Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C
Guglgasse 12/10/3
1110 Wien

Tel.: +43 (0) 50660 - 0
Fax: +43 (0) 50660 - 65009
www.drei.at

An die
Telekom-Control-Kommission

Mariahilferstraße 77-79
A-1060 Wien

Wien, 24.4. 2006

STELLUNGNAHME
Zum Entwurf einer Vollziehungshandlung im Verfahren F 2/05

Die Telekom-Control-Kommission (***TKK***) hat mit Beschluss vom 11.4.2006 den Entwurf einer Vollziehungshandlung im Verfahren F 2/05 (***Entwurf***) betreffend die Genehmigung einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur gemäß §56 Abs 2 TKG 2003 mit den Parteien T-mobile Austria GmbH (***TMA***), tele.ring Telekom Service GmbH (***tele.ring***) und der TRA 3G Mobilfunk GmbH (***TRA***) zur Konsultation gemäß §128 Abs 1 TKG veröffentlicht. Die Frist zur Stellungnahme endet am 24.4.2006, einlangend bei der Behörde.
Hutchison 3G Austria GmbH (***H3G***) erstattet hiermit in offener Frist nachstehende

Stellungnahme

zum Entwurf.

1. Grundsätzliche Bedenken

1.1 Rechtsschutzdefizit durch Vermischung von Verfahrensgegenständen

Der hier verfahrensgegenständliche und gemäß § 56 Abs 2 TKG 2003 genehmigungspflichtige gesellschaftsrechtliche Vorgang geht auf den vorbehaltlich Genehmigung durch die Europäische Kommission (***EK***) anstehenden Eigentümerwechsel an der tele.ring zurück. Im Zuge der Transaktion gehen die Frequenznutzungsrechte an ehemals der TRA zugeordnetem UMTS-Spektrum auf die übernehmende TMA über. Im Rahmen der im Entwurf dargestellten Nebenbestimmungen werden auch Regelungen getroffen, die den Handlungsspielraum der TMA betreffend die weitere Verwertung des von TRA übernommenen UMTS-Spektrums erheblich einengen und ausdrücklich auch die Dispositionsmöglichkeiten konkreter potenzieller Erwerber für diese Frequenznutzungsrechte, nämlich H3G und die ONE GmbH (***ONE***) einschränken,

ohne dass diese Übertragung des verfahrensgegenständlichen Frequenzspektrums an diese potenziellen Erwerber im Verfahren F 2/05 bereits verfahrensgegenständlich wäre.

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.2.2006 (VwGH, Zl. 2005/03/0232) ist evident, dass weder ONE noch H3G als potenziellen Erwerbern des ehemals der TRA zugeordneten UMTS-Spektrums im hier gegenständlichen Verfahren F 2/05 eine Parteistellung zukommen kann, weil diese aus den zugrundeliegenden Rechtsvorschriften nicht direkt abgeleitet werden kann.
Trotz konkreter Betroffenheit von der zu erwartenden Entscheidung im Verfahren F 2/05 steht H3G in Ermangelung ihrer Parteistellung keine Möglichkeit zur Wahrung ihrer Rechtsposition zu, obwohl über diese explizit im Entwurf disponiert wird. Dies ist zunächst unter dem Gesichtspunkt verfassungsmäßig abgesicherter Rechtsschutzgarantien gegenüber hoheitlichen Akten abzulehnen. Vor allem aber scheint eine Bezugnahme auf H3G und ONE in Spruchpunkt 2. des Entwurfes insofern überschießend und hat daher zu unterbleiben, weil die ONE und H3G betreffende Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit gar nicht die hier verfahrensgegenständliche Transaktion betrifft. In den Nebenbestimmungen geht es vielmehr um den nachfolgenden Schritt der Abschichtung des von TRA übernommenen UMTS-Spektrums durch TMA. Dieser unterliegt einer gesonderten Genehmigungspflicht im Verfahren gemäß § 56 Abs 1 TKG. Die hier von der TKK betreffend ONE und H3G getroffenen Regelungen könnten (und sollten) genauso gut – und zudem unter voller Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes – in dem ausdrücklich dafür vorgesehenen Verfahren gemäß § 56 Abs 1 TKG getroffen werden.

Es entsteht der Eindruck, dass sich die TKK durch eine verfassungsrechtlich bedenkliche Vorwegnahme der Regelungen betreffend ONE und H3G unter Inkaufnahme eines erheblichen Rechtsschutzdefizites der lästigen Pflicht zu entledigen versucht, sich mit den (in der Folge dargestellten) inhaltlichen Argumenten der betroffenen potenziellen Erwerber (H3G und ONE) auseinandersetzen zu müssen.

Diese Vorgangsweise ist aus Rechtsschutzgesichtspunkten nicht tolerabel und H3G fordert nachdrücklich, jene im hier gegenständlichen Entwurf, F 2/05-62, enthaltenen Regelungen (konkret die H3G und ONE betreffenden Regelungen in den Spruchpunkten 2.a und 2.b), die die Gestaltungsmöglichkeiten von H3G bereits vorab und ohne Parteistellung von H3G beschränken, aus dem gegenständlichen Entwurf zu streichen und sich mit diesen allenfalls in einem gesonderten und gemäß § 56 Abs 1 TKG ausdrücklich vorgesehenen Verfahren auseinanderzusetzen. Die Formulierung von Auflagen im gegenständlichen Verfahren F 2/05-62 sollte sich allenfalls am Auflagenangebot der T-Mobile vom 3. März 2006, welcher der TKK bekannt ist, orientieren. Darin bietet die T.Mobile an, ein Frequenzpaket des von TRA übernommenen UMTS-Spektrums an H3G und das andere an einen marktanteilsschwächeren Wettbewerber zu veräußern.
Auch abgesehen vom aufgezeigten Rechtsschutzdefizit, welches im Zusammenhang mit der im Entwurf dargestellten Vorgangsweise der TKK einhergeht, erscheint die im Entwurf getroffene Regelung aus nachstehenden Gründen unrichtig.

1.2 Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Durch die Vorwegnahme einer behördlichen Entscheidung über erst später folgende Schritte im Verfahren F 2/05, obwohl für diese Schritte (nämlich die

gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 zu genehmigende Überlassung von Frequenzen von TMA an potenzielle Erwerber) in einem gesonderten Verfahren abgesprochen wird, drohen vermeidbare Wertungswidersprüche in rechtskräftigen Entscheidungen der TKK über ein und denselben Sachverhalt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Zuge der nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts eine oder mehrere der von der TKK getroffenen Entscheidungen über die Frequenzüberlassung von TMA an potenzielle Erwerber aufgehoben und im Zuge eines fortgesetzten Verfahrens anders zu entscheiden sein wird. Die dann auftretenden Wertungswidersprüche können einfach dadurch vermieden werden, dass die TKK die beiden wesentlichen Sachverhalte (die Genehmigung des Eigentümerwechsels gemäß § 56 Abs 2 einerseits und die nachfolgende Frequenzüberlassung gemäß §56 Abs 1 TKG andererseits) sauber trennt und in den jeweils vom Gesetzgeber dafür vorgesehenen Verfahren gesondert behandelt.

2. Wettbewerbliche Anmerkungen zum Entwurf

2.1 Bestehende Nutzungsbedingungen reduzieren Bieterkreis

TKK schließt in Spruchpunkt 2.a des Entwurfes ausdrücklich aus, dass die Nutzungsrecht für beide von TMA abzuschichtenden UMTS-Frequenzpakete bloß einem der beiden Mitbewerber (ONE oder H3G) zum Kauf angeboten werden. Für den Fall nicht bestehenden Interesses eines der beiden Mitbewerber wird in Spruchpunkt 2b angeordnet, dass die Nutzungsrechte am verbleibenden gepaarten 5MHz Frequenzpaket an *"ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges und von österreichischen Mobilfunkbetreibern unabhängiges Unternehmen"* veräußert werden. Abgesehen davon, dass diese Auflage in direktem Widerspruch zu den ursprünglichen Bedingungen der Lizenzvergabe steht und es schon aus technischen Gründen (siehe unten Punkt 3) nicht zu erwarten steht, dass ein derartiges Unternehmen am Markt überhaupt auftreten wird, ist mit einem solchen Betreiber auch aus rechtlichen Gründen nicht zu rechnen. Im Zuge einer gemäß § 56 Abs 1 TKG zu genehmigenden Frequenzüberlassung haben die für die betreffenden Frequenzen ursprünglich angeordneten Nutzungsbestimmungen, zu denen auch Inhalt und Umfang der Versorgungspflichten gehören, gemäß §56 Abs 1 in Verbindung mit §133 Abs 6 TKG 2003 unberührt zu bleiben. In §8 der Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunde, welches für die betreffenden Frequenzpakete mit Bescheid vom 20.11.2000 zu K 15c/00 erlassen wurde, ist die Versorgungspflicht so definiert, dass mit dem zugeteilten Frequenzspektrum bis spätestens am 31.12.2005 ein Versorgungsgrad von 50% an der gesamten ansässigen Bevölkerung zu erreichen ist.

