

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Barbara Nigl, LL.M., als Vorsitzende sowie durch Mag. DI Georg Donaubauer und Univ.-Prof. DI Dr. Christoph Mecklenbräuker als weitere Mitglieder über den gemeinsamen Antrag der Hutchison Drei Austria GmbH und der T-Mobile Austria GmbH auf Genehmigung der Überlassung von Frequenznutzungsrechten in den Frequenzbereichen 700, 900, 1500 und 1800 MHz in ihrer Sitzung vom 18.12.2023 beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 20 Abs 1 TKG 2021 wird die Genehmigung zur Überlassung der Nutzungsberechtigung von der Hutchison Drei Austria GmbH zugeteilten Frequenzen an die T-Mobile Austria GmbH im folgenden Ausmaß erteilt:

- Überlassung von 2 x 10 MHz (im Bereich 700 MHz) im Zeitraum von der Genehmigung bis 31.12.2044,
- Überlassung von 2 x 5 MHz (im Bereich 900 MHz) im Zeitraum von der Genehmigung bis 31.12.2034,
- Überlassung von 25 MHz (im Bereich 1500 MHz) im Zeitraum von der Genehmigung bis 31.12.2044 sowie
- Überlassung von 2 x 20 MHz (im Bereich 1800 MHz) im Zeitraum von der Genehmigung bis 31.12.2034.

Diese Überlassung von Frequenznutzungsrechten in den Frequenzbereichen 700, 900, 1500 und 1800 MHz ist begrenzt auf maximal 400 Standorte der T-Mobile Austria GmbH.

2. Der (Eventual-)Antrag der A1 Telekom Austria AG vom 30.9.2023 (ON 43) „auf Erlass eines Feststellungsbescheids, dass es sich [bei den Anlagen ./1 und ./2 zum verfahrenseinleitenden Antrag nach § 20 TKG 2021 der Hutchison Drei Austria GmbH und der T-Mobile Austria GmbH] um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt und eine Übermittlung an die Parteien ausgeschlossen wäre“, wird zurückgewiesen.

II. Begründung

1 Verfahrensablauf

Mit Schriftsätzen vom 21. und 24.7.2023 brachten Hutchison Drei Austria GmbH (Hutchison) und T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) einen gemeinsamen Antrag auf Genehmigung der Überlassung der im Spruch genannten Frequenznutzungsrechte gemäß § 20 Abs 1 TKG 2021 ein (ON 1, 2). Diesem Antrag waren folgende zwei Anlagen angeschlossen: „Anlage ./1 Liste der Standorte“ und „Anlage ./2 Vereinbarung zur Frequenzüberlassung“. Es wurde beantragt, die beiden Anlagen „von der Veröffentlichung und der Akteneinsicht durch Dritte auszunehmen, weil darin Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerinnen enthalten sind“.

Gemäß § 20 Abs 1 TKG 2021 erfolgte die Veröffentlichung des Antrages auf der Webseite der RTR-GmbH (ON 5).

Ein verfahrenseinleitendes Edikt wurde am 26.7.2023 gemäß § 202 Abs 1 TKG 2021 auf der Webseite der RTR-GmbH kundgemacht (ON 4, 5). Nach Ablauf der sechswöchigen Ediktsfrist hatten (neben den beiden Antragstellerinnen) noch folgende Unternehmen ihre Parteistellung glaubhaft gemacht:

- LinzNet Internet Service Provider GmbH (am 26.07.2023, ON 6),
- Mass Response Service GmbH (am 26.07.2023, ON 7),
- A1 Telekom Austria AG (am 08.08.2023, ON 8),
- ArgoNET GmbH (am 11.08.2023, ON 9),
- LIWEST Kabelmedien GmbH (am 25.08.2023, ON 10),
- Ventocom GmbH (am 30.08.2023, ON 11),
- HOT Telekom und Service GmbH (am 30.08.2023, ON 11) und
- Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation (am 05.09.2023, ON 13).

Mit Schreiben vom 12.9.2023 wurde den genannten Parteien der verfahrenseinleitende Antrag zugestellt und die Möglichkeit eingeräumt, dazu binnen zwei Wochen Stellung zu nehmen (ON 15 bis 22).

Stellungnahmen langten von A1 Telekom Austria AG (am 13.9.2023, ON 24a; am 26.9.2023, ON 30; am 30.9.2023, ON 43; am 27.10.2023, ON 57), Mass Response Service GmbH (am 15.9.2023, ON 25), Salzburg AG (am 26.9.2023, ON 28), Ventocom GmbH und HOT Telekom und Service GmbH (beide am 26.9.2023, beide ON 31), Hutchison (am 10.10.2023, ON 46) und T-Mobile (am 11.10.2023, ON 47) ein.

2 Festgestellter Sachverhalt

1. Mit Bescheid F 1/11 der Telekom-Control-Kommission vom 19.11.2013 wurden Hutchison die im Spruch angeführten, bis 31.12.2034 befristeten Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet zugeteilt.

Darüber hinaus wurden Hutchison mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19.10.2020 zu F 1/16 unter anderem die im Spruch angeführten Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 700 MHz und 1500 MHz zur exklusiven Nutzung im gesamten Bundesgebiet zugeteilt; diese Frequenznutzungen sind bis 31.12.2044 befristet.

Für die zugeteilten Frequenzen wurden mit den vorerwähnten Bescheiden Versorgungsaufgaben erteilt und Nutzungsbedingungen festgesetzt.

Neben den vorerwähnten Frequenznutzungsrechten (in den Bereichen 700, 900, 1500 und 1800 MHz) sowie den Frequenznutzungsrechten von T-Mobile im Bereich 800 MHz verfügen T-Mobile und Hutchison über weitere Nutzungsrechte in den Frequenzbereichen 2100, 2600 und 3600 MHz, die von der gegenständlichen Frequenz-Überlassung nicht umfasst sind. Diese weiteren Frequenznutzungsrechte stehen den Antragstellerinnen jeweils zur alleinigen Nutzung zur Verfügung (vgl die Übersicht der Regulierungsbehörde über Frequenzbereiche unter https://www.rtr.at/TKP/was_wir_tun/telekommunikation/spectrum/bands/FRQ_spectrum.de.html).

2. Die Antragstellerinnen sind Betreiber von Kommunikationsnetzen bzw -diensten im Sinne von § 6 TKG 2021.

3. Hutchison und T-Mobile beabsichtigen, an maximal 400 Standorten der T-Mobile im gesamten Bundesgebiet (mit Ausnahme von Wien, Linz und Graz; vgl ON 1 sowie im Detail ON 46 und 47 mit der „Standortliste auf Bezirksebene“) Frequenzen zu „poolen“, um das dann gesamthaft verfügbare, dynamisch zugeteilte Spektrum jeweils für die Versorgung von eigenen Kunden zu verwenden. Den Antragstellerinnen steht in diesen (ruralen; siehe weiter unten) Gebieten immer mindestens die Hälfte der Kapazität des gemeinsam genutzten Frequenzspektrums zur Verfügung.

4. Es sind keine negativen technischen Auswirkungen zu erwarten, da die Nutzungsbedingungen der überlassenen Frequenzen und auch die Identität des Zuteilungsinhabers unverändert bleiben. Darüber hinaus ändert die beantragte Frequenzüberlassung nichts an den Versorgungsaufgaben, die die Antragstellerinnen jeweils zu erfüllen haben. Die Frequenzüberlassung führt vielmehr zu einer effizienteren Nutzung des vorhandenen Frequenzspektrums, da Hutchison und T-Mobile immer mindestens („dynamisch zugeteilt“) die Hälfte der Kapazität des gemeinsam genutzten Frequenzspektrums zur Verfügung steht.

5. In wettbewerblicher Hinsicht sind keine negativen Auswirkungen durch die verfahrensgegenständliche Frequenzüberlassung festzustellen: Ziel der in Aussicht genommenen Frequenzüberlassung ist die Versorgung spezifischer ruraler Regionen in bisher unterversorgten Katastralgemeinden, abgelegener Straßen und sonstiger Verkehrswege. Darüber hinaus ermöglicht die beantragte Frequenzüberlassung eine Erweiterung der Netzversorgung der Hutchison in vorrangig ländlichen, von Hutchison nicht oder unterversorgten Gebieten (Netzerweiterung) und

ggf die Erfüllung von Versorgungsaufgaben. Auch bei T-Mobile kommt es zu einer Netzverbesserung durch eine erhöhte (gemeinsam verfügbare) Kapazität.

Durch die Frequenzüberlassung in diesen (ruralen) Gebieten steigt das Angebot für Endkunden und Vorleistungsnehmer (dh den MVNOs der beiden Antragstellerinnen).

Die Frequenzüberlassung hat keinen Einfluss auf die Eigenständigkeit der beiden Antragstellerinnen: Beide Unternehmen behalten die Entscheidungshoheit betreffend die Gestaltung ihrer Produkte und Verträge (für Endkunden und Vorleistungsnehmer).

Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine allfällige unzulässige Gebietsaufteilung oder einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt.

6. In Österreich werden von den drei österreichweiten Mobilfunknetzbetreibern Hutchison, T-Mobile und A1 zusammen ca 18.400 Mobilfunkstationen betrieben (vgl <https://fmk.at/mobilfunkstationen-in-osterreich>, ON 68). Die maximal 400 Standorte der T-Mobile, an denen Frequenzen der Hutchison überlassen werden, stellen ca 6% aller Standorte der T-Mobile und ca 3% der Standorte der beiden Antragstellerinnen dar.

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu den Frequenznutzungsrechten ergeben sich aus den oben erwähnten Bescheiden der Telekom-Control-Kommission sowie aus den Veröffentlichungen auf der Webseite der RTR-GmbH („*Übersicht Frequenzbereiche*“ bzw den jeweiligen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, vgl https://www.rtr.at/TKP/was_wir_tun/telekommunikation/spectrum/bands/FRQ_spectrum.de.html); darüber hinaus wurden die hier verfahrensgegenständlichen Frequenzbereiche bzw Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission von den Antragstellerinnen in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz (ON 1, 2) übereinstimmend vorgebracht.

Die Anzahl der Mobilfunkstationen in Österreich ergibt sich aus einer Veröffentlichung des Forums Mobilkommunikation (www.fmk.at) und steht in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Antragstellerinnen, wonach die verfahrensgegenständlichen 400 Standorte etwa 6% aller Standorte der T-Mobile (dh somit ca 6.600 Standorte) und etwa 3% der Gesamtanzahl der Standorte der beiden Antragstellerinnen (folglich ca 13.300 Standorte) ausmachen.

Die weiteren Feststellungen gründen weitgehend auf den schlüssigen und nachvollziehbaren (wirtschaftlichen sowie technischen) Ausführungen der Antragstellerinnen in ON 1, 2 (Schriftsätze vom 21. bzw 24.7.2023).

Die Salzburg AG führt in ihrer Stellungnahme vom 26.9.2023 (ON 28; vgl dazu auch schon ON 13 vom 5.9.2023) aus, dass zu prüfen sei, ob kleinere Anbieter durch die Frequenzüberlassung nicht mehr konkurrenzfähig wären und verdrängt würden. Weiter sei zu prüfen, ob die „*wechselseitigen Frequenzüberlassungsabsichten*“ nicht den kartellrechtlichen Verboten widersprechen. Eine Prüfung würde die räumliche Konkretisierung der Standorte erfordern, dh die Salzburg AG müsste

wissen, wo diese Standorte mit der Frequenzüberlassung sind. Salzburg AG spricht sich jedoch „nicht grundsätzlich gegen die Überlassung von Frequenzen“ aus.

Einleitend ist festzuhalten, dass Salzburg AG fälschlicherweise von einer „*wechselseitigen Frequenzüberlassung*“ ausgeht, die jedoch nicht beantragt ist (vgl. ON 1, 2). Die Hypothese, dass kleine Anbieter, wie eben die Salzburg AG, durch die Frequenzüberlassung nicht mehr wettbewerbsfähig seien, ist nicht näher ausgeführt. Die Salzburg AG ist in Salzburg ein Anbieter von leitungsgebundenem Breitband mit sehr hoher Netzabdeckung. Mit 3,4-3,8 GHz bietet sie „Fixed Wireless Access“, nicht aber Mobilfunk, an. Die Kapazität und Versorgung der Hutchison steigt durch die Frequenzüberlassung in räumlicher Hinsicht, die Kapazität der T-Mobile erhöht sich durch die Überlassung. Neben den Antragstellerinnen sind sowohl A1 als auch die Salzburg AG selbst Anbieter von Breitband – jeweils mit leitungsgebundener Infrastruktur. Ein negativer Effekt auf den Wettbewerb ist nicht zu erwarten. A1 und Salzburg AG haben weiterhin den Vorteil einer leitungsgebundenen Infrastruktur.

