

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 3G Mobile Telecommunications GmbH, Opernring 1/E/332, 1010 Wien und der Mobilkom Austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, vertreten durch Wolf Theiss, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Schuberting 6, vom 11.11.2003, auf „Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur“ in ihrer Sitzung vom 15. Dezember 2003 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 11 der einen integrierenden Bestandteil des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15g/00-67) bildenden Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde wird die Genehmigung der Änderung der Eigentumsverhältnisse an der 3G Mobile Telecommunications GmbH, die sich durch Übergang von 100% der Anteile an der 3G Mobile Telecommunications GmbH an die Mobilkom Austria AG & Co KG ergibt, erteilt.
2. Die Genehmigung wird unter folgenden Auflagen erteilt:
 - a) Mobilkom Austria AG und Co KG ist verpflichtet, bis spätestens 31.01.2005 Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz aus den gepaarten Frequenzbereichen 1959,7-1969,7/2149,7-2159,7 MHz oder 1920-1980/2110-2170 MHz an ein Unternehmen, welches mit Mobilkom Austria AG & Co KG nicht im Sinne des § 41 KartG verbunden ist, und welches die Frequenzen für die Erbringung von Mobilfunkdiensten nutzt, abzugeben. Für den Fall, dass die Einhaltung der CEPT-Entscheidung ERC/DEC/(99)25 Annex 1 („ERC Decision on the harmonised utilisation of spectrum for terrestrial Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) operating within the bands 1900 – 1980 MHz, 2010 – 2025 MHz and 2110 – 2170 MHz“) garantiert werden kann, und die Nutzung des abgegebenen Frequenzbereiches uneingeschränkt möglich ist, ist auch die Abgabe eines Frequenzspektrums im Umfang von 2x4,8 MHz hinreichend und zulässig.

Kommt Mobilkom Austria AG und Co KG dieser Verpflichtung nicht nach, erlischt das Frequenznutzungsrecht der Mobilkom an den Frequenzen im Frequenzbereich 1964,7-1969,7/2154,7-2159,7 MHz (2x5 MHz) ersatzlos. Die Verfügungsgewalt über das Frequenznutzungsrecht hinsichtlich dieser Frequenzen geht auf die Telekom-Control-Kommission über.

- b) Mobilkom Austria AG & Co KG und alle mit ihr im Sinne des § 41 KartG verbundene Unternehmen sind weiters bis zu jenem Zeitpunkt, zu dem Mobilkom Austria AG & Co KG ihrer Verpflichtung, die genannten Frequenzen abzugeben nachkommt, nicht berechtigt, an Vergabeverfahren für Frequenzen im GSM-900 und GSM-1800-Bereich teilzunehmen.
3. Es wird festgestellt, dass bei erfolgter Anteilsübertragung von 100% der Anteile an der 3G Mobile Telecommunications GmbH an die Mobilkom Austria AG & Co KG die Versorgungsverpflichtung der 3G Mobile Telecommunications GmbH gemäß §§ 8 und 9 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde, Anlage VI zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2003, K 15/00-67 hinsichtlich jener Frequenzen, die von 3G Mobile gehalten werden, durch die Mobilkom Austria AG & Co KG durch Erfüllung ihrer bereits bestehenden Versorgungspflicht erfüllt wird.

II. Begründung

1. Festgestellter Sachverhalt

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 wurde der 3G Mobile Telecommunications GmbH (in weiterer Folge: 3G Mobile) eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsdienste erteilt, wobei für die Funkschnittstelle Standards des Familienkonzeptes UMTS/IMT-2000 einzusetzen sind. Gleichzeitig wurden der 3G Mobile Frequenzen im Umfang von 2x9,8 MHz (Frequenzbereich 1920,3-1930,1/2110,3-2120,1 MHz) aus dem gepaarten Frequenzbereich zugeteilt.

Der Mobilkom Austria AG & Co KG (in weiterer Folge: Mobilkom) wurde ebenfalls mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsdienste erteilt, wobei für die Funkschnittstelle Standards des Familienkonzeptes UMTS/IMT-2000 einzusetzen sind. Gleichzeitig wurden der Mobilkom Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz (Frequenzbereich 1959,7-1969,7/2149,7-2159,7) aus dem gepaarten Frequenzbereich zugeteilt. Darüber hinaus wurden Mobilkom Frequenzen im Umfang von 10 MHz aus dem ungepaarten Bereich (1900,1-1910,1 MHz) zugeteilt.