Diese Auflage bleibt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch im Zuge einer Überlassung von Frequenzen gemäß §56 Abs 1 erhalten. Das von der TKK in Spruchpunkt 2b des Entwurfes in den Raum gestellte "unabhängige Unternehmen", welches das verbleibende gepaarte 5MHz Frequenzpaket erwerben sollte, müsste also mit Wirksamkeit dieses Erwerbes über eine Funknetzinfrastruktur verfügen, mit welcher die in K15b/00 genannten Auflagen erfüllt werden können. Ebenfalls in diesem § 8 ist dargestellt, welche Teile dieser Funknetzinfrastruktur vom genannten "unabhängigen Unternehmen" selbst betrieben werden müssen. Es ist daher auch nicht denkbar, dass ein ominöser neuer Betreiber durch Zumietung entsprechender Funkinfrastruktur buchstäblich schlagartig jenen Auflagen entsprechen könnte, für deren Erreichung die übrigen Inhaber von UMTS-Frequenzspektrum in Österreich mehrere Jahre und hunderte Millionen Euro teuere Investments aufwenden mussten. Es ist daher nicht in

irgendeiner Weise realistisch, dass ein Erwerber, wie er in Spruchpunkt 2b des Entwurfes beschrieben ist, auftreten könnte. Selbiges gilt für den Erwerb der Frequenznutzungsrechte in dem in Spruchpunkt 2c des Entwurfes genannten Szenario.

Es muss als amtsbekannt vorausgesetzt werden, dass auch weit und breit kein Unternehmen sichtbar ist, das mit einem entsprechenden Netzausbau befasst wäre, der zur Erreichung der in der Konzessions- und Frequenznutzungsurkunde angeführten Auflagen geeignet wäre.

2.2 Kein Markt für das zweite Frequenzpaket

Damit bleibt als Käufer für das nicht von H3G „erwerbbare" Frequenzpaket nur die ONE übrig. Alle übrigen derzeit am Markt befindlichen Mobilnetzbetreiber sind ausdrücklich ausgeschlossen. Es bedarf keiner besonderen ökonomischen Phantasie, um sich vorzustellen, welchen Preis ONE angesichts dieser gelinde gesagt "eingeschränkten" Wettbewerbssituation für das zur Disposition stehende UMTS-Frequenzpaket zu zahlen bereit sein wird. TMA bleibt vor dem Hintergrund des Spruchpunktes 2.d des Entwurfes lediglich die Alternative, nicht abgeschichtete Frequenzpakete "*ohne finanziellen Ausgleich*" an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurückzugeben, oder diese an ONE zu verkaufen. Bereits ein Gebot in Höhe von einem (1!) Euro wäre aus finanzieller Sicht besser zu bewerten, als die ersatzlose Rückgabe an den Bund. Die einzige Motivation, ein sehr niedriges Gebot der ONE abzulehnen läge allenfalls darin, dass der Schaden für den Mitbewerber (ONE) bei Rückgabe der Frequenzen an den Bund größer ist, als der Nutzen, den TMA durch das Entgelt für die Frequenzüberlassung erhält.

2.3 Widerspruch zu den Grundsätzen des TKG

Daran zeigt sich pointiert, dass der Entwurf in augenscheinlichem Widerspruch zu den erklärten Zielen des § 1 Abs 2 Z 2 TKG steht. Die TKK zwingt TMA mit den in Spruchpunkt 2 vorgeschlagenen Einschränkungen geradezu zu einer insgesamt wettbewerbsbehindernden Vorgangsweise. Damit werden die gemäß § 56 Abs 2 in Verbindung mit § 56 Abs 1 TKG 2003 grundsätzlich möglichen Nebenbestimmungen in einer Art und Weise gestaltet, dass sie den Zielsetzungen des TKG 2003 widersprechen und sind damit rechtswidrig.

2.4 Widerspruch zur Intention der Europäischen Kommission

Auch den Zielen der EK in Zusammenhang mit der zu COMP/M.3916 anhängigen Zusammenschlussanmeldung, zu welchen insbesondere die Schaffung eines starken wettbewerblichen Gegenpoles zu Mobilkom, TMA und ONE nach der Übernahme der tele.ring gehört, läuft der gegenständlichen Entwurf zuwider. Es ist amtsbekannt, dass als eine der Genehmigungsvoraussetzungen für die anhängige Zusammenschlussanmeldung die Schaffung eines neuen "Maverick" gefordert wird, welche durch entsprechende Verpflichtungszusagen der übernehmenden TMA sichergestellt werden soll. Eine der wesentlichsten Voraussetzungen für die Schaffung dieses neuen Maverick (H3G) ist eine angemessene Ausstattung von H3G mit UMTS-Spektrum, welches im Zuge der Abschichtung des von TMA übernommenen UMTS-Spektrums der TRA bewerkstelligt werden könnte.

Dabei ist hervorzuheben, dass H3G keinesfalls zu bevorzugten kommerziellen Bedingungen die Möglichkeit eingeräumt würde, besagtes UMTS-Spektrum zu erwerben. Vielmehr würde von H3G für jedes Frequenzpaket ein Betrag von € [redacted] aufzuwenden sein, wie dies in dem der EK vorgelegten verbindlichen "Term Sheet" festgelegt ist. ONE hingegen, wird angesichts des durch die Nebenbestimmungen im Entwurf faktisch ausgeschalteten Marktdruckes kaum einen sachgerechten Preis bieten, sondern allenfalls die "Schädigungsschmerzgrenze" der TMA ausloten.

