DLA WEISS-TESSBACH
Rechtsanwälte GmbH
Rotenturmstraße 13
A-1010 Wien
T +43 1 531 78/0
F +43 1 533 52 52
W www.dlapiper.com

DLA WEISS-TESSBACH

An die
Telekom-Control-Kommission

Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

Per Telefax: 58 0 58 9191
Per E-mail: rtr@rtr.at

Unser Zeichen: VC/WSC/BGO - T186012
Email: claudine.vartian@dlapiper.com

Geschäftszahl F 2/05

Antragstellerinnen: **1. T-Mobile Austria GmbH**
Rennweg 97-99, 1030 Wien

Erstantragstellerin vertreten durch:

DLA WEISS-TESSBACH
Rechtsanwälte GmbH
1010 Wien, Rotenturmstraße 13
Tel. 531 78/0 Fax 533 52 52

2. tele.ring Telekom Service GmbH
Hainburgerstraße 33, 1030 Wien

3. [weggefallen]

4. TRA 3G Mobilfunk GmbH
Hainburgerstraße 33, 1030 Wien

Zweit- und Viertantragstellerinnen vertreten durch:
Dr. Stefan Köck
Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte
Seilergasse 16
1010 Wien

STELLUNGNAHME DER ERSTANTRAGSTELLERIN ZUM ENTWURF EINER VOLLZIEHUNGSHANDLUNG

1-fach

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Dr. Wieland Schmid-Schmidsfelden
Mag. Dr. Stefan Eder
Mag. Ivo Deskovic
Mag. Peter Solt LL.M. (Chicago)
Jörg Nürnberger*
Dr. Wolfgang Lafite
Mag. Dr. Max Becker LL.M. (San Diego)
Dr. Alexander Cizek LL.M. (Duke)
Mag. Andreas Schwalghofer
Dr. Wolfgang Freund LL.M. (London)
o.Univ.Prof. Dr. Franz Marhold*
Dr. Phillip Dubsky M.C.J. (NYU)
Dr. Martin R. Geiger LL.M. (Amsterdam)
Dr. Claudine Vartian
Dr. Oskar Winkler
Andrew Darwin MA (Cantab)*
David Church LLB*
David Raff LLB (Hons)*
Dr. Monika Horváth*
Dr. Péter Göyrfi-Tóth LL.M. (Heidelberg)*
Dr. András Poszti*
Dr. Rita Hoffmann LL.M. (London)*
Dr. Helga Fehér*
JUDr. Milan Cervenka*
* zugelassen als niedergelassener Europäischer Rechtsanwalt

DLA WEISS-TESSBACH Rechtsanwälte GmbH ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien zu FN 239956f eingetragen und Teil von DLA Piper Rudnick Gray Cary, einer globalen Organisation von Rechtsdienstleistern.

Austria switchboard
+43 1 531 78/0

Serving clients worldwide across Europe, Asia and the United States of America.

Am 11.04.2006 hat die Telekom-Control-Kommission (TKK) gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 den Entwurf eines Bescheides im Verfahren F 2/05 interessierten Personen im Rahmen eines Konsultationsverfahrens zur Kenntnis gebracht. Als Frist für das Einlangen von Stellungnahmen hierzu hat sie den 24.04.2006 bestimmt. Die Erstantragstellerin gibt zu diesem Entwurf einer Vollziehungshandlung binnen offener Frist folgende

STELLUNGNAHME

ab:

1. Zulässigkeit der Stellungnahme:

Gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 ist interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003 zu gewähren. Der Erstantragstellerin kommt als Partei des gegenständlichen Verfahrens bereits nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen rechtliches Gehör zu. Dieses – weitergehende – Recht schließt ein Recht zur Stellungnahme im Konsultationsverfahren nicht aus, ist die Partei des Verwaltungsverfahrens doch jedenfalls auch interessierte Person im Sinne des § 128 Abs 1 TKG 2003. Die Erstantragstellerin nimmt diese Gelegenheit hiermit wahr, um die TKK auf Teilanordnungen im Bescheid, die für die Erstantragstellerin derzeit noch nicht nachvollziehbar sind, hinzuweisen.

2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse:

Die Ausführungen dieser Stellungnahme stellen – soweit sie nicht bereits im Zuge anderer Verfahren vor den Regulierungsbehörden öffentlich zugänglich gemacht wurden oder sonst öffentlich zugänglich sind – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Erstantragstellerin dar, weshalb um vertrauliche Behandlung im Sinne des § 125 Abs 1 TKG 2003 ersucht wird.