Die Frequenzsituation im für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich stellt sich derzeit wie folgt dar:

Mobilkom wurden Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz im gepaarten Bereich und 10 MHz im ungepaarten Bereich zugeteilt, 3G Mobile verfügt über 2x9,8 MHz im gepaarten Bereich. Hutchison 3G Austria GmbH verfügt ebenfalls über 2x9,8

MHz im gepaarten Bereich und zusätzlich über 5 MHz im ungepaarten Bereich. One GmbH verfügt über 2x10 MHz im gepaarten Bereich, tele.ring Telekom Service GmbH über 2x9,8 MHz im gepaarten Bereich. T-Mobile Austria GmbH verfügt über 2x10 MHz im gepaarten Bereich und über 9,8 MHz im ungepaarten Bereich.

Derzeit werden von allen Betreibern nur die Frequenzen im gepaarten Bereich zum Einsatz gebracht, wobei vorerst lediglich ein Teil des jeweils zugeteilten Spektrums (2x5 MHz) Verwendung findet.

Weiteres Spektrum im für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich steht derzeit nicht zur Vergabe zur Verfügung, eine Zuteilung weiterer Frequenzen in diesem Bereich ist gemäß internationaler Vorgaben für 2007/2008 zu erwarten.

Mobilkom verfügt darüber hinaus im GSM-Frequenzbereich über Frequenzen im Umfang von 25,4 MHz (10,4 MHz im GSM-900-Bereich und 15 MHz im GSM-1800-Bereich). Lediglich One GmbH verfügt im GSM-Bereich über mehr Frequenzen (29 MHz), wobei es sich dabei ausschließlich um GSM-1800-Frequenzen handelt, deren technische Reichweite geringer ist als bei GSM-900-Frequenzen. T-Mobile Austria GmbH verfügt über 20,8 MHz (davon 12,8 MHz im GSM-900-Bereich), die Frequenzausstattung von tele.ring Telekom Service GmbH beträgt 14,6 MHz im GSM-1800-Bereich.

Eine im Vergleich zu den Mitbewerbern deutlich höhere Frequenzausstattung im UMTS-Frequenzbereich wird es in der Zukunft voraussichtlich einem Betreiber ermöglichen, breitbandige Dienste anzubieten, die andere Betreiber aufgrund der eingeschränkten Frequenzsituation nicht anbieten können. Zumindest sind Betreiber, die über eine größere Frequenzausstattung verfügen in der Lage, diese Dienste kostengünstiger anzubieten.

In § 8 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunden finden sich Regelungen hinsichtlich des, von den Konzessionären zu erreichenden Versorgungsgrades. Normiert ist, dass mit dem zugeteilten Frequenzspektrum folgender Versorgungsgrad (Bevölkerungsversorgung) zu erreichen ist: Mit 31.12.2003 ein Versorgungsgrad von 25% und mit 31.12.2005 ein Versorgungsgrad von 50%. Dieser Versorgungsgrad ist mittels eines selbst betriebenen Mobilkommunikationsnetzes zu erreichen.

3G Mobile hat bis dato den Dienst nicht aufgenommen, Mobilkom bietet UMTS-Dienste bereits an.

In § 11 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunden finden sich Bestimmungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Eigentumsänderungen. Demnach sind Änderungen in den Eigentumsverhältnissen des Konzessionsinhabers, seien sie direkt oder indirekt, unmittelbar oder mittelbar, 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.

Mit Schriftsatz vom 11.11.2003 beantragten 3G Mobile und Mobilkom die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse, die sich durch Übernahme von 100% der Anteile der 3G Mobile durch Mobilkom ergeben. Nach Erörterung fasste die Telekom-Control-Kommission den Beschluss, den Antrag den anderen, auf dem Mobilfunkmarkt tätigen Unternehmen zu übermitteln, und diesen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Das Ergebnis dieser Stellungnahmen stellt sich wie folgt dar:

Hutchison 3G Austria GmbH führte in ihrer Stellungnahme aus, dass Mobilkom am österreichischen Markt über eine überragende Marktstellung verfüge. Durch eine vollständige Übernahme der 3G Mobile würde diese Marktstellung vor allem im Hinblick auf das dann der Mobilkom zur Verfügung stehende UMTS-Spektrum verstärkt werden. Mit einem Frequenzspektrum von fast 20 MHz könne Mobilkom ihr Netz zu deutlich günstigeren Bedingungen als die Mitbewerber ausbauen. Dies würde zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Deshalb werde seitens Hutchison beantragt, dass eine Eigentumsänderung nur unter der Auflage genehmigt werde, dass der obere Frequenzkanal (1925,3-1930,1/2115,3-2120,1 MHz (2x4,8 MHz)) an die Regulierungsbehörde zurückfällt und von dieser in weiterer Folge versteigert wird.