Soweit Salzburg AG auf die räumliche Verteilung der Frequenzüberlassung Bezug nimmt und die Unkenntnis der Lage der Standorte problematisiert, ist darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerinnen mit ihren Stellungnahmen vom 10. und 11.10.2023 (ON 46, 47) die (derzeit schon bekannten) Standorte auf Bezirksebene übermittelt haben (vgl. hierzu Punkt 4.6.1.); dabei zeigt sich eine breite Verteilung über das gesamte Bundesgebiet, aus der keine „*Aufteilung von Märkten*“ abgeleitet werden kann. Darüber hinaus sind rurale, bislang unterversorgte Gebiete das primäre Ziel der begehrten Frequenzüberlassung (vgl. ON 1, 2).

Im Zusammenhang mit den Ausführungen der Salzburg AG zu Fragen der Versorgungsaufgaben ist festzuhalten, dass mit gegenständlicher Entscheidung keine Aussagen über die (Nicht-)Erfüllung von Auflagen getroffen werden.

A1 thematisiert in ihren Stellungnahmen vom 26.9. (ON 30) und 27.10.2023 (ON 57) die „*Gefahr nachhaltiger Wettbewerbsverzerrungen*“. Soweit A1 mögliche Auswirkungen der gegenständlichen Frequenzüberlassung auf bevorstehende Frequenzvergabeverfahren thematisiert, ist auf die Ausführungen unter Punkt 4.4. zu verweisen und in Erinnerung zu rufen, dass die (technischen und wettbewerblichen) Auswirkungen der konkret in Aussicht genommenen Frequenzüberlassung Gegenstand des Verfahrens nach § 20 TKG 2021 sind und nicht hypothetische, in der Zukunft liegende Sachverhalte.

A1 kritisiert im Rahmen ihrer Stellungnahme ON 57, dass in den Bezirken, die von der begehrten Frequenzüberlassung betroffen sind, 34% der österreichischen Bevölkerung leben würden; über die gegenständliche Überlassung würde sohin eine signifikante Versorgung erreicht werden können. A1 befürchtet „*negative Auswirkungen auf ihre eigene Marktstellung*“, zumal sie von einer Kooperation (iSd § 85 TKG 2021) faktisch ausgeschlossen wäre.

Zweck der Frequenzüberlassung für Hutchison ist es, in ruralen, nicht oder schlecht versorgten Gebieten eine effiziente (dh schnelle und kostengünstige) Verbesserung ihrer Versorgung zu erreichen; T-Mobile profitiert unmittelbar von einer zusätzlichen Kapazität. Auch die Endkunden und Vorleistungsnehmer der Antragstellerinnen kommen im Rahmen ihrer Vereinbarungen in den Genuss der verbesserten Versorgung. Es wird jedenfalls der Wettbewerb auf Ebene der Dienste in diesen Gebieten gestärkt, da sowohl Hutchison und T-Mobile als auch die MVNOs in den Netzen dieser beiden Mobilfunknetzbetreibern dort Dienste anbieten können. Die von A1 vorgenommene

Berechnung der betroffenen Bevölkerung ist zu hoch gegriffen, da A1 für ihre Kalkulation die Gesamtzahl der Bevölkerung der Bezirke heranzieht, in denen Standorte der T-Mobile von der gegenständlichen Frequenzüberlassung betroffen sind. Liegt etwa nur ein einziger Standort in einem der erwähnten Bezirke (vgl ON 46, 47), so bedeutet dies, dass nur die Bevölkerung, die im Einzugsbereich des jeweiligen Standorts liegt, von der Frequenzüberlassung betroffen ist. Die Antragstellerinnen gehen davon aus, dass die durch die Frequenzüberlassung erreichte inkrementelle Bevölkerungsabdeckung sehr begrenzt ist und unter 1 Prozent der Bevölkerung liegt (vgl ON 1, 2).

Dass die in Aussicht genommene Überlassung Auswirkungen auf die Marktstellung der A1 sowie Erleichterungen für die Antragstellerinnen beim Ausbau ihrer Mobilfunknetze haben kann, bedeutet nicht, dass eine solche Überlassung unzulässig wäre. Zu prüfen ist nämlich, ob es zu Verzerrungen des Wettbewerbs (als solchen) kommt und nicht, ob Mitbewerber in einzelnen (ruralen) Gebieten zukünftig einen (möglicherweise) stärkeren Wettbewerbsdruck verspüren werden (als bislang) oder nicht. Auch der Umstand, dass A1 ihre Möglichkeiten für eine Kooperation (im Vergleich zu T-Mobile und Hutchison) limitiert ansieht, vermag an der Beurteilung, dass die begehrte Frequenzüberlassung zu keinen Wettbewerbsbeeinträchtigungen führt, nichts zu ändern.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ergibt sich aus § 198 Z 6 TKG 2021, wonach die Telekom-Control-Kommission für Entscheidungen gemäß § 20 TKG 2021 zuständig ist.

4.2 Überlassung nach § 20 TKG 2021

Für die Überlassung von Frequenzen sind die Bestimmungen des § 20 TKG 2021 („Überlassung von Frequenzen, Änderung der Eigentümerstruktur“) maßgeblich, mit denen Art 51 der Richtlinie (EU) 2018/1972 („EECC“) umgesetzt wurde (vgl zuvor bereits § 56 TKG 2003).

Gemäß § 20 Abs 1 TKG 2021 bedarf die Überlassung der Nutzungsberechtigung an Frequenzen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Bei ihrer Entscheidung hat diese im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Überlassung auf den Wettbewerb zu beurteilen. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Überlassung wahrscheinlich ist.

§ 20 Abs 3 TKG 2021 folgend ist die Genehmigung zu erteilen, wobei die ursprünglich an diese Zuteilung geknüpften Nebenbestimmungen fortgelten.