3. Zum Spruchpunkt 1:

Die Erstantragstellerin begrüßt die grundsätzliche Zustimmung der TKK zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH (im Folgenden kurz „TRA 3G") gemäß § 56 Abs 2 TKG 2003.

4. Zum Spruchpunkt 2:

Die von der TKK in ihrem Bescheidentwurf vorgesehenen Auflagen gehen über die von den Antragstellerinnen angebotenen hinaus und schränken die Antragstellerinnen in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit unangemessen ein, ohne dass dies zur Erreichung des Zieles, negative technische Auswirkungen und Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden, erforderlich wäre. Dazu im Einzelnen:

4.1. Getrennter Verkauf beider Frequenzpakete

4.1.1. Nicht wettbewerbliche Notwendigkeit, sondern Fairness-Gedanke steht im Vordergrund

Nach dem beabsichtigten Spruchpunkt 2a sollte es nicht zulässig sein, die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket (2 x 9,8 MHz) der der TRA 3G zugewiesenen UMTS-Frequenzen bloß einem der beiden Mitbewerber Hutchison 3G Austria GmbH (im folgenden kurz „H3G") oder One GmbH (im folgenden kurz „One") anzubieten. Stattdessen ist der Gesamtumfang von 2 x 9,8 MHz in zwei Pakete zu je 2 x 5 MHz bzw. 2 x 4,8 MHz aufzuteilen.

Begründet wird diese Beschränkung im Wesentlichen damit, dass es bei Erwerb des Gesamtpaketes durch einen der beiden Betreiber zu einer Ungleichverteilung im Hinblick auf die Frequenzausstattung und in der Folge zu einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten desjenigen der beiden Betreiber käme, der kein entsprechendes Frequenznutzungsrecht erwerben könnte (Entwurf Seite 18). Die asymmetrische „Bevorzugung" eines der beiden Betreiber würde die Wettbewerbsposition des jeweils anderen und damit letztendlich das Ziel der Stärkung des Wettbewerbes insgesamt gefährden.

Dies ist aus den folgenden Gründen nach Ansicht der Erstantragstellerin nicht nachzuvollziehen:

Die Antragstellerinnen haben im Verfahren F 2/05 als Auflage angeboten, dass die Erstantragstellerin im Ergebnis das gesamte UMTS-Spektrum der TRA 3G entweder in Form eines Frequenzpaketes zu 5,0 MHz und eines Frequenzpaketes zu 4,8 MHz oder in Form eines einzigen Frequenzpaketes zu 9,8 MHz an H3G, One oder einen (oder mehrere) von ihr unabhängige(n) Dritte(n), nicht jedoch an Konzerngesellschaften der Telekom Austria AG und /oder der Erstantragstellerin, veräußert.

Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens bei der Europäischen Kommission (Fall COMP/M.3916) wurde dieses Auflagenangebot von der Erstantragstellerin derart konkretisiert, dass sich die Erstantragstellerin verpflichtet hat, der H3G ein UMTS-Frequenzpaket mit einer Bandbreite von 5,0 MHz im an die H3G UMTS-Frequenzen angrenzenden Frequenzbereich von 1939,9 bis 1944,9 MHz (gepaart dazu 2129,9 bis 2134,9 MHz) zu veräußern.

Die Erstantragstellerin hat sich zudem verpflichtet, einem marktanteilsschwächeren Wettbewerber die der TRA 3G von der österreichischen Regulierungsbehörde zugewiesenen UMTS-Frequenzen mit einer Bandbreite von 4,8 MHz im Frequenzbereich von 1944,9 bis 1949,7 MHz (gepaart dazu 2134,9 bis 2139,7 MHz) zum Kauf anzubieten. Im Gegensatz zum Bescheidentwurf ist es nach dem Auflagenangebot im Fusionskontrollverfahren nicht ausgeschlossen, dass dieser marktanteilsschwächere Wettbewerber auch die H3G sein kann, sodass H3G im Ergebnis beide Frequenzpakete der TRA 3G erwerben darf.