Die Stellungnahme von T-Mobile Austria GmbH geht dahin, dass bei der Beurteilung von möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Überlassung von UMTS-Frequenznutzungsrechten der 3G Mobile besonders zu berücksichtigen sei, ob hinsichtlich der UMTS-Frequenzen Engpässe am österreichischen Mobilfunkmarkt bestehen bzw. zu erwarten sind. Aus Sicht der T-Mobile seien lediglich bei Mobilkom und T-Mobile in den nächsten Jahren Engpässe an UMTS-Frequenzen zu befürchten. Eine Häufung des gesamten, derzeit der 3G Mobile zugeteilten Frequenzspektrums (2x9,4 MHz) bei Mobilkom sei jedenfalls nicht gerechtfertigt, und berge das Risiko einer Wettbewerbsverzerrung. Daher gehe T-Mobile davon aus, dass der Änderung der Eigentümerstruktur der 3G Mobile nur unter der Auflage zugestimmt werden könne, dass Mobilkom binnen einer bestimmten Frist zumindest 2x5 MHz aus ihrem UMTS-Spektrum in einem noch festzulegenden Bereich an T-Mobile zu übertragen hat.

One GmbH führt in ihrer Stellungnahme aus, dass eine Ausstattung der Mobilkom mit dem doppelten UMTS-Frequenzspektrum gegenüber den Mitbewerbern den Wettbewerb massiv beeinträchtigen würde. Eine Zustimmung könnte nur unter der Auflage erfolgen, dass Mobilkom verpflichtet wird, zumindest einen gepaarten Frequenzblock (2x5 MHz) binnen nützlicher Frist an andere Betreiber abzugeben. Eine Nutzung von 2x15 MHz des UMTS-Spektrums durch Mobilkom wäre aus Sicht der One vertretbar, ohne dass eine merkliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu befürchten wäre.

In den Ausführungen der tele.ring Telekom Service GmbH wird darauf verwiesen, dass Mobilkom über eine marktbeherrschende Stellung im Mobilfunkendkundenmarkt verfügt. Dies ergebe sich einerseits aus dem Marktanteil von 44,2% andererseits durch die Erfüllung anderer, in § 35 Abs. 2 TKG 2003 genannter Kriterien. Durch die Zustimmung der Telekom-Control-Kommission zu einem Kauf der 3G Mobile durch Mobilkom bestehe die Gefahr, dass Mobilkom ihre beherrschende Stellung auf den nächsten Markt, nämlich den Markt für mobile Datendienste ausdehnt. Es bestehe seitens Mobilkom weiter die

Gefahr der Frequenzhortung. Durch die zusätzlichen Frequenzen sei Mobilkom in der Lage, wesentlich mehr Kunden wesentlich höhere Übertragungsraten zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus würde durch eine Zustimmung eine natürliche Wachstumsgrenze für andere Betreiber gezogen werden, da diese nicht die Möglichkeit hätten, zusätzliche Frequenzen zu erwerben.

Denkbar sei unter Umständen die Erteilung der Zustimmung durch die Telekom-Control-Kommission unter Auferlegung von Auflagen. Diese Auflage sollte für Mobilkom einerseits das Verbot sein, im GSM-Bereich weitere Frequenzen zu erwerben und andererseits die Verpflichtung für Mobilkom, ein UMTS-Frequenzpaket binnen Jahresfrist weiterzuverkaufen.

Im Zuge des Verfahrens wurden von 3G Mobile Unterlagen vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass 3G Mobile mehrere am österreichischen Mobilfunkmarkt tätige Unternehmen zu Gesprächen über den Erwerb der Frequenzen eingeladen hatte.