Neben der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, hat die Regulierungsbehörde sicherzustellen, dass

1. Überlassungen dem mit dem geringstmöglichen Aufwand verbundenen Verfahren unterliegen

und

2. bei bloßer Überlassung der Nutzungsberechtigung diese nicht verweigert wird, wenn sich der Überlassende verpflichtet, auch künftig dafür zu haften, dass die ursprünglich an die Zuteilung geknüpften Bedingungen erfüllt werden,
3. in den übrigen Fällen die Überlassung nur verweigert wird, wenn eindeutig ein Risiko besteht, dass der neue Inhaber nicht in der Lage ist, die ursprünglich an die Zuteilung geknüpften Bedingungen zu erfüllen.

Nach den Gesetzeserläuterungen zu § 20 TKG 2021 (ErläutRV 1043 BlgNR 27. GP; vgl auch Erwägungsgrund 132 EECC) kann die Überlassung von Frequenzen *„ein wirksames Mittel zur Steigerung der effizienten Frequenznutzung sein. Aus Gründen der Flexibilität und Effizienz sowie um die Bewertung der Funkfrequenzen durch den Markt zu ermöglichen, sollte es den Frequenznutzern grundsätzlich erlaubt sein, Frequenzen, die ihnen durch die Regulierungsbehörde zugeteilt wurden, mittels eines einfachen Verfahrens unter Überwachung der Regulierungsbehörde an Dritte zu überlassen, wobei die an derartige Rechte geknüpften Bedingungen und die Wettbewerbsregeln zu beachten sind.“*

Gegenstand des Verfahrens nach § 20 TKG 2021 ist somit die Beurteilung *„im Einzelfall“* der technischen und wettbewerblichen Auswirkungen der zur Genehmigung beantragten Überlassung von Frequenzen.

4.3 Zur Frage der technischen Auswirkungen

Im vorliegenden Fall hat die Überlassung der Nutzungsberechtigung keine negativen technischen Auswirkungen, da die Nutzungsbedingungen der überlassenen Frequenzen und auch die Identität des Zuteilungsinhabers unverändert bleiben. Darüber hinaus stellen sich die Versorgungsaufgaben, die die Antragstellerinnen zu erfüllen haben, mit der Erlassung dieses Bescheides materiell nicht anders dar.

Klarstellend ist festzuhalten, dass mit der gegenständlichen Entscheidung keine Aussagen zu Fragen der Versorgungsaufgaben getroffen werden.

Die Frequenzüberlassung führt - in Übereinstimmung mit den Erläuterungen zu § 20 TKG 2021 bzw Erwägungsgrund 132 EECC - zu einer effizienteren Nutzung des vorhandenen Frequenzspektrums, da Hutchison und T-Mobile immer mindestens die Hälfte der Kapazität des gemeinsam genutzten Frequenzspektrums zur Verfügung steht. Die gegenständliche Überlassung ist damit *„ein wirksames Mittel zur Steigerung der effizienten Frequenznutzung“* (vgl ErläutRV 1043 BlgNR 27. GP. zu § 20 TKG 2021).

4.4 Zur Frage der Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Auch eine negative Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist durch die Überlassung der Nutzungsberechtigung an den gegenständlichen Frequenzen nicht gegeben: Die Antragstellerinnen beabsichtigen, an maximal 400 Standorten der T-Mobile Frequenzen zu *„poolen“*, dh Frequenzen der Hutchison sollen T-Mobile überlassen werden, damit in weiterer Folge das gesamthaft verfügbare Spektrum für die Versorgung der jeweils eigenen Kunden verwendet werden kann. Die (maximale) Zahl der *„gepoolten“* Standorte ist im Vergleich zur Gesamtanzahl der Mobilfunkstandorte in Österreich (ca 18.400) sehr gering (unter 2,5%); aber auch bei Betrachtung nur der Mobilfunkstandorte der T-Mobile liegen die gegenständlichen (maximal 400) Standorte in

einem geringen Bereich (ca 6%). Ungeachtet dieser ohnehin relativ geringen Anzahl an Standorten bestehen keine Hinweise auf eine kartellrechtswidrige Gebietsaufteilung.

Die begehrte Überlassung von Frequenzen hat keinen Einfluss auf die Eigenständigkeit der beiden Antragstellerinnen. Dabei ist zu beachten, dass den Antragstellerinnen auch weitere Frequenzbereiche (in den Bändern 2100/2600/3600 MHz) zur Verfügung stehen, die – unabhängig von der begehrten Frequenzüberlassung – für einen alleinigen Ausbau zur Verfügung stehen.

Durch die Frequenzüberlassung sollen primär rurale Regionen in unterversorgten Katastralgemeinden, abgelegene Straßen und sonstige Verkehrswege versorgt werden, wobei die bislang bekannten Standorte österreichweit verteilt sind. Damit wird Hutchison eine Erweiterung ihrer Netzversorgung in diesen nicht bzw unterversorgten Gebieten ermöglicht. Damit geht allenfalls auch die Erfüllung von Versorgungsaufgaben einher. Aber auch für T-Mobile kommt es zu einer Netzverbesserung durch eine erhöhte Kapazität.

Durch die Frequenzüberlassung in diesen – ruralen – Gebieten steigt das Angebot sowohl für Endkunden und auch für Vorleistungsnehmer (MVNOs, Reseller). Damit stehen in diesen Gebieten Hutchison und T-Mobile sowie die Vorleistungsnehmer dieser beiden Betreiber im Dienstwettbewerb zueinander. Damit wird dem Zweck des TKG 2021, *„die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten“* (§ 1 leg cit) Rechnung getragen.

A1 problematisiert im Rahmen ihren Stellungnahmen vom 26.9. (ON 30) und 27.10.2023 (ON 57) den Einfluss der begehrten Frequenzüberlassung auf künftige Frequenzvergabe-Verfahren. Die befürchteten Auswirkungen auf die 26 GHz und andere Auktionen sind von A1 nicht ausreichend begründet. Die von der Frequenzüberlassung betroffenen [ruralen] Standorte werden mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für die Aussendung von 26 GHz Frequenzen verwendet (vgl https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/konsultationen/2022_1014_Zweite_Konsultation_26_GHz_und_Restfrequenzen_DE.pdf, Kapitel 4.2.).