Sollte die Telekom-Control-Kommission oder die Europäische Kommission den Erwerb des 4,8 MHz-Frequenzpakets an den marktanteilsschwächeren Wettbewerber jedoch nicht genehmigen, dann hätte die Erstantragstellerin das 4,8 MHz-Frequenzpaket einem weiteren marktanteilsschwächeren Wettbewerber zum Kauf anzubieten. Für diesen Fall ist aufgrund der dann notwendigen Käufersuche und zusätzlichen Vertragsverhandlungen ein „verlängerter Veräußerungszeitraum" von 9 Monaten ab Kontrollerlangung durch die Erstantragstellerin vorgesehen.

Falls weder H3G noch die One das 4,8 MHz-Frequenzpaket erwerben wollten bzw. könnten, soll lediglich ein 4,8 MHz-Frequenzpaket Gegenstand eines Kaufvertrages zwischen der Erstantragstellerin und H3G sein, um einem potentiellen Dritten, der das 4,8 MHz-

Frequenzpaket zwischen den Frequenzbereichen der H3G und der One nicht nutzen kann, ein 5,0 MHz-Frequenzpaket anbieten zu können.

Dieses Auflagenangebot hat demnach für die Erstantragstellerin zum Einen eine gewisse Dispositionsfreiheit erhalten, in dem nicht von vornherein festgelegt war/ist, welchem Wettbewerber das 4,8 MHz-Frequenzpaket angeboten werden soll (jedoch unter Ausschluss der Konzerngesellschaften der Telekom Austria AG und/oder der Erstantragstellerin), da dies die Verhandlungsposition der Erstantragstellerin im Veräußerungsprozess erheblich schwächen würde. Zum anderen trägt das Auflagenangebot auch dafür Sorge, dass marktanteilsschwächere Wettbewerber im Rahmen der entgeltlichen Erwerbsmöglichkeit der UMTS-Frequenzpakete der TRA 3G keinerlei Versteigerungsrisiko ausgesetzt sind. Die potentiellen Erwerber können somit zu einem im Vergleich mit den im UMTS-Versteigerungsverfahren im Jahre 2000 angebotenen Frequenznutzungsentgelten sehr günstigen Kaufpreis ihre Kapazitäten erheblich ausbauen.

Der Wunsch der TKK, sowohl der H3G als auch der One je ein UMTS-Frequenzpaket zuweisen zu wollen, ist (nur) auf den ersten Blick nachvollziehbar, da jeder UMTS-Konzessionär entsprechend der bisherigen Spruchpraxis der TKK somit 3 UMTS-Frequenzpakete im gepaarten Bereich halten würde. Bei Berücksichtigung der aktuellen Frequenzsituation im GSM-Bereich kommen jedoch erheblich Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der angestrebten Frequenzverteilung auf.

CRA bestätigt in dem von der Erstantragstellerin in Auftrag gegebenen Gutachten vom 07.11.2005, *CRA Stellungnahme zum im Auftrag der TKK erstellten wirtschaftlichen Gutachten*, dass weder im 2G- noch im 3G-Bereich Kapazitätsbeschränkungen bestehen. In Punkt 4.1. des genannten Gutachtens wird zudem darauf hingewiesen, dass die Amtsgutachter diesem Ergebnis zustimmen.

Bezugnehmend auf den Vorschlag im Amtsgutachten von Oktober 2005, die TKK möge der Erstantragstellerin die Auflage erteilen, das 3G-Spektrum der TRA 3G abzugeben, führt CRA in Folge aus, dass dies konsequenterweise als „Fairness"-Maßgabe zu sehen ist, und nicht als Instrument, eine hypothetische Kollusionsneigung im Markt zu verhindern.

In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass One – neben 10 MHz im UMTS-Frequenzbereich - aktuell über 2 x 3,2 MHz im GSM 900 MHz-Bereich und 2 x 29 MHz im GSM 1800 MHz-Bereich verfügt. One war demnach bislang derjenige Mobilnetzbetreiber mit der umfangreichsten Ausstattung an GSM-Frequenzen (behördenbekannt). Stellt man diese Frequenzausstattung der One den Minutes of Use (MoU) gegenüber, zeigt sich, dass One im GSM-Bereich über die geringste Auslastung (und damit im Gegenzug über die größten freien Kapazitäten) verfügt (89.876 MoU/MHz, vgl. dazu hat z.B. die Erstantragstellerin 175.096 MoU/MHz, vgl. etwa mobilkom austria in ihrer Stellungnahme vom 16.09.2005).

Daraus folgt, dass insbesondere One derzeit unter keinerlei Kapazitätsbeschränkungen leidet.

Unter Verweis auf diese Argumentation stellt sich für die Erstantragstellerin die Frage, aus welchen Gründen eine gleichmäßige Verteilung der 3G-Frequenzen auf die am Markt tätigen UMTS-Konzessionäre geeignet sein solle, einen nachhaltigen und vor allem chancengleichen Wettbewerb zu sichern. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die TKK nicht darauf eingeht, dass – aufgrund der unterschiedlichen Verkehrsauslastung – eine gleichmäßige Verteilung bestehender Frequenzen keineswegs automatisch eine Chancengleichheit im Markt zur Folge hat. Die Erstantragstellerin verweist hierzu auf die im Verfahren vorgebrachten Kennzahlen „Teilnehmer/MHz" bzw. „MoU/MHz".

Geht man – wie die TKK – nicht weiter auf die unterschiedliche Verkehrsauslastung ein, zieht jedoch die GSM-Frequenzen in die Argumentation mit ein, kommt man zu dem Ergebnis, dass eine gleichmäßige Verteilung der UMTS-Frequenzen keineswegs automatisch geeignet ist, einen fairen, nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerb zu sichern. One wäre unter diesen Annahmen selbst bei Übertragung des gesamten tele.ring-UMTS-Spektrums an H3G kapazitiv keineswegs schlechter gestellt als H3G. Dies verdeutlicht das folgende Beispiel[1]:

Eine UMTS Zelle kann ~ 700 kb/sec übertragen. Für einen Voice Call benötigt man einen 16 kbit bearer (Träger). Als Arbeitsannahme für eine Standardkonfiguration eines UMTS-Standortes gilt:

- z.B. Siemens Standard NodeB Konfiguration: channel cards 96+48 per NodeB
- Einsatz einer NodeB
- Einsatz eines 5 MHz Frequenzpakets
- 3-fach sektorisierte Sites

Daraus folgt, dass in einer UMTS Zelle 44 gleichzeitige Gespräche geführt werden können (700 / 16 = 44 Gespräche pro Zelle). Da UMTS-Standorte i.d.R. eine Dreifachsektorisierung (= 3 Zellen pro UMTS Standort) aufweisen, können unter diesen Annahmen 132 Gespräche pro UMTS-Standort (=3x44) abgeführt werden. Dies entspricht einer Anzahl von 19 TRX (132/7 = ca. 19) bei Verwendung der GSM-Technologie (bei Konfiguration von einem Signalisierungs- und 7 Verkehrskanälen per TRX). Ein Standard GSM-Standort mit 3-fach Sektorisierung und einer Konfiguration von jeweils 2 TRX pro Sektor weist 6 TRX auf.

Auf Basis dieser Arbeitsannahme ist das Kapazitätsverhältnis eines UMTS-Standorts zu einem GSM-Standort ca. 3:1.

Wendet man dieses Verhältnis auf das derzeitige UMTS-Spektrum der One an, ergibt sich daraus, dass One neben den 32,2 MHz im GSM-Bereich rund 30 MHz an Summenäquivalenten aus dem UMTS-Bereich zu Verfügung stehen. Dies ergäbe in Summe rund 62 MHz.

Wenn der H3G nun das gesamte UMTS-Spektrum der tele.ring übertragen werden würde, hätte H3G 19,6 MHz im gepaarten Bereich zur Verfügung. Wendet man nun die oben angeführte Kapazitätslogik auf dieses Spektrum an, ergibt sich, dass H3G in diesem Fall eine Kapazität von 58,8 MHz an Summenäquivalenten zur Verfügung stehen würde.

Daraus folgt, dass H3G – selbst wenn dieser das gesamte tele.ring-UMTS-Spektrum übertragen werden würde – aus Sicht der Erstantragstellerin keinerlei Kapazitätsvorteil gegenüber One hätte. Im Gegenteil, das von der TKK befürchtete Frequenzungleichgewicht würde gerade verhindert werden. Eine verpflichtende Abgabe eines UMTS-Frequenzpaketes an One wäre demzufolge aus Sicht der Antragstellerinnen aus wettbewerblichen Gründen nicht notwendig. Die Auflage, neben der H3G auch One ein UMTS-Frequenzpaket zum Kauf anbieten zu müssen, entspringt demnach offensichtlich vielmehr dem Versuch, für eine „faire" Verteilung der UMTS-Frequenzen zu gleichen Teilen auf die bestehenden UMTS-Konzessionäre zu sorgen, anstatt eine wettbewerbliche Notwendigkeit in der Verpflichtung zu sehen, der One ein UMTS-Paket zum Kauf anbieten zu müssen. Ziel des § 56 TKG 2003 ist jedoch nicht die

[1] Die Erstantragstellerin geht davon aus, dass bei One, wie bei bestehenden GSM-Betreibern üblich, mittelfristig der Voice-Bereich weiterhin dominierend sein wird. Aufgrund der aktuell sehr guten Frequenzausstattung im GSM-Bereich ist davon auszugehen, dass One ihren Voice-Verkehr vorrangig im GSM-Netz abführen wird. Das UMTS-Netz der One steht somit – im Gegensatz zu jenem der 3G – nahezu ausschließlich für die Abwicklung von Datenverkehr zur Verfügung.

„faire" Verteilung des Frequenzspektrums unter allen Marktteilnehmern, sondern nur die Unterbindung von technischen Problemen oder von solchen Ungleichverteilungen des zugewiesenen Frequenz-Spektrums, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen würden.

Eine gleichmäßige Verteilung des Frequenzspektrums ist vom Gesetzgeber zudem keineswegs von vornherein gewollt: die Vergabe von Frequenzen auf Grundlage eines Versteigerungsverfahrens nimmt Ungleichverteilungen bewusst in Kauf, da in diesem Wege die Frequenzen i.d.R. an den Bestbieter vergeben werden – unabhängig davon, über wie viel Spektrum dieser schon verfügt (vgl. dazu § 55 Abs 1TKG 2003).

In diesem Zusammenhang ist abschließend darauf hinzuweisen, dass nicht eine verpflichtende Veräußerung an One bei der Erstantragstellerin als kritisch gesehen wird - unverhältnismäßig einschränkend ist vielmehr der Umstand, dass es der Erstantragstellerin bzw. TRA 3G nicht erlaubt sein soll, das gesamte Paket an H3G zu verkaufen, sollte One kein ernsthaftes Interesse zeigen. Das ernsthafte Interesse wäre für die Erstantragstellerin dann gegeben, wenn auch One bereit wäre, einen marktüblichen Preis für die Übertragung des Nutzungsrechtes an einem UMTS-Frequenzpaket zu zahlen. Aufgrund der jetzigen Regelung hat One jedoch nur eine geringe bzw. keine Motivation, einen solchen marktüblichen Preis anzubieten.

Darüber hinaus würde es die Erstantragstellerin begrüßen, wenn derartige Einschränkungen des Erwerberkreises im konkreten, bevorstehenden Genehmigungsverfahren gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 diskutiert werden würden, und im aktuellen Verfahren keinerlei Präjudizierung hinsichtlich möglicher Erwerber stattfindet.

4.1.2. Aktuelle Auflagen im Einklang mit den gesetzlichen Zielen einer effizienten Frequenznutzung? – Entwertung des Frequenzpakets

Nach § 1 Abs 2 Z 2 lit d TKG 2003 ist es unter anderem Ziel der Regulierung, eine effiziente Nutzung und Verwaltung von Frequenzen sicherzustellen. Das Ziel der effizientesten Nutzung der Frequenzen wird nach § 55 Abs 1 TKG 2003 durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt. Dieses Kriterium der Höhe des Frequenznutzungsentgeltes entspricht der Überlegung des Gesetzgebers, dass ein potentieller Betreiber umso mehr für ein ausgeschriebenes Frequenzspektrum bieten wird, desto stärker er die Frequenzen tatsächlich benötigt. Dieser Mechanismus verhindert in Kombination mit auferlegten Versorgungspflichten auch die Frequenzhortung.

Im konkreten Fall wird durch die Auflage, jeweils ein Frequenzpaket an einen namentlich genannten Mobilfunknetzbetreiber abgeben zu müssen, dieses Ziel der effizienten Frequenznutzung nicht unterstützt.

Es ist nicht ersichtlich, welche Anreize ein Betreiber, dem ein Frequenzpaket angeboten werden muss, haben sollte, einen Kaufpreis, der über einen „symbolischen EURO" hinausgeht, zu bezahlen. Er wird für das jeweilige Frequenzpaket einen niedrigen Kaufpreis bieten, da er davon ausgeht, dass der Verpflichtete wohl eher einen niedrigen Kaufpreis akzeptieren würde, als die Frequenzen an die Republik zurückzugeben – dies gegebenenfalls auch dann, wenn er die Frequenzen selbst gar nicht benötigt.

Im Ergebnis wird durch die vorgeschriebene Trennung des Frequenzpaketes daher Vermögen vernichtet, ohne dass dies wegen der technischen oder der Auswirkungen auf den Wettbewerb, geboten wäre. Ein solches Ergebnis kann auch nach § 1 Abs 2 Z 2 lit d TKG 2003 sachlich nicht gerechtfertigt sein.

4.2. Rückfall des Frequenzspektrums

Wie von der TKK auf Seite 19 des Bescheidentwurfes ausgeführt, ist es grundsätzlich zutreffend, dass der Rückfall des Frequenzspektrums der TRA 3G von den Antragstellerinnen selbst als Auflage angeboten wurde. Dies geschah jedoch unter der Voraussetzung, beide Frequenzpakete der TRA 3G bei einem entsprechenden Angebot auch gemeinsam verwerten zu dürfen. Da dies nach dem Bescheidentwurf nicht zulässig sein soll, erlaubt sich die Erstantragstellerin nunmehr darzulegen, dass der Rückfall der Frequenzen an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie in Kombination mit den Beschränkungen bei der Verwertung des Frequenzspektrums und der dafür vorgesehenen kurzen Frist auch aus folgenden Gründen eine effiziente Frequenznutzung behindert:

Sollten die Antragstellerinnen binnen der von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenen Frist keinen Abnehmer für einen Teil des Frequenzpaketes der TRA 3G finden, würde dieses an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurückfallen und wäre für eine neuerliche Vergabe im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens durch die Regulierungsbehörde verfügbar.

Unter Zugrundelegung der Begründungen aus dem Bescheidentwurf ist nicht auszuschließen, dass die TKK die Ansicht vertritt, dass die Erstantragstellerin und ihre Konzerngesellschaften, die Telekom Austria AG und ihre Konzerngesellschaften sowie H3G oder One, sofern eine von ihnen bereits einen Teil des von den Antragstellerinnen abzugebenden Frequenzspektrums erworben haben sollte, von dieser Auktion auszuschließen wären. Als potentielle Bieter in einem Versteigerungsverfahren blieben somit nur jener Betreiber, der das Angebot der Antragstellerinnen abgelehnt hat und Neueinsteiger über. Ein Betreiber, der entschieden hat, kein zusätzliches Frequenzspektrum erwerben zu wollen, wird von diesem Entschluss aber nicht deshalb abgehen, weil das Spektrum nunmehr nicht durch die Antragstellerinnen veräußert wird, sondern in einer Auktion durch die Regulierungsbehörde versteigert wird.

Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass in diesem konkreten Fall durch das Verfahren der Auktion eine effiziente Frequenznutzung gewährleistet würde. Im Ergebnis würde das Spektrum mangels Bietern daher um einen nur symbolischen Wert zugewiesen werden oder gänzlich brachliegen, was beides nicht effizient wäre. Dies ist insbesondere deshalb bedenklich, weil die Antragstellerinnen durch den entschädigungslosen Rückfall des Frequenzspektrums an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie de facto enteignet würden, ein öffentliches Interesse an einer sich daraus ergebenden nicht effizienten Nutzung dieses Frequenzpaketes aber nicht existieren kann.

4.3. Angebot ausschlagender Betreiber nicht schutzwürdig

Ein Neueinsteiger in den österreichischen Mobilfunkmarkt hätte überdies nur ein Frequenzspektrum von 2 x 5 MHz zur Verfügung. Die Regulierungsbehörde hat Bedenken, dass wenn nur H3G oder nur One das gesamte zur Disposition stehende Spektrum erwerben würde, dies zu einer relativen Verschlechterung der wettbewerblichen Möglichkeiten des jeweils anderen Betreibers führen würde, wovor dieser – trotz bewusster Entscheidung gegen den Erwerb eines der Frequenzpakete – geschützt werden müsse. Selbst dieser, das Anbot ausschlagende, Betreiber hätte aber 2 x 9,8 MHz (H3G) oder 2 x 10 MHz (One) im gepaarten UMTS Frequenzspektrum und damit jedenfalls mehr als ein potentieller Neueinsteiger mit 2 x 5 MHz. Die besondere Schutzwürdigkeit eines Betreibers, der es ablehnt, ihm angebotenes Frequenzspektrum zu erwerben, ist daher nicht nachvollziehbar.

4.4. Keine Möglichkeit der Fristerstreckung

Entgegen den von den Antragstellerinnen in der Antragsänderung vom 10.01.2006 angebotenen Auflagen sieht der Bescheidentwurf keine Möglichkeit zur Erstreckung der zur Verwertung des Frequenzpaketes der TRA 3G bestimmten Frist vor. Dies ist vor allem deshalb bedenklich, weil nunmehr eine getrennte Verwertung der beiden Frequenzpakete vorgeschrieben werden soll. Die Frist von 6 Monaten ist nach derzeitiger Einschätzung der Erstantragstellerin an sich gerade ausreichend, um eine Übertragung der Frequenzen an einen der bereits bestehenden Mobilnetzbetreiber H3G oder One zu ermöglichen. Auch dabei ist jedoch zu bedenken, dass eine solche Übertragung nur unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung der Frequenzüberlassung durch die TKK gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 abgeschlossen werden könnte (wie richtigerweise im Spruchpunkt 3 des Bescheidentwurfes vorgesehen).

Für den Fall, dass ein Frequenzpaket an einen bisher noch nicht am österreichischen Markt tätigen Mobilnetzbetreiber abgegeben werden muss, ist dieser Zeitraum von 6 Monaten jedenfalls zu kurz. Ein solcher potentieller Einsteiger müsste erst über eine internationale Ausschreibung gesucht werden, müsste eine Businessplanung erarbeiten und in Folge müssten aufwendige Verhandlungen geführt werden, die zu einer vertraglichen Einigung führen müssten. Dies ist in einem Zeitraum von 6 Monaten realistisch nicht möglich.

Für die Antragstellerinnen erschwerend kommt in diesem Fall hinzu, dass in diesem Fall die Suche nach einem Neueinsteiger erst beginnen kann, wenn H3G oder One das Anbot zum Erwerb eines der Frequenzpakete der TRA 3G endgültig ablehnen. Die Dauer der Verhandlungen mit H3G und One bis zu einer solchen Absage verkürzt also die zur Verfügung stehende Zeit zusätzlich beträchtlich.

In diesem Zusammenhang verweist die Erstantragstellerin auf ihre gestrige Urkundenvorlage, mit der die Verpflichtungserklärungen im Fall COMP/M.3916 vor der Europäischen Kommission als Beilage ./11 übermittelt wurden. Der in diesen Verpflichtungen vorgesehene „verlängerte Veräußerungzeitraum", der dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Erwerb der von der Regulierungsbehörde zugewiesenen UMTS-Frequenzen mit einer Bandbreite von 4,8 MHz im Frequenzbereich von 1944,9 bis 1949,7 MHz (gepaart dazu 2134,9 bis 2139,7 MHz) von der TKK oder der Europäischen Kommission untersagt werden sollte, beträgt 9 Monate ab Erlangung der Kontrolle an der tele.ring durch die Erstantragstellerin. Der im Bescheidentwurf der TKK auch für diesen Fall vorgesehene Zeitraum von nur 6 Monaten ist unter Umständen zu kurz, um eine Verwertung des Frequenzspektrums zu ermöglichen.

Die Erstantragstellerin ersucht daher nochmals, die Befristung antragsgemäß in den endgültigen Bescheid aufzunehmen.

5. Zusammenfassung:

Abweichend vom Entwurf der Vollziehungshandlung sollte es der Erstantragstellerin freigestellt werden, das Frequenzspektrum der TRA 3G auch in einem Gesamtpaket zu veräußern, insbesondere wenn weder One noch ein Dritter ein Interesse am Erwerb eines Paketes haben. Außerdem sollte – insbesondere für den Fall, dass ein Frequenzpaket an einen Neueinsteiger in den österreichischen Mobilfunkmarkt veräußert wird – die Frist, nach deren Ablauf das Frequenzpaket an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurückfällt, im Falle eines ernstlichen Bemühens der Erstantragstellerin um einen Käufer, erstreckbar sein.

Wien, am 21.04.2006 T-Mobile Austria GmbH