

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder über Anträge der T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch DLA Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Rotenturmstrasse 13, 1010 Wien, sowie der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH, Hainburgerstrasse 33, 1030 Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Köck, Seilergasse 16, 1010 Wien, vom 11.8.2005, auf „Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur gem. § 56 Abs. 2 TKG 2003“ in der Fassung der Antragsänderung vom 10.1.2006 in ihrer Sitzung vom 11.4.2006 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

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

2. Die Genehmigung wird unter folgenden Auflagen erteilt:

T-Mobile Austria GmbH und T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH sind verpflichtet, das gesamte der TRA 3G Mobilfunk GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, zugeteilte Frequenzspektrum im Ausmaß von 2x9,8 MHz (Frequenzbereich 1939,9-1949,7/2129,9-2139,7 MHz) binnen 6 Monaten, nachdem T-Mobile Austria GmbH die Kontrolle über TRA 3G Mobilfunk GmbH erlangt hat, in folgender Weise zu verwerten:

2a.) Das Spektrum im Gesamtumfang von 2x9,8 MHz ist in zwei Pakete zu je 2x5 bzw. 2x4,8 MHz aufzuteilen. Die Nutzungsrechte für ein Frequenzpaket sind dem Mitbewerber Hutchison 3G Austria GmbH zum Kauf anzubieten, die Nutzungsrechte für das andere Frequenzpaket dem Mitbewerber One GmbH. Es ist nicht zulässig, die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket (2x9,8 MHz) bloß einem der beiden Mitbewerber zum Kauf anzubieten.

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

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

2d.) Erfolgt nicht binnen der vorgeschriebenen 6 Monate eine Verwertung des UMTS-Frequenzspektrums der TRA 3G Mobilfunk GmbH in der gemäß Punkt 2a.), 2b.) oder 2c.) des Spruches vorgeschriebenen Weise, fallen die Nutzungsrechte an den nicht verwerteten Frequenzen ohne finanziellen Ausgleich an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurück.

3. Jede der gemäß 2a.) bis 2c.) zulässigen Varianten der Überlassung der Nutzungsrechte bedarf der Genehmigung der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 56 TKG 2003.
4. Es wird festgestellt, dass die der tele.ring Telekom Service GmbH mittels Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999 auferlegte Versorgungspflicht im Umfang von 98% der Bevölkerung 3 Jahre nach Konzessionserteilung ab Übernahme der Kontrolle durch T-Mobile Austria GmbH in vollem Umfang auf die T-Mobile Austria GmbH übergeht, wobei bei Entsprechung dieser Versorgungspflicht die der T-Mobile Austria GmbH mittels Bescheid vom 25.1.1996 auferlegte Versorgungspflicht im

Umfang von 75% 3 Jahre nach Konzessionserteilung damit als miterfüllt gilt.

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

II. Begründung

II. A) Gang des Verfahrens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10.) In der Zwischenzeit haben die Telekom-Control-Kommission sowie die RTR-GmbH immer wieder bei der Beantwortung von Anfragen („Markttests“) der Europäischen Kommission zum Fusionsverfahren COMP/M.3916 mitgewirkt. Die Telekom-Control-Kommission wurde auch davon in Kenntnis gesetzt, dass die

Europäische Kommission ein sogenanntes „Phase 2-Verfahren“ eröffnet hat (ON 40a, 42, 42a, 43).