Soweit A1 dabei mögliche kartellrechtswidrige Verhaltensweisen ansprechen möchte, ist darauf hinzuweisen, dass Frequenzvergabeverfahren durch die vorgesehenen Bedingungen und das Format (iaR eine Auktion) derart konzipiert sind, dass kollusives Verhalten weitestmöglich hintangehalten wird (vgl hierzu auch die Stellungnahmen der Hutchison, ON 46, und von T-Mobile, ON 47; T-Mobile weist darauf hin, dass für die Zusammenarbeit zwischen den Antragstellerinnen *„nur ein kleiner Personenkreis für den Informationsaustausch zuständig ist und nur absolut notwendige Informationen ausgetauscht werden („need to know“ Prinzip)“*. In diesem Kontext ist beispielhaft auf die veröffentlichte Ausschreibungsunterlage für eine kommende Vergabe von Frequenznutzungsrechten zu verweisen (*„Öffentliche Ausschreibung betreffend Frequenzuteilungen in den Frequenzbereichen 3600 MHz und 26 GHz (F 1/22)“*, https://www.rtr.at/ausschreibung_f1_22), in dessen Rahmen die Telekom-Control-Kommission das Verbot von kollusiven Handlungen und die möglichen Konsequenzen thematisiert (vgl Punkt 2.3 *„Kollusion“* der erwähnten *„Ausschreibungsunterlage“*).

4.5 Begehrte Nebenbestimmungen

Mass Response begehrt in ihrer Stellungnahme vom 15.9.2023 (ON 25) die Aufnahme von Nebenbestimmungen: Die Antragstellerinnen sollten verpflichtet werden, *„Zugang zu Sprach-, SMS- und Datendiensten im gesamten jeweiligen 5G-Netz den bestehenden MVNOs zu gewähren“*.

Begründend wurde ausgeführt, dass es im 5G-Bereich „*gravierende Wettbewerbsprobleme*“ am österreichischen Markt gebe; weder Mass Response noch die anderen MVNOs in den Netzen der Antragstellerinnen würden 5G-Smartphone-Tarife anbieten.

Mit weitgehend gleichlautenden Stellungnahmen vom 26.9.2023 (ON 31) führen Ventocom und HoT aus, dass die Frequenzüberlassung den Wettbewerb zwischen Mobilfunknetzbetreibern und virtuellen Mobilnetzbetreibern beeinträchtigen würde. Um dies zu verhindern, müssten die Vorteile der begehrten Frequenzüberlassung auf nicht-diskriminierende Weise auch den MVNOs bereitgestellt werden. Darüber hinaus müssten auch die Kostenvorteile an die MVNOs angemessen weitergegeben werden. Diese Forderungen sollten - nach Ventocom und HoT - im Wege von Nebenbestimmungen in der Entscheidung über die Frequenzüberlassung umgesetzt werden.

Im Gegensatz zu einem Marktanalyse-Verfahren nach §§ 87, 89 TKG 2021, in dessen Rahmen Märkte der elektronischen Kommunikation umfassend untersucht werden (vgl insb § 87 Abs 1 TKG 2021, „*Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse*“) und ggf nach Feststellung zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht (§ 86 TKG 2021) spezifische Verpflichtungen vorgesehen werden können, ist im Verfahren nach § 20 TKG 2021 „*im Einzelfall*“ zu beurteilen, ob eine begehrte Überlassung von Frequenzen konkrete negative technische und bzw oder wettbewerbliche Auswirkungen hat. In Abhängigkeit von dieser Beurteilung kann eine Genehmigung mit oder ohne Nebenbestimmungen erteilt oder auch versagt werden.

Die Forderung der Mass Response für einen „*Zugang zu 5G*“ steht in keinem Zusammenhang mit der gegenständlich zu beurteilenden Frequenzüberlassung bzw würde eine Überlassung von Frequenzen an dieser Situation nichts ändern. Darüber hinaus hat ein MVNO – HOT (ein Vorleistungskunde der T-Mobile) - bereits angekündigt, im ersten Quartal 2024 5G-Dienste anzubieten (<https://futurezone.at/produkte/hofer-michael-krammer-hot-tarife-4g-5g-smartphone-ventocom/402567929> sowie <https://www.derstandard.at/story/3000000187968/krammer-rapid-mobil-hot-5g>), weswegen die Ausführungen der Mass Response nicht überzeugen. Darüber hinaus bleibt das Begehren der Mass Response unbegründet, dass 5G-Dienste zu denselben Konditionen wie bei Diensten über 2G/3G/LTE abgerechnet werden sollen.

Aber auch die Ausführungen von Ventocom und HÖT können die Notwendigkeit von Nebenbestimmungen nicht erklären: Dass MVNOs im Rahmen ihrer Verträge von den Netzerweiterungen profitieren, wurde von den Antragstellerinnen in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag bestätigt („*Verbrauchern, Wholesale-Kunden wie auch MVNOs, steht der Zugang zum jeweiligen Netz gemäß den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen offen.*“, ON 1, 2). Aber auch die von Ventocom und HÖT erwähnte Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu C 1/23 stellt – im Wege einer Auflage – sicher, dass auch MVNOs von den Netzerweiterungen nicht diskriminiert werden und somit profitieren. Hinsichtlich der Kostenvorteile ist es bereits nach allgemeinen kartellrechtlichen Wertungen (KartG, AEUV) ausreichend, wenn Abnehmer nicht schlechter gestellt werden. Im gegenständlichen Zusammenhang profitieren (auch) die Vorleistungskunden von der – durch die Frequenzüberlassung gegebene - Erweiterung des Angebots (Netzabdeckung, Kapazität) (vgl *Schröter/Voet van Vormizeele in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Wettbewerbsrecht*² Art 101 Abs 3 AEUV Rz 314 mwN; *Wollmann in Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 101 AEUV, Stand 1.11.2019, Rz 125).

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.10.2023 (ON 57) führt A1 die „Gefahr nachhaltiger Wettbewerbsverzerrungen“ an und spricht sich für „wettbewerbssichernde Auflagen“ („sowie eine gesamthaft kritische Würdigung durch die Regulierungsbehörde“) aus. A1 unterlässt es jedoch darzulegen, welche konkreten Auflagen aus welchen Gründen begehrt werden; bereits vor diesem Hintergrund war dem Begehren der A1 nicht weiter Rechnung zu tragen.