Wiederum wird die absurde Konsequenz der von der TKK vorgeschlagenen Regelung deutlich: H3G, die als Voraussetzung für die Genehmigung des Zusammenschlusses als Mavericketabliert werden soll, bezahlt € [redacted] für jedes UMTS-Paket der TRA (dies ist der TKK bestens bekannt, weil ihr im Zuge der an die EK seitens TMA gemachten Verpflichtungszusagen auch das Term Sheet zur Kenntnis gebracht wurde), während ONE – als einziger realistisch verbleibender "Marktteilnehmer" für das zweite Frequenzpaket allenfalls einen Symbolbetrag entrichten würde, der gerade noch so hoch ist, dass sich TMA aus wirtschaftlichen Gründen gegen die Rückgabe dieses zweiten Pakets an den Bund entscheiden wird. Dieser Betrag wird erwartungsgemäß weit unter € [redacted] liegen.

Damit ist aber der im Zuge der verpflichtend vorgesehenen Abschichtung der Frequenzpakete seitens TMA begünstigte Betreiber nicht der nach Ansicht der EK zu schaffende Maverick H3G, sondern eben die ONE, obwohl dieser nicht von der EK das Potenzial eines möglichen Maverick beigemessen wurde. Die TKK verkehrt damit die htention der EK ins Gegenteil und schafft mit den im Entwurf vorgesehenen Regelungen ein Anreizsystem für eine wettbewerbsvernichtende anstatt eine den Zielen des TKG entsprechende, wettbewerbsfördernde Vollziehungshandlung.

3. Anmerkungen zum Entwurf aus technisch/wirtschaftlicher Sicht

3.1 Keine sinnvolle Mindestfrequenzausstattung mit 5 MHz gepaart

Gemäß Spruchpunkt 2b wäre theoretisch der Erwerb eines Paketes von 5MHz gepaart durch ein "unabhängiges Unternehmen" möglich. Mit nur einem 5MHz Frequenzpaket gepaart kann aber keine für den mittelfristig sinnvollen Betrieb eines UMTS-Netzes notwendige Mindestfrequenzausstattung erreicht werden (siehe dazu auch: UMTS Forum report 5,1998). Dies ist auch der Grund, warum die Regulierungsbehörde bereits in den Ausschreibungsunterlagen zur UMTS-Versteigerung im Jahr 2000 ausdrücklich festgehalten hat (siehe dort Punkt 4.1.1), dass jeder Bieter, um nicht aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden, in diesem Abschnitt mindestens zwei Frequenzpakete ersteigern muss. Daher steht die Bestimmung 2b) des Entwurfes zu F 2/05-62 in krassem und direkten Widerspruch zu den ursprünglichen Bedingungen der UMTS-Lizenzvergabe.

Andererseits erlaubten die damaligen Ausschreibungsbedingungen in der (möglichen) zweiten Phase des Versteigerungsverfahrens sehrwohl einem Betreiber, der in der ersten Phase bereits drei 5MHz Frequenzpakete gepaart erworben hat, ein weiteres 5MHz Frequenzpaket zu ersteigern. Daher steht die Bestimmung 2a) letzter Satz des Entwurfes zu F 2/05-62, die einen Erwerb von insgesamt 4 Frequenzpaketen durch H3G (oder ONE) dezidiert ausschließt, erneut in krassem und direkten Widerspruch zu den ursprünglichen Bedingungen der UMTS-Lizenzvergabe.

3.2 Unsachliche Beschränkung der wettbewerblichen Beurteilung auf Grundlage der UMTS-Frequenzausstattung

Mobilfunkunternehmen, die über Frequenzspektrum im GSM- und im UMTS-Bereich verfügen, nutzen heutzutage durchwegs die Vorteile, die sich aus der technischen Verschränkungsmöglichkeit dieser Spektralbereiche durch Dual-Mode-Endgeräte ergeben. Trotzdem beschränkt die TKK ihre Analyse zum Vorliegen von Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Entwurf auf eine reine UMTS-Betrachtung. Unter der gebotenen Einbeziehung der GSM-Frequenzausstattung der Betreiber, sind wesentliche Annahmen und Schlussfolgerungen der TKK im Entwurf schlicht unhaltbar (siehe dazu unten Punkt 4).

4. Zur Situation in kombinierten GSM/UMTS-Netzen

4.1 Ausweichen von Sprachverkehr über den GSM-Ast kombinierter Netze

In Bereichen, in denen GSM- und UMTS-Netze parallel betrieben werden, steuern die Betreiber den Verkehr zwischen GSM- und UMTS-Netzen im Hinblick auf Verfügbarkeit, Kapazität und Effizienzüberlegungen für ihr Netz.

In Österreich verfügen Mobilkom, TMA, ONE (und tele.ring) über kombinierte GSM/UMTS Netze. H3G verfügt dagegen über ein reines UMTS Netz, was zur Folge hat, dass H3G alle Services, insbesondere auch Sprachtelefonie, über ihr UMTS Netz abwickeln muss.

Generell können Sprachdienste sowohl über GSM-Netze als auch über UMTS Netze abgewickelt werden. Für Sprachübertragung wird in GSM- und UMTS-Netzen die gleiche Sprachqualität erreicht. Die maximale Anzahl der Kunden, die einen bestimmten Dienst gleichzeitig nutzen können, bezogen auf die Fläche, kann als die Netzkapazität betrachtet werden. Ein wesentlicher Faktor, der diese Netzkapazität beschränkt, ist das verfügbare Frequenzspektrum über das die Mobilkommunikationsdienste angeboten werden.

Für Betreiber, die sowohl über GSM- als auch über UMTS-Netze verfügen, ist die kombinierte Nutzung beider Netze optimal. Da Sprachanrufe auch auf GSM-Netzen die Netzkapazität gut nutzen und da keine wesentlichen Unterschiede in der Sprachübertragung zwischen GSM und UMTS vorhanden sind, ist es sinnvoll, Sprache soweit als möglich über GSM abzuwickeln und das UMTS-Spektrum für die Nutzung mit breitbandigen Diensten zu entlasten. Dies ist auch die gängige Praxis bei allen kombinierten GSM/UMTS-Betreibern. Es ist schon aus diesem Grund schlicht falsch, das GSM-Spektrum außer Betracht zu lassen.

Die Nutzung von GSM-Netzen für Sprachtelefonie hat auch den Vorteil, dass bei etablierten Betreibern auch in den nächsten Jahren eine signifikante Anzahl von Kunden reine GSM Geräte verwenden werden. Darüber hinaus verteilt sich die Nutzungslast bei UMTS-Endgeräten, welche allesamt automatisch per Standardisierung über eine GSM/UMTS-Dual-Mode-Funktionalität verfügen, auf beide Frequenzbänder, GSM und UMTS. Feldversuche zeigen, dass bei UMTS/HSDPA-Last (UMTS-Spektrum) aufgrund der dadurch generierten Interferenz Dual Mode Endgeräte auf das GSM Netz ausweichen (Ec/No basiertes 3G/2G Cell Reselection).

Dieses Erfahrung wurde wurde z.B. auch von der Mobilkom Austria durch eine Präsentation auf einer gängigen Fachkonferenz bestätigt (IIR Konferenz „HSDPA, WiMax & Co", 24. und 25. Jänner, Wien).
Hervorzuheben ist, dass ein „Rückfall" von Sprachtelefonie-Kunden in das GSM Netz keinen Fall darstellt, der erst irgenwann in der Zukunft bei hohen HSDPA-Netzlasten Realität werden wird. Vielmehr findet dieser „Rückfall" bereits in der derzeitigen Netztopologie und bei derzeitiger Netzlast regelmäßig in großem Ausmaß statt. So werden etwa laut den unabhängigen jährlich durchgeführten) Netzqualitätsmessungen von [redacted] im Netz der [redacted] bereits derzeit (Jänner 2006) 20% aller in UMTS begonnenen Verbindungen in GSM beendet.
Praktisch heißt dies, dass sowohl der UMTS/HSDPA-Daten-Nutzer als auch der Nutzer von Sprachtelefonie jeweils optimal von Frequenzressourcen im UMTS oder GSM Bereich versorgt werden. Allgemein ist in kombinierten GSM/UMTS Netzen der Rückfall auf GSM immer möglich. Diese Option besteht bei einem reinen UMTS-Betreiber wie H3G nicht. Allein aus dem Umstand, nominell gleicher UMTS-Frequenzblockzahlen lässt sich daher keine ausgeglichene Wettbewerbsfähigkeit eines reinen UMTS- und eines kombinierten GSM/UMTS-Betreibers ableiten.

Darüber hinaus sind in den UMTS/GSM-Spezifikationen fortgeschrittene Software Features wie z.B. "Service Based Handover" (für einen Sprachanruf schaltet das Endgerät automatisch auf GSM, für Datendienste wird UMTS verwendet) definiert. Diese Features werden derzeit von Systemlieferanten in kombinierte GSM/UMTS Netze implementiert. Eine derartige kombinierte Nutzung von GSM und UMTS (Sprachdienst auf GSM und Datendienste auf UMTS) ermöglicht damit einem GSM/UMTS Betreiber eine wesentlich höhere Kapazität (gleichzeitige Sprachanrufe und Datenverbindungen) in seinem Netz bereitzustellen, als ein Betreiber, der Dienste ausschließlich über UMTS anbietet.

Daher ist eine wichtige Voraussetzung für einen reinen UMTS-Netzbetreiber, mittel- und langfristig gegenüber den technischen Möglichkeiten von GSM/UMTS Netzen eine vergleichbare Kostenbasis zu behaupten, über mehr UMTS Spektrum zu verfügen. Um dieses sicherzustellen und den Eintritt in den Mobilfunkmarkt zu stimulieren, war in vielen Ländern bei der UMTS Lizenzvergabe sogar die Mehrausstattung von neu eintretenden Unternehmen ein Bestandteil der Vergaberichtlinien (Bsp.: UK). Für Österreich heißt das, dass die von der TKK in der Begründung zum Entwurf (siehe dort Seite 18) erwähnte "Symmetrie in der Frequenzausstattung" nur erreicht werden kann, wenn der reine UMTS-Betreiber H3G gegenüber Mobilkom, TMA und ONE eine deutlich höhere UMTS-Frequenzausstattung aufweist.

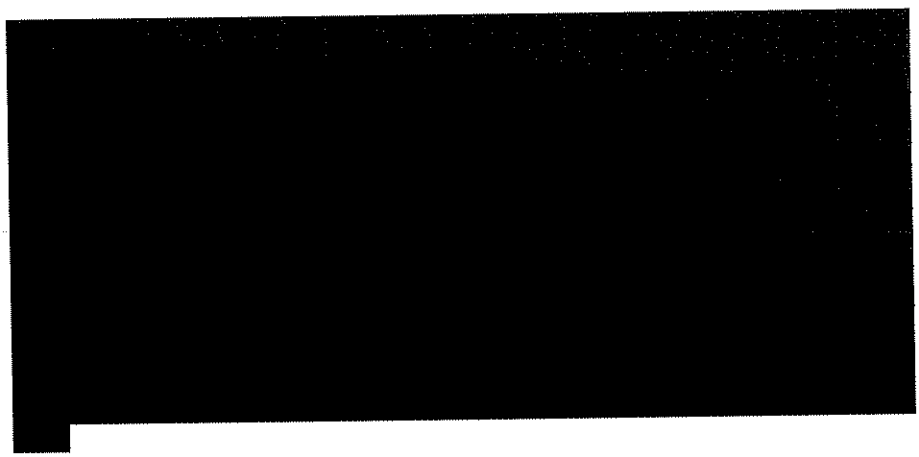
4.2 Zur Bedeutung der gesamten UMTS-Frequenzausstattung für den Maverick

Auf Seite 18 des Entwurfes stützt TKK die Begründung des Entwurfes insbesondere zur Beschränkung der von ONE oder H3G zu erwerbenden Frequenzpakete auf eine mögliche "*Ungleichverteilung in Hinblick auf die Frequenzausstattung und in Folge [...] einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten desjenigen derjenigen Betreiber [...], der kein entsprechendes Frequenznutzungsrecht erwerben könnte*".
Diese "Überlegungen zur Symmetrie in der Frequenzausstattung" sind unrichtig und können keine Grundlage für die Nebenbestimmungen in den Spruchpunkten 2.a bis 2.c darstellen. Die von der TKK befürchtete Ungleichverteilung wäre auch dann gegeben, wenn das ominöse "unabhängige Unternehmen" ein Frequenzpaket erwerben würde, oder wenn ein Paket in Ermangelung eines

entsprechenden Erlöses von TMA an den Bund zurückgegeben würde (in beiden Fällen hätte nämlich ONE kein zusätzliches Paket).
Für die Betrachtung der Wettbewerbsfähigkeit bei Sprachtelefonie ist gerade bei H3G die Gesamtfrequenzausstattung entscheidend, da H3G darauf angewiesen ist auch seinen gesamten Sprachverkehr über UMTS-Frequenzen abzuwickeln. Dafür stehen allen übrigen Mobilnetzbetreibern die alten GSM-Frequenzen noch lange zur Verfügung.
Die Gesamtfrequenzausstattung ist zusätzlich relevant, da im Betrachtungszeitraum von der Möglichkeit des Frequenzrefarmings von GSM Frequenzen zu UMTS ausgegangen werden muss (siehe unten Punkt 4.3). H3G ist bezüglich der Gesamtfrequenzausstattung (GSM/UMTS) gegenüber den anderen Netzbetreibern am österreichischen Mobilfunkmarkt deutlich benachteiligt. Nur die Genehmigung des Erwerbs beider UMTS-Frequenzpakete von tele.ring durch H3G würde zusammen mit der erhöhten Frequenz-Effizienz von UMTS eine annähernd gleichwertige Ressourcenausstattung und Netzkapazität im Vergleich zu allen anderen Marktteilnehmern gewährleisten.
Nach dem Zusammenschluss von TMA und tele.ring würde sich ohne Auferlegung von Auflagen die Gesamtfrequenzausstattung der Marktteilnehmer wie folgt darstellen:

Betreiber	**GSM 900+1800 gepaart**	**UMTS 2100 Gepaart**	**Gesamtbandbreite gepaart**
Mobilkom	2x32,2 MHz	2x14,8 MHz	**2x47 MHz**
TMA	2x37,6 MHz	2x24,8MHz	**2x62,4 MHz**
ONE	2x32,2 MHz	2x10 MHz	**2x42,2 MHz**
H3G	-	2x9,8 MHz	**2x9,8 MHz**

Wie in den Beschwerdepunkten der Kommission unter Rz. 92 festgestellt, ist H3G durch das dem Unternehmen zur Verfügung stehende Frequenzspektrum im UMTS Bereich in "seinem Bewegungsspielraum eingeschränkt."



H3G teilt diese Analyse der Kommission und hat deshalb zur Stärkung seiner Maverick Position, wie bereits erwähnt, am 28.2.2006 vorbehaltlich der Genehmigung durch die EK und der lokalen Regulierungsbehörde ein verbindliche Vereinbarung (Term Sheet) über den Erwerb von [redacted] UMTS-Spektrum [redacted] mit TMA abgeschlossen. (Diese liegt der TKK vor).

Sollte dem Frequenzverkauf zur Förderung der Maverick Position der H3G, zugestimmt werden, ergäbe sich folgende Gesamtfrequenzausstattung:

Betreiber	GSM 900+1800 gepaart	UMTS 2100 Gepaart	Gesamtbandbreite gepaart
Mobilkom	2x32,2 MHz	2x14,8 MHz	**2x47 MHz**
T-Mobile	2x37,6 MHz	[redacted]	[redacted]
ONE	2x32,2 MHz		
H3G	-		

Diese Abhilfemaßnahme würde sicherstellen, dass H3G zumindest über etwa [redacted] Frequenzen verfügen würde, wie der Mitbewerb. Aber bereits durch diese zusätzliche Frequenzausstattung würde H3G auf absehbare Zeit (zumindest für 5 Jahre) in die Lage versetzt, ohne die Gefahr durch drohende Investitionen in Netzverdichtungs-Massnahmen limitiert zu sein, preisaggressiv am Markt für Sprachtelefonie auftreten zu können.

4.3 Benachteiligung von H3G beim Frequency-Refarming

Wie bereits oben (siehe Punkt 3.2) dargestellt, bringt bereits heute die gleichzeitige Ausstattung eines Betreibers mit GSM- und UMTS-Spektrum bedeutende Vorteile für einen Betreiber mit sich. Das UMTS-Spektrum kann für breitbandige Anwendungen genutzt werden, weil die klassischen Sprachapplikationen über das GSM-Spektrum bedient werden können (diese Entlastungsmöglichkeit hat ein reiner UMTS-Betreiber wie H3G nicht!). Weiters können in gemischten GSM-/UMTS-Netzen technisch mittlerweile etablierte Rückfallmechanismen von UMTS- auf GSM-Spektrum genutzt werden, die eine bessere Verfügbarkeit und Versorgung von Diensten garantieren. Darüber hinaus bieten sich auch für die Zukunft für gemischte GSM-/UMTS-Netze erhebliche Vorteile dadurch, dass die Möglichkeit des in Kürze erwarteten Frequency-Refarming exzessiv genutzt werden kann.

5. Frequency-Refarming

Unter Frequenz-Refarming versteht man die Umwidmung eines bestimmten Frequenzspektrums hinsichtlich des Verwendungszweckes. In der Regel führt der ursprünglich Nutzungsberechtigte das ihm zugeteilte Frequenzspektrum einer neuen Nutzung zu.

Das §57 Abs 4 TKG sieht ein solches Frequenz-Refarming vor:

> *"Auf Antrag des Zuteilungsinhabers kann die Regulierungsbehörde die vorgeschriebene Frequenznutzung ändern, sofern dies auf Grund des Verwendungszwecks und der technischen Nutzungsbedingungen (§ 51 Abs. 3) zulässig ist. Dabei hat sie insbesondere die technische Entwicklung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen."*

Dabei ist insbesondere zu beachten, dass ein solches Verfahren lediglich zwischen dem Frequenz-Inhaber und der Regulierungsbehörde abläuft. Eine Parteistellung für Mitbewerber ist nicht vorgesehen. Österreich spielte mit dieser gesetzlichen Norm international eine Vorreiterrolle. Nach dem Kenntnisstand von H3G war diese Bestimmung im österreichische TKG 2003 zum Zeitpunkt ihrer Erlassung die erste ihrer Art in einem Mitgliedstaat. Von Relevanz ist Frequency-Refarming nun (erstmals) hinsichtlich der Umwidmung von GSM Frequenzen in eine Nutzung für UMTS. Dabei ist zu beachten, dass die Zuteilung von

Frequenzen prinzipiell in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Lediglich in jenen Bereichen, in denen es ausdrückliche Rechtsvorschriften der EU gibt, besteht eine Notwendigkeit, das Thema Frequency Refarming auf europäischer Ebene zu diskutieren.
Konkret liegt derzeit eine Anfrage der CEPT (Electronic Communication Committee) vom 8. November 2005 an das RSC (Radio Spectrum Committe) der Kommission um Klärung vor, inwieweit eine Umwidmung von GSM Spektrum in UMTS Nutzung die Richtlinie 87/372/EEC berührt. Das RSC hat bei seiner Sitzung am 8./9. März 2006 beschlossen, die unmittelbare Nutzung von GSM Spektrum für UMTS Zwecke durch eine Arbeitsgruppe der CEPT klären zu lassen.
Die in Frankreich zuständige ANFR vertritt in diesem Zusammenhang die Meinung, dass ein Refarming von GSM Spektrum in UMTS Nutzung die Bestimmungen der Richtlinie nicht berühre. Sobald sich die Meinung der ANFR, die von fast allen wesentlichen Mobilfunk-Unternehmen und vielen nationalen Behörden unterstützt wird, innerhalb der Kommission durchsetzt, ist der Weg für Frequency-Refarming von GSM in UMTS auf europäischer Ebene frei. In der Folge ist es in der Verantwortung jedes Mitgliedstaates, ob und wann er Frequency Refarming zulässt. Die Relevanz der Refarmings zeigt sich auch durch die Tatsache, dass Systemtechnik- und Endgerätelieferanten wie z.B. Nokia bereits Geräte und Netztechnik mit der UMTS 900/1800 – in der Pipeline haben.

Als Zusammenfassung der obigen Fakten, ist davon auszugehen, dass Frequency-Refarming in Österreich schon relativ zeitnahe, wahrscheinlich bereits vor 2008, für alle 2G/3G Betreiber die Möglichkeit schaffen wird, ihr gesamtes Spektrum wahlweise für GSM oder für UMTS zu nutzen. Damit liegt in absehbarer Zeit ein weiterer großer Vorteil der kombinierten GSM/UMTS Betreiber auf dem Tisch.

Für H3G hätte der Erwerb beider UMTS-Frequenzblöcke folgende positive Effekte, die auch mit dem Zielen des TKG voll in Einklang stehen:

- Kostengünstigerer Netzausbau (Vollausbau in Österreich) und damit Senkung der Grenzkosten: der Netzausbau erfordert bei begrenztem Frequenzspektrum erheblich mehr Investitionen als beim Besitz eines breiteren Frequenzbandes.

- Hoher Anreiz neue Kunden durch preisaggressiven Wettbewerb zu gewinnen und über den Preis Wettbewerber zu disziplinieren.

- Sicherstellung des qualitativen Wettbewerbs bei Multimediadiensten.

Diese Faktoren sind maßgeblich für beschleunigtes Wachstum und aggressive Preispolitik.

5.1 Absolute Betrachtung der Frequenzausstattung

Sollte die EK der Überlassung von zwei UMTS-Frequenzpaketen nicht zustimmen, sondern lediglich den Erwerb je eines Frequenzpaketes durch H3G und ONE genehmigen, würde sich daraufhin die Gesamtfrequenzausstattung (gepaartes Spektrum) folgendermaßen darstellen:

Betreiber	**GSM 900+1800 gepaart**	**UMTS 2100 gepaart**	**Gesamtbandbreite gepaart**
Mobilkom	2x32,2 MHz	2x14,8 MHz	**2x47 MHz**
T-Mobile	2x37,6 MHz	2x15 MHz	**2x52,6 MHz**
ONE	2x32,2 MHz	2x14,8 MHz	**2x47 MHz**
H3G	-	2x14,8 MHz	**2x14,8 MHz**

Diese Aufstellung zeigt deutlich, dass H3G in der Frequenzausstattung gegenüber allen drei Mitbewerbern deutlich abfallen würde. Alle Mitbewerber würden über mehr als 3 mal so viel Spektrum im gepaarten Bereich verfügen, wie H3G. Selbst wenn man also dem Anspruch der Behörde auf augeglichene Frequenzausstattung nachgeben würde.

Verschärft würde diese Situation durch die Einführung von Frequency-Refarming. Dann würden alle Mitbewerber nicht nur über die 3-fache Menge an UMTS-Spektrum verfügen, sondern ihnen stünde – verursacht durch die höheren Reichweiten niederfrequenten Spektrums – auch noch viel "besseres" Frequenzspektrum hinsichtlich der Versorgung des ländlichen Raums und der Erreichung von Indoor-Versorgung zur Verfügung.

Um in einer solchen Situation H3G erneut in die Lage zu versetzen, durch preisaggressives Verhalten eine Maverick-Rolle im österreichischen Markt spielen zu können, müsste H3G durch entsprechende Auflagen an die Parteien in die Lage versetzt werden, ab Einführung von Frequency-Refarming am österreichischen Markt privilegierten Zugang zu umgewidmeten GSM-Spektrum zu bekommen.

Mit freundlichen Grüßen

Berthold Thoma
CEO