

K 15b/00-63
K 15f/00-74
K 15g/00-157

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Martin Hagleitner und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Anträge der 3G Mobile Telecommunications GmbH, Opernring 1/E/332, 1010 Wien, der T-Mobile Austria GmbH, Kelsenstraße 5-7, 1030 Wien und der mobilkom austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, vom 22. März 2004, auf „Genehmigung der Überlassung von Frequenznutzungsrechten gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003“ in ihrer Sitzung vom 07. Juni 2004 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 wird die Genehmigung zur Überlassung von Nutzungsrechten an Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1964,7-1969,7/2154,7-2159,7 MHz durch 3G Mobile Telecommunications GmbH an T-Mobile Austria GmbH erteilt.
2. Festgestellt wird, dass durch die in Spruchpunkt 1 genehmigte Überlassung die Auflage gemäß Spruchpunkt 2 lit. a Abs. 1 des Spruches des Bescheides K 15g/00-135 der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 erfüllt ist und mobilkom austria AG & Co KG ab Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides berechtigt ist, an Frequenzvergabeverfahren im Sinne des Spruchpunktes 2 lit. b des Bescheides K 15g/00-135 teilzunehmen.
3. Festgestellt wird, dass durch die in Spruchpunkt 1 genehmigte Überlassung keine Änderung der §§ 8 und 9 der Anlage V zum Bescheid K 15/00-67 der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 für T-Mobile Austria GmbH erfolgt.

II. Begründung

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, 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 Mobilkommunikationsnetze 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 mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, ebenfalls eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze 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.

Weiters wurde T-Mobile Austria GmbH (in weiterer Folge: T-Mobile) mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, eine Konzession für das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt, wobei für die Funkschnittstelle Standards des Familienkonzeptes UMTS/IMT-2000 einzusetzen sind. Gleichzeitig wurden der T-Mobile Frequenzen im Umfang von 2x10 MHz (Frequenzbereich 1969,7-1979,7/2159,7-2169,7 MHz) aus dem gepaarten Frequenzbereich zugeteilt. Darüber hinaus wurden T-Mobile Frequenzen im Umfang von 9,8 MHz aus dem ungepaarten Bereich (Frequenzbereich 2019,9-2024,7 MHz und Frequenzbereich 1910,1-1915,1 MHz) zugeteilt.

Ebenfalls mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 erfolgten Konzessions- und Frequenzzuteilungen an One GmbH (vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH), Hutchison 3G Austria GmbH und tele.ring Telekom Service GmbH.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003, K 15g/00-135, wurde die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse der 3G Mobile, die durch Übernahme von 100% der Anteile durch Mobilkom entstanden ist, erteilt. Die Zustimmung wurde mit der Auflage versehen, dass Mobilkom bis spätestens 31.01.2005 Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz aus dem gepaarten UMTS-Frequenzbereich abgibt.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.03.2004 wurde schließlich die Zustimmung zur Änderung der Konzessionen von Mobilkom und 3G Mobile dahingehend erteilt, dass Mobilkom nunmehr über das ursprünglich an 3G Mobile zugeteilte Frequenzspektrum verfügt und 3G Mobile über das ursprünglich an Mobilkom zugeteilte Spektrum.

Mit Schriftsatz vom 22.03.2004 wurde die Genehmigung zur Überlassung von Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz von 3G Mobile an T-Mobile gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 beantragt. Ausgeführt wurde im Antrag, dass die Überlassung zur Erfüllung der mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 verhängten Auflage diene. Weiters gebe es eine rechtsgeschäftliche Einigung zwischen 3G Mobile und T-Mobile hinsichtlich des Verkaufes der gegenständlichen Frequenzen. Zur Genehmigungsfähigkeit wurde ausgeführt, dass durch die Überlassung keine negativen technischen Auswirkungen erfolgen, da nicht in die technischen Nutzungsbedingungen des Spektrums eingegriffen werde. Darüber hinaus sei auch keine Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben. Diese Frage sei schon im Verfahren betreffend die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an 3G Mobile von der Telekom-Control-Kommission geprüft worden. Um mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu verhindern, wäre schließlich im Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 die Auflage verhängt worden, Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz an ein mit Mobilkom nicht im Sinne von § 41 KartG verbundenes Unternehmen abzugeben. Die nunmehrige Überlassung diene dem Zweck der Erfüllung der Auflage und sei daher genehmigungsfähig.

Weiters wurde die Feststellung beantragt, dass durch die Überlassung Mobilkom die Auflage des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003, K 15g/00-135, erfüllt habe und dass durch die Überlassung keine Änderung der §§ 8 und 9 der Anlage V zum Bescheid K 15/00-67 der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 für T-Mobile Austria erfolgt.

Gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 wurde der Antrag veröffentlicht. Mit Schriftsatz vom 13.04.2004 gab Hutchison 3G Austria GmbH eine Stellungnahme zum Antrag ab. Ausgeführt wurde, dass auch seitens Hutchison Interesse am Erwerb von Frequenzen bestanden habe, dass Mobilkom aber zu ernsthaften Verhandlungen nicht bereit gewesen sei. Darüber hinaus werde vermutet, dass es zwischen Mobilkom und T-Mobile hinsichtlich des gegenständlichen Verkaufes verbotene Absprachen gegeben habe. Daher habe man eine entsprechende Sachverhaltsdarstellung auch an die Bundeswettbewerbsbehörde übermittelt. Nähere Ausführungen zu den vermuteten Absprachen wurden von Hutchison nicht vorgebracht und waren auch nicht erweislich.

In ihren Stellungnahmen zum Vorbringen von Hutchison erklären Mobilkom und T-Mobile, dass keinerlei Absprachen im Hinblick auf die gegenständliche Überlassung von Frequenzen bestehen. Mobilkom führt aus, dass man unter großem Zeitdruck hinsichtlich der Veräußerung gestanden sei, da bereits im 2. Quartal 2004 mit einem Frequenzvergabeverfahren gerechnet werde. T-Mobile führte aus, dass man aufgrund der Teilnehmerzahlen baldigen Bedarf an zusätzlichem Spektrum gesehen habe, und daher an Mobilkom ein entsprechendes Angebot gerichtet habe.

Mit Schriftsatz vom 18.05.2004 wurde von Hutchison ein Schreiben der Bundeswettbewerbsbehörde vorgelegt, in welchem diese Hutchison auffordert mitzuteilen, welche Anhaltspunkte Hutchison veranlassen, das Bestehen verbotener Nebenabreden zu vermuten, welchen Inhalt die vermuteten wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden haben, sowie bekannt zu geben, durch Einsicht in welche Dokumente, Befragung welcher Personen bzw. durch welche sonstigen Ermittlungshandlungen das tatsächliche Bestehen der vermuteten wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden belegt werden kann. Ebenfalls übermittelt wurde das Antwortschreiben der Hutchison an die Bundeswettbewerbsbehörde, in welchem Hutchison ausführt, dass konkrete

Dokumente nicht vorgelegt werden können, bzw. Aussagen über den konkreten Inhalt der vermuteten Nebenabreden nicht gemacht werden können.

Am 24.05.2004 fand eine Zeugeneinvernahme von Hutchison vor der Telekom-Control-Kommission statt. Auch in dieser Einvernahme konnten von Hutchison keine konkreten Angaben zum Vorbringen hinsichtlich des Vorliegens verbotener Absprachen gemacht werden.

Rechtliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 bedarf die Überlassung von Nutzungsrechten 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.

Im gegenständlichen Fall sind durch die Überlassung keine technischen Auswirkungen gegeben. Die Frequenznutzungsbedingungen bleiben durch die Überlassung unverändert. Auch Auswirkungen auf den Wettbewerb sind von der Telekom-Control-Kommission zu beurteilen. Die Telekom-Control-Kommission hat sich mit der Frage der Auswirkungen auf den Wettbewerb bereits im Rahmen des Verfahrens betreffend die Eigenumsänderung der 3G Mobile auseinandergesetzt. Im Zuge dieses Verfahrens waren gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 ebenfalls die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen. Damals gelangte die Telekom-Control-Kommission zum Ergebnis, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn eine Auflage dahingehend verhängt wird, dass Mobilkom Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz an ein mit ihr nicht verbundenes Unternehmen abgibt. Mit dem vorliegenden Antrag kommt Mobilkom dieser Auflage nach. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die beantragte Überlassung ist daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht gegeben.

Daher war die Genehmigung zur Überlassung zu erteilen.

Zu Spruchpunkt 2 und 3:

Hinsichtlich der Anträge von Mobilkom und T-Mobile zu Spruchpunkt 2 und 3 auf Feststellung ist Folgendes auszuführen:

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides aufgrund eines Parteienantrages ist dann geboten, wenn - abgesehen von einem gesetzlichen Anspruch - 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 haben die Antragsteller ein rechtliches Interesse an der rechtsverbindlichen Feststellung darüber, ob die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003 verhängte Auflage durch die beantragte Überlassung erfüllt ist, bzw. darüber, ob durch die Überlassung von Frequenzen die Verpflichtungen von T-Mobile aus dem

Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, unverändert bestehen bleiben. Diese Fragen können auch nicht in einem anderen Verfahren entschieden werden. Daher waren die Feststellungsanträge zulässig.

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.12.2003, K 15g/00-135, wurde Mobilkom verpflichtet, Frequenzen im Umfang von 2x5 MHz binnen einer bestimmten Frist abzugeben. Der gegenständliche Kaufvertrag, der die Grundlage für die Überlassung der Frequenzen bildet, wurde zwischen 3G Mobile und T-Mobile geschlossen. Zu prüfen war daher, ob Mobilkom durch die gegenständliche Überlassung der Verpflichtung aus der Auflage nachgekommen ist. Ziel der Auflage war es, das Ungleichgewicht an Frequenzausstattung, das durch den Erwerb von 3G Mobile durch Mobilkom entstanden ist, auszugleichen. Bei Verhängung der Auflage wurden Mobilkom und 3G Mobile als wirtschaftliche Einheit betrachtet; als Konsequenz daraus wurde die erwähnte Auflage verhängt. Auch im vorliegenden Fall muss nunmehr eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung angestellt werden. Diese führt dazu, dass durch den Verkauf von Frequenzen durch 3G Mobile Mobilkom ihre Verpflichtung aus der Auflage erfüllt hat.

Hinsichtlich des Feststellungsantrages von T-Mobile ist auszuführen, dass die entsprechenden Versorgungspflichten, die schließlich in den Konzessions-/Frequenzzuteilungsurkunden vorgeschrieben wurden, bereits in der Ausschreibungsunterlage enthalten waren. Zu diesem Zeitpunkt war der Regulierungsbehörde noch nicht bekannt, ob die erfolgreichen Bieter zwei oder gegebenenfalls mehr Frequenzpakete erwerben würden. Die Versorgungspflicht wurde daher unabhängig von der Anzahl der letztendlich ersteigerten Pakete festgelegt. Daher erfolgt auch durch den Erwerb eines zusätzlichen Frequenzpaketes durch T-Mobile keine Veränderung der mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 vorgeschriebenen Versorgungspflicht.

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 zu gewähren, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Zu prüfen war daher, inwieweit die vorliegende Entscheidung beträchtliche Auswirkungen auf dem betreffenden Markt entfaltet. Der hier gegenständliche Markt ist der Markt für öffentliche Mobilkommunikation, daher sind die Auswirkungen auf diesem Markt zu prüfen. Wie bereits oben ausgeführt, wird durch die Überlassung von Frequenzen einer Auflage entsprochen, die von der Telekom-Control-Kommission im Rahmen des Verfahrens betreffend die Eigentumsänderung der 3G Mobile verhängt wurde, um eine allfällige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu verhindern. Daher ist davon auszugehen, dass die geplante Vollziehungsmaßnahme keine beträchtlichen Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben wird, da im Gegenteil durch die Überlassung eventuelle wettbewerbsrechtliche Bedenken entsprechend der Auflage beseitigt werden.

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. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 07. Juni 2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

i. V. Dr. Wolfgang Feiel
Leiter Recht