In einer von Mobilkom eingebrachten ergänzenden Stellungnahme zum Antrag wird ausgeführt, dass hinsichtlich der Versorgungspflichten durch den Kauf der 3G Mobile durch Mobilkom keine Verdoppelung der Versorgungspflicht bei Mobilkom entstehen dürfe. In diesem Fall sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorzunehmen und § 8 der Konzessionsurkunde sei daher entsprechend weit auszulegen. Im Hinblick auf allfällige Auflagen gibt Mobilkom folgende Erklärung ab:

„Im Falle der Genehmigung des Erwerbes von 100% der Anteile der 3G Mobile wird Mobilkom bis längstens 31.01.2005 einen Teil der der Mobilkom bzw. der 3G Mobile zu(ge)teilten UMTS-Frequenznutzungsrechte im Ausmaß von mindestens 4,9 MHz (FDD) an ein von Mobilkom unabhängiges Unternehmen veräußern. Für den Fall, dass sich innerhalb dieses Zeitraums kein Käufer für die o.a. Frequenznutzungsrechte findet, oder aber nur ein Käufer findet, der einen gegenüber dem Kaufpreis für die 3G Mobile unverhältnismäßigen Preis zu leisten bereit wäre, wird Mobilkom die o.a. Frequenznutzungsrechte nicht nutzen, sondern sie unter die Verfügungsgewalt der Telekom-Control-Kommission stellen, mit dem Ersuchen, die Telekom-Control-Kommission möge die Bedingungen der Veräußerung neu festlegen“.

(.....)

In einer weiteren Stellungnahme vom 15.12.2003 führt Mobilkom aus, dass für den Fall, dass eine Auflage dahingehend verhängt wird, dass Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz abzugeben sind, dies die Konsequenz hätte, dass Mobilkom nur die Möglichkeit verbliebe, Frequenzen aus dem eigenen gepaarten Frequenzbereich zu veräußern, da nur in diesem Fall die Möglichkeit bestünde, ohne Verstoß gegen den Mindestabstand von 5 MHz Spektrum zu verkaufen. Es gebe nur eine Möglichkeit, die Auflage zu erfüllen, diese bestünde darin, eine Neuuzuweisung des Spektralbereiches zwischen Mobilkom und 3G Mobile zu beantragen.

Zur Auflage des temporären Ausschlusses von GSM-Frequenzvergabeverfahren führt Mobilkom aus, dass eine solche Bestimmung vor dem Hintergrund wettbewerblicher Risiken nicht angemessen sei.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt 1 und 2:

3G Mobile und Mobilkom beantragen die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse der 3G Mobile durch Übertragung von 100% der Anteile an Mobilkom.

Regelungen hinsichtlich der Voraussetzungen für die Genehmigung von Eigentumsverhältnissen finden sich einerseits im Konzessions-/Frequenzzuteilungsbescheid der 3G Mobile und andererseits in § 56 Abs. 2 TKG 2003.

§ 11 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde normiert Folgendes:

„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.“

Zu prüfen ist daher vorab, ob es sich bei der geplanten Änderung um eine wesentliche Änderung im Sinne des § 11 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde handelt. Beantragt wurde die Zustimmung zur Übertragung von 100% der Anteile der 3G Mobile an die Mobilkom. Dabei handelt es sich jedenfalls um eine wesentliche Änderung, da die gesamten Anteile am Unternehmen übertragen werden.

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 Konzessioninhaber 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 Mobilkom handelt es sich um einen - in § 11 genannten – „anderen Konzessionsinhaber“. Gemäß den Bestimmungen des § 11 ist daher zu prüfen, ob im Falle der Zustimmung, die auch mit Auflagen versehen sein kann, die wettbewerbliche Unabhängigkeit von Mobilkom gewährleistet bleibt. Für den Fall der Zustimmung steht 3G Mobile in weiterer Folge zu 100% im Eigentum der Mobilkom. Damit ist die wettbewerbliche Unabhängigkeit von einem „anderen Konzessionsinhaber“, die in § 11 vorgesehen ist, nicht mehr gegeben. Die in § 11 der Konzessionsurkunde genannten Gründe, bei deren Vorliegen die Genehmigung jedenfalls zu erteilen ist, sind daher nicht erfüllt.

§ 11 enthält jedoch keine abschließende Regelung, wann eine Genehmigung zu erteilen ist. Die Telekom-Control-Kommission hat daher weiters erwogen:

Die Konzessions-/Frequenzzuteilungsbescheide haben ihre Rechtsgrundlage im TKG 1997. Mit Inkrafttreten des TKG 2003 wurden mit § 56 Regelungen geschaffen, in denen die Fragen des Frequenzhandels und der Eigentumsübertragungen geregelt sind.

§ 56 TKG 2003 normiert Folgendes:

§ 56 Abs. 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.“

Abs. 2 lautet wie folgt: „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.“

Abs. 3: „Einschränkungen der Frequenznutzung, die sich aus rundfunkrechtlichen Vorschriften ergeben, bleiben von dieser Bestimmung unberührt.“

Im Gegensatz zum TKG 1997 finden sich daher nunmehr Bestimmungen hinsichtlich der Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit von Eigentumsänderungen bereits im Gesetz. Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 bedürfen wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 zugeteilt wurden, der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Weiters wird auf Abs. 1 (gemeint ist § 56 Abs. 1) dritter bis letzter Satz verwiesen. Demnach sind bei der Beurteilung der Frage, ob eine Genehmigung erfolgen kann oder nicht, die technischen und insbesondere die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs wahrscheinlich ist.

Gemäß § 56 Abs. 2 TKG wäre daher der vorliegende Sachverhalt danach zu beurteilen, ob bei Genehmigung - unter Umständen auch mit Auflagen - eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermieden werden kann. Der Gesetzgeber hat mit § 56 Abs. 2 seine Absicht zum Ausdruck gebracht, die Voraussetzungen für die Zustimmung zu Eigentumsänderungen weniger streng zu sehen, als dies noch § 11 der Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunde normiert. Insgesamt wurde § 56 TKG 2003 geschaffen, um jenen Unternehmen, die Frequenznutzungsrechte erworben haben, mehr Gestaltungsmöglichkeiten zu geben, als dies auf Grundlage der bisherigen rechtlichen Regelungen möglich war. Auch die Bestimmungen hinsichtlich der Möglichkeit der Überlassung von Frequenzen wurden erst durch § 56 Abs. 1 TKG 2003 geschaffen. Unter dem TKG 1997 war eine Überlassung von Frequenzen nicht möglich. Ausgehend vom Willen des

Gesetzgebers, in diesem Bereich mehr Flexibilität zu gewähren, erhebt sich die Frage, inwieweit § 11 der Konzessions-/Frequenzuteilungsurkunde im Sinne des § 56 TKG 2003 auszulegen ist. 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-/Frequenzuteilungsurkunde im Sinne des § 56 TKG 2003 auszulegen ist. Zwar ist nach erfolgter Durchführung der Eigentumsänderung die wettbewerbliche Unabhängigkeit der 3G Mobile von Mobilkom nicht mehr gewährleistet, doch war aus Sicht der Telekom-Control-Kommission zu prüfen, ob nicht eine Zustimmung unter den, in § 56 TKG 2003 genannten Voraussetzungen möglich ist.

Gemäß § 56 Abs. 2 iVm Abs. 1 TKG 2003 ist die Zustimmung nur dann zu verweigern, wenn trotz Verhängung von Auflagen durch die Eigentumsänderung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs wahrscheinlich ist. Daher war im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt zu prüfen, inwieweit durch die beabsichtigte Eigentumsänderung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs wahrscheinlich ist und ob durch die Verhängung von Auflagen eine derartige Beeinträchtigung verhindert werden könnte.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, verfügt Mobilkom derzeit um UMTS-Frequenzbereich über Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz.

Durch den Erwerb von 100% der Anteile an 3G Mobile würde Mobilkom über ein Frequenzspektrum im UMTS-Bereich von 2x19,8 MHz im gepaarten Bereich, und damit über ca. ein Drittel der Frequenzen in diesem Bereich verfügen. Alle anderen Marktteilnehmer hätten lediglich die Hälfte des Spektrums, das Mobilkom zur Verfügung steht, zur Verfügung. Abhängig von der Entwicklung der UMTS-Dienste kann eine, im Verhältnis zu den Mitbewerbern unverhältnismäßig größere Frequenzausstattung zu Vorteilen führen, da unter Umständen bestimmte breitbandige Dienste angeboten werden können, die die Mitbewerber aufgrund ihrer geringeren Frequenzausstattung nicht anbieten können oder es können Dienste aufgrund der besseren Frequenzausstattung zu geringeren Preisen angeboten werden. Daraus könnte, aus Sicht der Telekom-Control-Kommission eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs resultieren. Da eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im vorliegenden Fall daher nicht ausgeschlossen werden kann, war eine Genehmigung der Eigentumsübertragung in der beantragten Form nicht zu erteilen.

§ 56 TKG 2003 sieht allerdings auch vor, dass die Zustimmung Nebenbestimmungen enthalten kann, wenn dadurch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermieden werden kann. Zu prüfen war daher, ob durch die Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Genehmigung möglich ist. Hauptpunkt der Bedenken ist die, durch die Eigentumsänderung de facto entstehende Frequenzhäufung im Einflussbereich der Mobilkom. Wie bereits oben ausgeführt, würde Mobilkom nach erfolgter Genehmigung direkt und indirekt über 19,8 MHz im gepaarten Frequenzbereich des UMTS-Frequenzspektrums, und damit über ca. ein Drittel des Spektrums verfügen.

Mobilkom verfügt aber auch im GSM-Frequenzbereich über eine, im Vergleich zu den Mitbewerbern großzügige Frequenzausstattung. Durch die gegenständliche Eigentumsänderung würde sich die Frequenzausstattung (GSM und UMTS) der Mobilkom im Vergleich zu der der Mitbewerber wiederum unverhältnismässig vergrößern. Daher kam die Telekom-Control-Kommission zum Ergebnis, dass eine Genehmigung nur unter einer Auflage, die eine unverhältnismässige

Vergrößerung des Frequenzspektrums der Mobilkom verhindert, erfolgen kann. Nur dadurch können Auswirkungen auf den Wettbewerb verhindert werden.

Dies wurde auch durch die Stellungnahmen der Mitbewerber gestützt. Diese hatten übereinstimmend erklärt, dass eine Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse aus ihrer Sicht nur dann erfolgen könne, wenn Mobilkom verpflichtet wird, einen Teil ihres Frequenzspektrums abzugeben. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission war Mobilkom daher dazu zu verpflichten, 2x5 MHz aus dem gepaarten, für UMTS gewidmeten Frequenzbereich bis spätestens 31.01.2005 abzugeben. Um zu verhindern, dass Mobilkom die Auflage dadurch umgeht, dass Verkaufsverhandlungen nicht oder nur zu unakzeptablen Konditionen geführt werden, wurde die Auflage dahingehend erweitert, dass für den Fall, dass die Frequenzen nicht bis 31.1.2005 verkauft werden, das Verfügungsrecht an diesen an die Telekom-Control-Kommission zurückfällt, wobei Mobilkom in diesem Fall keinen finanziellen Ausgleich erhält.

Dem Vorbringen der Mobilkom, dass die Auflage lediglich den Verkauf von Frequenzen im Umfang von 2x4,8 MHz vorsehen solle, und dass für den Fall, dass der Verkauf nicht binnen der vorgeschriebenen Frist erfolgt, die Frequenzen in die Verfügungsgewalt der Telekom-Control-Kommission gegeben werden und seitens der Telekom-Control-Kommission neue Bedingungen für den Verkauf festzulegen sind, konnte die Telekom-Control-Kommission nicht folgen. Hinsichtlich der Bestimmung in der Auflage, dass die Frequenzen für den Fall, dass der Verkauf nicht binnen einer bestimmten Frist erfolgt, an die Telekom-Control-Kommission zurückfallen geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass diese Auflage erforderlich ist, um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu verhindern.

(.....)

