

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über gemeinsame Anträge der

1. Hutchison 3G Austria Holdings GmbH,
2. Hutchison 3G Austria GmbH,
beide mit Sitz in 1100 Wien, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, beide vertreten durch Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Seilergasse 16, 1010 Wien,
3. Orange Austria Telecommunication GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien,
4. Stubai S.C.A., 2449 Luxemburg, 47 Boulevard Royal,
beide vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien,
5. Orange Belgium S.A., 1140 Brüssel, Avenue de Bourget 3,
vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Tuchlauben 17, 1014 Wien,

vom 23.05.2012, auf „Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur gem. § 56 Abs 2 TKG 2003“ in der Fassung der Antragsänderung vom 27.11.2012 in ihrer Sitzung vom 27.11.2012 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 11 der einen Bestandteil des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 20.11.2000, K 15/00-67, bildenden Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde iVm § 56 Abs 2 TKG 2003 wird die Genehmigung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der Orange Austria Telecommunication GmbH, die sich durch Übergang von 100% der Anteile der Orange Austria Telecommunication GmbH an die Hutchison 3G Austria Holdings GmbH ergibt, sowie
2. die mit der Verschmelzung der Orange Austria Telecommunication GmbH mit der Hutchison 3G Austria GmbH einhergehenden Veränderungen in der Eigentümerstruktur der Orange Austria

Telecommunication GmbH und der Hutchison 3G Austria GmbH mit nachstehenden Auflagen erteilt.

3. Die Genehmigung wird unter folgenden Auflagen erteilt:

- 1) Die Erstantragstellerin hat der von ihr im Zusammenschlussverfahren vor der Europäischen Kommission zu Case M.6497 abgegebenen Verpflichtungserklärung vom 11.11.2012 (Anlage – deutsche Übersetzung), welche als Bestandteil dieses Bescheides gilt, zu entsprechen¹.
- 2) Hutchison 3G Austria GmbH ist, sobald diese die Kontrolle über Orange Austria Telecommunications GmbH erlangt hat, verpflichtet, das gesamte der Orange Austria Telecommunications GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 29.09.2008, F 1/07, zugewiesene Frequenzspektrum im Ausmaß von 2x0,8 MHz (Frequenzbereich 914-915/959-960 MHz) dem im oberen Bereich des 900 MHz Bandes erfolgreichen Bieter in der für 2013 geplanten Vergabe von Frequenzen in diesem Bereich auf Wunsch des erfolgreichen Bieters unverzüglich nach der Auktion zu einem Preis zu veräußern, der sich aus dem Ergebnis der Versteigerung (Höhe des Frequenznutzungsentgelts) dieses Pakets im Jahr 2008 linear reduziert um die Restnutzungsdauer dieses Spektrums errechnet.
- 3) Hutchison 3G Austria Holdings GmbH und Hutchison 3G Austria GmbH sind verpflichtet, einen Teil der derzeit, also vor gegenständlichem Zusammenschluss von Orange Austria Telecommunication GmbH gehaltenen Frequenzen im Umfang von 2x13,2 MHz, bestehend aus: 2x3,2 MHz im Bereich 900 MHz (880.1-883.3/925.1-928.3 MHz); 2x5 MHz im Bereich 2,1 GHz (1,954.7-1,959.7/2,144.7-2,149.7 MHz); 2x5 MHz im Bereich 2,6 GHz (2,540.0-2,545.0/2,660.0-2,665.0 MHz) der A1 Telekom Austria AG auf Basis des am 02.02.2012 von A1 Telekom Austria AG gelegten Angebots zum Kauf anzubieten. Erfolgt eine Verwertung nicht auf diese oder eine gleichwertige Weise, fallen die Nutzungsrechte an den nicht verwerteten Frequenzen ohne finanziellen Ausgleich an den Bund.
4. Jede einzelne der in Spruchpunkt 3 genannten Varianten der Überlassung von Frequenznutzungsrechten bedarf einer Genehmigung der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 56 TKG 2003.
5. Es wird festgestellt, dass sämtliche mit den im Rahmen der gegenständlichen Eigentumsänderung übertragenen

¹ Eine Entscheidung der Europäischen Kommission im Verfahren zur Aktenzahl COMP/M.6497 liegt zum Zeitpunkt des Beginns der Konsultation nach § 128 TKG 2003 (27.11.2012) noch nicht vor. Daher war von der Telekom-Control-Kommission im vorliegenden Maßnahmenentwurf die Verpflichtungserklärung vom 11.11.2012 als Ausgangspunkt für eine verlässliche Beurteilung hinsichtlich der von der Telekom-Control-Kommission zu entscheidenden Rechtsfrage heranzuziehen.

Frequenznutzungsrechte aus den Zuteilungen gemäß Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr vom 27.08.1997 zu GZ 101059/IV-JD/97 (Konzession für GSM-1800 MHz Frequenzen) und gemäß den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 03.04.2000 zu GZ K 41/99-8 (Kanäle 632 bis 659 [1734,2/1829,2 MHz bis 1739,6/1834,6 MHz]), vom 20.11.2000 zu GZ K 15/00-67 (2x10 MHz aus den Bereichen 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz), vom 18.05.2001 zu GZ K 30/00 (2x6,4 MHz im Bereich 1800 MHz, Kanäle 837-868), vom 29.09.2008 zu GZ F 1/07 (2x0,8 MHz im Bereich 914-915/959-960 MHz) und vom 18.10.2010 zu GZ F 4/08 (2x10MHz im Bereich 2540-2550 MHz/2660-2670 MHz) vorgeschriebenen Versorgungsaufgaben unverändert bestehen bleiben und ab erfolgter Übernahme durch die Hutchison 3G Austria GmbH auf diese übergehen.

6. Für diesen Bescheid sind von den Antragstellern gesamthändig Euro 51.- an Gebühren zu entrichten. Der Betrag ist binnen 14 Tagen auf das P.S.K.-Konto des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, Konto-Nr 5040003 zu überweisen.

II. Begründung

A) Gang des Verfahrens

1.) Mit Schriftsatz vom 23.05.2012 brachten Hutchison 3G Austria Holdings GmbH (Hutchison), Hutchison 3G Austria GmbH (H3GA), Orange Austria Telecommunication GmbH (Orange Austria), Stubai S.C.A. (Stubai) sowie Orange Belgium S.A. (Orange Belgium) gemeinsam einen Antrag gemäß § 56 Abs 2 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 102/2011 (TKG 2003) bei der Telekom-Control-Kommission auf Genehmigung der mit der Durchführung des Anteilerwerbs einhergehenden Änderung der Eigentümerstruktur der Orange Austria sowie die mit der Verschmelzung der Orange Austria mit der H3GA einhergehenden Veränderung der Eigentümerstruktur von H3GA bzw von Orange Austria, dies in eventu mit der Auflagen dass die „ultimate ownership“ der Hutchison Whampoa Limited (HWL), sowohl an H3GA also auch an Orange Austria unverändert erhalten bleibt (ON 1).

Hinsichtlich der Frequenznutzung wurde ausgeführt, dass es durch die Fusion weder zu einer wettbewerblich problematischen Konzentration von Frequenzen komme, noch negative technische Auswirkungen ersichtlich wären, die einer Genehmigung entgegenstehen würden, da die jeweiligen Versorgungs- und sonstigen Auflagen der Frequenznutzungsbescheide von Orange Austria und H3GA unberührt bleiben würden.

Zudem wurde von den antragstellenden Gesellschaften auch darauf hingewiesen, dass der beabsichtigte Zusammenschluss auch der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Europäischen Kommission unterliege. Die Anmeldung des Zusammenschlusses wurde der Telekom-Control-Kommission durch Übermittlung des Formblattes CO vom 07.05.2012 zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EG) Nr 139/2004, welches bei der Europäischen Kommission zur Aktenzahl COMP/M.6497 eingereicht wurde, zur Kenntnis gebracht.

2.) Mit Schreiben vom 11.06.2012 informierte die Telekom-Control-Kommission die Europäische Kommission über das Vorliegen der gegenständlichen Anträge(ON 4).

3.) Am 18.06.2012 hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, auf die Europäische Kommission dahingehend einzuwirken, dass die Europäische Kommission im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens strukturelle Auflagen in Betracht ziehen möge, die so konzipiert sind, dass sie für einen Neueinsteiger eine realistische Option eröffnen und der Wettbewerb möglichst nachhaltig abgesichert wird (ON 6).

4.) Die Telekom-Control-Kommission wurde am 29.06.2012 davon in Kenntnis gesetzt, dass die Europäische Kommission aufgrund des Vorliegens von ernsthaften Zweifeln („serious doubts“) hinsichtlich der Unbedenklichkeit der wettbewerblichen Auswirkungen ein sogenanntes „Phase 2-Verfahren“ eröffnet hat (ON 6a).

5.) T-Mobile Austria GmbH hat am 10.07.2012 ein Schreiben an die Telekom-Control-Kommission übermittelt, in dem diese ihre Bedenken betreffend den gegenständlichen Zusammenschluss zum Ausdruck bringt und auf die Auferlegung von Auflagen zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen hinweist (ON 8).

6.) Am 22.08.2012 wurde der Telekom-Control-Kommission von der Europäischen Kommission eine „Verpflichtungserklärung von Hutchison gegenüber der Europäischen Kommission vom 20.08.2012“ übermittelt, im Wesentlichen mit einer Verpflichtungszusage von H3GA zu einem MVNO-Standardangebot. Diese Erklärung wurde einem „Markttest“ unterzogen. Im Rahmen eines diesbezüglichen Auskunftsverlangens gemäß Art 11 Fusionskontrollverordnung wurde die Regulierungsbehörde ersucht, einen Online-Fragebogen zum Fusionsverfahren COMP/M.6497 zu beantworten (ON 11). Eine diesbezügliche Stellungnahme der Telekom-Control-Kommission wurde am 24.08.2012 übermittelt (ON 13).

7.) T-Mobile Austria GmbH hat am 18.09.2012 erneut ein Schreiben an die Telekom-Control-Kommission übermittelt, in dem sie wiederholt ihre Bedenken zum Ausdruck bringt und auf die Notwendigkeit der Auferlegung von strukturellen Auflagen, insbesondere im Spektrumsbereich, zur Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen hinweist (ON 16). T-Mobile Austria GmbH wurde vor der Telekom-Control-Kommission am 22.10.2012 angehört (ON 21).

8.) Am 21.09.2012 wurde der Regulierungsbehörde ein so genanntes „statement of objection“ der Europäischen Kommission vom 20.09.2012 zur

Kenntnis gebracht. Dort gelangt die Europäische Kommission zum Schluss, dass es nach derzeitigem Verfahrensstand unwahrscheinlich erscheint, dass die bisher von H3GA gemachten Zusagen gegenüber der Europäischen Kommission die bestehenden wettbewerblichen Probleme ausräumen würden (ON 16a).

9.) Am 22.10.2012 fasste die Telekom-Control-Kommission einen Beschluss, welche Maßnahmen aus ihrer Sicht im Falle der Genehmigung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission zur Stärkung des Wettbewerbs ergriffen werden würden (ON 21):

„Die Telekom-Control-Kommission ist – vorbehaltlich der notwendigen Zustimmungen des BMVIT – unter den nachfolgend angeführten Selbstverpflichtungen der H3G bereit, Spektrum im Bereich 800 MHz für einen etwaigen Neueinsteiger im Rahmen der Vergabe des Jahres 2013 (große Auktion) bereitzuhalten bzw. zu reservieren. Ziel der Telekom-Control-Kommission ist es dabei, einem Neueinsteiger durch die Kombination von zur Auktion gelangendem Flächenspektrum in Verbindung mit Kapazitätsspektrum der H3G und nach Maßgabe der unten genannten weiteren Bedingungen, den Markteintritt zu ermöglichen. Folgende Voraussetzungen sind aus Sicht der Telekom-Control-Kommission erforderlich:

- Seitens der Telekom-Control-Kommission wird 800 MHz Spektrum für einen erfolgreichen Neueinsteiger nur dann reserviert, wenn die Kopplung mit abzugebenden 2,6 GHz Spektrum sichergestellt ist.
- Die Selbstverpflichtung zur Abgabe von Frequenzen (mind. 2 x 10 MHz im 2,6 GHz Bereich), in einer ersten Phase ggf. durch direkten Verkauf der H3G an ein drittes, wettbewerblich von bestehenden österreichischen MNOs unabhängiges Unternehmen, das die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Auktion erfüllt und sich verpflichtet aktiv an der Frequenzauktion teilzunehmen.
- Eine Selbstverpflichtung zur Abgabe von für eigene Zwecke nicht benötigten Standorten bzw. die bevorzugte Ermöglichung von Kollokation an/für den Neueinsteiger (einschließlich der Anbindung der abgegebenen Standorte) nach dessen Wahl.
- Eine Selbstverpflichtung zum Angebot von National Roaming Diensten für den Neueinsteiger, für die Dauer von 6 Jahren, zu Konditionen wie sie dem vorliegenden MVNO-Angebot entsprechen, allerdings ohne die gegebene Einschränkung hinsichtlich Pop-Coverage eines MNOs.“

Dieser Beschluss wurde auch der Europäischen Kommission zur Kenntnis gebracht (ON 22).

10.) Am 23.10.2012 wurde von H3GA eine Stellungnahme zum oben genannten Beschluss der Telekom-Control-Kommission übermittelt, in der im Wesentlichen die Vorgehensweise der Telekom-Control-Kommission als rechtsgrundlos dargestellt wird (ON 23).

11.) Eine Stellungnahme der Telekom-Control-Kommission zu einem weiteren von der Europäischen Kommission durchgeführten Markttest aufgrund einer Verpflichtungserklärung von H3GA gegenüber der Europäischen Kommission vom 29.10.2012 erfolgte am 06.11.2012 (ON 28).

12.) Am 12.11.2012 wurde der Regulierungsbehörde eine aktualisierte Version der Verpflichtungserklärung („formal commitments“) von H3GA gegenüber der Europäischen Kommission vom 11.11.2012 übermittelt.

13.) Mit Schriftsatz vom 19.11.2012 (ON 33) wurde der verfahrenseinleitende Antrag in Punkt (a) folgendermaßen abgeändert:

„[D]ie Telekom-Control-Kommission möge die mit der Durchführung des Anteilserwerbs einhergehende Änderung in der Eigentümerstruktur der Orange Austria [...] mit der Maßgabe genehmigen, dass (i) die Erstantragstellerin den von ihr im Zusammenschlussverfahren vor der Europäischen Kommission zu Case M.6497 abgegebenen Verpflichtungszusagen gemäß Beilage /3 vollinhaltlich zu entsprechen hat und (ii) dass die Erst- und Zweitantragstellerin ihrer [...] Selbstverpflichtung zu entsprechen hat, das mit Bescheid vom 29.09.2008 zu GZ F 1/07 der Orange Austria Telecommunication GmbH im Ausmaß von 2 x 0,8 MHz im Bereich 914-915/959-960 MHz zur Nutzung überlassene Spektrum dem im oberen Bereich des 900 MHz Bandes erfolgreichen Bieter in der für 2013 geplanten, kombinierten Spektrumsauktion auf Wunsch des erfolgreichen Bieters unverzüglich nach der Auktion zu einem Preis zu veräußern, der sich aus dem Ergebnis der Versteigerung dieses Pakets im Jahr 2008 korrigiert um die Restnutzungsdauer dieses Spektrums errechnet.“

14.) Am 19.11.2012 hat die Telekom-Control-Kommission Mag. Paul Pisjak, Dr. Stefan Felder sowie Mag. Elisabeth Dornetshumer zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt, in welchem die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Sinne des § 56 Abs TKG 2003, die sich insbesondere durch den Übergang der Frequenzen ergeben, unter Berücksichtigung sowohl der von den Parteien im Fusionskontrollverfahren vor der Europäische Kommission, Case Comp M.6497 H3G/Orange, angebotenen Verpflichtungszusagen, als auch der in gegenständlichem Antrag angebotenen Auflagen untersucht werden (ON 34).

15.) Am 19.11.2012 wurde der Telekom-Control-Kommission ein Entscheidungsentwurf der Europäischen Kommission betreffend das Fusionskontrollverfahren COMP/M.6497 zur Kenntnis gebracht (ON 34a).

16.) Das Gutachten wurde am 23.11.2012 erstattet (ON 35) und den Verfahrensparteien am selben Tag zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt (ON 36, 37, 38, 39 und 40).

17.) Mit Schriftsatz vom 26.11.2012 wurde von Hutchison und H3GA eine Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen abgegeben (ON 40). Weiters wurde der Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung am 27.11.2012 zurückgezogen (ON 42).

B) Festgestellter Sachverhalt

1.) Hutchison ist eine Holding Gesellschaft, die 100% der Anteile von H3GA hält. H3GA ist Betreiberin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und Anbieterin von Kommunikationsdiensten. H3GA verfügt derzeit über Nutzungsrechte an Mobilfunkfrequenzen in den Frequenzbereichen 2,1 GHz (34,6 MHz) und 2,6 GHz (65 MHz) von insgesamt 99,6 MHz. Hutchison und H3GA stehen mittelbar im Eigentum der HWL in Hong Kong.

2.) Orange Austria, deren Geschäftsanteile zu 65% im Eigentum von Stubai und zu 35% im Eigentum von Orange Belgium stehen, ist Betreiberin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und Anbieterin von Kommunikationsdiensten. Orange Austria (vormals One GmbH, vormals Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) verfügt gemäß Bescheid des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr vom 27.08.1997 zu GZ 101059/IV-JD/97 (Konzession für GSM-1800 MHz Frequenzen) und gemäß den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 03.04.2000 zu GZ K 41/99-8 (Kanäle 632 bis 659 [1734,2/1829,2 MHz bis 1739,6/1834,6 MHz]), vom 20.11.2000 zu GZ K 15/00-67 (2x10 MHz aus den Bereichen 1920-1980 MHz/2110-2170 MHz), vom 18.05.2001 zu GZ K 30/00 (2x6,4 MHz im Bereich 1800 MHz, Kanäle 837-868), vom 29.09.2008 zu GZ F 1/07 (2x0,8 MHz im Bereich 914-915/959-960 MHz) und vom 18.10.2010 zu GZ F 4/08 (2x10MHz im Bereich 2540-2550 MHz/2660-2670 MHz) über Nutzungsrechte an Mobilfunkfrequenzen in den Frequenzbereichen 900 MHz (8 MHz), 1800 MHz (58 MHz), 2,1 GHz (29,6 MHz) und 2,6 GHz (20 MHz) von insgesamt 115,6 MHz.

3.) Hutchison hat am 02.02.2012 mit Stubai und Orange Belgium einen Vertrag über den Erwerb von 100% der Anteile an der Orange Austria abgeschlossen, welcher insbesondere unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Telekom-Control-Kommission steht.

4.) Für den Fall der Eigentumsänderung an Orange Austria besteht nicht die Notwendigkeit einer Anpassung oder Klarstellung der auf die jeweiligen Frequenzbereiche anwendbaren Versorgungsaufgaben, da diese unverändert bleiben.

5.) Das von H3GA gegenüber der Europäischen Kommission im Zusammenschlussverfahren COMP/M.6497 angebotene Selbstverpflichtungspaket vom 11.11.2012 umfasst im Wesentlichen folgende Punkte:

- die Abgabe von 2x10 MHz aus dem 2,6 GHz Bereich (im Folgenden auch als „Divestment Spektrum“ bezeichnet) an einen Neueinsteiger;
- den Zugang zu National Roaming zu den im Appendix A der Selbstverpflichtung ausgeführten Konditionen für einen Neueinsteiger;
- den präferentiellen Zugang zu Site sharing im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten und den Zugang zu 2000 Standorten, die von H3G nicht mehr benötigt werden;
- ein MVNO (mobile virtual network operator) Standardangebot (für bis zu 16 MVNOs) öffentlich anzubieten.

6.) Die Telekom-Control-Kommission hat beschlossen (ON 22), in der für 2013 geplanten Multibandauktion 800/900/1800 MHz für einen bisher nicht am österreichischen Mobilfunkmarkt tätigen „Neueinsteiger“ Spektrum im Bereich 800 MHz zu reservieren (dieses Spektrum wird in der Folge als „reserviertes Spektrum“ bezeichnet). Die Reservierung des Spektrums steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass eine Kopplung des reservierten Spektrums mit dem Divestment Spektrum sichergestellt ist und eine Selbstverpflichtung des übernehmenden Unternehmens zur Abgabe von für eigene Zwecke nicht mehr benötigten Standorten bzw die bevorzugte Ermöglichung von Kollokation an/für den Neueinsteiger (einschließlich der Anbindung der abgegebenen Standorte) nach dessen Wahl vorliegt, sowie eine Selbstverpflichtung zum Angebot von National Roaming Diensten für den Neueinsteiger, für die Dauer von 6 Jahren, zu Konditionen wie sie dem MVNO Angebot entsprechen, allerdings ohne die gegebene Einschränkung hinsichtlich Pop-Coverage eines MNOs.

Die Gesamtkonzeption dieser Maßnahmen zielt darauf ab, die Möglichkeit zu schaffen, einen Neueinsteiger in den Markt zu bringen und sicherzustellen, dass dieser Neueinsteiger sowohl über das reservierte Spektrum als auch das Divestment Spektrum verfügen kann sowie Zugang zu National Roaming und zu Standorten hat.

7.) 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 Dienstleistungserstellung. 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 wettbewerbsfähig bisher unabhängige Mobilfunkunternehmen fusionieren.

Der Mobilfunk ist Dreh- und Angelpunkt des Wettbewerbs der österreichischen Kommunikationsmärkte; eine Position, die eine besonders sorgfältige und vorsichtige Herangehensweise im Fall struktureller Veränderungen erfordert. Zudem sind Markteintrittsbarrieren für Mobilfunknetzbetreiber sehr hoch. 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

nächste Möglichkeit zum Markteintritt – abgesehen von der geplanten Multibandauktion 2013, hinsichtlich derer die Voraussetzungen für einen Neueinsteiger durch die Verpflichtungszusagen von H3GA und die Bereitstellung von reserviertem Spektrum im Bereich 800 MHz durch die Telekom-Control-Kommission geschaffen werden sollen – könnte sich erst gegen Ende des Jahrzehnts ergeben. Strukturelle Veränderungen, wie sie im Zuge der gegenständlichen Fusion geplant sind, haben also defacto einen mittel- bis langfristig irreversiblen Charakter.

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

8.) Hinsichtlich der Übertragung der in Spruchpunkt 3.3) genannten Frequenzen hat A1 Telekom Austria am 02.02.2012 ein mit der Genehmigung durch die Telekom-Control-Kommission aufschiebend bedingtes, verbindliches Angebot gelegt.

9.) Die Mobilfunkmarkt stellt sich in Österreich folgendermaßen dar:

Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die aktuell am österreichischen Mobilfunkmarkt tätigen Unternehmen und deren Frequenzausstattungen sowie die aus der Fusion zu erwartenden Veränderungen (mit und ohne Berücksichtigung der unmittelbaren Weitergabe von Frequenzen an A1 Telekom Austria).

Durch den Zusammenschluss (die beantragte Eigentumsänderung) und den anschließenden Weiterverkauf von Frequenzen von H3GA an A1 Telekom Austria kommt es zu keiner nennenswerten Konzentration von Spektrum in den Händen eines einzelnen Betreibers. Die Frequenzausstattung pro Teilnehmer von A1 Telekom Austria bliebe im Wesentlichen unberührt. Die Frequenzausstattung pro Teilnehmer der fusionierten Einheit läge nach der Fusion unter jener, die H3GA derzeit aufweist.

Ohne den Verkauf von Spektrum an die A1 Telekom Austria AG und ohne Abgabe von Divestment Spektrum würde H3GA allerdings 40% des Mobilfunkspektrums kontrollieren. Durch die Frequenzüberlassungen sinkt der Anteil auf ca 31%. Ein wesentlicher Teil der Nutzungsrechte läuft Ende des Jahres 2017 aus und wird im Jahr 2013 pro futuro neu vergeben.

Tabelle 1: Frequenzausstattungen im Mobilfunk in MHz vor und nach der Übernahme von Orange durch H3G bzw dem Weiterverkauf von Frequenzen an A1 TA sowie der Überlassung von Divestment Spektrum (2,6 GHz)

Vor Fusion	900 MHz	1800 MHz	2,1 GHz FDD	2,1 GHz TDD	2,6 GHz FDD	2,6 GHz TDD	MHz Gesamt	MHz Gesamt	Anteil Spektrum	Marktanteil	MHz/ 1 Mio. TN
A1 TELEKOM AUSTRIA	34	30	29,6	10	40	25	168,6	168,6	31%	40%	31,88
T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4	156,4	29%	31%	37,94
H3GA			29,6	5	40	25	99,6	99,6	18%	11%	66,82
ORA	8	58	29,6		20		115,6	115,6	21%	17%	50,11
Nach Fusion Orange / H3G											
A1 TELEKOM AUSTRIA	34	30	29,6	10	40	25	168,6	168,6	31%	40%	
T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4	156,4	29%	31%	
H3GA	8	58	59,2	5	60	25	215,2	215,2	40%	29%	
Nach Weiterveräußerung an A1 und Abgabe des Divestment Spektrums (2,6 GHz FDD)											
A1 TELEKOM AUSTRIA	40,4	30	39,6	10	50	25	195	195	36%	46%	31,91
T-Mobile	25,6	50,8	30	10	40		156,4	156,4	29%	31%	37,94
H3GA		58	49,2	5	30	25	167,2	167,2	31%	23%	56,19
Divestment Spektrum	1,6*				20**		21,6	21,6	4%		

Anmerkungen:

* Spektrum wird von H3G an den in der Multibandauktion im oberen Bereich des 900 MHz Bandes erfolgreichen Bieters zum Verkauf angeboten

** Spektrum für Neueinsteiger

C) Beweiswürdigung

Die Feststellungen sind zum Teil unstrittig und ergeben sich ansonsten aus dem schlüssigen Inhalt des gegenständlichen Verfahrensaktes, den im Sachverhalt zitierten Bescheiden, aus dem Gutachten ON 35 sowie aus dem Firmenbuch. Die Verteilung der Frequenznutzungsrechte am österreichischen Mobilfunkmarkt ist amtsbekannt.

Im Gutachten wurde im Rahmen der zusammengefassten Beurteilung im Wesentlichen ausgeführt, dass das Maßnahmenpaket zwar in seiner Grundkonzeption geeignet ist, einen Neueinsteiger in den Markt zu bringen, jedoch zwei wesentliche Risiken für dessen Effektivität bestehen, hinsichtlich derer gegebenenfalls Maßnahmen zu ergreifen sind. Das erste Risiko liegt in der Koppelung zwischen dem Divestment Spektrum und dem Zugang zu National Roaming und den Standorten, was zu unerwünschten Effekten führen könnte (zB ineffizienter Markteintritt, Schließung des Markts für einen Neueinsteiger). Einen weiteren kritischen Punkt stellt die Definition der „Second Divestiture Period“ dar. Dem entgegenwirkende Maßnahmen werden im Gutachten vorgeschlagen.

In einer gemeinsamen Stellungnahme von Hutchison und H3GA zu diesem Gutachten wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auffassung der Gutachter, dass Maßnahmen im Kern geeignet sind, wesentliche Markteintrittsbarrieren zu beseitigen und damit den Wettbewerbsbedenken zu begegnen, geteilt wird.

Zu den weitergehenden Forderungen in den oben angeführten Maßnahmenvorschlägen wird von Hutchison und H3GA vorgebracht, dass diese bedenklich seien, da diese über den von der Europäischen Kommission in Zusammenhang mit dem gegenständlichen Zusammenschluss geforderten Umfang hinausgehen würden.

Wiewohl die von den Amtssachverständigen im Gutachten geäußerten Bedenken samt vorgeschlagenen Maßnahmen grundsätzlich nachvollzogen werden können, kann eine abschließende Beurteilung auch in Hinblick auf die von Hutchison und H3GA vorgebrachten Kritikpunkte unterbleiben, da derzeit keine Auswirkungen auf dieses Verfahren gegeben sind. Allfällige Maßnahmen wären allenfalls in weiteren Verfahren betreffend die Übertragung von Frequenznutzungsrechten an einen etwaigen Neueinsteiger zu erörtern, aber nicht in gegenständlichem Verfahren zu setzen.

D) Rechtliche Beurteilung

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

1.) Zur Anwendbarkeit von nationalem Recht

Hutchison, H3GA, Orange Austria, Stubai sowie Orange Belgium beantragen die Genehmigung der Änderung der Eigentümerstruktur von Orange Austria und H3G gemäß § 56 Abs 2 TKG 2003. Dabei ist zu beachten, dass die Änderung der Eigentümerstruktur durch einen Zusammenschluss bewirkt werden soll, der dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABI Nr L 24 v 29.1.2004, S 1, unterliegt.

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

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

§ 56 TKG 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I 102/2011, 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.

(1a) Erweist sich im Rahmen der Überlassung von Frequenznutzungsrechten eine Änderung von Art und Umfang der Frequenznutzung als erforderlich, um nachteilige technische Auswirkungen oder nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb zu vermeiden, so hat diese Änderung nach Maßgabe der Bestimmungen des § 57 zu erfolgen.

(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 sowie Art 9b 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), ABI Nr L 108 v 24.02.2002, S 33, geändert durch Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007, ABI Nr L 171 vom 29.06.2007, S 32, und Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABI Nr L 337 v 18.12.2009, S 37, zurück.

Art 9 Rahmenrichtlinie lautet:

„Artikel 9

Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronischen Kommunikationsdienste

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen für die effiziente Verwaltung der Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste in ihrem Hoheitsgebiet im Einklang mit den Artikeln 8 und 8a, wobei sie gebührend berücksichtigen, dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wert sind. Sie gewährleisten, dass die Zuteilung von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste und die Erteilung von

Allgemeingenehmigungen oder individuellen Nutzungsrechten für solche Funkfrequenzen durch die zuständigen nationalen Behörden auf objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und angemessenen Kriterien beruhen. Die Mitgliedstaaten halten bei der Anwendung dieses Artikels die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst, ein und können öffentliche Belange berücksichtigen.
(2) ...“

Art 9b Rahmenrichtlinie lautet:

„Artikel 9b

Übertragung oder Vermietung individueller Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Unternehmen gemäß den Bedingungen im Zusammenhang mit den Rechten zur Nutzung von Funkfrequenzen und gemäß den nationalen Verfahren individuelle Frequenznutzungsrechte für die Funkfrequenzbänder, für die dies in den gemäß Absatz 3 erlassenen Durchführungsmaßnahmen vorgesehen ist, an andere Unternehmen übertragen oder vermieten können.

Die Mitgliedstaaten können auch für andere Funkfrequenzbänder vorsehen, dass Unternehmen gemäß den nationalen Verfahren individuelle Frequenznutzungsrechte an andere Unternehmen übertragen oder vermieten können.

Die mit individuellen Frequenznutzungsrechten verknüpften Bedingungen gelten nach der Übertragung oder Vermietung weiter, sofern die zuständige nationale Behörde nichts anderes angegeben hat.

Die Mitgliedstaaten können ferner beschließen, dass die Bestimmungen dieses Absatzes keine Anwendung finden, wenn das Unternehmen seine individuellen Frequenznutzungsrechte kostenlos erhalten hat.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absicht eines Unternehmens, Frequenznutzungsrechte zu übertragen, sowie die tatsächliche Übertragung gemäß den nationalen Verfahren der für die Gewährung individueller Nutzungsrechte zuständigen nationalen Behörde mitgeteilt werden und dass dies öffentlich bekannt gegeben wird. Soweit die Funkfrequenznutzung durch die Anwendung der Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung) oder sonstiger Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, muss eine solche Übertragung im Einklang mit der harmonisierten Nutzung stattfinden.

(3) ...“

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 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 9b Abs 1 Rahmenrichtlinie eingeräumten Ermächtigung auf Sicherstellung der Möglichkeit von „Frequenzhandel“ Gebrauch macht und dabei das in Art 9b Abs 2 leg cit zwingend vorgesehene, gemeinschaftsrechtlich und unbeschadet der EG-Fusionskontrollverordnung jedenfalls umzusetzende Prozedere einhält.

Zusammengefasst ist hervorzuheben, dass der Telekom-Control-Kommission eine Genehmigung oder Versagung des Zusammenschlusses insgesamt nicht zukommt. Sie hat sich bei der Anwendung des § 56 Abs 2 TKG 2003 darauf zu beschränken, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs (bloß) in Folge der Änderung von Frequenznutzungsrechten und eine daraus resultierende ineffiziente Frequenznutzung zu verhindern (Art 8 Abs 2 RahmenRL, § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003).

Dazu hat die Telekom-Control-Kommission die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Markt bzw den Wettbewerb umfassend und gesamthaft 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 zu setzen, um einer etwaigen Gefährdung einer effizienten Frequenznutzung entgegen treten zu können. Ein wesentliches Element einer effizienten Nutzung von Frequenzen stellt jedenfalls ein funktionierender Mobilfunkmarkt dar.

2.) Zu den Verpflichtungen aus dem Recht der Frequenznutzung

a.) Der (mit-)antragstellenden Orange Austria (der damaligen Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) 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. Dem genannten Bescheid ist eine „Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde“ als Anlage II) angeschlossen, die einen 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.“

Entsprechend den Bestimmungen der UMTS-Konzession von Orange Austria sind zwar sämtliche Änderungen der Eigentumsverhältnisse der Telekom-Control-Kommission anzuzeigen, jedoch unterliegen der Zustimmungspflicht nur wesentliche Änderungen der Eigentumsverhältnisse.

b.) Der Umstand, dass die genannte Konzession nach dem Regime des TKG (1997) erteilt worden ist 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.) Liegt eine wesentliche Änderung der Eigentumsverhältnisse vor (der Übergang von 100% der Anteile stellt jedenfalls eine wesentliche Änderung dar), 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“.

Für den Fall der Genehmigung des Zusammenschlusses stünde Orange Austria in weiterer Folge zu 100% im Eigentum von Hutchison bzw H3GA. 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.

d.) 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 genannten Bescheide erfolgte Änderung des TKG in folgender Weise Bedacht zu nehmen: Die Konzessions-/Frequenzzuteilungsbescheide haben ihre Rechtsgrundlage im TKG 1997; die durch die Regulierungsbehörde den Frequenznutzungsberechtigten (damals) auferlegten Verpflichtungen sind gemäß § 133 Abs 6 TKG 2003 aufrecht. Mit In-Kraft-Treten des TKG 2003 wurden mit § 56 allerdings Regelungen geschaffen, in denen die Fragen des Frequenzhandels und der Eigentumsübertragungen nunmehr explizit geregelt sind, und es wurde damit (im Nachhinein) für Inhaber von Frequenznutzungsrechten die Möglichkeit eröffnet, Frequenzen zu überlassen bzw. Eigentümerstrukturen zu verändern, sofern und soweit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht wahrscheinlich ist (in diesem Sinn auch *Singer in Stratil* (Hg), TKG 2003 [2004], Anm 1 zu § 56 [S 240]; kritisch *Damjanovic et al*, Handbuch des Telekommunikationsrechts [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 Orange Austria 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. Insgesamt ist diese Bestimmung so zu interpretieren, dass (wie hier) § 11 der der Konzessionsurkunde durch das Außer-Kraft-Treten des TKG (1997) nicht ebenfalls außer Kraft getreten, aber im Rahmen der Vorschriften des TKG 2003 zu sehen sind, da sonst die Bestimmung des § 56 TKG 2003 keinen Anwendungsbereich hätte.

3.) Zur Konsolidierung der Gesellschaftsstruktur (Spruchpunkt 2)

Für den Fall der Genehmigung und Durchführung des Anteilerwerbs plant die HWL Gruppe eine Konsolidierung der aus dem Anteilerwerb resultierenden Gesellschaftsstruktur in Form einer Verschmelzung der Orange Austria auf die H3GA oder der H3GA auf die Orange Austria, wobei sich jedoch aus diesem Konsolidierungsschritt an der Letzteigentümerschaft von HWL keine Änderung ergibt. Auch diese Änderung der Eigentümerstruktur unterliegt jedoch der Genehmigungspflicht gemäß § 56 Abs 2 TKG 2003.

Da sich aus dieser Verschmelzung keine andere rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes ergibt, war die Genehmigung zu erteilen.

4.) Zur wettbewerblich effizienten Frequenznutzung

Frequenzen stellen im österreichischen Mobilfunkmarkt ein knappes Gut dar. Eine effiziente Frequenznutzung soll gewährleisten, dass die Ziele des TKG 2003, die gemäß § 1 TKG 2003 festgelegt sind, nämlich die Bevölkerung mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienst- bzw Mobilfunkleistungen zu versorgen, erreicht werden. Daher sollen die vorhandenen und knappen Frequenzen der tatsächlichen Nutzung durch die Betreiber offen stehen, um den Bedürfnissen der Kunden von Mobilfunkbetreibern bestmöglich Genüge tun. Eine effiziente Nutzung soll daher auch die einzelnen Wettbewerber in die Lage versetzen, ihre Leistungen am Mobilfunkmarkt zur Verfügung stellen zu können und somit einen funktionierenden Wettbewerb gewährleisten. Tendenzen, die dazu führen, dass Frequenzen in der Hand eines Betreibers gebunden werden, stehen diesem Ziel entgegen, da damit die Gefahr besteht, dass die Frequenzen nicht optimal im Verhältnis zu den Bedürfnissen der Bevölkerung genutzt werden und dass sie zudem entweder von einem Mobilfunkbetreiber für eine zeitlich spätere Nutzung „gehortet“ werden oder aus strategischen Gründen ganz aus dem Verkehr gezogen werden, was wiederum zu einer Schwächung des Wettbewerbs führt.

Wie die Feststellungen zeigen, würde die Eigentumsänderung, die gegenständlich zu beurteilen ist, ohne die Aufnahme von Auflagen dazu führen, dass bei H3GA überproportional Frequenznutzungsrechte konzentriert wären. Dies wäre mit den genannten Zielen nicht vereinbar.

Daher konnte eine Genehmigung ohne Auflagen nicht ins Auge gefasst werden und dies umso mehr, als auch allgemeine wettbewerbliche Bedenken bestehen.

Wie auch die Europäische Kommission in ihrem Entscheidungsentwurf vom 19.11.2012 (ON 34a) ausführt, lassen es in allgemein wettbewerbsrechtlicher Hinsicht die hohen Markteintrittsbarrieren (Knappheit von Frequenzen, Verfügbarkeit von Standorten, Landschaftsschutzbestimmungen, Umweltbedenken etc) für Mobilnetzbetreiber geboten erscheinen, entsprechende Maßnahmen dahingehend zu ergreifen, dass der Wettbewerb zwischen den Mobilbetreibern hinter diesen Barrieren möglichst gut abgesichert wird. Dass eine Reduktion der Anbieter von vier auf drei Unternehmen mit

erheblichen wettbewerblichen Problemen einhergehen kann, zeigt sich in Ländern, in denen entweder überhaupt nur drei Betreiber in den Markt eingetreten sind oder in denen die Anzahl durch Übernahmen entsprechend reduziert wurde. In einigen dieser Staaten versuchen beispielsweise die Behörden zum Teil mit erheblichem Aufwand im Rahmen von Frequenzvergaben Neueinsteigern eine Chance für den Markt zu eröffnen (zB in der Tschechischen Republik, den Niederlanden und in Rumänien), um diesen zu beleben.

Zudem bestehen bei einer Reduktion von vier auf drei Mobilfunkbetreiber wettbewerbsrechtlich relevante Bedenken wegen unilateraler Effekte sowohl am Vorleistungs- als auch am Endkundenmarkt. Da sich diese Effekte in der Gefahr von Preiserhöhungen, einer verringerten Innovationskraft bei Tarifen, dem Verlust von Orange Austria als Zusammenschaltungspartner und verringerten Zugangsmöglichkeiten am österreichischen Mobilfunkmarkt äußern können, ist dadurch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs besonders wahrscheinlich.

Darüber hinaus bestehen hinsichtlich der in Aussicht genommenen Eigentumsänderung auch konkrete, wettbewerbsrechtlich relevante Beeinträchtigungen durch koordinierte Effekte, falls nicht die entsprechenden Gegenmaßnahmen ergriffen werden: Ein enger werdendes Oligopol hat tendenziell stärkere Anreize, sich zu koordinieren, um damit den Wettbewerb zu beschränken, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Zu diesen Voraussetzungen gehören insbesondere hohe Markteintrittsbarrieren, eine hohe horizontale Markttransparenz, eine geringe Anzahl von zu koordinierenden Teilnehmern, ein entsprechender Fokuspunkt der Koordination und die Möglichkeit effektiver Vergeltungsmaßnahmen im Fall des Ausscherens eines Unternehmens aus dem koordinierten Verhalten.

Aus all diesen Gründen wäre die Genehmigung der Eigentumsübertragung zu verweigern, da – ohne die Auferlegung von Nebenbestimmungen – die Gefährdung einer effizienten Frequenznutzung aufgrund der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die angestrebte Eigentumsänderung nicht nur wahrscheinlich, sondern evident ist.

5.) Zum Erfordernis der Auflagen (Spruchpunkt 3)

Gemäß § 56 Abs 2 TKG iVm Abs 1 letzter Satz leg cit können in die Genehmigung Nebenbestimmungen aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbes, welche wiederum zu einer nicht effizienten Frequenznutzung führen, zu vermeiden.

Wie rechtlich dargelegt, würde die Änderung der Eigentümerstruktur jedenfalls zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbes führen, wenn die im Antrag eingebrachten Verpflichtungszusagen ausgeblieben wären. Daher war die beantragte Zustimmung zur Änderung der Eigentümerstruktur nur unter Auflagen zu erteilen. Da diese Auflagen auch in dieser Form beantragt wurden, konnte sich die Telekom-Control-Kommission bei ihrer Prüfung des Antrages darauf beschränken, ob trotz der Auferlegung von genau diesen beantragten

Nebenbestimmungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Eigentumsänderung an Orange Austria wahrscheinlich ist.

a.) Das von H3GA gegenüber der Europäischen Kommission angebotene Selbstverpflichtungspaket vom 11.11.2012 umfasst folgende Punkte:

- die Abgabe von 2x10 MHz aus dem 2,6 GHz Bereich (im Folgenden auch als „Divestment Spektrum“ bezeichnet) an einen Neueinsteiger;
- den Zugang zu National Roaming zu den im Appendix A der Selbstverpflichtung ausgeführten Konditionen für einen Neueinsteiger;
- den präferentiellen Zugang zu „Site sharing“ im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten und den Zugang zu 2000 Standorten, die von H3G nicht mehr benötigt werden;
- ein MVNO (mobile virtual network operator)-Standardangebot (für bis zu 16 MVNOs) zu veröffentlichen.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, in der für 2013 geplanten Multibandauktion für einen Neueinsteiger Spektrum im Bereich 800 MHz zu reservieren (dieses Spektrum wird in der Folge als „reserviertes Spektrum“ bezeichnet). Die Reservierung des Spektrums steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass eine Kopplung des reservierten Spektrums mit dem Divestment Spektrum sichergestellt ist und eine Selbstverpflichtung des übernehmenden Unternehmens zur Abgabe von für eigene Zwecke nicht mehr benötigte Standorten bzw. die bevorzugte Ermöglichung von Kollokation an/für den Neueinsteiger (einschließlich der Anbindung der abgegebenen Standorte) nach dessen Wahl vorliegt, sowie eine Selbstverpflichtung zum Angebot von National Roaming Diensten für den Neueinsteiger, für die Dauer von 6 Jahren, zu Konditionen wie sie dem MVNO Angebot entsprechen, allerdings ohne die gegebene Einschränkung hinsichtlich Pop-Coverage eines MNOs.

Die Gesamtkonzeption dieser Maßnahmen zielt darauf ab, die Möglichkeiten zu schaffen, einen Neueinsteiger in den Markt zu bringen und sicherzustellen, dass dieser Neueinsteiger sowohl über das reservierte Spektrum als auch über das Divestment Spektrum verfügen kann sowie Zugang zu National Roaming und zu Standorten hat.

Durch den Zusammenschluss käme es zu einer Reduktion der Zahl an Mobilfunknetzbetreibern auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt von vier auf drei Anbieter. Ein Kernproblem sind dabei die hohen Markteintrittsbarrieren. Der Markteintritt ist praktisch nur im Rahmen eines Frequenzvergabeverfahrens möglich. Deshalb sind beim Vorliegen erheblicher Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb, wie sie auch die Europäische Kommission teilt, strukturelle Maßnahmen geboten, welche Voraussetzungen schaffen, dass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten kann. Um dies zu erreichen, müssen die wesentlichsten Markteintrittsbarrieren beseitigt werden. Ein kritischer Faktor ist der Zugang zu Spektrum. Solches muss für den Neueinsteiger in hinreichender Qualität (Flächen- und Kapazitätsspektrum) und Menge (Bandbreite) zur Verfügung stehen. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass der Neueinsteiger in einem Wettbewerbs- oder Verkaufsverfahren nicht durch bestehende Betreiber verdrängt wird. Spektrum hat für bestehende Betreiber einen strategischen Wert. Auf Grund einer höheren Zahlungsbereitschaft besteht die Gefahr, dass ein Neueinsteiger im Wettbewerb um die knappe Ressource Frequenzen in einem Vergabe- oder

Verkaufsprozess verdrängt wird. Ein weiterer kritischer Faktor ist der Zugang zu Standorten. Für Mobilfunkbetreiber ist es zunehmend schwieriger, adäquate Funkstandorte zu akquirieren, die es erlauben, ein kosteneffizientes Netz auszurollen.

Das von H3GA gegenüber der Europäischen Kommission angebotene Selbstverpflichtungspaket in Verbindung mit der geplanten Reservierung von Spektrum im Bereich 800 MHz in der im Jahr 2013 geplanten Vergabe ist geeignet, wesentliche Markteintrittsbarrieren zu beseitigen und damit den Wettbewerbsbedenken zu begegnen. Der Neueinsteiger sollte durch das Gesamtpaket - unbehindert von etwaigen strategischen Interessen bestehender Betreiber - Zugang zu Spektrum haben. Die Frequenzausstattung umfasst sowohl Flächenspektrum (Bereich 800 MHz) wie auch Kapazitätsspektrum (Bereich 2,6 GHz). Das 800 MHz-Spektrum erlaubt es einem Anbieter auf Grund der günstigen Ausbreitungseigenschaften ein LTE-Netz kostengünstig großflächig auszurollen. In städtischen Gebieten stehen dem Neueinsteiger noch zusätzlich Kapazitäten durch 2,6 GHz-Frequenzen zur Verfügung. Die Kombination erlaubt einen sehr effizienten Rollout eines LTE- Netzes.

Die Frequenzmenge sollte ausreichend sein, damit der Betreiber in den nächsten Jahren nicht in seinen Wachstumsmöglichkeiten beschränkt wird. Die Marktentwicklung von H3G hat gezeigt, dass doch erhebliche Wachstumsbarrieren vorliegen und es Jahre dauert, bis der Neueinsteiger einen Marktanteil von 5% erreichen kann. Der Neueinsteiger hätte durch das Auflagenpaket je nach Menge an reserviertem Spektrum einen Anteil von ca 5 bis 8% am für Mobilfunk gewidmeten FDD-Spektrum. Es ist zu erwarten, dass ab 2017 weitere Bänder für Mobilfunk zur Verfügung stehen, an deren Vergabe sich der Neueinsteiger beteiligen kann.

Hinzuweisen ist allerdings auf den Umstand, dass LTE derzeit keine Sprachdienste umfasst. Auch deshalb ist der Zugang zu National Roaming, wie in der Verpflichtungszusage vom 11.11.2012 vorgesehen, zwingend erforderlich, da der Neueinsteiger ansonsten keine Sprachdienste anbieten könnte. Durch den Zugang eines etwaigen Neueinsteigers zu 2000 Standorten und dem präferentiellen Zugang beim „Site sharing“ hinsichtlich der Standorte von H3GA wird eine weitere wesentliche Markteintrittsbarriere (eben der Zugang zu Standorten) beseitigt. Darüber hinaus ist die temporäre nationale Roaming-Verpflichtung geeignet, Nachteile in der Versorgung und Größennachteile in der Phase nach dem Markteintritt auszugleichen.

b.) Die Telekom-Control-Kommission hat mit Bescheid vom 29.09.2008 zu GZ F 1/07 Orange Austria unter Anderem Spektrum im Ausmaß von 2x0,8 MHz im Bereich 914-959/959-960 MHz zur Nutzung überlassen. Diese Frequenzen stehen nach Genehmigung des Zusammenschlusses unter der Kontrolle von H3GA. Im Hinblick auf eine effiziente Frequenznutzung nach Übernahme von Orange Austria ist es geboten, das genannte Spektrum für den im oberen Bereich des 900 MHz Bandes erfolgreichen Bieter in der für 2013 geplanten Multibandauktion verfügbar zu machen. Der dafür vorgesehene Preis soll sich aus dem Ergebnis der Auktion dieses Pakets im Jahr 2008 korrigiert um die Restnutzungsdauer des F 1/07-Spektrums errechnen. Die Frequenzen sollen dem erfolgreichen Bieter auf Wunsch bereits unmittelbar nach der Vergabe veräußert werden.

c.) Hinsichtlich der Weiterveräußerung von Frequenzen an die A1 Telekom Austria AG ist auszuführen, dass diese gegenüber H3GA am 02.02.2012 ein mit der Genehmigung der Telekom-Control-Kommission aufschiebend bedingtes, verbindliches Angebot gelegt hat. Die Veräußerung der in Punkt I.3.3) angeführten Frequenzen seitens H3GA ist aus wettbewerblichen Gründen wie unter B.8.) ausgeführt geboten, da sich andernfalls eine zu hohe Konzentration von Spektrum in den Händen eines Mobilfunkbetreibers befinden würde.

Aus all diesen Gründen ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs – soweit von der Telekom-Control-Kommission zulässigerweise überhaupt zu überprüfen (siehe oben, II.D.1) – durch die im Spruch angeordneten Auflagen nicht wahrscheinlich iSd § 56 Abs 2 iVm § 56 Abs 1 letzter Satz TKG 2003.

Ob auch andere, weniger eingriffsintensive Auflagen geeignet wären, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs weniger wahrscheinlich erscheinen zu lassen, war aufgrund der Tatsache, dass die vorgesehenen Auflagen in dieser Form beantragt wurden, nicht zu prüfen.

6.) Zu der Feststellung hinsichtlich der Versorgungsverpflichtung (Spruchpunkt 5)

Durch den Übergang des gesamten Frequenzspektrums der Orange auf H3GA geht auch die einen Bestandteil der Frequenzzuteilung bildende Versorgungspflicht der Orange in vollem Umfang auf H3GA über. H3GA hat daher mit dem gesamten ihr zur Verfügung stehenden Frequenzspektrum die Versorgungsaufgaben zu erfüllen. Aufgrund des Umstandes, dass H3GA bis dato nicht über Spektrum in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz verfügt und die Versorgungsaufgaben in den Frequenzbereichen 2,1 GHz und 2,6 GHz für alle Betreiber ident sind, ergibt sich keine Notwendigkeit einer Anpassung oder Klarstellung der auf die jeweiligen Frequenzbereiche anwendbaren Versorgungsaufgaben.

7.) Zur Vorschreibung von Gebühren (Spruchpunkt 6)

Die Vorschreibung der Gebühren erfolgte gemäß Abschnitt 2 Punkt E Ziffer 7 Telekommunikationsgebührenverordnung, BGBl II Nr 29/1998, idF BGBl II 108/2011 (TKGV). Danach ist für die Erteilung von Bewilligungen oder für sonstige Amtshandlungen nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, die im Wesentlichen im Privatinteresse der Partei liegen und für die keine besondere Gebührenpost vorgesehen ist, eine Gebühr von einmalig Euro 51,- zu entrichten. Die TKGV hat ihre Rechtsgrundlage in § 82 Abs 3 TKG 2003.

8.) Zur Konsultation nach § 128 TKG 2003

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

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

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

Ein Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 war nicht durchzuführen, da der vorliegende Entwurf nicht eine in § 129 Abs 1 Z 1 bis 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 10.12.2012, 12:00 Uhr, einlangend bei der Behörde, Stellung genommen werden.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 27.11.2012

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

Anlage: Verpflichtungszusagen im Zusammenschlussverfahren vor der Europäischen Kommission vom 11.11.2012 (deutsche Übersetzung)