In die Genehmigung einer Frequenzüberlassung können nach § 20 Abs 1 TKG 2021 Nebenbestimmungen aufgenommen werden. Da jedoch keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu befürchten ist (und auch keine negativen technischen Auswirkungen festgestellt wurden), waren keine Nebenbestimmungen zur gegenständlichen Genehmigung der beantragten Frequenzüberlassung vorzusehen.

4.6 Geschäftsgeheimnisse

Die Antragstellerinnen haben ihrem verfahrenseinleitenden Antrag (ON 1, 2) folgende zwei Anlagen angeschlossen: „Anlage ./1 Liste der Standorte“ sowie „Anlage ./2 Vereinbarung zur Frequenzüberlassung“. Beantragt wurde, die beiden Anlagen „von der Veröffentlichung und der Akteneinsicht durch Dritte auszunehmen, weil darin Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerinnen enthalten sind“.

4.6.1 Zur „Liste der Standorte“

Die mit ON 1, 2 übermittelte Liste der Standorte enthält eine Tabelle mit den genauen Namen der (bislang) ausgewählten Standorte der T-Mobile („Magenta site name“) jeweils mit den exakten geographischen Koordinaten (Angabe der Breite [Latitude, Lat] und Länge [Longitude, Long]).

Die Salzburg AG hat in ihren Schriftsätzen vom 5.9. (ON 13) und 26.9.2023 (ON 28) ausgeführt, dass die Kenntnis der „konkreten räumlichen Lage der Frequenzüberlassungsgebiete“ für eine kartellrechtliche Prüfung notwendig sei, um den „Verdacht einer unzulässigen Gebietsaufteilung auszuräumen“. Auch A1 hat in ihrem Schreiben vom 30.9.2023 (ON 43) festgehalten, dass „die räumliche Abgrenzung der Zusammenarbeit [] in Hinblick auf eine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit entscheidend“ sei; vor diesem Hintergrund hat A1 einen Antrag auf Übermittlung der „Liste der Standorte“ sowie einen Eventualantrag (für den Fall, dass es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln sollte) „auf Übermittlung der Daten in einer anderen Granularität“ gestellt.

Die weiteren Verfahrensparteien haben zu dieser konkreten Fragestellung keine Stellungnahmen abgegeben. Unabhängig von der Unkenntnis über die genauen Standorte waren die anderen mitbeteiligten Parteien in der Lage, sich zu wettbewerblichen Fragestellungen der gegenständlichen Frequenzüberlassung zu äußern.

Nach Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission (ON 44, 45) haben die Antragstellerinnen mit ihren Stellungnahmen vom 10.10. und 11.10.2023 (ON 46, 47) die (derzeit bekannten) Standorte für die Frequenzüberlassung in einer anderen Granularität, nämlich auf Bezirksebene bekannt gegeben: Im Konkreten haben T-Mobile und Hutchison die 44 Bezirke der „vorläufig selektierten 124 Standorte“ sowohl tabellarisch (unter Anführung der Bezirks-ID und des Bezirks) als auch grafisch auf einer Österreichkarte dargestellt.

Mit diesen Informationen sind die weiteren Verfahrensparteien in der Lage, die räumliche Verteilung der beantragten Frequenzüberlassung nachvollziehen und (wettbewerblich) einschätzen zu können. Den Überlegungen der Salzburg AG sowie dem Eventualantrag der A1 konnte damit entsprochen werden.

4.6.2 Zur „Vereinbarung zur Frequenzüberlassung“

Die mit ON 1, 2 übermittelte „Vereinbarung zur Frequenzüberlassung“ (Anlage ./2) ist als „Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“ von T-Mobile an Hutchison bezeichnet und enthält umfangreiche und detaillierte Regelungen zur Kooperation zwischen den Antragstellerinnen; der Regelungsbereich geht dabei weit über die hier gegenständliche Frequenzüberlassung hinaus und ist damit nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 20 TKG 2021.

Die für die Klärung der verfahrensgegenständlichen Fragen iSd § 20 TKG 2021 notwendigen Informationen haben die Antragstellerinnen in ihren verfahrenseinleitenden Schriftsätzen (ON 1, 2) übermittelt, diese wurden den Feststellungen zu Grunde gelegt und den Verfahrensparteien zur Kenntnis- und Stellungnahme (§ 45 Abs 3 AVG) übermittelt. Die (umfassende) Kenntnis der Vereinbarung iSd Anlage ./2 ist dabei nicht notwendig, diese wurde damit auch nicht der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde gelegt.

A1 Telekom erachtet demgegenüber (auch) diese Anlage ./2 bzw die darin enthaltenen Informationen „als wesentliche Grundlage und unbedingt notwendig um eine Einschätzung für A1 und die Betroffenheit als Betreiber zu treffen“ (vgl ON 43 sowie ON 24a). Eine (weitere) inhaltliche Begründung wird von A1 nicht angeführt.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 26.9.2023 (ON 30) behauptet A1 „*fehlende Informationen und Unklarheiten*“ und führt dabei folgende vier Punkte an:

1. Es sei unklar, ob es Dritten möglich ist, an den gesteigerten Qualitätsdimensionen teilhaben zu können und zu welchen Bedingungen.

Diese Fragestellung wurde von den Antragstellerinnen in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag (ON 1, 2) geklärt: „*Verbrauchern, Wholesale-Kunden wie auch MVNOs, steht der Zugang zum jeweiligen Netz gemäß den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen offen.*“ Die Endkunden der Antragstellerinnen profitieren genauso wie Vorleistungsnehmer (MVNOs, Reseller) von der gegenständlichen Frequenzüberlassung.

2. Ohne die genaue Kenntnis der betroffenen Standorte sei eine Bewertung des Einflusses auf den Wettbewerb nicht ausreichend möglich.

Antragsgemäß wurden auch A1 die derzeit bekannten Standorte auf Bezirksebene bekannt gegeben; dies ermöglicht eine wettbewerbliche Beurteilung. A1 hat von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch gemacht (vgl ON 57). Auf die Ausführungen zu Punkt 4.6.1. wird verwiesen.

3. In weiterer Folge thematisiert A1 die Verfahren C 1/23 (Prüfung einer Kooperation über aktive Netzkomponenten nach § 85 TKG 2021) und S 28/23 (Ab- und Zurückweisung von Anträgen eines Dritten im Verfahren nach § 85 TKG 2021) und möchte offenbar aus diesen abgeschlossenen

Verfahren ableiten, dass im gegenständlichen Verfahren nach § 20 TKG 2021 weitere Informationen offen zu legen wären. A1 unterlässt es hier darzulegen, welche konkreten Informationen für die verfahrensgegenständlichen Frage der Frequenzüberlassung fehlen würden.

4. Abschließend wirft A1 die Frage auf, wie die gegenständliche Frequenzüberlassung „*bei der Vergabe von zukünftigen Frequenzen berücksichtigt*“ wird. Auch mit dieser Frage klärt A1 nicht, welche Informationen seitens der Antragstellerinnen fehlen würden. Verfahrensgegenständlich ist lediglich eine Frequenzüberlassung an T-Mobile in ruralen Gebieten des Bundesgebietes, die „*im Einzelfall*“ nach § 20 TKG 2021 zu prüfen ist.

Mit der Frage der möglichen Offenlegung der Vereinbarung iSd Anlage ./2 wurden die Verfahrensparteien konfrontiert (ON 44, 45). Zusammengefasst haben die Antragstellerinnen ausgeführt, dass die Vereinbarung „*umfängliches und vertrauliches Know-how und vertrauliche Geschäftsinformationen, wie insbesondere Verfahrensabläufe, Konditionen und spezifische vertragliche Regelungen, enthält*“; „*das Zurverfügungstellen derartiger Informationen an Wettbewerber [würde] potenzielle negative Wettbewerbsverzerrungen für die Antragsteller mit sich bringen*“ (vgl ON 46); „*Eine Veröffentlichung würde dazu führen, dass die Kooperation limitiert oder durch den Wettbewerb kommerziell frustriert werden kann. Eine Veröffentlichung auch nur von Teilen der Vereinbarung würde es anderen Marktteilnehmern erlauben, gezielt die kommerziellen Interessen von T-Mobile zu kennen und effektiv zu konterkarieren und die betriebswirtschaftliche Tragfähigkeit des Sharings zu gefährden.*“ (vgl ON 47).

Für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 26.3.2021, Ra 2019/03/0128) bzw § 26b UWG erforderlich, dass die Information tatsächlich geheim (nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt) ist und an der Nichtoffenbarung ein berechtigtes Interesse besteht. Im Lichte der jüngeren Rechtsentwicklung tritt auch hinzu, dass nur eine Information, die auch „*Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person ist, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über diese Informationen ausübt*“, als Geschäftsgeheimnis Schutz vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung genießt.

Diese Voraussetzungen sind bei Anlage ./2 erfüllt: Es handelt sich um Informationen, die nur einem eingeschränkten Personenkreis bekannt sind (die Antragstellerinnen verfolgen ein strenges „*need to know*“-Prinzip; vgl ON 47); an der Geheimhaltung (Nichtoffenbarung) besteht das berechtigte kommerzielle Interesse der Antragstellerinnen, ihre Kooperation bzw die Details dazu nicht offen zu legen, damit die Kooperation bzw die Frequenzüberlassung effektiv im Wettbewerb am Markt eingesetzt werden kann (vgl ON 46, 47). Darüber hinaus bestehen Geheimhaltungsmaßnahmen („*need to know*“-Prinzip), die sich bereits darin zeigen, dass sich die Antragstellerinnen im gegenständlichen Verfahren unter Anführung verschiedener nachvollziehbarer Begründungen gegen eine Veröffentlichung der Anlage./2 aussprechen.

Soweit die Anlage ./2 in einzelnen Teilen Ausführungen zum Thema der Frequenzüberlassung enthält, hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, diese Ausführungen als Geschäftsgeheimnis iSd § 208 TKG 2021 anzusehen und von der Akteneinsicht (bzw der Zustellung an die Verfahrensparteien) auszunehmen. Die Teile der Vereinbarungen, die sich auf die Frequenzüberlassung beziehen (die wesentlichen Inhalte sind, wie ausgeführt, aus ON 1 und 2 bekannt), sind nicht bloß in einem eigenen Kapitel „*isoliert*“ zusammengefasst, sondern werden an unterschiedlichen Stellen in unterschiedlichem Kontext behandelt. Eine Veröffentlichung einzelner

Teile würde Rückschlüsse auf den weiteren Inhalt der Vereinbarung ermöglichen, die – wie ausgeführt – weit über die verfahrensgegenständliche Frage hinausgeht.

§ 208 TKG 2021 sieht Bestimmungen zur „*Behandlung von Geschäftsgeheimnissen*“ vor: So hat nach Abs 1 die Regulierungsbehörde ihr bekannt gewordene Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Die Qualifizierung einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis obliegt nach Abs 2 der Regulierungsbehörde, die dabei auch eine Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung andererseits vorzunehmen hat. Hegt die Regulierungsbehörde berechtigte Zweifel an der Schutzwürdigkeit der Geheimhaltung einer Tatsache, hat sie dies dem Berechtigten mitzuteilen und ihn aufzufordern, sein wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung glaubhaft zu machen (Abs 3).

Diese Bestimmung steht – wie auch § 17 Abs 3 AVG („*Von der Akteneinsicht sind Aktenbestandteile ausgenommen, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.*“) – in einem Spannungsverhältnis zu den umfassenden Rechten von Verfahrensparteien (insb Akteneinsicht bzw Parteiengehör):

In einem (älteren) Leiterkenntnis zu einer Entscheidung der Telekom-Control-Kommission hat der VwGH festgehalten, dass „*es mit den ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren tragenden Grundsätzen des Parteiengehörs und der freien Beweiswürdigung unvereinbar ist, einen Bescheid auf Beweismittel zu stützen, welche der Partei nicht zugänglich gemacht worden sind.*“ (Stammleitsatz zu E VwGH 2003/03/0157 vom 17.06.2004).

In seinem Erkenntnis vom 03.05.2021 zu Ra 2021/03/0002 führt der VwGH deutlich differenzierter aus: „*In Mehrparteienverfahren können die Interessen von Verfahrensparteien auf Zugang zu verfahrensrelevanten Informationen mit den Interessen von Verfahrensparteien auf Schutz vertraulicher Angaben und Geschäftsgeheimnisse in Konkurrenz treten. Weder das grundrechtlich durch Art 6 EMRK im Rahmen des Prinzips der Waffengleichheit gewährleistete Recht auf Zugang zu Verfahrensakten noch das grundrechtlich insbesondere durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vermögen eine absolut geschützte Rechtsposition zu begründen. Vielmehr ist im Verwaltungsverfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen Verfahren das Zugangsrecht zu entscheidungsrelevanten Informationen gegen das Recht anderer Verfahrensparteien auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen. Der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen muss so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verfahrensrechte der am Verfahren Beteiligten im Einklang steht und dass sichergestellt ist, dass insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird. []*

Der Umstand, dass einzelne Aktenbestandteile nach § 17 Abs 3 AVG von der Akteneinsicht ausgenommen werden, bedeutet vor diesem Hintergrund daher noch nicht zwingend, dass damit eine Verletzung des Rechts auf Parteiengehör im Sinne des § 45 Abs 3 AVG einhergeht, wenn die Behörde die entsprechenden Aktenbestandteile dennoch heranzieht. Zwar stellt es den Grundsatz jedes rechtsstaatlich geordneten behördlichen Verfahrens dar, dass es keine geheimen Beweismittel geben darf (so jeweils fallbezogen VwGH 17.6.2004, 2003/03/0157; 25.9.2014, 2011/07/0006). In bestimmten, außergewöhnlichen Fällen kann es aber zur Wahrung der Grundrechte eines Dritten bzw anderer Verfahrensbeteiligter oder zum Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit

erforderlich sein, den Parteien bestimmte Informationen vorzuenthalten, solange sichergestellt ist, dass sowohl die Behörde als auch das im Rechtsmittelweg angerufene Verwaltungsgericht über alle entscheidungserheblichen Unterlagen vollumfänglich verfügen (vgl. EuGH 14.2.2008, Rs. C-450/06, Varec SA; weiters Hanslik, aaO, 139 ff.) Die den Verfahrensparteien vorenthaltenen Informationen sind dabei auf das unbedingt notwendige Ausmaß zu beschränken und alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die Entscheidungsgrundlagen so zu begrenzen, dass vorzuenthaltende Informationen zur Entscheidungsfindung nicht herangezogen werden müssen. Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht haben dabei die ihrer Vorgangsweise zugrundeliegende Abwägung zwischen Geheimhaltungsanspruch und Recht auf Akteneinsicht und damit Transparenz der Entscheidungsgrundlage nachvollziehbar zu begründen, sodass die Verfahrensparteien diese zum Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrolle bzw. einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof machen können.“

Die Telekom-Control-Kommission hat ihren Feststellungen lediglich jene Verfahrensdokumente zu Grunde gelegt, die allen Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht worden sind. „Geheime Beweismittel“ iSd oben zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegen damit nicht vor, ein voller „Zugang zu verfahrensrelevanten Informationen“ wurde gewährt.

Die Begründung der A1 auf eine Offenlegung der gesamten Anlage ./2 erschöpft sich in allgemeinen Ausführungen („wesentliche Grundlage und unbedingt notwendig um eine Einschätzung für A1 und die Betroffenheit als Betreiber zu treffen“, ON 43) und Fragestellungen (ON 30) zu Themen, die entweder nicht verfahrensgegenständlich sind oder aber von den Antragstellerinnen beantwortet wurden (siehe zu den vier Fragen bereits oben). Auch der Umstand, dass die weiteren Verfahrensparteien auch ohne Kenntnis der Anlage ./2 in der Lage waren, ihre wettbewerbliche Beurteilung abzugeben (vgl. dazu die Stellungnahmen der Verfahrensparteien zu ON 13, 25, 28 und 31), spricht gegen die – allgemein gehaltene – Begründung der A1 für eine Offenlegung.

Demgegenüber wurden von den Antragstellerinnen gewichtige Argumente vorgetragen (siehe oben; vgl. ON 46, 47), die gegen eine (auch teilweise) Offenlegung der Anlage ./2 sprechen.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen und insbesondere den Schriftsätzen der A1 und der Antragstellerinnen ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass Anlage ./2 von der Akteneinsicht ausgenommen wird.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Nichtveröffentlichung der Anlage ./2 auch und insbesondere dem Zweck dient, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden: Würden die anderen Marktteilnehmer im Detail von der Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen T-Mobile und Hutchison Kenntnis erlangen, können wettbewerbliche Störungen nicht ausgeschlossen werden. Damit kann eine Situation eintreten, die im diametralen Widerspruch zur Zweck- und Zielbestimmung des § 1 TKG 2021 – nämlich der „Förderung des Wettbewerbs“ - steht.

4.6.3 Zurückweisung des (Eventual-)Antrages der A1

Mit Schreiben vom 30.9.2023 (ON 43; vgl. hierzu auch die Email vom 13.9.2023, ON 24a) hat A1 einen Eventualantrag auf „auf Erlass eines Feststellungsbescheids, dass es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt und eine Übermittlung an die Parteien ausgeschlossen wäre“, gestellt.



Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ist dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung darstellt.

Als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet der Feststellungsbescheid jedenfalls dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen Verfahrens (mit einem das rechtliche Interesse abdeckenden Ergebnis) zu entscheiden ist (VfGH 9.10.1969, VfSlg 6050/1969). Die Rechtsfrage, ob die allenfalls Geschäftsgeheimnisse darstellenden Anhänge nach §§ 37, 45 Abs 3 AVG den Mitbeteiligten zuzustellen sind oder nicht, wurde im gegenständlichen Verfahren bzw Bescheid geklärt, weswegen der Antrag der A1 auf Erlassung eines Feststellungsbescheides unzulässig ist und daher zurückzuweisen war.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (§ 9 VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF) offen, wobei vor Einbringung der Beschwerde eine Eingabegebühr in der Höhe von 30 Euro unter Angabe des Verwendungszwecks an das Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, zu entrichten und die Entrichtung der Gebühr bei Einbringung der Beschwerde nachzuweisen sind (BGBl II 2014/387 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 18.12.2023

Telekom-Control-Kommission

Mag. Barbara Nigl, LL.M.
Die Vorsitzende