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

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

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

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

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

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

II. B) Festgestellter Sachverhalt

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

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

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

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000 (K 15/00-67) wurde der Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH eine Konzession für des Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze erteilt. Gleichzeitig wurden Frequenzen aus dem für UMTS/IMT-2000 gewidmeten Frequenzbereich aus dem gepaarten Bereich im Umfang von 2x9,8 MHz im Frequenzbereich 1939,9-1949,7/2129,9-2139,7 MHz zur Nutzung zugeteilt. Mit Firmenbucheintragung vom 27.3.2002 änderte die Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH ihren Firmennamen auf „EKOM 3G Mobilfunk GmbH“. Das Stammkapital der EKOM 3G Mobilfunk GmbH wurde zu diesem Zeitpunkt zu 100% von der Vodafone AG gehalten. Am 18.4.2002 erwarb die EHG Einkaufs- und Handels GmbH von der Vodafone AG 100% der Geschäftsanteile der EKOM 3G Mobilfunk GmbH, dies unter anderem unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Telekom-Control-Kommission zur Eigentumsübertragung. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.6.2002 (K 15c/00-62) erteilte diese die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse durch Übertragung von 100% der Geschäftsanteile der EKOM 3G Mobilfunk GmbH von der Vodafone AG auf die EHG Einkaufs- und Handels GmbH. Die EHG Einkaufs- und Handels GmbH wurde mit Eintragung vom 19.7.2002 als alleiniger Gesellschafter der EKOM 3G Mobilfunk GmbH im Firmenbuch eingetragen. Mit Bescheid vom 18.11.2002 erteilte die Telekom-Control-Kommission die Zustimmung zur Übertragung der mit Bescheid vom 20.11.2000 erteilten oben genannten Konzession sowie der mit selbem Bescheid vorgenommenen Frequenzzuteilung von der EKOM 3G Mobilfunk GmbH auf die TRA 3G Mobilfunk GmbH und erteilte ebenso die

Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse, welche sich durch Übertragung von 100% der Anteile an der TRA 3G Mobilfunk GmbH von der EKOM 3G Mobilfunk GmbH auf die EHG Einkaufs- und Handels GmbH, ergab. Mit Firmenbucheintragung vom 21.1.2003 erfolgte die Eintragung der EHG Einkaufs- und Handels GmbH als alleinige Gesellschafterin der TRA 3G Mobilfunk GmbH im Firmenbuch. Mit Firmenbucheintragung vom 25.3.2006 wurde die EHG Einkaufs- und Handels GmbH in die tele.ring Telekom Service GmbH verschmolzen, sodass die tele.ring Telekom Service GmbH nunmehr alleinige Gesellschafterin der TRA 3G Mobilfunk GmbH ist.

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

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

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

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

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

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

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

Wesentliches Element der Bereitstellung mobiler Dienste ist, dass die betroffenen Märkte durch hohe Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet sind. Durch das Erfordernis der Verfügungsgewalt über Frequenzen ist der Markteintritt nur in sehr eingeschränktem Ausmaß möglich. Damit werden normale Marktmechanismen (Eintreten neuer Anbieter in den Markt bei Vorliegen eines zu hohen Preisniveaus) im Wesentlichen außer Kraft gesetzt. Daher ist der Markteintritt eines neuen (über die gesamte Wertschöpfungskette voll integrierten) Anbieters bzw.

Wettbewerbers unwahrscheinlich, ja sogar unmöglich, wenn keine entsprechenden Frequenzen zur Verfügung stehen.

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

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

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

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

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

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

Stand im Jahres- bzw. Quartalsmittel

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

Stand im Jahres- bzw. Quartalsmittel

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

Stand per Jahres- bzw. Quartalsende

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

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

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

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

Wettbewerbsvorteile hinsichtlich Kosten, Qualität und Produktinnovation zur Folge.

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

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

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

II. C) Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den im Sachverhalt zitierten Bescheiden bzw. aus dem Gutachten ON 22 sowie aus dem Firmenbuch.

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

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

II. D) Rechtliche Beurteilung

1.) Zur Anwendbarkeit von nationalem Recht

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

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

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

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

„Überlassung von Frequenzen, Änderung der Eigentümerstruktur

§ 56. (1) *Die Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen, die von der Regulierungsbehörde zugeteilt wurden, bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde hat den Antrag auf sowie die Entscheidung über die Genehmigung zur Überlassung der Frequenznutzungsrechte zu veröffentlichen. Bei ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Überlassung auf den Wettbewerb zu beurteilen. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Überlassung wahrscheinlich ist. Die Überlassung kann nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Nutzungsrechte für die gegenständlichen Frequenzen unverändert bleiben.*

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

(3) ...“

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

Art. 9 Rahmenrichtlinie lautet:

„Artikel 9

Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronische Kommunikationsdienste

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

(2) ...

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

(4) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Absicht eines Unternehmens, Frequenznutzungsrechte zu übertragen, der für die Frequenzzuteilung zuständigen nationalen Regulierungsbehörde mitgeteilt wird und dass jegliche Übertragung nach von dieser Behörde festgelegten Verfahren erfolgt und öffentlich bekannt gegeben wird. Die nationalen Regulierungsbehörden sorgen dafür, dass der Wettbewerb infolge derartiger Übertragungen nicht verzerrt wird. Soweit die Frequenznutzung durch Anwendung der Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung) oder anderweitige Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, darf eine solche Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung dieser Frequenzen führen.“

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

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

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

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

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

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

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

Das heißt aber nicht, dass es der Telekom-Control-Kommission versagt wäre, die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb umfassend zu betrachten und zu würdigen: Denn erst nachdem sich die Telekom-Control-Kommission ein klares Bild verschafft hat, welche Wettbewerbsverzerrungen durch einen Zusammenschluss vertretbarerweise zu erwarten sind, ist sie in die Lage versetzt, entsprechende und verhältnismäßige Maßnahmen – allerdings (nur) in den insbesondere durch Art. 9 Abs. 4 zweiter Satz Rahmenrichtlinie vorgegebenen Grenzen – zu setzen, um dieser Beeinträchtigung des Wettbewerbes entgegen zu treten.

2.) Zu den Verpflichtungen aus dem Recht der Frequenznutzung

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

„§ 15 Änderung der Eigentumsverhältnisse

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

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

„§ 11 Änderung der Eigentumsverhältnisse

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

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

b.) Der Umstand, dass die genannten Konzessionen nach dem Regime des TKG (1997) erteilt worden sind und das derzeit in Geltung befindliche TKG 2003 keine Konzessionspflicht für die Erbringung von Sprachtelefonie vorsieht, bedeutet aber nicht, dass die im Rahmen der Konzessionserteilung dem Konzessionsinhaber auferlegten Verpflichtungen – etwa zur Genehmigungspflicht von wesentlichen Eigentumsänderungen – nun nicht mehr bestehen würden: Die

Übergangsbestimmung des § 133 Abs. 6 letzter Satz TKG 2003 besagt, dass Rechte und Pflichten, die sich aus der Zuteilung von Frequenzen (gemäß den Vorschriften des TKG [1997]) an Konzessionsinhaber ergeben, ebenfalls unberührt bleiben.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.) Beeinträchtigung des Wettbewerbs

a.) Gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 bedürfen wesentliche Änderungen der Eigentümerstruktur von Unternehmen, denen Frequenznutzungsrechte in einem Verfahren gemäß § 55 TKG 2003 (oder eben nach TKG [1997]) zugeteilt wurden, der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Weiters wird auf Abs. 1 (gemeint ist § 56 Abs. 1) dritter bis letzter Satz verwiesen. Somit gilt, dass die Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung im Einzelfall die technischen und insbesondere die Auswirkungen einer Eigentumsänderung auf den Wettbewerb zu beurteilen hat. In die Genehmigung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden. Die Genehmigung ist jedenfalls dann zu verweigern, wenn trotz der Auferlegung von Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Überlassung wahrscheinlich ist. Die Überlassung kann nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Nutzungsrechte für die gegenständlichen Frequenzen unverändert bleiben.

b.) Im vorliegenden Fall führt die beantragte Eigentumsänderung zum „Wegfall“ eines Mobilfunkbetreibers auf dem österreichischen Markt. Aus den oben getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass nach der erfolgten Übernahme von tele.ring/TRA 3G durch T-Mobile mit Mobilkom und T-Mobile zwei Unternehmen

mit in etwa gleich großen Marktanteilen am Endkundenmarkt (bezogen auf Teilnehmer) entstehen. Mobilkom verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 40%, T-Mobile als fusionierte Einheit über einen Marktanteil von ca. 37%. Der Marktanteil von One beträgt um die 19%, jener von H3G ca. 3%. Bezogen auf Umsätze am mobilen Endkundenmarkt verfügt Mobilkom über einen Marktanteil von ca. 45%, T-Mobile als fusionierte Einheit über ca. 34%. One verfügt dabei über einen Marktanteil von ca. 16%, H3G von ca. 3%.

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

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

c.) Für die Annahme, dass der Zusammenschluss der antragstellenden Gesellschaften und damit verbunden die Änderung des Frequenznutzungsrechts den Wettbewerb beeinträchtigt, spricht, dass T-Mobile nach erfolgter Fusion über Frequenzen im Umfang von 2x24,8 MHz im gepaarten Bereich sowie über 9,8 MHz im ungepaarten Bereich verfügt. Mobilkom verfügt (inklusive den der 3G Mobile zugeteilten Frequenzen) über 2x14,8 MHz im gepaarten sowie über 10 MHz im ungepaarten Bereich. One und H3G verfügen hingegen über 2x10 bzw. 2x9,8 MHz im gepaarten Bereich, H3G darüber hinaus noch über 5 MHz im ungepaarten Bereich.

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

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

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

4.) Zum Erfordernis der Auflagen (Spruchpunkt 2)

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

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

Im Hinblick auf die Bedeutung von Frequenzen in diesem Markt und die Besonderheiten der Wettbewerbssituation erscheint es daher zielführend, den Wettbewerb dadurch zu stärken, dass die zwei kleineren Mitbewerber die Möglichkeit erhalten, hinsichtlich ihrer Frequenzausstattung an Mobilkom bzw. T-Mobile anzuschließen. Daher war T-Mobile zu verpflichten, das gesamte UMTS-Frequenzspektrum der TRA 3G binnen einer Frist von 6 Monaten, aufgeteilt auf zwei Pakete der H3G und der One zum Kauf anzubieten. Der Verkauf des Gesamtpaketes von 2x9,8 MHz an One oder Hutchison erscheint jedoch nicht geeignet, die Wettbewerbssituation derart zu gestalten, dass auch in Zukunft ein fairer, nachhaltiger und vor allem chancengleicher Wettbewerb gesichert ist. Dies deshalb, da es dadurch zu einer Ungleichverteilung im Hinblick auf die Frequenzausstattung und in Folge zu einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten desjenigen der beiden Betreiber kommen würde, der kein entsprechendes Frequenznutzungsrecht erwerben könnte. Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass eine signifikante Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von H3G bzw. One bereits durch die Möglichkeit des Erwerbs des Frequenznutzungsrechts an einem Paket erzielt wird und sieht durch eine asymmetrische Bevorzugung eines der beiden Betreiber die Wettbewerbsposition des jeweils anderen, und damit letztendlich das Ziel der Stärkung des Wettbewerbes insgesamt, gefährdet. Aus diesen Gründen wird die Möglichkeit des Verkaufs des Gesamtpaketes an H3G bzw. One als nicht zielführend erachtet. H3G und One dürfen demnach in keiner Fallkonstellation Nutzungsrechte für jeweils mehr als max. 2x5 MHz erwerben. Ähnliche Überlegungen zur Symmetrie in der Frequenzausstattung waren es auch, die im Rahmen des Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission K 15/00 betreffend die Zuteilung von Frequenzen für Mobilfunksysteme der 3. Generation (UMTS/IMT-2000) angestellt wurden und im Jahr 2000 zum Schluss führten, dass es nicht zulässig sein sollte, UMTS-Frequenzen im Umfang von mehr als 2x15 MHz pro Unternehmen zu erwerben.

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

Für den Fall, dass eines der beiden am österreichischen Mobilfunkmarkt tätigen, berechtigten Unternehmen an einem Kauf der Nutzungsrechte der Frequenzen nicht interessiert ist, ist dem anderen Unternehmen der Erwerb der Frequenznutzungsrechte des kleineren Paketes im Umfang von 2x4,8 MHz zu ermöglichen. Das verbleibende Paket von 2x5 MHz kann diesfalls an ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges und von österreichischen Mobilfunkbetreibern unabhängiges Unternehmen veräußert werden. Die höhere Frequenzausstattung von 2x5 MHz für ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges Unternehmen rechtfertigt sich daraus, dass aus Sicht der Telekom-Control-Kommission eine Ausstattung von 2x5 MHz jedenfalls die absolute Untergrenze ist, um einen entsprechenden Dienst überhaupt anbieten zu können und diese Ausstattung bei den bereits am Markt tätigen Betreibern jedenfalls

gegeben ist. Ist weder H3G noch One am Erwerb der Nutzungsrechte eines der beiden Frequenzpakete interessiert, so können die Nutzungsrechte am gesamten Frequenzpaket von 2x9,8 MHz einem noch nicht auf dem österreichischen Markt tätigen und von den österreichischen Mobilbetreibern unabhängigen Unternehmen zum Kauf angeboten werden. Der Verkauf der Nutzungsrechte des Gesamtpaketes erscheint in diesem Fall zielführend, da ein etwaiger Markteintritt eines neuen Betreibers erleichtert wird und der Vergabe eines größeren Frequenzpaketes an einen neuen Anbieter deshalb der Vorzug zu geben ist.

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

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

Die Frist von 6 Monaten, innerhalb derer die Verwertung der Frequenznutzungsrechte des UMTS-Frequenzspektrums der TRA 3G Mobilfunk GmbH zu realisieren ist, wurde von den Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 10.1.2006 beantragt und erscheint der Telekom-Control-Kommission als durchaus angemessen und jedenfalls ausreichend, um die gegenständliche Transaktion durchzuführen, weshalb im Sinne einer raschen Abwicklung des Verkaufs die von den Parteien beantragte Fristerstreckungsmöglichkeit bis 31.12.2006 nicht notwendig erschien. Ebenso entspricht der für den Fall, dass seitens One oder H3G bzw. anderer, noch nicht am österreichischen Markt tätigen Unternehmen kein Interesse am Erwerb besteht, vorgesehene ersatzlose Zurückfall der gegenständlichen Frequenzen an die Republik Österreich dem Parteienantrag.

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

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

Im Hinblick auf die in den UMTS-Konzessionen vorgeschriebene Versorgungspflicht gilt die Versorgungspflicht der TRA 3G für jenen Zeitraum, in welchem die Frequenzen in der Verfügungsgewalt der T-Mobile stehen, durch die der T-Mobile im selben Umfang ebenfalls auferlegte Versorgungspflicht als miterfüllt. Abhängig vom Erwerber der Frequenzen wird die Telekom-Control-Kommission in einem weiteren Verfahren nach § 56 TKG 2003 anlässlich des Verkaufes der Frequenzen gegebenenfalls auch neue Versorgungsaufgaben festlegen, sofern das erwerbende Unternehmen nicht bereits Versorgungsaufgaben in zumindest dem selben Umfang zu erfüllen hat.

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

Durch den Übergang des gesamten Frequenzspektrums der tele.ring auf T-Mobile geht auch die einen Bestandteil der Frequenzzuteilung bildende

Versorgungspflicht der tele.ring in vollem Umfang auf T-Mobile über. T-Mobile hat daher in Zukunft, mit dem gesamten ihr zur Verfügung stehenden Frequenzspektrum einen Versorgungsgrad von 98% zu erfüllen.

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

6.) Zur Konsultation nach § 128 TKG 2003:

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

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

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

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

III. Hinweis

Der vorliegende Maßnahmenentwurf stellt einen Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003 dar. Zu diesem kann bis 24.4.2006, einlangend bei der Behörde, Stellung genommen werden.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 11.4.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann