einhergehen. Es ist also in der Praxis kaum möglich, die Verteilung der Frequenzen nachträglich zu korrigieren. Das wiederum schafft einen Anreiz für zu optimistische Zusicherungen. Das Verfahren kann Vorteile für Unternehmen schaffen, die die Nichteinhaltung trotz Sanktionen in Kauf nehmen.

Zusagen zur Einhaltung etwa von Versorgungsaufgaben werden auch in wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren abgegeben, allerdings sind diese in der Regel nicht entscheidend für die Zuteilung der Frequenzen und werden im Rahmen eines eigenen Prüfverfahrens überprüft, sobald die Auflagen schlagend werden. Aufgrund des zu zahlenden Frequenznutzungsentgelts sind auch die Kosten einer Nichteinhaltung von Zusagen der Auflage viel höher, da in der Regel bei Nichteinhaltung der Auflagen Pönalen zu entrichten sind.

### Formale Ausgestaltung von Auswahlverfahren

§ 16 TKG 2021 regelt den formalen Rahmen des Auswahlverfahrens. Die Regelungen zum wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren sind detailliert und orientieren sich stark an den – auch aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit – bewährten Bestimmungen des TKG 2003 zum Vergabeverfahren für knappe Frequenzen. Im Gegensatz dazu finden sich kaum spezifische Regelungen zum vergleichenden Auswahlverfahren.

Bei der Ausgestaltung von Frequenzauktionen ist vor allem die ökonomische Effizienz und das Ziel der effizienten Frequenznutzung in den Mittelpunkt zu stellen (siehe § 16 TKG 2021). Es gibt mittlerweile umfassende theoretische Forschungsarbeiten in Zusammenhang mit Frequenzauktionen. Auf Basis dieser theoretischen Grundlagen wird durch entsprechende Designelemente darauf geachtet, dass spezifische Risiken, die in Frequenzauktionen auftreten können (Aggregationsrisiken, Substitutionsrisiken, Fragmentierungsrisiken, Winner's Curse Risiko, etc.) beseitigt oder reduziert werden. Diese sind etwa der Grund, weshalb Frequenzauktionen fast immer mehrstufig ausgestaltet sind.

Der Regulierungsbehörde ist nicht bekannt, dass es entsprechende Forschungsarbeiten in Zusammenhang mit vergleichenden Auswahlverfahren für Frequenzvergaben gibt. Gleichwohl bestehen aber auch in vergleichenden Auswahlverfahren Risiken für die teilnehmenden Unternehmen und für die Vergabebehörde. Ein falsches oder zu konservatives Angebot aufgrund falscher Erwartungsbildungen kann zur Folge haben, dass einem Unternehmen keine, zu wenig oder die falschen Frequenzen zugeteilt werden und umgekehrt, dass Unternehmen, die keine Frequenzen erhalten sollten, welche erhalten. Die der Regulierungsbehörde bekannten vergleichenden Auswahlverfahren sind etwa nicht mehrstufig ausgestaltet, sondern die Unternehmen konnten einmalig ein Angebot abgeben. Es ist auch schwer vorstellbar, wie multiple z.T. qualitative Auswahlkriterien im Rahmen eines mehrstufigen Verfahrens berücksichtigt werden können.

### Entscheidung über das Auswahlverfahren gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2021

Gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2021 hat die Zuteilung von zahlenmäßig beschränkten Frequenzen in einem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren zu erfolgen. Nur wenn die Regulierungsbehörde feststellt, dass die zu berücksichtigenden Ziele und Aspekte des § 15 Abs. 2 und 3 TKG 2021 besser durch ein vergleichendes Auswahlverfahren erreicht werden können, so hat sie ein solches Verfahren zu wählen.

Die in § 15 Abs. 3 TKG 2021 genannten Aspekte, auf die Bedacht zu nehmen ist, sind folgende:

1. Förderung des Wettbewerbs
2. Verbesserung der Versorgung,
3. Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität,
4. Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen, u.a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte,
5. Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Im vorliegenden Verfahren ist – neben der Rechtssicherheit – die Sicherstellung einer effizienten Nutzung der Frequenzen das oberste (Vergabe-)Ziel. Dieses kann bei knappen Frequenzen (Nachfrage übersteigt das Angebot) am besten durch ein Versteigerungsverfahren erreicht werden. Ein vergleichendes Auswahlverfahren ist nicht dazu geeignet, eine entsprechende Bedarfsabwägung vorzunehmen. Die anderen genannten Ziele und Aspekte spielen bei der vorliegenden Vergabe aufgrund der spezifischen Eigenschaften der zu vergebenden Frequenzen eine untergeordnete Rolle.

Um dem vergleichenden Auswahlverfahren den Vorzug zu geben, müssten erstens die anderen Ziele und Aspekte eine höhere Priorität haben. Dies ist im vorliegenden Verfahren schon aufgrund der zum jetzigen Zeitpunkt geringen Relevanz dieser Frequenzen für Wettbewerb und Versorgung nicht der Fall. Zweitens müsste es gelingen, die anderen Ziele und Aspekte mit einem

vergleichenden Auswahlverfahren besser zu erreichen als mit einem wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren. Die bisherigen Frequenzauktionen haben demonstriert, dass ambitionierte Versorgungs- und Wettbewerbsziele auch in wettbewerbsorientierten Auswahlverfahren erreicht werden können (z.B. unterversorgte Katastralgemeinden im Rahmen der Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700, 1500 und 2100 MHz).

Der potenzielle Vorteil eines vergleichenden Auswahlverfahrens könnte darin bestehen, dass mit Blick auf ein bestimmtes Ziel eine positive Diskriminierung vorgenommen wird, indem durch entsprechende Akzentuierung die Gewinnwahrscheinlichkeit eines Betreibers (deutlich) erhöht wird, wenn dieser einen höheren Beitrag bei der Erreichung dieses Ziels leistet (z.B. Neueinsteiger für den Wettbewerb). Abgesehen von methodischen Schwächen in Bezug auf die Bewertung und Prüfung der Validität von Anträgen sowie der Durchsetzung von Zusagen schränken auch die Vorgaben des § 15 Abs. 2 TKG 2021 die diesbezüglichen Freiheitsgrade eines vergleichenden Auswahlverfahrens ein. Die starke Akzentuierung einzelner Auswahlkriterien kann unverhältnismäßig und diskriminierend sein, andere Auswahlkriterien wiederum sind kaum operationalisierbar und können damit die Kriterien der Objektivität und Transparenz verletzen. Aspekte wie Dienstqualität, Innovation, Geschäftsentwicklung und Preise sollten auf einem Wettbewerbsmarkt Ergebnis des Marktprozesses sein und nicht Ergebnis eines administrativen Auswahlverfahrens.

Auch die im Rahmen der von Oktober bis Dezember 2022 durchgeführten öffentlichen Konsultation eingebrachten Stellungnahmen unterstützen eindeutig die Sichtweise und nunmehr getroffene Entscheidung der Regulierungsbehörde über das zur Anwendung kommende Auswahlverfahren.

Zu § 3:

In dieser Verordnung und den darin getroffenen Festlegungen wurden die gewonnenen Erkenntnisse aus der von Oktober bis Dezember 2022 durchgeführten öffentlichen Konsultation der Regulierungsbehörde, u.a. zur Beurteilung, welches Auswahlverfahren unter Bedachtnahme der in § 15 Abs. 3 TKG 2021 angeführten Aspekte für die Vergabe besser geeignet ist, berücksichtigt. Die Konsultation wurde unter [https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/konsultationen/konsultation\\_vergabe\\_26\\_ghz-3410-3470\\_mhz.de.html](https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/konsultationen/konsultation_vergabe_26_ghz-3410-3470_mhz.de.html) veröffentlicht (inkl. Stellungnahmen und Zusammenfassung der Stellungnahmen). Zudem wurde eine Begutachtung des Verordnungsentwurfs gemäß § 206 TKG 2021 durchgeführt.