Zur Auflage, 2x5 MHz und nicht wie von Mobilkom beantragt 2x4,9 MHz abgeben zu müssen ist auszuführen, dass diese Auflage aus technischen Gründen abzuleiten ist. Zwischen zwei Betreibern hat gemäß Entscheidung ERC/DEC/(99)25 Annex 1 („ERC Decision on the harmonised utilisation of spectrum for terrestrial Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) operating within the bands 1900 – 1980 MHz, 2010 – 2025 MHz and 2110 – 2170 MHz“) der Mittenabstand 5,0 MHz zu betragen. Diese Verpflichtung ist auch in den UMTS-Konzessionsurkunden als Auflage enthalten. Diese CEPT-Entscheidung kann grundsätzlich nur unter den vorgeschlagenen Auflagen eingehalten werden (Abgabe von 2x5,0 MHz) und nicht bei einer Weitergabe von weniger als 2x5,0 MHz. Es wäre zwar vorstellbar, dass Mobilkom beim Verkauf eines Pakets einen geringeren Schutzabstand mit dem Käufer vereinbart. Dies würde jedoch der CEPT-Entscheidung widersprechen und damit den Nutzungsbedingungen der Konzessionsurkunde. Lediglich für den Fall, dass ein Frequenzpaket an einen Betreiber veräußert wird, der das nächstgelegene Frequenzpaket innehat, wäre eine Einhaltung der Vorgaben der CEPT-Entscheidung auch bei Verkauf eines Frequenzspektrums, welches kleiner als 2x5 MHz ist, möglich. Daher war die Auflage so zu formulieren, dass jedenfalls die CEPT-Entscheidung einzuhalten ist.

Zur Vorschreibung eines konkreten Frequenzbereiches, der im Fall, dass Mobilkom ihrer Auflage nicht nachkommt, an die Telekom-Control-Kommission Telekom-Control-Kommission zur Verfügung zurückfällt ist auszuführen, dass diese konkrete Festlegung erforderlich war, um im Anlassfall die Auflage exekutieren zu können. Ein Wahlrecht der Mobilkom hinsichtlich des konkret abzugebenden Frequenzbereiches besteht im Rahmen der

Verkaufsverhandlung. Für den Fall, dass ein Frequenzbereich an die Telekom-Control-Kommission zurückfällt, war jedoch ein konkreter Frequenzbereich festzulegen. Dabei handelt es sich um einen Frequenzbereich, der Mobilkom ursprünglich in ihrer Konzession zugeteilt wurde, der aber derzeit nicht genutzt wird. Aufgrund der Vorgaben der CEPT-Entscheidung, die dahingehend lautet, dass ein Mindestabstand der Mittenfrequenzen zwischen verschiedenen Betreibern eingehalten werden muss, erfolgte die Festlegung auf das im Spruch genannte Frequenzpaket, da andernfalls eine Einhaltung der genannten Empfehlung nicht mehr gewährleistet wäre.

Für den Fall, dass zur Erfüllung der Auflage eine Neuzuteilung der Frequenzpakete vorgenommen werden muss wird darauf hingewiesen, dass jegliche Überlassung von Frequenzen sowie jegliche Änderung der Frequenznutzung der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen ist.

Weiters kam die Telekom-Control-Kommission zum Ergebnis, dass Mobilkom für jenen Zeitraum, in dem sie direkt (auf Grundlage ihrer eigenen Konzession) oder indirekt (als Eigentümerin der 3G Mobile) über 2x19,8 MHz aus dem für UMTS gewidmeten Frequenzbereich verfügt, von der Teilnahme an Frequenzversteigerungen aus dem GSM-Frequenzbereich (GSM-900 und GSM-1800) auszuschließen ist. Ebenso sind jene Unternehmen, die mit Mobilkom im Sinne des § 41 KartG verbunden sind, für diese Zeitspanne von GSM-Frequenzvergabeverfahren ausgeschlossen, da verhindert werden soll, dass Mobilkom über diese verbundenen Unternehmen die verhängte Auflage umgeht. Die Auflage ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission erforderlich, da Mobilkom andernfalls in der Lage wäre, sowohl im GSM-900 und GSM-1800-Bereich als auch im UMTS-Bereich ihre Frequenzausstattung zumindest für eine gewisse Zeit unverhältnismäßig zu vergrößern.

Zu Spruchpunkt 3:

Im Antrag wurde neben der Genehmigung der Änderung der Eigentumsverhältnisse weiters beantragt, dass die Telekom-Control-Kommission feststellen möge, dass im Falle der Genehmigung der verfahrensgegenständlichen Änderung der Eigentümerstruktur von 3G Mobile und der tatsächlichen Anteilsübertragung die Versorgungsverpflichtung von 3G Mobile gemäß §§ 8 und 9 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde, Anlage VI zum Bescheid K 15/00-67 der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 durch die Mobilkom durch deren eigene UMTS-Infrastruktur miterfüllt wird. Begründet wurde dies damit, dass Mobilkom und 3G Mobile nach erfolgter Eigentumsübertragung eine wirtschaftliche Einheit darstellen.

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides aufgrund eines Parteienantrages ist dann geboten, wenn an der Feststellung ein rechtliches Interesse besteht oder dies für die Partei ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist, dh. insbesondere, wenn die strittige Frage auch nicht in einem anderen Verfahren entschieden werden kann. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin ein rechtliches Interesse an der rechtsverbindlichen Feststellung darüber, ob die Versorgungspflicht, die der 3G Mobile mittels Bescheid auferlegt wurde, gesondert zu erfüllen ist, oder ob eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorgenommen wird und sich daraus ableitet, dass es ausreichend ist, wenn die Versorgungspflicht innerhalb der wirtschaftlichen Einheit von einem Unternehmen erfüllt wird. Dieses Interesse ergibt sich insbesondere daraus, dass für den Fall, dass die Telekom-Control-Kommission nicht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausgehen würde, Mobilkom als neue Eigentümerin der 3G Mobile Verpflichtungen treffen würden. Darüber hinaus kann diese Frage auch

nicht in einem anderen Verfahren entschieden werden. Daher ist der Feststellungsantrag zulässig.

Materiell ist zur getroffenen Feststellung auszuführen, dass die Versorgungspflicht primär das Ziel hat, Infrastrukturwettbewerb zu fördern und eine moderne elektronische Kommunikationsinfrastruktur zu schaffen. Im vorliegenden Fall würde eine Aufrechterhaltung der Versorgungspflicht der 3G Mobile dazu führen, dass zwei Unternehmen, die als wirtschaftliche Einheit zu behandeln sind, dazu verpflichtet werden, doppelte Infrastruktur aufzubauen. Dadurch käme es zu einer wirtschaftlich nicht sinnvollen Duplizierung von Infrastruktur, die keinerlei positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hätte, da zwischen den beiden Unternehmen keine Wettbewerbssituation besteht. Daraus ergibt sich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, dass innerhalb der verbundenen Unternehmen Mobilkom und 3G Mobile die Verpflichtung nur einmal zu erfüllen ist. Sollte allerdings das Unternehmen 3G Mobile als gesamtes oder Frequenzen an ein nicht mit Mobilkom verbundenes Unternehmen verkauft werden, welches selbst über keine UMTS-Konzession verfügt, dann ist über die Versorgungspflicht neu zu entscheiden.

Zur Frage der Konsultation nach § 128 TKG 2003:

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 haben der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß diesem Bundesgesetz zu gewähren, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Davon ausgenommen sind Maßnahmen gemäß §§ 91 Abs. 4, 122 und 130. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 nicht anderes bestimmt.

Gemäß Abs. 2 sind allfällige verfahrensrechtliche Fristen während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt.

§ 128 TKG 2003 sieht eine verpflichtende Konsultation in jenen Fällen vor, in denen die geplante Vollziehungsmaßnahme beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben wird.

Zu prüfen ist daher, inwieweit die vorliegende Entscheidung beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt entfaltet. Der hier gegenständliche Markt ist der Markt für öffentliche Mobilkommunikation, daher sind die Auswirkungen auf diesen Markt zu prüfen. Wie bereits oben ausgeführt, wird die Genehmigung der Änderung der Eigentumsverhältnisse unter Auferlegung von Auflagen erteilt, da ohne Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Marktes nicht ausgeschlossen werden könnte. Durch die Nebenbestimmungen werden allfällige schädliche Auswirkungen auf den Markt jedenfalls minimiert. Daher ist davon auszugehen, dass die geplante Vollziehungsmaßnahme keine beträchtlichen Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben wird, da diese Auswirkungen durch die Verhängung von Auflagen hintangehalten wurden. Dies wird auch durch die Stellungnahmen der anderen, auf dem Mobilfunkmarkt tätigen Unternehmen untermauert. Diese hatten zu erkennen gegeben, dass eine Genehmigung unter entsprechenden Auflagen zu keiner merklichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher zum Ergebnis gelangt, dass eine Konsultation auf Grundlage des § 128 TKG 2003 nicht durchzuführen ist.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 115 Abs 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

VI. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei Einbringung der Beschwerde ist jeweils eine Gebühr in Höhe von Euro 180,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15. Dezember 2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann