

## Bescheid

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 T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch DLA Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Rotenturmstrasse 13, 1010 Wien, sowie der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH, Hainburgerstrasse 33, 1030 Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Köck, Seilergasse 16, 1010 Wien, vom 11.8.2005, auf „Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur gem. § 56 Abs. 2 TKG 2003“ in der Fassung der Antragsänderung vom 10.1.2006 in ihrer Sitzung vom 26.4.2006 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

1. Gemäß § 15 der einen integrierenden Bestandteil des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999, K 39/98-118, bildenden Konzessionsurkunde sowie gemäß § 11 der einen integrierenden Bestandteil des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15g/00-67, bildenden Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde iVm. § 56 Abs. 2 TKG 2003 wird die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH, die sich durch Übergang von 99,999% der Anteile der genannten Gesellschaften an die T-Mobile Austria GmbH sowie durch Übergang von 0,001% der Anteile an die T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH ergibt, mit nachstehenden Auflagen erteilt.

2. Die Genehmigung wird unter folgenden Auflagen erteilt:

T-Mobile Austria GmbH und T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH sind verpflichtet, das gesamte der TRA 3G Mobilfunk GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, zugeteilte Frequenzspektrum im Ausmaß von 2x9,8 MHz (Frequenzbereich 1939,9-1949,7/2129,9-2139,7 MHz) binnen 9 Monaten, nachdem T-Mobile Austria GmbH die Kontrolle über TRA 3G Mobilfunk GmbH erlangt hat, in folgender Weise zu verwerten:

2a.) Das Spektrum im Gesamtumfang von 2x9,8 MHz ist in zwei Pakete zu je 2x5 bzw. 2x4,8 MHz aufzuteilen. Die Nutzungsrechte für ein Frequenzpaket sind dem Mitbewerber Hutchison 3G Austria GmbH zum Kauf anzubieten, die Nutzungsrechte für das andere Frequenzpaket dem Mitbewerber One GmbH. Dabei ist T-Mobile Austria GmbH verpflichtet, in ihrem Angebot an One GmbH kein höheres Entgelt für die Übertragung der Nutzungsrechte am verhandlungsgegenständlichen Frequenzpaket zu fordern, als Hutchison 3G Austria GmbH in deren Angebot gegenüber der T-Mobile Austria GmbH („Term Sheet“ vom 24./28.2.2006) für das nunmehr der One zum Kauf anzubietende Frequenzpaket bereits geboten hatte. Es ist nicht zulässig, die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket (2x9,8 MHz) bloß einem der beiden Mitbewerber zum Kauf anzubieten.

2b.) Sollte eines der beiden in 2a.) genannten Unternehmen kein ernsthaftes Interesse am entgeltlichen Erwerb von Frequenznutzungsrechten an einem der in 2a.) genannten Pakete haben, so kann das andere am Erwerb interessierte Unternehmen das Recht zur Nutzung am kleineren Frequenzpaket im Umfang von 2x4,8 MHz erwerben. Die Nutzungsrechte am verbleibenden Frequenzpaket mit 2x5 MHz können diesfalls an ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges und von österreichischen Mobilfunkbetreibern unabhängiges Unternehmen veräußert werden. Konzernrechtlich verbundene Gesellschaften der Telekom Austria AG sowie der T-Mobile Austria GmbH sind vom Kauf jedoch grundsätzlich ausgeschlossen.

2c.) Sollte keines der beiden in 2a.) genannten Unternehmen Interesse am Erwerb der Nutzungsrechte eines der beiden Frequenzpakete haben, können die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket im Umfang von 2x9,8 MHz einem anderen, noch nicht auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt tätigen und von in Österreich tätigen Mobilfunkbetreibern unabhängigen Unternehmen zum Kauf angeboten werden. Konzernrechtlich verbundene Gesellschaften der Telekom Austria AG sowie der T-Mobile Austria GmbH sind vom Kauf jedoch grundsätzlich ausgeschlossen.

2d.) Erfolgt nicht binnen der vorgeschriebenen 9 Monate eine Verwertung des UMTS-Frequenzspektrums der TRA 3G Mobilfunk GmbH in der gemäß Punkt 2a.), 2b.) oder 2c.) des Spruches vorgeschriebenen Weise, fallen die Nutzungsrechte an den nicht verwerteten Frequenzen ohne finanziellen Ausgleich an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurück.

3. Jede der gemäß 2a.) bis 2c.) zulässigen Varianten der Überlassung der Nutzungsrechte bedarf der Genehmigung der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 56 TKG 2003.

4. Es wird festgestellt, dass die der tele.ring Telekom Service GmbH mittels Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999 auferlegte Versorgungspflicht im Umfang von 98% der Bevölkerung 3 Jahre nach Konzessionserteilung ab Übernahme der Kontrolle durch T-Mobile Austria

GmbH in vollem Umfang auf die T-Mobile Austria GmbH übergeht, wobei bei Entsprechung dieser Versorgungspflicht die der T-Mobile Austria GmbH mittels Bescheid vom 25.1.1996 auferlegte Versorgungspflicht im Umfang von 75% 3 Jahre nach Konzessionserteilung damit als miterfüllt gilt.

5. Es wird weiters festgestellt, dass die der TRA 3G Mobilfunk GmbH mittels Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 auferlegte Versorgungspflicht von 50% der Bevölkerung am Stichtag 31.12.2005 ab Übernahme der Kontrolle durch T-Mobile Austria durch die der T-Mobile Austria GmbH ebenfalls mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 auferlegte Versorgungspflicht in gleichem Umfang für die Dauer des Verbleibes der Frequenznutzungsrechte in der Kontrolle der T-Mobile Austria GmbH als miterfüllt gilt, sofern TRA 3G Mobilfunk GmbH ihre Verpflichtung zum 31.12.2005 tatsächlich erfüllt hat. Sofern und soweit TRA 3G Mobilfunk GmbH die ihr auferlegte Versorgungspflicht am Stichtag 31.12.2005 nicht erfüllt hat, geht ab Übernahme der Kontrolle durch T-Mobile Austria GmbH die Haftung für die widrigen Folgen auf T-Mobile Austria GmbH über.

## **II. Begründung**

### **II. A) Gang des Verfahrens**

1.) Mit Schriftsatz vom 11.8.2005 brachten T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“), tele.ring Telekom Service GmbH („tele.ring“), EHG Einkaufs- und Handels GmbH („EHG“) und TRA 3G Mobilfunk GmbH („TRA 3G“) gemeinsam einen Antrag bei der Telekom-Control-Kommission auf Genehmigung der „Übertragung von 99,999% der Geschäftsanteile an der gesamten tele.ring Unternehmensgruppe“ sowie „der verbleibenden 0,001% der Geschäftsanteile an die T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH“ ein (ON 1).

Begründend wurde im Antrag ausgeführt, dass mit dem Erwerb der tele.ring-Gesellschaften die Kostenstruktur der T-Mobile optimiert werden soll. Durch den Erwerb würde der Kundenstamm von T-Mobile von 2 Millionen auf knapp 3 Millionen anwachsen, was zu einer Verringerung der Kosten pro Kunde führen würde. Die dadurch erzielten Effizienzgewinne würden den Kunden zu Gute kommen. Durch die beantragte Änderung würde es aber auch zu einer Sicherstellung des langfristigen und vor allem nachhaltigen Wettbewerbs kommen. Mobilkom sei nach wie vor der Marktführer mit einem Marktanteil von ca. 45%. Durch den Erwerb von tele.ring wäre es T-Mobile möglich, zur Mobilkom aufzuschließen. Auf den derzeit herrschenden starken Wettbewerb am österreichischen Mobilfunkmarkt werde die geplante Fusion keine Auswirkungen haben, da auch in Zukunft durch die weiteren Anbieter (One, Hutchison) aber auch durch neue Serviceprovider (z.B. YESSS!) mit einem starken Preiskampf zu rechnen sei.

Hinsichtlich der Frequenzen wurde ausgeführt, dass es durch die Fusion weder im GSM- noch im UMTS-Frequenzbereich zu einer wettbewerblich problematischen Konzentration von Frequenzen komme.

Zusätzlich wurde beantragt, die Telekom-Control-Kommission möge feststellen, dass sich durch die Übernahme der Frequenzen der tele.ring bzw. TRA 3G die der T-Mobile bisher auferlegte Versorgungspflicht nicht ändere.

Ergänzend wurde von den antragstellenden Gesellschaften noch darauf hingewiesen, dass der beabsichtigte Zusammenschluss der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Europäischen Kommission unterliege. Die Anmeldung des Zusammenschlusses werde dieser in den nächsten Tagen vorgelegt werden.

2.) In ihrer Sitzung am 24.8.2005 hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Mag. Paul Pisjak, Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Stefan Felder, Mag. Reinhard Neubauer und DI Dietmar Zlabinger zu Amtssachverständigen zu bestellen, und mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen, in welchem die Auswirkungen der geplanten Fusion auf den Wettbewerb, die sich insbesondere durch den Übergang der Frequenzen ergeben, im Sinne des § 56 TKG 2003 untersucht werden (ON 3).

3.) Mit Schreiben vom 1.9.2005 wurden Mobilkom Austria AG & Co KG („Mobilkom“), One GmbH („One“), Hutchison 3G Austria GmbH („H3G“) sowie 3G Mobile Telecommunications GmbH („3G Mobile“) vom Antrag ON 1 in Kenntnis gesetzt, mit dem Hinweis, dazu gegenüber der Telekom-Control-Kommission Stellung nehmen zu können (ON 6-9).

Mobilkom, One und H3G haben entsprechende Stellungnahmen abgegeben, die ihrerseits den antragstellenden Gesellschaften übermittelt wurden (ON 13, 14).

T-Mobile hat darauf am 11.10.2005 repliziert (ON 15).

4.) One hat im Rahmen ihrer Stellungnahme (ON 11) auch den Antrag gestellt, „die Telekom-Control-Kommission möge bescheidmässig die Parteistellung von ONE in diesem Verfahren feststellen“.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 2.11.2005 wurde der Antrag der One auf Zuerkennung der Parteistellung in diesem Verfahren abgewiesen (ON 34). Der dagegen vor dem Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.2.2006, ZI. 2005/03/0232-3, nicht statt gegeben (ON 58).

5.) Mit Schreiben vom 23.9.2005 hat T-Mobile der Telekom-Control-Kommission das „Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004“ zum „Erwerb der alleinigen Kontrolle über die tele.ring Unternehmensgruppe“, welches offensichtlich bei der Europäischen Kommission zur Aktenzahl COMP/M.3916 eingereicht wurde, übermittelt (ON 11a). Des Weiteren führen die antragstellenden Gesellschaften in einer „ergänzenden Stellungnahme“ vom 30.9.2005 aus, dass die „Transaktionsstruktur der fusionskontrollrechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission [unterliegt]“ (ON 12a).

6.) Mit Schreiben vom 21.10.2005 hat T-Mobile der Telekom-Control-Kommission eine „Verpflichtungserklärung der T-Mobile Austria GmbH gegenüber der Europäischen Kommission“ vorgelegt (ON 21). Diese Verpflichtungserklärung wurde von T-Mobile im Rahmen einer mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission erörtert (ON 31).

7.) Das mit ON 3 in Auftrag gegebene Gutachten wurde im Oktober 2005 bei der Telekom-Control-Kommission abgeliefert. Es beschreibt die allgemeine Marktcharakteristik, analysiert den mobilen Endkundenmarkt, den mobilen Zugangs- und Originierungsmarkt sowie den nationalen Markt für internationales Roaming und schließt mit einem gutachterlichen Gesamtresümee (ON 22).

Das Gutachten wurde den antragstellenden Gesellschaften am 25.10.2005 zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt. Mit Schriftsatz vom 7.11.2005 wurde von T-Mobile eine ausführliche Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen abgegeben (ON 38).

8.) Mit gleich lautenden Anträgen vom 14. und 25.10.2005 stellte H3G einen „Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung“ (ON 32). Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 2.11.2005 wurde der Antrag der H3G auf Zuerkennung der Parteistellung in diesem Verfahren abgewiesen (ON 36).

9.) Die antragstellenden Gesellschaften sowie Mobilkom, One und H3G wurden zu einer mündlichen Verhandlung am 8.11.2005 geladen. Alle Geladenen sind erschienen und haben Vorbringen erstattet (ON 39).

10.) In der Zwischenzeit haben die Telekom-Control-Kommission sowie die RTR-GmbH immer wieder bei der Beantwortung von Anfragen („Markttests“) der Europäischen Kommission zum Fusionsverfahren COMP/M.3916 mitgewirkt. Die Telekom-Control-Kommission wurde auch davon in Kenntnis gesetzt, dass die Europäische Kommission ein sogenanntes „Phase 2-Verfahren“ eröffnet hat (ON 40a, 42, 42a, 43).

11.) Mit Schriftsatz vom 10.1.2006 wurde der verfahrenseinleitende Antrag folgendermaßen abgeändert:

„[D]ie Telekom-Control-Kommission [möge] dem Antrag auf Zustimmung zur Änderung in der Eigentümerstruktur der tele.ring unter Aufnahme von Nebenbedingungen stattgeben, die sicherstellen, dass die Erstantragstellerin im Ergebnis das gesamte UMTS-Spektrum der tele.ring zu entweder einem 5,0- und einem 4,8-MHz-Paket oder einem 9,8-MHz-Paket binnen 6 Monaten ab dem Tag, an dem die Erstantragstellerin Kontrolle über tele.ring erlangt mit einmaliger Fristerstreckungsmöglichkeit bis 31.12.2006, an H3G, One oder einen (oder mehrere) von ihr unabhängige(n) Dritte(n), nicht jedoch an Konzerngesellschaften der Telekom Austria und/oder der Erstantragstellerin veräußert bzw. – sollte kein Interesse an einem solchen Erwerb bekundet werden – an die Republik Österreich ohne finanziellen Ersatz zurückgibt.“

Weiters wurde ausgeführt, dass der zweite Feststellungsantrag vom 11.8.2005 dahin gehend abgeändert wird, dass die Telekom-Control-Kommission feststellen möge, „dass durch die Genehmigung des oben angeführten Antrages eine Änderung der der Erstantragstellerin aus der Konzessionsurkunde vom 25.01.1996 entstehenden Versorgungspflichten insofern entsteht, als mit Genehmigung des oben angeführten Antrages die Erstantragstellerin die höheren der der Erstantragstellerin aus ihrer Konzessionsurkunde vom 25.01.1996 bzw. der tele.ring aus dem Konzessionsbescheid zu GZ K 39/98-118 vom 03.05.1999 betreffend Erbringung von mobilen Telekommunikationsdienstleistungen (vgl. dort Punkt 9) entstehenden Versorgungspflichten nur einmal erfüllen muss“.

12.) Mit E-Mail vom 30.1.2006 wurde schließlich mitgeteilt, dass mit 5.11.2005 die Verschmelzung der EHG Einkaufs- und Handels-GmbH auf die tele.ring Telekom Service GmbH im Firmenbuch eingetragen worden sei, und die EHG somit als Antragstellerin weggefallen sei (ON 47).

13.) Mit E-Mail vom 9.2.2006 teilte T-Mobile mit, dass sie am 8.2.2006 von der Europäischen Kommission ein so genanntes „statement of objection“ erhalten habe. Dort gelangt die Europäische Kommission zum Schluss, dass es nach derzeitigem Verfahrensstand unwahrscheinlich erscheint, dass die bisher von T-

Mobile gemachten Zusagen gegenüber der Europäischen Kommission die bestehenden wettbewerblichen Probleme ausräumen.

14.) Mit Schreiben vom 27.2.2006 brachte T-Mobile in einem Schriftsatz vor, dass sie mit ihren „konkretisierten und verbesserten Zugeständnissen“ sowie den von T-Mobile zum „statement of objection“ vorgebrachten Argumenten die Bedenken der Europäischen Kommission zur Übernahme von tele.ring „vollends ausräumen“ könne (ON 49a).

15.) Am 11.4.2006 wurde im gegenständlichen Verfahren ein Bescheidentwurf gem. § 128 TKG 2003 veröffentlicht und interessierten Personen innerhalb einer Frist bis zum 24.4.2006 Gelegenheit zur Stellungnahme geboten.

16.) Die Erstantragstellerin T-Mobile Austria GmbH brachte in ihrer Stellungnahme vom 21.4.2006 (ON 65) vor, dass die im Bescheidentwurf vorgesehenen Auflagen über die von den Antragstellerinnen angebotenen hinaus gingen und die Antragstellerinnen in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit unangemessen einschränken würden, ohne dass dies zur Erreichung des Zieles, negative technische Auswirkungen und Beeinträchtigungen des Wettbewerbes zu vermeiden, erforderlich wäre.

Die Auflage der Telekom-Control-Kommission sehe vor, dass das Frequenzspektrum der TRA 3G, aufgeteilt auf zwei Pakete, der H3G und der One anzubieten sei, wobei keinem der letztgenannten Unternehmen das Recht zukommen solle, beide Pakete zu erwerben. Es sei nicht nachzuvollziehen, dass diese Auflage notwendig wäre, um einer Ungleichverteilung im Hinblick auf die Frequenzausstattung und in Folge einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten desjenigen der beiden Betreiber, der kein entsprechendes Frequenznutzungsrecht erwerben könnte, vorzubeugen. Diese Auflage würde die Verhandlungsposition der Erstantragstellerin im Veräußerungsprozess erheblich schwächen.

Bei Berücksichtigung der aktuellen Frequenzsituation im GSM-Bereich kämen erhebliche Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der von der Telekom-Control-Kommission angestrebten Frequenzverteilung, die den Verkauf je eines Paketes an H3G und One vorsieht, auf. One sei bislang der Mobilnetzbetreiber mit der umfangreichsten Ausstattung an GSM-Frequenzen. Stelle man diese Frequenzausstattung der One den Minutes of Use gegenüber, zeige sich, dass One im GSM-Bereich über die geringste Auslastung und damit im Gegenzug über die größten freien Kapazitäten verfügt. Daraus folge, dass One derzeit unter keinerlei Kapazitätsbeschränkungen leidet. Es stelle sich daher die Frage, aus welchen Gründen eine gleichmäßige Verteilung der 3G-Frequenzen auf die am Markt tätigen UMTS-Konzessionäre geeignet sein solle, einen nachhaltigen und vor allem chancengleichen Wettbewerb zu sichern. H3G hätte, selbst wenn dieser das gesamte tele.ring-UMTS-Spektrum übertragen werden würde, aus Sicht der Erstantragstellerin keinerlei Kapazitätsvorteil gegenüber One.

Ziel des § 56 TKG 2003 sei nicht die „faire“ Verteilung des Frequenzspektrums unter allen Marktteilnehmern, sondern nur die Unterbindung von technischen Problemen oder von solchen Ungleichverteilungen des zugewiesenen Frequenzspektrums, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen würden. Eine gleichmäßige Verteilung des Frequenzspektrums sei vom Gesetzgeber keineswegs von vornherein gewollt.

Unverhältnismäßig einschränkend sei der Umstand, dass es der Erstantragstellerin nicht erlaubt sein soll, das gesamte Paket an H3G zu verkaufen, sollte One

kein ernsthaftes Interesse zeigen. Aufgrund dieser Regelung habe One nur eine geringe bzw. keine Motivation, einen marktüblichen Preis anzubieten. Dadurch würde Vermögen vernichtet, ohne dass dies wegen der technischen oder der Auswirkungen auf den Wettbewerb geboten wäre.

Der im Bescheidentwurf vorgesehene Rückfall der Frequenzen an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, der dann eintreten soll, wenn die Erstantragstellerin binnen der von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenen Frist keinen Abnehmer für einen Teil des Frequenzpaketes der TRA 3G finden würde, würde eine effiziente Frequenznutzung behindern. In einem daran anschließenden Versteigerungsverfahren würden nämlich möglicherweise nur jener Betreiber, der das Angebot der Erstantragstellerin abgelehnt hat, und ein Neueinsteiger als potentielle Bieter übrig bleiben. Es sei nicht davon auszugehen, dass in diesem konkreten Fall durch das Verfahren der Auktion eine effiziente Frequenznutzung gewährleistet würde. Dadurch würden die Antragstellerinnen de facto enteignet, obwohl kein öffentliches Interesse an einer sich daraus ergebenden nicht effizienten Nutzung dieses Frequenzpaketes existieren kann.

Da eine getrennte Verwertung der beiden Frequenzpakete vorgeschrieben werden soll, sei ein Zeitraum von 6 Monaten als Frist für die Verwertung der Frequenzpakete zu kurz. Insbesondere für die möglicherweise notwendige Veräußerung des Frequenzpakets an einen noch nicht am österreichischen Markt tätigen Mobilnetzbetreiber sei der Zeitraum zu kurz, da ein solcher potentieller Einsteiger erst über eine internationale Ausschreibung gesucht werden müsste.

17.) Die Europäische Kommission brachte in ihrer Stellungnahme vom 21.4.2006 (ON 66) vor, der Maßnahmenentwurf weiche hinsichtlich des von der Telekom-Control-Kommission gewählten Verfahrens von dem zwischen der Europäischen Kommission und der RTR-GmbH vereinbarten Verfahren ab. Eine Entscheidung hinsichtlich der konkreten Aufteilung der Frequenzpakete auf die Erwerber sei in diesem Stadium verfrüht und solle deshalb in einem zweiten Schritt im Einvernehmen zwischen der Telekom-Control-Kommission und der Europäischen Kommission getroffen werden. Es bestehen inhaltlich grundsätzliche Bedenken dagegen, dass der Maßnahmenentwurf einen Erwerb beider tele.ring Frequenzpakete durch einen Anbieter – sei es H3G, sei es ONE – unter keinen Umständen zulässt.

Ein Verbot des Erwerbs beider Frequenzpakete durch einen Anbieter schein dem Zweck der Zusagen, die T-Mobile in dem EU-Verfahren abgegeben hat, nicht voll gerecht zu werden. Der im Entwurf vorgeschlagene Lösungsansatz berge das Risiko, dass ein UMTS-Frequenzpaket als äußerst knappes Gut während eines voraussehbaren beträchtlichen Übergangszeitraums ungenutzt bleibt. Im hypothetischen Fall, dass One kein Frequenzpaket erwerben wolle, erscheine es sinnvoll, H3G die Möglichkeit zu eröffnen, auch das zweite Frequenzpaket zu erwerben. Eine mögliche Gefährdung eines chancengleichen Wettbewerbs bestünde kaum, da H3G im Gegensatz zu anderen Netzbetreibern über keine Nutzungsrechte an GSM-Frequenzen verfügt.

Zudem bestehe zumindest mittelfristig eine Perspektive der Umwidmung („Re-farming“) der GSM-Frequenzen zur 3G/UMTS-Nutzung, wobei die GSM-Betreiber ihr UMTS-Frequenzspektrum erheblich ausweiten könnten. Daher würde der Erwerb beider Frequenzpakete durch H3G, vorausgesetzt One erwerbe das angebotene Frequenzpaket nicht, zu keiner wesentlichen und nachhaltigen Ungleichverteilung der Frequenznutzungsrechte führen.

18.) H3G brachte in ihrer Stellungnahme vom 24.4.2006 (ON 67) vor, es seien Nebenbestimmungen im Entwurf aufgenommen, die den Handlungsspielraum der T-Mobile betreffend die weitere Verwertung des von TRA übernommenen UMTS-Spektrums erheblich einengen und ausdrücklich auch die Dispositionsmöglichkeiten konkreter potenzieller Erwerber für diese Frequenznutzungsrechte, nämlich H3G und die One GmbH, einschränken, ohne dass diese Übertragung des verfahrensgegenständlichen Frequenzspektrums an diese potenziellen Erwerber im Verfahren F 2/05 bereits verfahrensgegenständlich wäre.

Trotz konkreter Betroffenheit von der zu erwartenden Entscheidung stehe der H3G in Ermangelung ihrer Parteistellung keine Möglichkeit zur Wahrung ihrer Rechtsposition zu, obwohl über diese explizit im Entwurf disponiert werde. Dies sei unter dem Gesichtspunkt verfassungsmäßig abgesicherter Rechtsschutzgarantien gegenüber hoheitlichen Akten abzulehnen. Die One und H3G betreffende Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit betreffe gar nicht die hier verfahrensgegenständliche Transaktion. In den Nebenbestimmungen gehe es um den nachfolgenden Schritt der Abschichtung des von TRA übernommenen UMTS-Spektrums durch TMA. Dieser unterliege einer gesonderten Genehmigungspflicht im Verfahren gem. § 56 Abs. 1 TKG 2003.

H3G fordert in ihrer Stellungnahme die Streichung der Spruchpunkte, die die Gestaltungsmöglichkeiten von H3G bereits vorab und ohne Parteistellung von H3G beschränken. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass im Zuge der nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts eine oder mehrere der von der Telekom-Control-Kommission getroffenen Entscheidungen über die Frequenzüberlassung von T-Mobile an potentielle Bewerber aufgehoben und im Zuge eines fortgesetzten Verfahrens anders zu entscheiden sein wird.

Da im Zuge einer zu genehmigenden Frequenzüberlassung die für die betreffenden Frequenzen ursprünglich angeordneten Nutzungsbestimmungen unberührt zu bleiben haben, käme die Vergabe eines Frequenzpakets an ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen gar nicht in Betracht, da jenes die vorgesehenen Versorgungsaufgaben nicht erfüllen könne. Da One als einziger Käufer für das von H3G nicht erwerbbar Frequenzpaket überlebe, wäre für T-Mobile bereits ein Gebot in der Höhe von einem Euro seitens One für das Frequenzpaket aus finanzieller Sicht besser zu bewerten, als die ersatzlose Rückgabe an den Bund. One werde aufgrund des faktisch ausgeschalteten Marktdrucks kaum einen sachgerechten Preis bieten.

Da der Entwurf T-Mobile mit den vorgeschlagenen Einschränkungen zu einer wettbewerbsbehindernden Vorgangsweise zwingt, stehe der Entwurf im Widerspruch zu den Zielen des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003. Die Europäische Kommission fordere als Genehmigungsvoraussetzung für die anhängige Zusammenschlussanmeldung die Schaffung eines neuen „Maverick“. Eine der wesentlichsten Voraussetzungen für die Schaffung dieses neuen Maverick ist eine angemessene Ausstattung von H3G mit UMTS-Spektrum. Der durch die Nebenbestimmungen begünstigte Betreiber sei nicht der nach Ansicht der Europäischen Kommission zu schaffende Maverick H3G, sondern One, obwohl dieser von der Europäischen Kommission nicht das Potential eines möglichen Maverick beigemessen wurde.

Die seinerzeitigen Ausschreibungsbedingungen der UMTS-Lizenzvergabe hätten einem Betreiber, der in der ersten Phase des Versteigerungsverfahrens bereits drei 5 MHz Frequenzpakete gepaart erworben hat, erlaubt, in einer zweiten Phase ein weiteres 5 MHz Frequenzpaket zu ersteigern. Daher stünden die nunmehrigen Auflagen in einem krassen Widerspruch zu den ursprünglichen Bedingungen der

UMTS-Lizenzvergabe. Auch die GSM-Frequenzausstattung der Betreiber müsse in die Betrachtung einbezogen werden.

H3G verfüge über ein reines UMTS-Netz, was zur Folge habe, dass H3G alle Services, insbesondere auch Sprachtelefonie, über ihr UMTS Netz abwickeln muss. Eine wichtige Voraussetzung für einen reinen UMTS-Netzbetreiber, mittel- und langfristig gegenüber den technischen Möglichkeiten von GSM/UMTS-Netzen eine vergleichbare Kostenbasis zu behaupten, sei, über mehr UMTS-Spektrum zu verfügen. Die Gesamtfrequenzausstattung sei zusätzlich relevant, da im Betrachtungszeitraum von der Möglichkeit des Frequenzrefarmings von GSM-Frequenzen zu UMTS ausgegangen werden müsse. Frequency-Refarming würde in Österreich wahrscheinlich bereits vor 2008 für alle 2G/3G Betreiber die Möglichkeit schaffen, ihr gesamtes Spektrum wahlweise für GSM oder für UMTS zu nutzen. Nur die Genehmigung des Erwerbs beider UMTS-Frequenzpakete von tele.ring durch H3G würde zusammen mit der erhöhten Frequenz-Effizienz von UMTS eine annähernd gleichwertige Ressourcenausstattung und Netzkapazität im Vergleich zu allen anderen Marktteilnehmern gewährleisten.

19.) One brachte in ihrer Stellungnahme vom 24.4.2006 (ON 68) vor, sie begrüße die grundsätzlichen Erwägungen, von denen der Entwurf geleitet ist, die Markt- und Wettbewerbssicht sei in den großen Linien richtig wiedergegeben. Sie regte an, bei der Anwendung des HHI auch die Daten aus den Quartalen 3 und 4 des Jahres 2005 in die Betrachtung einzubeziehen. Die Telekom-Control-Kommission versäume, die Konsequenzen auf dem Endkundenmarkt (mögliche alleinige oder gemeinsame beträchtliche Marktmacht) weiter zu beleuchten, die eintretende Konzentration auf dem Endkundenmarkt könnte Anlass zu einer Neubewertung dieses Marktes geben. Es sei nicht auszuschließen, dass eine Situation eintritt, in der auch der Mobilfunkendkundenmarkt als Kandidatenmarkt für eine Vorabregulierung in Frage kommt. Die Kommentierung werde dadurch erschwert, dass die Telekom-Control-Kommission das wirtschaftliche Amtsgutachten nur sehr verkürzt reflektiere. Das Gutachten wäre den Mitbewerbern der Antragsteller zu übermitteln gewesen.

H3G sei aufgrund ihrer Abhängigkeit vom national roaming Vertrag mit Mobilkom Austria in ihrer Preisflexibilität – verglichen mit tele.ring – wesentlich limitierter. Da sich die Netzintegration im Bereich von T-Mobile bei realistischer Einschätzung bis weit in die zweite Hälfte des Jahres 2007 erstrecken werde, wäre erst zu jenem Zeitpunkt überhaupt die Möglichkeit dafür geschaffen, dass H3G theoretisch eine ähnliche Preisflexibilität aufweisen könnte, wie sie tele.ring über die Jahre hatte. Die Übernahme der Maverick-Rolle durch H3G, was voraussetzen würde, dass in den nächsten Jahren auch besonders günstige Sprachprodukte angeboten werden, sei ohne entsprechende GSM-Frequenzen praktisch nicht möglich. H3G könne die Außenseiterposition von tele.ring für den Sprachbereich nicht übernehmen.

Die Regulierungsbehörde werde nach dem Zusammenschluss sehr genau darauf zu achten haben, ob trotz der Auflagen aus dem Zusammenschluss Wettbewerbsverwerfungen entstehen. Eine Reihe weiterer Auflagen wäre nötig, um das Risiko dauerhafter und irreparabler Wettbewerbsverwerfungen zu verhindern.

One regte an, den Bescheid dahingehend zu ergänzen, dass Konsequenzen für den Fall vorgesehen werden, dass T-Mobile die entsprechenden Auflagen nicht zeitgerecht umsetzt und die Telekom-Control-Kommission sich vorbehält, weitere Maßnahmen zu treffen, sofern die von ihr erwarteten Wettbewerbswirkungen nicht eintreten.

One begrüße grundsätzlich die Verpflichtung der zusammenschließenden Parteien zur Übertragung von UMTS-Spektrum in der vorgesehenen Weise, welche auch Entscheidungslinie fortführe, die die Telekom-Control-Kommission anlässlich des Verfahrens K 15g/00 (Kauf der 3G Mobile durch mobilkom austria) entwickelt hatte. Auch die Einschränkung, die sich aus den seinerzeitigen UMTS-Ausschreibungsbedingungen ergibt, sei nach wie vor aufrecht. Der Entscheidungsentwurf stünde auch im Einklang mit den zu erwartenden Auflagen der Europäischen Kommission.

Allerdings würden im Entwurf Auflagen fehlen, die sicherstellen, dass es tatsächlich zur Übertragung an One und H3G kommt, weil es keine Vorgaben zum Verfahren gebe, das T-Mobile einzuhalten hat. Es sei nicht abzusehen, ob zwischen One und T-Mobile eine kommerzielle Einigung fristgerecht erfolgen könne. Die Auflagen müssten sicherstellen, dass bei einem Scheitern der Verhandlungen zwischen One und T-Mobile trotz ernsthaften Interesses von One aufgrund einer allfällig obstruierenden Verhandlungsstrategie seitens des Verkäufers der Erwerb des einen UMTS-Blocks durch One jedenfalls möglich ist. Auch müsse sichergestellt sein, dass One einen UMTS-Block erwerben kann, falls er an den BMVIT zurückfällt.

Die Stattgebung der Feststellungsanträge sei rechtlich nicht begründet. Die mit der 4. GSM-Konzession der tele.ring allozierten Frequenzen müssten zurückgelegt werden, da aufgrund der damaligen Ausschreibungsunterlagen T-Mobile ausgeschlossen gewesen wäre, da sie damals bereits über eine Mobilfunkkonzession verfügt hatte. T-Mobile kleide einen Antrag auf Änderung von Frequenznutzungsbedingungen in das Gewand eines Feststellungsantrags. Eine Änderung von Frequenznutzungsbedingungen könne aber nicht Entscheidungsgegenstand eines Feststellungsverfahrens sein. Gemäß § 56 Abs. 1 letzter Satz TKG 2003 könne die Überlassung von Frequenzen nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Nutzungsrechte für die gegenständlichen Frequenzen unverändert bleiben. Eine Genehmigung des Zusammenschlusses könne nur unter der Nebenbestimmung erfolgen, dass die allozierten GSM-Frequenzen wegfallen.

One wies weiters darauf hin, dass es teilweise angesichts der negativen Wettbewerbswirkungen am Endkundenmarkt auch erforderlich werden würde, andere Maßnahmen zu ergreifen. Insbesondere werde eine zusammenschlussbezogene Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte gefordert. Dies müsse zumindest zeitnah nach einer Entscheidung in diesem Verfahren in einer entsprechenden Modifikation des derzeit gültigen Zusammenschaltungsbescheides durchgeführt werden. Es folgen konkrete Vorschläge zur Vorgehensweise bei der Senkung der Mobilfunkterminierungsentgelte, die das neue Unternehmen verlangen dürfe, und Begründungen für die Notwendigkeit jener Senkung.

20.) TriCoTel Telekom GmbH führte in ihrer Stellungnahme vom 24.4.2006 (ON 69) aus, die geplante Maßnahme würde zu Einschränkungen des Wettbewerbs am österreichischen Mobilfunkmarkt führen. In dem Bescheidentwurf fehle unter anderem ein Akteninhaltsverzeichnis, die Anträge der Parteien, eine Vorstellung aller beteiligten Unternehmen, Angaben zu Kundenbeschwerdeverfahren, Angaben von Marktanteilszahlen nach Teilnehmern, Angaben zur Zahl der Handymasten, die Feststellung, dass H3G selbst kein eigenes GSM-Netz hat, Befragung von Konsumenten, Angaben der Roamingtarife udgl. Das Verfahren sei mangelhaft, da die Dauer des Konsultationsverfahren unangemessen kurz sei. Es gebe Widersprüche im Maßnahmenentwurf. T-Mobile dürfe bei einer Übernahme überhaupt keine Frequenzen von tele.ring übernehmen.

21.) e2io.com Information Technology Services GmbH brachte in ihrer Stellungnahme vom 24.4.2006 (ON 70) vor, sie befürchte im Falle der Firmenfusion eine Schädigung durch überhöhte Preise, weniger Angebot, schlechtere Qualität der Dienstleistungen und ignoranteren Umgang mit Themen zum Umweltschutz seitens der dann noch verbleibenden Anbieter. Das Zulassen der Übernahme bedeute ein Einschränken des freien Wettbewerbs.

## **II. B) Festgestellter Sachverhalt**

1.) Der Erstantragstellerin T-Mobile Austria GmbH wurde mit Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 25. Jänner 1996 (damaliger Firmenname: „Ö CALL MOBIL TELEKOMMUNIKATION SERVICE GMBH“), GZ 101749/IV-JD/96, eine Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich erteilt. T-Mobile verfügt derzeit über ein Frequenzspektrum im Frequenzbereich GSM-900 bzw. GSM-1800 von insgesamt 2x20,8 MHz.

Weiters wurde T-Mobile Austria GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (GZ K 15/00-67; damaliger Firmenname: „max.mobil. Telekommunikation Service GmbH“) eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt. Gleichzeitig wurden Frequenzen aus dem für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich aus dem gepaarten Bereich im Umfang von 2x10 MHz im Frequenzbereich 1969,7-1979,7/2159,7-2169,7 MHz sowie aus dem ungepaarten Bereich im Umfang von 5 MHz aus dem Frequenzbereich 1910,1-1915,1 MHz und von 4,8 MHz im Frequenzbereich 2019,9-2024,7 MHz zur Nutzung zugeteilt. Nach dem Erwerb von Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz von 3G Mobile Telecommunications GmbH verfügt T-Mobile Austria GmbH nunmehr über Frequenzen im Umfang von 2x15 MHz im gepaarten Bereich, sowie 9,8 MHz im ungepaarten Bereich.

2.) Der antragstellenden tele.ring Telekom Service GmbH wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999 (K 39/98-118) eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze im für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich erteilt. Tele.ring verfügt derzeit über ein Frequenzspektrum von 2x16,8 MHz im GSM-1800-Frequenzbereich.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15/00-67) wurde der Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt. Gleichzeitig wurden Frequenzen aus dem für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich aus dem gepaarten Bereich im Umfang von 2x9,8 MHz im Frequenzbereich 1939,9-1949,7/2129,9-2139,7 MHz zur Nutzung zugeteilt. Mit Firmenbucheintragung vom 27.3.2002 änderte die Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH ihren Firmennamen auf „EKOM 3G Mobilfunk GmbH“. Das Stammkapital der EKOM 3G Mobilfunk GmbH wurde zu diesem Zeitpunkt zu 100% von der Vodafone AG gehalten. Am 18.4.2002 erwarb die EHG Einkaufs- und Handels GmbH von der Vodafone AG 100% der Geschäftsanteile der EKOM 3G Mobilfunk GmbH, dies unter anderem unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Telekom-Control-Kommission zur Eigentumsübertragung. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.6.2002 (K 15c/00-62) erteilte diese die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse durch Übertragung von 100% der Geschäftsanteile der EKOM 3G Mobilfunk GmbH von der Vodafone AG auf die EHG Einkaufs-

und Handels GmbH. Die EHG Einkaufs- und Handels GmbH wurde mit Eintragung vom 19.7.2002 als alleiniger Gesellschafter der EKOM 3G Mobilfunk GmbH im Firmenbuch eingetragen. Mit Bescheid vom 18.11.2002 erteilte die Telekom-Control-Kommission die Zustimmung zur Übertragung der mit Bescheid vom 20.11.2000 erteilten oben genannten Konzession sowie der mit selbem Bescheid vorgenommenen Frequenzzuteilung von der EKOM 3G Mobilfunk GmbH auf die TRA 3G Mobilfunk GmbH und erteilte ebenso die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse, welche sich durch Übertragung von 100% der Anteile an der TRA 3G Mobilfunk GmbH von der EKOM 3G Mobilfunk GmbH auf die EHG Einkaufs- und Handels GmbH, ergab. Mit Firmenbucheintragung vom 21.1.2003 erfolgte die Eintragung der EHG Einkaufs- und Handels GmbH als alleinige Gesellschafterin der TRA 3G Mobilfunk GmbH im Firmenbuch. Mit Firmenbucheintragung vom 25.3.2006 wurde die EHG Einkaufs- und Handels GmbH in die tele.ring Telekom Service GmbH verschmolzen, sodass die tele.ring Telekom Service GmbH nunmehr alleinige Gesellschafterin der TRA 3G Mobilfunk GmbH ist.

3.) Auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt sind weiters folgende Unternehmen tätig:

Mobilkom Austria AG & Co KG verfügt über Frequenzen im GSM-Frequenzbereich im Umfang von 2x32 MHz, sowie über Frequenzen im UMTS-Frequenzbereich im Umfang von 2x10 MHz im gepaarten und 10 MHz im ungepaarten Bereich. Daneben ist Mobilkom Austria AG & Co KG zu 100% Eigentümerin der 3G Mobile Telecommunications GmbH, welche Nutzungsrechte an UMTS-Frequenzen im Umfang von 2x4,8 MHz hält.

One GmbH verfügt im GSM-Frequenzbereich über Nutzungsrechte an Frequenzen im Umfang von 2x32,2 MHz und im gepaarten UMTS-Frequenzbereich von 2x10 MHz.

Hutchison 3G Austria GmbH verfügt ausschließlich über Frequenznutzungsrechte im UMTS-Frequenzbereich (2x9,8 MHz im gepaarten und 5 MHz im ungepaarten Bereich) und hat sich als Neueinsteiger als ausschließlicher UMTS-Betreiber auf dem Markt positioniert.

4.) Die in diesem Verfahren gegenständlichen Mobilfunkfrequenzen sind knappe, nicht vervielfältigbare Ressourcen.

Die Verfügbarkeit von Frequenzen bzw. verschiedener Spektren an Frequenzen bestimmt wesentlich die Produktionskosten von Unternehmen, beeinflusst ihre Preisgestaltungs- und Expansionsmöglichkeiten sowie das Innovations- und Qualitätspotential mobiler Dienste. Die Verfügbarkeit von Frequenzen als zentrales Produktionsmittel zur Erstellung mobiler Dienste ist somit für alle wesentlichen Parameter unternehmerischen Wettbewerbsverhaltens ausschlaggebend.

Auf dem mobilen Endkundenmarkt, dem Vorleistungsmarkt für Zugang, Originierung sowie Terminierung und dem nationalen Markt für internationales Roaming sind Mobilfunkfrequenzen zentrales Produktionsmittel für die Dienstleistung. Die Änderung der Eigentümerstruktur bei Unternehmen, denen das Recht auf Nutzung von Mobilfunkfrequenzen eingeräumt wurde und die auf diesen Märkten tätig sind, kann insbesondere dann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bedeuten, wenn voneinander wettbewerblich bisher unabhängige Mobilfunkunternehmen fusionieren.

Wesentliches Element der Bereitstellung mobiler Dienste ist, dass die betroffenen Märkte durch hohe Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet sind. Durch das Erfor-

dernis der Verfügungsgewalt über Frequenzen ist der Markteintritt nur in sehr eingeschränktem Ausmaß möglich. Damit werden normale Marktmechanismen (Eintreten neuer Anbieter in den Markt bei Vorliegen eines zu hohen Preisniveaus) im Wesentlichen außer Kraft gesetzt. Daher ist der Markteintritt eines neuen (über die gesamte Wertschöpfungskette voll integrierten) Anbieters bzw. Wettbewerbers unwahrscheinlich, ja sogar unmöglich, wenn keine entsprechenden Frequenzen zur Verfügung stehen.

Die Übertragung von Frequenznutzungsrechten auf Unternehmen, die bereits über Frequenznutzungsrechte verfügen, beeinflusst damit wesentlich die Gegebenheiten und Potentiale im Wettbewerb in den durch einen Zusammenschluss enger werdenden Oligopolmärkten.

5.) Die Marktstruktur in Österreich stellt sich folgendermaßen dar:

Derzeit gibt es neun Anbieter von mobilen Endkundenprodukten. Einerseits handelt es sich dabei um die vollintegrierten Mobilfunkbetreiber (Mobile Network Operators, MNOs) Mobilkom, One, Hutchison, T-Mobile und tele.ring. Daneben ist mit Tele2UTA auch ein Mobile Virtual Network Operator (MVNO) auf dem Markt tätig. Als bloße Wiederverkäufer sind derzeit e-Tel, YESSS! und eety- Telecommunications GmbH (wobei es sich bei YESSS! und eety um Tochterunternehmen der One handelt) tätig.

Nach der erfolgten Übernahme von tele.ring/TRA 3G durch T-Mobile entsteht eine Marktstruktur, in der mit Mobilkom und T-Mobile zwei Unternehmen über in etwa gleich große Marktanteile am Endkundenmarkt bezogen auf Teilnehmer verfügen. Mobilkom verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 40%, T-Mobile als fusionierte Einheit über einen (rechnerischen) Marktanteil von ca. 37%. Der Marktanteil von One beträgt um die 19%, jener von Hutchison ca. 3%. Bezogen auf Umsätze am mobilen Endkundenmarkt verfügt Mobilkom über einen Marktanteil von ca. 45%, T-Mobile als fusionierte Einheit über ca. 34%. One verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 16%, Hutchison von ca. 3%. Die hier jeweils auf 100% fehlenden Anteile verteilen sich auf die oben genannten Wiederverkäufer.

Analog zu den Entwicklungen bei den Marktanteilen (vor und nach der Fusion) stellt sich auch die Entwicklung bei den HHIs (Hirschman-Herfindahl Indices; der gebräuchlichsten Maßzahl für die Marktkonzentration) dar. Die folgenden Tabellen zeigen deren Veränderungen, wie sie mit der Fusion einhergehen. Auf Grund des engen Oligopolcharakters des Mobilfunkmarktes sind auch die Veränderungen in den HHIs in absoluten Werten erheblich.

<b>HHI Umsatz gesamt</b>				
<b>Jahr</b>	vor Fusion	nach Fusion	Delta absolut	Delta in %
1999	4.790	4.790	0	0,00%
2000	4.022	4.047	25	0,61%
2001	3.620	3.795	176	4,85%
2002	3.630	3.830	200	5,50%
2003	3.429	3.779	350	10,20%
2004	3.157	3.646	489	15,49%
1. Qu. 2005	3.021	3.540	520	17,21%
2. Qu. 2005	3.011	3.538	527	17,51%

Stand im Jahres- bzw. Quartalsmittel

<b>HHI technische Minuten</b>				
<b>Jahr</b>	vor Fusion	nach Fusion	Delta absolut	Delta in %
1999	4.819	4.819	0	0,00%
2000	4.027	4.053	27	0,66%
2001	3.686	3.839	153	4,15%
2002	3.606	3.815	209	5,78%
2003	3.299	3.727	427	12,96%
2004	2.921	3.564	642	21,98%
1. Qu. 2005	2.807	3.469	662	23,59%
2. Qu. 2005	2.819	3.464	645	22,88%

Stand im Jahres- bzw. Quartalsmittel

<b>HHI Teilnehmer</b>				
<b>Jahr</b>	vor Fusion	nach Fusion	Delta absolut	Delta in %
1999	4.202	4.202	0	0,00%
2000	3.564	3.714	150	4,22%
2001	3.346	3.629	283	8,45%
2002	3.327	3.641	314	9,45%
2003	3.070	3.546	477	15,53%
2004	2.820	3.398	579	20,52%
1. Qu. 2005	2.775	3.348	573	20,65%
2. Qu. 2005	2.724	3.307	583	21,40%

Stand per Jahres- bzw. Quartalsende

Der Wettbewerb am mobilen Endkundenmarkt war in Österreich in den letzten Jahren intensiv. Dabei kam tele.ring, insbesondere was deren Preispolitik angeht, eine herausragende Stellung zu, wobei die Zuwächse der tele.ring (sieht man vom allgemeinen Marktwachstum ab) in etwa gleichverteilt auf Kosten der anderen Anbieter gingen.

6.) Im GSM-Frequenzbereich würde durch die Fusion keine übermäßige Konzentration von Frequenzen in der Sphäre von T-Mobile erfolgen. Die Anzahl der transportierten Minuten je Frequenz (technische Minuten/MHz) läge in etwa zwischen den Werten von Mobilkom und One.

7.) Anders stellt sich die Situation im UMTS-Frequenzbereich dar:

T-Mobile verfügt derzeit über 2x15 MHz im gepaarten Frequenzbereich, sowie über 10 MHz im ungepaarten Bereich. TRA 3G verfügt über 10 MHz im gepaarten Bereich. Die fusionierte Einheit würde daher über insgesamt 2x25 MHz im gepaarten Bereich und 10 MHz im ungepaarten Bereich verfügen. Dies hätte Wettbewerbsvorteile hinsichtlich Kosten, Qualität und Produktinnovation zur Folge.

Mobilkom verfügt über 2x14,8 MHz im gepaarten Bereich und 10 MHz im ungepaarten Bereich. Hutchison verfügt über 2x9,8 MHz im gepaarten Bereich sowie über 5 MHz im ungepaarten Bereich, One stehen 2x10 MHz im gepaarten Bereich zur Verfügung.

Die fusionierte Einheit würde daher über ungleich mehr Frequenzen im UMTS-Bereich verfügen als jeder ihrer Mitbewerber. Dies würde zu ungleichen Marktchancen und zu einer Verzerrung des Wettbewerbes führen.

Weiteres Spektrum im für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich steht derzeit nicht zur Vergabe zur Verfügung.

8.) H3G hatte der Europäischen Kommission im Laufe des vor jener abgeführten Verfahrens zur Genehmigung der Änderung der Eigentumsverhältnisse einen verbindlichen „Term Sheet“ vom 24./28.2.2006 (ON 52) vorgelegt, in welchem für jedes der beiden gegenständlichen Frequenzpakete ein bestimmter Preis zwischen H3G und T-Mobile vereinbart worden war.

9.) Am 26.4.2006 erteilte die Europäische Kommission ihre Zustimmung zur auch hier verfahrensgegenständlichen Änderung der Eigentumsverhältnisse unter der Auflage, dass T-Mobile einen maßgeblichen Teil der tele.ring-Frequenzen und Sendeanlagen an kleinere Mitbewerber weiter verkaufen muss.

## **II. C) Beweiswürdigung**

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Parteivorbringen, dem unbedenklichen Vorbringen der Unternehmen, welche sich am Konsultationsverfahren beteiligt hatten, Mitteilungen der Europäischen Kommission, den im Sachverhalt zitierten Bescheiden bzw. aus dem Gutachten ON 22 sowie aus dem Firmenbuch.

In einer ersten Stellungnahme zu diesem Gutachten wurde von T-Mobile erklärt, dass sie dafür Sorge tragen werde, dass UMTS-Frequenzen im Umfang von 2x9,8 MHz binnen 6 Monaten abgegeben werden, andernfalls sollen diese an die Republik Österreich zurückfallen.

Hinsichtlich des Verkaufs der Frequenzen solle „Mobilkom“ vom Kauf ausgeschlossen werden. Weiters wurde mitgeteilt, dass aufgrund des Verlaufes des Verfahrens vor der Europäischen Kommission die nach Zusammenführung der Netze von T-Mobile und tele.ring nicht mehr benötigten Mobilfunkstandorte an Hutchison und One zum Verkauf angeboten werden. Mobilkom solle von diesem Verkaufsprozess ebenfalls ausgeschlossen werden.

## **II. D) Rechtliche Beurteilung**

### 1.) Zur Anwendbarkeit von nationalem Recht

T-Mobile, tele.ring und TRA 3G beantragen die Genehmigung der Änderung der Eigentümerstruktur von tele.ring und TRA 3G gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003. Dabei ist zu beachten, dass die Änderung der Eigentümerstruktur durch einen Zusammenschluss bewirkt werden soll, der dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABI. Nr. L 24 v. 29.1.2004, S. 1, unterliegt.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 EG-Fusionskontrollverordnung hat dieser Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung. Wie sich aus Art. 21 Abs. 3 EG-Fusionskontrollverordnung ergibt, haben daher Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht anzuwenden.

Es stellt sich sohin die Frage, ob § 56 Abs. 2 TKG 2003 im Kern eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift ist. Wird diese Frage bejaht, so könnte der Schluss nahe liegen, dass auf Grund von Art. 21 Abs. 3 EG-Fusionskontrollverordnung eine Anwendung von § 56 Abs. 2 TKG 2003 durch die Telekom-Control-Kommission zu unterbleiben hat.

§ 56 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005, lautet samt Überschrift:

*„Überlassung von Frequenzen, Änderung der Eigentümerstruktur*

*§ 56. (1) Die Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen, die von der Regulierungsbehörde zugeteilt wurden, bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde hat den Antrag auf sowie die Entscheidung über die Genehmigung zur Überlassung der Frequenznutzungsrechte zu veröffentlichen. Bei ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde 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. Die Überlassung kann nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Nutzungsrechte für die gegenständlichen Frequenzen unverändert bleiben.*

*(2) Wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 zugeteilt wurden, bedürfen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Abs. 1 dritter bis letzter Satz gelten sinngemäß.*

*(3) ...“*

Diese Bestimmung geht im Wesentlichen auf Art. 9 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108 v. 24.2.2002, S. 33, zurück.

Art. 9 Rahmenrichtlinie lautet:

*„Artikel 9*

*Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronische Kommunikationsdienste*

*(1) Die Mitgliedstaaten sorgen für die effiziente Verwaltung der Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste in ihrem Hoheitsgebiet im Einklang mit Artikel 8. Sie gewährleisten, dass die Zuteilung und Zuweisung dieser Frequenzen durch die nationalen Regulierungsbehörden auf objektiven, transparenten, nicht-diskriminierenden und angemessenen Kriterien beruhen.*

*(2) ...*

*(3) Die Mitgliedstaaten können Unternehmen die Übertragung von Frequenznutzungsrechten an andere Unternehmen gestatten.*

*(4) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Absicht eines Unternehmens, Frequenznutzungsrechte zu übertragen, der für die Frequenzzuteilung zuständigen nationalen Regulierungsbehörde mitgeteilt wird und dass jegliche Übertragung nach von dieser Behörde festgelegten Verfahren erfolgt und öffentlich bekannt gegeben wird. Die nationalen Regulierungsbehörden sorgen dafür, dass der*

*Wettbewerb infolge derartiger Übertragungen nicht verzerrt wird. Soweit die Frequenznutzung durch Anwendung der Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung) oder anderweitige Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, darf eine solche Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung dieser Frequenzen führen.“*

Nun mag man dafür halten, dass § 56 Abs. 2 TKG 2003 in dem auf Abs. 1 verwiesenen relevanten Zusammenhang von einer Beurteilung der Auswirkung einer Änderung einer Eigentümerstruktur „auf den Wettbewerb“ bzw. von einer „Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ spricht und somit eine Wettbewerbsvorschrift darstellt.

Dem ist aber entgegen zu halten, dass § 56 Abs. 2 TKG 2003 für sich nicht in Anspruch nimmt, einen Zusammenschluss wie den hier vorliegenden in seiner wettbewerblichen Gesamtheit, etwa iSd. §§ 7 ff KartG 2005, beurteilen zu wollen. § 56 Abs. 2 TKG 2003 ist als verwaltungsrechtliche Vorschrift zu verstehen, die zwar die Bewertung wettbewerblicher Tatbestandsmerkmale erfordert, sich dabei aber auf eine Bewertung jener Sachverhaltselemente zu beschränken hat, die Folge einer Änderung bei der Ausübung von Nutzungsrechten an Funkfrequenzen sind.

Dies macht § 56 Abs. 2 TKG 2003 nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission daher nicht zu einer Bestimmung des „innerstaatlichen Wettbewerbsrechts“ iSd. Art. 21 Abs. 3 EG-Fusionskontrollverordnung, zumal § 56 TKG 2003 von der den Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 3 Rahmenrichtlinie eingeräumten Ermächtigung auf Gestattung von „Frequenzhandel“ Gebrauch macht und dabei das in Art. 9 Abs. 4 leg. cit. zwingend vorgesehene, gemeinschaftsrechtlich und unbeschadet der EG-Fusionskontrollverordnung jedenfalls umzusetzende Prozedere einhält.

Unter der Voraussetzung, dass die Übertragung von 99,999% der tele.ring- und TRA 3G-Anteile an T-Mobile eine wesentliche Änderung an den Eigentumsverhältnissen der beiden erstgenannten Gesellschaften darstellt (dazu unten, II.D.2), ist § 56 Abs. 2 TKG 2003 somit (prima vista) anzuwendende Norm.

Die selben Überlegungen gelten im Übrigen auch für die in diesem Fall anzuwendenden Bestimmungen der Konzessions- bzw. Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunden von tele.ring und TRA 3G (dazu auch unten, II.D.2).

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ergibt sich aus § 117 Z 10 TKG 2003.

Zusammengefasst ist hervorzuheben, dass der Telekom-Control-Kommission eine Genehmigung oder Versagung des Zusammenschlusses insgesamt nicht zukommt. Die Telekom-Control-Kommission hat sich bei der Anwendung des § 56 Abs. 2 TKG 2003 im Lichte des Art. 9 Abs. 4 zweiter Satz Rahmenrichtlinie darauf zu beschränken, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs (bloß) in Folge der Änderung von Frequenznutzungsrechten zu verhindern.

Das heißt aber nicht, dass es der Telekom-Control-Kommission versagt wäre, die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb umfassend zu betrachten und zu würdigen: Denn erst nachdem sich die Telekom-Control-Kommission ein klares Bild verschafft hat, welche Wettbewerbsverzerrungen durch einen Zusammenschluss vertretbarerweise zu erwarten sind, ist sie in die Lage versetzt, entsprechende und verhältnismäßige Maßnahmen – allerdings

(nur) in den insbesondere durch Art. 9 Abs. 4 zweiter Satz Rahmenrichtlinie vorgegebenen Grenzen – zu setzen, um dieser Beeinträchtigung des Wettbewerbes entgegen zu treten.

## 2.) Zu den Verpflichtungen aus dem Recht der Frequenznutzung

a.) Der (mit-)antragstellenden tele.ring wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999 (K 39/98-118) eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze im für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich erteilt. Diesem Bescheid ist eine „Konzessionsurkunde“ angeschlossen, die einen integrierenden Bestandteil des genannten Bescheides bildet. Die Konzessionsurkunde enthält in § 15 folgende Regelung:

### *„§ 15 Änderung der Eigentumsverhältnisse*

*Änderungen in den Eigentumsverhältnissen des Konzessionärs welcher Art auch immer, seien sie direkt oder indirekt, unmittelbar oder mittelbar, bedürfen der Zustimmung der Behörde. Die Zustimmung ist – soweit erforderlich mit Bedingungen oder Auflagen – zu erteilen, wenn der Konzessionär auch nach der beantragten Änderung der Eigentumsverhältnisse die in § 15 (2) TKG genannten Voraussetzungen erfüllt.“*

Der (mit-)antragstellenden TRA 3G wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15/00-67) eine Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze erteilt. Diesem Bescheid ist eine „Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde“ als Anlage II) angeschlossen, die einen integrierenden Bestandteil des genannten Bescheides bildet. Die Urkunde enthält in § 11 folgende Regelung:

### *„§ 11 Änderung der Eigentumsverhältnisse*

*Änderungen in den Eigentumsverhältnissen des Konzessionsinhabers, seien sie direkt oder indirekt, unmittelbar oder mittelbar, sind der Telekom-Control-Kommission anzuzeigen. Handelt es sich um wesentliche Änderungen, so bedürfen diese der Zustimmung der Telekom-Control-Kommission. Eine wesentliche Änderung der Eigentumsverhältnisse liegt jedenfalls bei einer Änderung oder dem erstmaligen Erwerb bedeutender Beteiligungen in sinngemäßer Anwendung der §§ 91f BörseG vor, sowie bei jeder sonstigen Änderung, wenn dadurch die wettbewerbliche Unabhängigkeit des Konzessionsinhabers berührt werden könnte. Die Zustimmung der Telekom-Control-Kommission ist – soweit erforderlich mit Bedingungen oder Auflagen – zu erteilen, wenn der Konzessionsinhaber auch nach der beantragten Änderung der Eigentumsverhältnisse die in § 15 Abs 2 TKG genannten Voraussetzungen erfüllt und die wettbewerbliche Unabhängigkeit von anderen Konzessionsinhabern gewährleistet bleibt.“*

Während gemäß der GSM-Konzession der tele.ring jede Änderung der Eigentumsverhältnisse der Zustimmungspflicht der Regulierungsbehörde unterliegt, sind entsprechend den Bestimmungen der UMTS-Konzession von TRA 3G zwar sämtliche Änderungen der Eigentumsverhältnisse der Telekom-Control-Kommission anzuzeigen, jedoch unterliegen der Zustimmungspflicht nur wesentliche Änderungen der Eigentumsverhältnisse.

b.) Der Umstand, dass die genannten Konzessionen nach dem Regime des TKG (1997) erteilt worden sind und das derzeit in Geltung befindliche TKG 2003 keine Konzessionspflicht für die Erbringung von Sprachtelefonie vorsieht, bedeutet aber nicht, dass die im Rahmen der Konzessionserteilung dem Konzessionsinhaber

aufgelegten Verpflichtungen – etwa zur Genehmigungspflicht von wesentlichen Eigentumsänderungen – nun nicht mehr bestehen würden: Die Übergangsbestimmung des § 133 Abs. 6 letzter Satz TKG 2003 besagt, dass Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen (gemäß den Vorschriften des TKG [1997]) an Konzessionsinhaber ergeben, ebenfalls unberührt bleiben.

c.) Zu prüfen ist daher vorab, ob es sich bei der geplanten Änderung der Eigentumsverhältnisse um eine wesentliche Änderung im Sinne des § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde der TRA 3G handelt. Beantragt wurde die Zustimmung zur Übertragung von insgesamt 100% der Anteile der TRA 3G an T-Mobile und an T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH. Dabei handelt es sich jedenfalls um eine wesentliche Änderung, da die gesamten Anteile am Unternehmen übertragen werden.

d.) Liegt eine wesentliche Änderung der Eigentumsverhältnisse vor, dann ist die Zustimmung der Telekom-Control-Kommission – soweit erforderlich mit Bedingungen oder Auflagen – zu erteilen, wenn der Konzessionsinhaber auch nach der beantragten Änderung die in § 15 Abs. 2 TKG (1997) genannten Voraussetzungen erfüllt „und die wettbewerbliche Unabhängigkeit von anderen Konzessionsinhabern gewährleistet bleibt“.

Bei der übernehmenden T-Mobile handelt es sich aber um einen solchen „anderen Konzessionsinhaber“. Gemäß den Bestimmungen des § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde der TRA 3G ist daher zu prüfen, ob im Fall der beantragten Zustimmung, die auch mit Auflagen versehen sein kann, die wettbewerbliche Unabhängigkeit von tele.ring gewährleistet bleibt.

Für den Fall der Zustimmung durch die Regulierungsbehörde stünde tele.ring in weiterer Folge zu 100% im Eigentum der T-Mobile-Gruppe. Damit wäre die wettbewerbliche Unabhängigkeit von „anderen Konzessionsinhabern“, wie sie in § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde gefordert wird, nicht (mehr) gegeben. Die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse wäre daher zu verweigern.

e.) Wie die Telekom-Control-Kommission aber bereits in ihrer Entscheidung K 15g/00-135 vom 15.12.2003 ausgeführt hat, ist jedoch auf die nach Erlassung der oben zitierten UMTS- bzw. GSM-Bescheide erfolgte Änderung des TKG in folgender Weise Bedacht zu nehmen: Die Konzessions-/Frequenzzuteilungsbescheide haben ihre Rechtsgrundlage im TKG 1997; die durch die Regulierungsbehörde den Frequenznutzungsberechtigten (damals) auferlegten Verpflichtungen sind gemäß § 133 Abs. 6 TKG 2003 aufrecht. Mit In-Kraft-Treten des TKG 2003 wurden mit § 56 allerdings Regelungen geschaffen, in denen die Fragen des Frequenzhandels und der Eigentumsübertragungen nunmehr explizit geregelt sind, und es wurde damit (im Nachhinein) für Inhaber von Frequenznutzungsrechten die Möglichkeit eröffnet, Frequenzen zu überlassen bzw. Eigentümerstrukturen zu verändern, sofern und soweit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht wahrscheinlich ist (in diesem Sinn auch *Singer in Stratil* (Hg.), TKG 2003 [Wien, 2004], Anm. 1 zu § 56 [S. 240]; kritisch *Damjanovic et al.*, Handbuch des Telekommunikationsrechts [Wien/New York, 2006], S. 82 FN 461).

Der Gesetzgeber hat mit § 56 Abs. 2 TKG 2003 seine Absicht zum Ausdruck gebracht, die Voraussetzungen für die Zustimmung zu Eigentumsänderungen weniger streng zu gestalten, als dies noch § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde der TRA 3G normiert. Insgesamt wurde § 56 TKG 2003 geschaffen, um jenen Unternehmen, die Frequenznutzungsrechte erworben haben, mehr Gestaltungsmöglichkeiten zu geben als dies auf Grundlage der bisherigen rechtli-

chen Regelungen möglich war – freilich jedoch stets unter der Prämisse, dass durch eine Überlassung von Nutzungsrechten oder einer dieser gleichzuhaltenden Änderung der Eigentümerstruktur der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Unter dem Regime des TKG (1997) war eine Überlassung von Frequenzen nicht zulässig, sogar selbst dann nicht, wenn eine Überlassung den Wettbewerb überhaupt nicht negativ beeinflusst hätte.

Ausgehend vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers, in diesem Bereich mehr Flexibilität zu gewähren, erhebt sich daher die Frage, inwieweit § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde § 56 TKG 2003 Rechnung trägt. Aus dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, im Bereich der Eigentumsänderungen sowie im Bereich der Frequenznutzungsrechte den Unternehmen mehr Gestaltungsspielraum zu geben, ist abzuleiten, dass § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde im Sinne des § 56 TKG 2003 (eben unter der Berücksichtigung der wettbewerblichen Auswirkungen) auszulegen ist.

An dieser Bewertung ändert auch § 133 Abs. 6 letzter Satz TKG 2003 nichts, der normiert, dass Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen an Konzessionsinhaber nach den Vorschriften des TKG (1997) ergeben, unberührt bleiben. Die Telekom-Control-Kommission misst dieser Bestimmung eine Bedeutung zu, die davon ausgeht, dass (wie hier) die §§ 11 und 15 der jeweiligen Konzessionsurkunden durch das Außer-Kraft-Treten des TKG (1997) nicht ebenfalls außer Kraft getreten, aber im Rahmen der Vorschriften des TKG 2003 zu interpretieren sind.

Daher ist im vorliegenden Fall der Ausschlussgrund, der sich auf Grund von § 11 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde der TRA 3G zu ergeben scheint, eben nur ein scheinbarer: Zu prüfen ist vielmehr, in wie weit eine Änderung der Eigentümerstruktur aufgrund der Kriterien des § 56 Abs. 2 TKG 2003 zulässig ist. Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 ist der vorliegende Sachverhalt daher danach zu beurteilen, ob bei Genehmigung – unter Umständen auch mit Auflagen – eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als unwahrscheinlich angenommen werden kann.

Aus den oben dargestellten Gründen geht auch der im Rahmen des Konsultationsverfahrens von H3G vorgebrachte Einwand, eine Frequenzübertragung an ein bisher noch nicht am österreichischen Markt tätiges Unternehmen sei deshalb ausgeschlossen, weil ein solches Unternehmen die Versorgungsaufgaben, die sich aus der Konzessionsurkunde ergeben, nicht erfüllen könnte, ins Leere. Einerseits war unter dem Regime des TKG (1997) eine Überlassung von Frequenzen nicht zulässig, sodass die Möglichkeit der Übertragung von Nutzungsrechten an Frequenzen bei der Erstellung von Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunden naturgemäß nicht berücksichtigt wurde. Andererseits wäre zudem jedenfalls zu berücksichtigen, dass die Versorgungsaufgabe und die damit korrespondierende Frist jedenfalls untrennbar mit der Person des jeweiligen Betreibers verbunden war, den die aus der Versorgungsaufgabe resultierende Verpflichtung traf. Demnach bezeichnet der Stichtag, an dem die Versorgungsaufgabe erfüllt sein muss, nicht ein absolutes Datum, sondern vielmehr das Ende einer Frist, innerhalb der der Betreiber *ab dem Datum der erfolgten Zuteilung* die Versorgungsaufgabe zu erfüllen hat. Gegenstand dieser Auflage ist daher eine Verpflichtung, die innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen ist, wobei die Frist mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, an dem der Betreiber erstmalig über das Nutzungsrecht an den gegenständlichen Frequenzen verfügt, sofern nicht im Zuge der Übertragung einem Erwerber neue Fristen auferlegt werden.

Die Versorgungsaufgaben sind – wie auch die übrigen sich aus der Konzessions- und Frequenzverteilungsurkunde ergebenden Verpflichtungen – aufgrund der geänderten Rechtslage nach dem TKG 2003, konkret nach § 56 Abs. 1 und 2, zu beurteilen. Vorrangiges Ziel des § 56 TKG 2003 ist die Gewährleistung effizienter Frequenznutzung unter Berücksichtigung des Schutzes öffentlicher Interessen. Daher sind auch in jedem Fall der Überlassung von Frequenznutzungsrechten – wiederum ausgehend vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers, in diesem Bereich mehr Flexibilität zu gewähren – die Versorgungspflichten einzelfallbezogen und unter Berücksichtigung der technischen Voraussetzungen angemessen festzusetzen.

### 3.) Beeinträchtigung des Wettbewerbs

a.) Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 bedürfen wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 TKG 2003 (oder eben nach TKG [1997]) zugeteilt wurden, der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Weiters wird auf Abs. 1 (gemeint ist § 56 Abs. 1) dritter bis letzter Satz verwiesen. Somit gilt, dass die Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Eigentumsänderung auf den Wettbewerb zu beurteilen hat. 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. Die Überlassung kann nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Nutzungsrechte für die gegenständlichen Frequenzen unverändert bleiben.

b.) Im vorliegenden Fall führt die beantragte Eigentumsänderung zum „Wegfall“ eines Mobilfunkbetreibers auf dem österreichischen Markt. Aus den oben getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass nach der erfolgten Übernahme von tele.ring/TRA 3G durch T-Mobile mit Mobilkom und T-Mobile zwei Unternehmen mit in etwa gleich großen Marktanteilen am Endkundenmarkt (bezogen auf Teilnehmer) entstehen. Mobilkom verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 40%, T-Mobile als fusionierte Einheit über einen Marktanteil von ca. 37%. Der Marktanteil von One beträgt um die 19%, jener von H3G ca. 3%. Bezogen auf Umsätze am mobilen Endkundenmarkt verfügt Mobilkom über einen Marktanteil von ca. 45%, T-Mobile als fusionierte Einheit über ca. 34%. One verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 16%, H3G von ca. 3%.

Hinsichtlich H3G stellt sich deren Marktposition so dar, dass H3G auf Grund der Notwendigkeit, national-roaming-Leistungen für GSM-Dienste zukaufen zu müssen, erheblich von diesen Vorleistungskosten abhängt und daher in ihrer Preisgestaltung nicht so flexibel agieren kann, wie dies tele.ring möglich ist.

Durch den „Wegfall“ von tele.ring ist daher schon allein aus diesem Grund eine von der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach § 56 Abs. 2 TKG 2003 aufzugreifende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten, umso mehr, als auf dem Mobilfunkmarkt durch die Beschränktheit des Produktionsmittels Frequenzen und der damit verbundenen hohen Markteintrittskosten der Markteintritt neuer Wettbewerber nicht wahrscheinlich ist.

c.) Für die Annahme, dass der Zusammenschluss der antragstellenden Gesellschaften und damit verbunden die Änderung des Frequenznutzungsrechts den Wettbewerb beeinträchtigt, spricht, dass T-Mobile nach erfolgter Fusion über Frequenzen im Umfang von 2x24,8 MHz im gepaarten Bereich sowie über 9,8 MHz

im ungepaarten Bereich verfügt. Mobilkom verfügt (inklusive den der 3G Mobile zugeteilten Frequenzen) über 2x14,8 MHz im gepaarten sowie über 10 MHz im ungepaarten Bereich. One und H3G verfügen hingegen über 2x10 bzw. 2x9,8 MHz im gepaarten Bereich, H3G darüber hinaus noch über 5 MHz im ungepaarten Bereich.

Vergleicht man diese Frequenzausstattung der Betreiber im UMTS-Frequenzbereich, so ergibt sich, dass T-Mobile durch die Fusion über 41,7% der derzeit verfügbaren UMTS-Frequenzen verfügen würde. Eine derartige Besserstellung im Frequenzbereich würde es T-Mobile unter anderem erlauben, Mobilfunkleistungen auf dem Markt deshalb kostengünstiger anzubieten und somit die eigene Wettbewerbsposition nachhaltig zu verbessern, weil zusätzliche Frequenzen eine kostenintensive Netzverdichtung weniger erforderlich erscheinen lassen. Außerdem könnte T-Mobile mit einer derartigen Frequenzausstattung leichter breitbandigere Mobilfunkdienste anbieten als dies den anderen Mobilfunkbetreibern möglich wäre.

Anders stellt sich die Situation im GSM-Frequenzbereich dar: T-Mobile verfügt im GSM-Frequenzbereich nach erfolgter Fusion über Frequenzen im Umfang von 2x37,6 MHz. Mobilkom verfügt über GSM-Frequenzen im Umfang von 2x32 MHz, One über 2x32,2 MHz. Bezogen auf die technischen Minuten je MHz liegt T-Mobile nach der Fusion zwischen den Werten von Mobilkom und One.

Mag zwar die Ausstattung von GSM-Frequenzen nach erfolgtem Zusammenschluss keine wettbewerblichen Bedenken auslösen, so ist aus anderen, oben genannten Gründen die Telekom-Control-Kommission dennoch der Auffassung, dass die im Antrag dargestellte Änderung der Eigentümerstruktur zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

#### 4.) Zum Erfordernis der Auflagen (Spruchpunkt 2)

Gemäß § 56 Abs. 2 TKG iVm. Abs. 1 vierter Satz leg. cit. können in die Genehmigung Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbes zu vermeiden.

Wie oben, II.D.3., dargelegt, führt die Änderung der Eigentümerstruktur zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbes. Daher war die beantragte Zustimmung zur Änderung der Eigentümerstruktur nur unter Auflagen zu erteilen.

Im Hinblick auf die Bedeutung von Frequenzen in diesem Markt und die Besonderheiten der Wettbewerbssituation erscheint es daher zielführend, den Wettbewerb dadurch zu stärken, dass die zwei kleineren Mitbewerber die Möglichkeit erhalten, hinsichtlich ihrer Frequenzausstattung an Mobilkom bzw. T-Mobile anzuschließen. Daher war T-Mobile zu verpflichten, das gesamte UMTS-Frequenzspektrum der TRA 3G binnen einer Frist von 9 Monaten, aufgeteilt auf zwei Pakete der H3G und der One zum Kauf anzubieten. Der Verkauf des Gesamtpaketes von 2x9,8 MHz an One oder Hutchison erscheint jedoch nicht geeignet, die Wettbewerbssituation derart zu gestalten, dass auch in Zukunft ein fairer, nachhaltiger und vor allem chancengleicher Wettbewerb gesichert ist. Dies deshalb, da es dadurch zu einer Ungleichverteilung im Hinblick auf die Frequenzausstattung und in Folge zu einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten desjenigen der beiden Betreiber kommen würde, der kein entsprechendes Frequenznutzungsrecht erwerben könnte. Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass eine signifikante Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von H3G bzw. One bereits durch die Möglichkeit des Erwerbs des Frequenznutzungsrechts an einem Paket erzielt wird und sieht durch eine asymmetri-

sche Bevorzugung eines der beiden Betreiber die Wettbewerbsposition des jeweils anderen, und damit letztendlich das Ziel der Stärkung des Wettbewerbes insgesamt, gefährdet. Aus diesen Gründen wird die Möglichkeit des Verkaufs des Gesamtpaketes an H3G bzw. One als nicht zielführend erachtet.

Aus ebendiesen Gründen teilt die Telekom-Control-Kommission die Bedenken der Europäischen Kommission nicht, die in dereren Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung vorgebracht wurden, wonach der Maßnahmenentwurf einen Erwerb beider tele.ring Frequenzpakete durch einen Anbieter – sei es H3G, sei es One – unter keinen Umständen zulässt.

H3G und One dürfen demnach in keiner Fallkonstellation Nutzungsrechte für jeweils mehr als max. 2x5 MHz erwerben. Ähnliche Überlegungen zur Symmetrie in der Frequenzausstattung waren es auch, die im Rahmen des Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission K 15/00 betreffend die Zuteilung von Frequenzen für Mobilfunksysteme der 3. Generation (UMTS/IMT-2000) angestellt wurden und im Jahr 2000 zum Schluss führten, dass es nicht zulässig sein sollte, UMTS-Frequenzen im Umfang von mehr als 2x15 MHz pro Unternehmen zu erwerben.

Daher wurde eine Auflage dahingehend verhängt, dass das Gesamtspektrum im Ausmaß von 2x9,8 MHz in zwei Pakete (2x5 MHz bzw. 2x4,8 MHz) zu teilen ist, und den Mitbewerbern One und Hutchison zum Kauf anzubieten ist.

Für den Fall, dass eines der beiden am österreichischen Mobilfunkmarkt tätigen, berechtigten Unternehmen an einem Kauf der Nutzungsrechte der Frequenzen nicht interessiert ist, ist dem anderen Unternehmen der Erwerb der Frequenznutzungsrechte des kleineren Paketes im Umfang von 2x4,8 MHz zu ermöglichen. Das verbleibende Paket von 2x5 MHz kann diesfalls an ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges und von österreichischen Mobilfunkbetreibern unabhängiges Unternehmen veräußert werden. Die höhere Frequenzausstattung von 2x5 MHz für ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges Unternehmen rechtfertigt sich daraus, dass aus Sicht der Telekom-Control-Kommission eine Ausstattung von 2x5 MHz jedenfalls die absolute Untergrenze ist, um einen entsprechenden Dienst überhaupt anbieten zu können und diese Ausstattung bei den bereits am Markt tätigen Betreibern jedenfalls gegeben ist. Ist weder H3G noch One am Erwerb der Nutzungsrechte eines der beiden Frequenzpakete interessiert, so können die Nutzungsrechte am gesamten Frequenzpaket von 2x9,8 MHz einem noch nicht auf dem österreichischen Markt tätigen und von den österreichischen Mobilbetreibern unabhängigen Unternehmen zum Kauf angeboten werden. Der Verkauf der Nutzungsrechte des Gesamtpaketes erscheint in diesem Fall zielführend, da ein etwaiger Markteintritt eines neuen Betreibers erleichtert wird und der Vergabe eines größeren Frequenzpaketes an einen neuen Anbieter deshalb der Vorzug zu geben ist.

Ein Verkauf der Frequenznutzungsrechte an Unternehmen der Telekom-Austria-Gruppe bzw. an mit T-Mobile verbundene Unternehmen ist nicht zulässig, da damit die zu erwartende Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht hintangehalten werden könnte, sondern die Position der kleineren Unternehmen im Wettbewerb deutlich weiter geschwächt werden würde.

Die von T-Mobile gegenüber der Europäischen Kommission im Fusionskontrollverfahren COMP/M.3916 abgegebene Verpflichtung, nicht mehr benötigte Standorte von Mobilfunkanlagen ebenfalls an H3G und One abzugeben, dient zusätzlich dem Ziel, diese beiden Mitbewerber zu stärken, und damit nachhaltigen Wettbewerb sicherzustellen.

Die Frist, innerhalb derer die Verwertung der Frequenznutzungsrechte des UMTS-Frequenzspektrums der TRA 3G Mobilfunk GmbH zu realisieren ist, wurde im Verhältnis zu der im konsultierten Bescheidentwurf vorgesehenen auf 9 Monate verlängert, um die in der Stellungnahme der T-Mobile geäußerten Bedenken, ob es möglich sei, innerhalb von 6 Monaten einen bisher noch nicht auf dem österreichischen Markt tätigen Käufer zu finden, auszuräumen. Der für den Fall, dass seitens One oder H3G bzw. anderer, noch nicht am österreichischen Markt tätigen Unternehmen kein Interesse am Erwerb besteht, vorgesehene ersatzlose Rückfall der gegenständlichen Frequenzen an die Republik Österreich, entspricht dem Parteienantrag in der Fassung der „Abänderung der verfahrenseinleitenden Anträge vom 11.8.2005“ (eingebracht am 10.1.2006, ON 45). Die nunmehr im Rahmen des Konsultationsverfahrens seitens T-Mobile vorgebrachte Darstellung, das Auflagenangebot des Rückfalls des Frequenzspektrums an die Republik Österreich ohne finanziellen Ersatz sei nur unter der Voraussetzung gemacht worden, dass beide Frequenzpakete der TRA 3G bei einem entsprechenden Angebot auch gemeinsam verwerten zu dürfen, entspricht nicht der in der „Abänderung der verfahrenseinleitenden Anträge vom 11.8.2005“ gemachten Formulierung. Jener Antrag lautet: „... dass die Telekom-Control-Kommission dem Antrag auf Zustimmung zur Änderung in der Eigentümerstruktur der tele.ring unter Aufnahme von Nebenbestimmungen stattgeben möge, die sicherstellen, dass die Erstantragstellerin im Ergebnis das gesamte UMTS-Spektrum der tele.ring zu entweder einem 5,0- und einem 4,8-MHz-Paket oder einem 9,8 MHz-Paket binnen 6 Monaten ... an H3G, One oder einen (oder mehrere) von ihr unabhängige(n) Dritte(n) ... veräußert bzw. – sollte kein Interesse an einem solchen Erwerb bekundet werden – an die Republik Österreich ohne finanziellen Ersatz zurückgibt.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). Aus dieser von der Erstantragstellerin gewählten Formulierung ist keineswegs ableitbar, dass das Auflagenangebot des Rückfalls nur in dem Fall gelten soll, dass der Versuch einer gemeinsamen Verwertung beider Frequenzpakete im Sinne einer Veräußerung an nur ein Unternehmen scheitert.

Die Auflage, dass T-Mobile für das der One zum Verkauf angebotene Frequenzpaket kein höheres Entgelt fordern darf, als in dem „Term Sheet“ vom 24./28.2.2006 (ON 52) mit H3G für das konkrete Frequenzpaket vereinbart wurde, soll sicherstellen, dass T-Mobile nicht die Möglichkeit zukommt, durch eine diskriminierende Preisgestaltung einen Erwerb des Paketes durch One zu verhindern. Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Ansicht, dass diese Auflage T-Mobile nicht unverhältnismäßig in ihrer Verhandlungsposition einschränkt, da der mit H3G ausgehandelte Preis eine Begrenzung nur nach oben darstellt, sodass kein im Sinne eines fairen und chancengleichen Wettbewerbs rechtfertigbarer Grund ersichtlich ist, warum T-Mobile von One einen höheren Preis fordern könnte, als von H3G. Die Auflage ist zudem geeignet, seitens One geäußerte Bedenken auszuräumen, dass T-Mobile durch Verlangen eines überhöhten Preises einen Erwerb durch One verhindern könnte.

Die Telekom-Control-Kommission geht auch davon aus, dass der jeweilige Erwerber der Nutzungsrechte sicherstellen wird, dass die Nutzungsrechte der Frequenzen nicht den in diesem Bescheid vom Erwerb der Nutzungsrechte ausgeschlossenen Unternehmen eingeräumt werden.

##### 5.) Zu den Feststellungen der Versorgungsverpflichtung (Spruchpunkte 3 und 4)

Im Hinblick auf die in den UMTS-Konzessionen vorgeschriebene Versorgungspflicht gilt die Versorgungspflicht der TRA 3G für jenen Zeitraum, in welchem die Frequenzen in der Verfügungsgewalt der T-Mobile stehen, durch die der T-Mobile im selben Umfang ebenfalls auferlegte Versorgungspflicht als miterfüllt. Abhängig vom Erwerber der Frequenzen wird die Telekom-Control-Kommission in einem

weiteren Verfahren nach § 56 TKG 2003 anlässlich des Verkaufes der Frequenzen gegebenenfalls auch neue Versorgungsaufgaben festlegen, sofern das erwerbende Unternehmen nicht bereits Versorgungsaufgaben in zumindest dem selben Umfang zu erfüllen hat.

Hinsichtlich der Versorgungsaufgaben im GSM-Frequenzbereich wurde T-Mobile eine Versorgungspflicht von 75% auferlegt, tele.ring hat eine Versorgungspflicht von 98% zu erfüllen.

Durch den Übergang des gesamten Frequenzspektrums der tele.ring auf T-Mobile geht auch die einen Bestandteil der Frequenzzuteilung bildende Versorgungspflicht der tele.ring in vollem Umfang auf T-Mobile über. T-Mobile hat daher in Zukunft, mit dem gesamten ihr zur Verfügung stehenden Frequenzspektrum einen Versorgungsgrad von 98% zu erfüllen.

Sofern und soweit TRA 3G Mobilfunk GmbH die ihr auferlegte Versorgungspflicht am Stichtag 31.12.2005 nicht erfüllt hat, geht ab Übernahme der Kontrolle durch T-Mobile Austria GmbH die Haftung für die widrigen Folgen auf T-Mobile Austria GmbH über.

#### 6.) Zur Konsultation nach § 128 TKG 2003:

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat (unter anderem) die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von solchen Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003 zu gewähren, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Durch die beantragte Eigentumsänderung kommt es im Ergebnis zum „Wegfall“ eines Betreibers auf dem österreichischen Mobilkommunikationsmarkt. Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich dabei um eine Veränderung der Wettbewerbssituation, wobei nur durch Verhängung entsprechender Auflagen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermieden werden kann.

Aufgrund der beträchtlichen Auswirkungen, die die Entscheidung auf den betreffenden Markt haben wird, war eine verpflichtende Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 durchzuführen.

Ein Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 war nicht durchzuführen, da der vorliegende Entwurf nicht eine in § 129 Abs. 1 Z 1 - 4 TKG 2003 genannte Vollziehungshandlung betrifft.

#### 7.) Zu den im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingelangten Stellungnahmen:

Unter diesem Punkt wird auf die im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingebrachten Stellungnahmen eingegangen, sofern die vorgebrachten Argumente nicht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bereits unter anderen Punkten innerhalb der rechtlichen Beurteilung dieses Bescheides hinreichend erörtert wurden.

H3G vertritt in ihrer Stellungnahme die Ansicht, eine Bezugnahme auf die Betreiber One und H3G sei überschießend und habe im Bescheid daher zu unterbleiben, weil die jene Unternehmen betreffende Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit gar nicht die hier verfahrensgegenständliche Transaktion betreffe. Der nachfolgende Schritt der „Abschichtung“ des von TRA übernommenen UMTS-

Spektrums durch T-Mobile unterliege einer gesonderten Genehmigungspflicht im Verfahren gem. § 56 Abs. 1 TKG 2003.

Dem ist entgegenzuhalten, dass eines der vornehmlichen Ziele dieses Verwaltungsverfahrens die Schaffung von Rechtssicherheit, und zwar sowohl für die Erwerberin T-Mobile, als auch die potentiellen nachfolgenden Erwerber von Frequenznutzungsrechten, ist. Dazu war es notwendig, zur Vermeidung langwieriger nachfolgender Verfahren, deren Länge und Umfang im Voraus nicht einschätzbar wäre, und zur Vermeidung möglicher Fehldispositionen und dadurch frustrierter Aufwendungen bereits in den in diesem Verfahren zu erteilenden Auflagen klarzustellen, welchen Zwecken jene Auflagen dienen. Zudem wäre das dem § 56 TKG 2003 immanente Ziel der effektiven Frequenznutzung nicht gewährleistet, wenn die Zeitspanne, bis zu der die Frequenzen einer effektiven Nutzung zuzuführen sind, nicht bereits zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens von der Telekom-Control-Kommission definiert würde. Im Übrigen erachtet die Telekom-Control-Kommission auch H3G durch die gewählte Vorgangsweise nicht unverhältnismäßig benachteiligt, zumal H3G keinen Vorteil daraus hätte, erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt und nach eventuell frustrierten Aufwendungen zu erfahren, dass die Erwägungen der Telekom-Control-Kommission zur Gewährleistung eines fairen, nachhaltigen und vor allem chancengleichen Wettbewerbs einen Erwerb beider Frequenzpakete durch H3G ausschließen.

Von mehreren Seiten wurde vorgebracht, One sei dadurch ungerechtfertigterweise bevorzugt, dass One unter dem vorliegenden Auflagenregime keine Motivation habe, einen marktüblichen Preis für das ihr anzubietende Frequenzpaket zu bieten. Die Telekom-Control-Kommission hält dazu fest, dass sie unter den gegebenen Umständen kein unverhältnismäßiges Ungleichgewicht in den Verhandlungspositionen von One und T-Mobile erkennt. Wie bereits oben erwähnt, sieht die Telekom-Control-Kommission durch die Möglichkeit des Erwerbs der gegenständlichen Frequenznutzungsrechte an einem Paket eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit sowohl von H3G als auch von One. Sowohl die Veräußerung an ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges Unternehmen als auch der ersatzlose Rückfall der Frequenzen an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sollen nur in dem Fall eine Option darstellen, dass nicht beide Frequenzpakete jeweils an H3G bzw. One verkauft werden können.

Die Telekom-Control-Kommission vertritt daher die Ansicht, dass sowohl für T-Mobile als auch für One durch die Möglichkeit, dass das Frequenzpaket im Fall der Unerzielbarkeit einer Einigung zwischen diesen Unternehmen entweder einem für beide Unternehmen neuen Konkurrenten zur Verfügung zu stellen ist oder aber gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt einer neuerlichen Verwertung durch den Bund zugeführt wird, ein hinreichender Anreiz gegeben ist, ernsthafte Verhandlungen über einen marktgerechten Kaufpreis zu führen.

Zum Einwand, es müsse auch die GSM-Frequenzausstattung der Betreiber in die Betrachtung einbezogen werden, ist zunächst festzuhalten, dass von einem steigenden Bedarf der Endverbraucher an UMTS-Diensten sämtliche Betreiber gleichermaßen betroffen sind und wachsende Nachfrage nach Verkehrsarten besteht, die nur über UMTS abgewickelt werden können und im Bereich gerade jener Dienste das stärkste Wachstum zu erwarten ist. GSM- und UMTS-Dienste sind hingegen nur sehr begrenzt substituierbar. Um den Frequenzbedarf eines Betreibers realistisch einschätzen zu können, ist neben anderen Faktoren der kundenbezogene Marktanteil der Betreiber zu berücksichtigen. Dieser stellt sich im Vergleich von One und H3G – wie bereits oben erwähnt – als Prozentsatz vom Gesamtmarkt dergestalt dar, dass One über einen Marktanteil von 19%, H3G hingegen nur über einen Marktanteil von 3% verfügt. Weiters sind bei einem Ver-

gleich der Frequenzausstattung und bei Überlegungen zu deren fairer und wettbewerbskonformer Verteilung auch die von den Unternehmen jeweils getätigten Investitionen zu berücksichtigen. Hier zeigt ein Vergleich der in der Vergangenheit von den Wettbewerbern getätigten Investitionen, dass im Rahmen von früheren Verfahren, in welchen GSM-Spektrum zur Versteigerung gelangte, wie beispielsweise in den in den Jahren 2002 und 2004 durchgeführten Versteigerungsverfahren, H3G sehr wohl die Möglichkeit gehabt hätte, GSM-Spektrum zu erwerben, um ihre Frequenzausstattung der der Mitbewerber anzugleichen. Es ist nicht einzusehen, warum in der Vergangenheit getätigte Investitionen, welche von H3G nicht getätigt wurden, der One bei einer Betrachtung von Wettbewerbsvorteilen nun zum Nachteil gereichen sollten.

T-Mobile bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass die spektrale Effizienz von UMTS für Sprachtelefonie letztlich um einen Faktor 3 höher sei als für GSM. Dieser Schluss der TMA beruht letztlich auf einer isolierten Betrachtung einer Basisstation mit drei Sektoren bei GSM bzw. UMTS.

Letztlich wird aus dem Umstand, dass für die verschiedenen Sektoren bei GSM jeweils unterschiedliche Frequenzkanäle benötigt werden, bei UMTS hingegen identische Frequenzkanäle ausreichend sind, die Behauptung einer geringeren Effizienz (um den Faktor 3) zwischen GSM und UMTS abgeleitet.

Tatsächlich ist es jedoch notwendig, das gesamte Netz, und nicht eine isolierte Basisstation zu betrachten. Bereits einfache Modelle führen bei korrekter Anwendung zu keinen signifikanten Effizienzvorteilen einer der Technologien. Die einer Gesamtsystembetrachtung nicht genügenden Überlegungen der TMA sind daher nicht geeignet, die Effizienz der Funktechnologien GSM und UMTS zu vergleichen.

Eine „Umrechnung“ von GSM-Spektrum in UMTS-Spektrum (oder umgekehrt) – wie in den Stellungnahmen von T-Mobile und H3G durchgeführt – bzw. der Vergleich von für UMTS verfügbarem Spektrum mit GSM-Spektrum ist nur sehr eingeschränkt aussagekräftig, da die über UMTS möglichen Dienste nur sehr eingeschränkt durch GSM substituierbar sind.

Lediglich Sprachtelefonie kann von beiden Netzen in ähnlicher Qualität angeboten werden. Datendienste sind mit GSM nur sehr eingeschränkt möglich (niedrige Datenrate, hohe Latenz), Dienste wie IP-TV oder Videotelefonie sind ausschließlich mit UMTS in akzeptabler Qualität möglich. Aber auch eine Substitution von Sprachtelefonie ist nur sehr eingeschränkt möglich, da ein UMTS-Kunde, sobald er das UMTS-Netz verlässt, keine UMTS-Dienste mehr nutzen (z.B. keinen Videoanruf mehr empfangen) kann. Grundsätzlich wäre es zwar möglich, ein dienstespezifisches Handover durchzuführen, allerdings ist diese Funktionalität bisher in den Netzen bzw. Endgeräten nicht in ausreichendem Ausmaß verfügbar.

Bei der von H3G angeführten Statistik, wonach 20% der UMTS-Telefonate eines Netzbetreibers zwar im UMTS-Netz beginnen, jedoch im GSM-Netz enden, ist dies weniger auf eine beabsichtigte Entlastung des UMTS-Netzes, als vielmehr auf Qualitätsüberlegungen (unterschiedliche Versorgungsdichte der Netze) zurückzuführen.

Aus diesen Gründen kann ein Betreiber nur in sehr geringem Maß benötigtes UMTS-Spektrum durch GSM-Kapazität (eigenes Netzwerk bzw. national Roaming) ersetzen. Vielmehr kann das bestehende (oder zugemietete) GSM-Netzwerk zur Erhöhung der Flächendeckung mit Sprachtelefonie, SMS und langsamen Datendiensten genutzt werden. Dieser „Rückfall“ auf GSM findet heute

primär in ländlichen Gebieten, also Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte statt, damit auch in jenen Gebieten mit geringer Verkehrsdichte und geringem Spektrumsbedarf.

Es ist daher notwendig, verfügbares GSM- und UMTS-Spektrum jeweils einzeln zu betrachten, wobei auch zu berücksichtigen ist, wie viele UMTS-Kanäle derzeit genutzt werden bzw. wie hoch die Kundenzahlen der unterschiedlichen Betreiber sind. Derzeit benötigt H3G lediglich einen Frequenzkanal (2x5 MHz) zur Versorgung von ca. 3% der Teilnehmer.

T-Mobile und H3G führen in ihren Stellungnahmen aus, dass zeitnah – eventuell sogar noch vor der Verfügbarkeit der UMTS-Erweiterungsbänder (2,5-2,69 GHz) – ein Refarming der GSM-Spektren zu UMTS bevorstehen würde, welches die Erbringung von UMTS-Diensten im ursprünglich für GSM gewidmeten Spektrum ermöglichen werde.

Zwar wird ein Refarming – insbesondere von GSM 900 – auf verschiedenen Ebenen diskutiert, allerdings sind derartige Überlegungen weit davon entfernt, dass eine unmittelbare Nutzungsänderung in naher Zukunft erfolgen könnte und sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch die Bedingungen des Refarming völlig offen. Aus heutiger Sicht ist nicht damit zu rechnen, dass Refarming vor der Vergabe der UMTS-Erweiterungsbänder, welche voraussichtlich 2008 erfolgen wird, zu erwarten wäre. Derzeit sind die Mitgliedstaaten an die GSM-Richtlinie (87/372/EWG) gebunden, welche die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den Frequenzbereich 890-915 und 935-960 MHz für ein *europaweites öffentliches zelluläres digitales Mobilfunksystem* bereit zu stellen.

Der Kritik von One, es würden Auflagen fehlen, die sicherstellen, dass es tatsächlich zur Übertragung an One und H3G kommt, ist entgegenzuhalten, dass der für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen zwischen One bzw. H3G und T-Mobile vorgesehene Verkauf an einen dritten Betreiber bzw. der Rückfall an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie jedenfalls ausreichen, um T-Mobile dazu zu verhalten, ernsthafte Verhandlungen zu führen.

Auf die Ausführungen von One im Zusammenhang mit der geforderten Senkung der Mobilterminierungsentgelte ist mangels Relevanz für das gegenständliche Verfahren hier nicht näher einzugehen.

Soweit die Europäische Kommission in ihrer im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingebrachten Stellungnahme vom 21.4.2006 auf ein am 17.3.2006 stattgefundenes Gespräch verweist, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die RTR-GmbH der Telekom-Control-Kommission berichtet hat, dass die RTR-GmbH in jenem Gespräch lediglich die Position der gemeinsamen Stellungnahmen von RTR-GmbH und Telekom-Control-Kommission vom 25.10.2005, 13.12.2005 und 11.3.2006 wiederholt und dabei bekräftigt hat, dass eine Übertragung von zwei Frequenzpaketen an nur einen in Österreich bestehenden Mobilfunkbetreiber aus wettbewerblicher Sicht untragbar erscheint.

### **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 26.04.2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann