

Mit Boten

vorab per Fax: 580 58-9191

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

Antragsteller:

- 1. **Hutchison 3G Austria GmbH**
Gasometer C;
Guglgasse 12/10/3
A-1110 Wien

Erstantragstellerin
vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BÜRSCHEK
A-1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515 15-0
(Vollmacht erteilt) 49569

- 2. **TRA 3G Mobilfunk GmbH**
Hainburgerstraße 33
1030 Wien

Zweit-antragstellerin
vertreten durch:

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

ANTRAG

**AUF GENEHMIGUNG DER ÜBERLASSUNG VON
NUTZUNGSRECHTEN FÜR FREQUENZEN
GEM. § 56 ABS. 1 TKG 2003**

einfach
1 Halbschrift
1 Beilage

Freshfields Bruckhaus Deringer ist eine Sozietät von Rechtsanwälten, Solicitors und Foreign Lawyers nach englischem Recht; eine Liste aller Partner ist in jedem Büro erhältlich:

Amsterdam Barcelona Beijing Berlin Bratislava Brüssel Budapest Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Singapur Tokyo Washington Wien

I. Sachverhalt

Mit Bescheid K 15/00-67 der Telekom-Control-Kommission (*TKK*) vom 20.11.2000 wurde der Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH das Recht eingeräumt, aus dem gepaarten Bereich 2 x 9,8 MHz im Frequenzbereich 1939,9 – 1949,7 / 2129,9 – 2193,7 MHz (*TRA-Spektrum*) zu nutzen. Dieses Frequenznutzungsrecht ging nachfolgend auf die TRA 3G Mobilfunk GmbH (*TRA*) über.

Mit Bescheid F 2/05-76 vom 26.4.2006 hat die TKK die Genehmigung zu einer wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur gemäß § 56 Abs 2 TKG 2003 hinsichtlich des TRA-Spektrums unter Auflagen erteilt.

Am 28.2.2006 haben T-Mobile Austria GmbH (*TMA*) und Hutchison 3G Austria GmbH (*H3G*) ein verbindliches Term Sheet (*Term Sheet*) abgeschlossen, welches integrierender Bestandteil eines verbindlichen Auflagenangebotes von TMA an die europäische Kommission (*EK*) vom 3.3.2006 war. In diesem Term Sheet wurde hinsichtlich der hier zu genehmigenden Überlassung des TRA-Spektrums an H3G vereinbart, dass H3G vorbehaltlich der Genehmigung durch die TKK das TRA-Spektrum zum Preis von € 15 Millionen erwerben würde.

Den Parteien ist bekannt, dass eine Überlassung der Frequenznutzungsrechte am TRA-Spektrum, wie sie im Term Sheet vereinbart wurde, jedenfalls der Genehmigung der TKK gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 bedarf.

TRA hat die Absicht, bei Erteilung der Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 durch die TKK das TRA-Spektrum der H3G zum Kauf anzubieten und dieses – bei Annahme des Angebotes durch H3G – an H3G zu den in Beilage /1 genannten Bedingungen in zwei Paketen zu überlassen. H3G hat die Absicht, dieses Angebot der TRA anzunehmen.

Der hier gegenständliche Antrag ist auf die Genehmigung der beabsichtigten Überlassung der Nutzungsrechte an den beiden Paketen des TRA-Spektrums von TRA an H3G gerichtet.

II. Zum Bescheid F 2/05-76 und zum Feststellungsinteresse

Den Parteien ist der Bescheid F 2/05-76 vom 26.4.2006 und die darin enthaltenen Auflagen bekannt. Aus nachstehenden Gründen ist davon auszugehen, dass der vorliegende Antrag nicht in Widerspruch zu den Regelungen der TKK im Bescheid F 2/05-76 steht:

Die TKK untersagt der TMA und der T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH nämlich lediglich, "die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket (2 mal 9,8 MHz) bloß einem der beiden Mitbewerber zum Kauf anzubieten". Bei den Parteien besteht Rechtsunsicherheit darüber, welche Konsequenzen der Bescheid der TKK F 2/05-76 vom 26.4.2006 in Hinblick auf die bereits zuvor abgeschlossenen und der Behörde zur Kenntnis gebrachten privatrechtlichen Verpflichtungen zwischen den Parteien bzw. deren Konzerngesellschaften aus dem Term Sheet hat; daher das Feststellungsbegehren in Punkt IV.2. der Parteien. Ein Angebot zur Überlassung der Frequenznutzungsrechte über 2 x 4,8 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1944,9 – 1949,7 / 2134,9 – 2139,7 MHz liegt aber mit dem gegenständlichen Antrag nicht vor und stellt auch keine Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 dar. Die Antragstellung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 setzt weder ein unbedingtes und bereits abgeschlossenes Verpflichtungsgeschäft noch ein (nach Maßgabe des Bescheides F 2/05-76 von der TKK untersagtes) Angebot von der überlassenden an die übernehmende Gesellschaft voraus.

Es genügt die konkrete Absicht der Parteien, vorbehaltlich behördlicher Genehmigung die in Rede stehenden Frequenznutzungsrechte anzubieten, dieses Angebot anzunehmen und diese zu überlassen. Diese Absicht besteht vorbehaltlich der hier beantragten behördlichen Genehmigung und wird hiermit von den Parteien ausdrücklich erklärt.

Unstrittig und in Einklang mit der einschlägigen Kommentarliteratur (siehe *Feiel Wolfgang, Lehofer Hans Peter: Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004, zu § 56 TKG 2003*) ist auch für die antragstellenden Parteien, dass die wirksame Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG jedenfalls die vollständige Information der TKK über die beabsichtigte oder bedingt bereits geschlossene Vereinbarung voraussetzt. Daher wird als Beilage ./1 jene Vereinbarung vorgelegt, zu deren Bedingungen – bei Erteilung der Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 durch die TKK – die Frequenzüberlassung stattfinden würde.

III. Wettbewerb

Die antragstellenden Parteien sehen in der beabsichtigten Überlassung von Frequenznutzungsrechten am TRA-Spektrum weder Nachteile in technischer Hinsicht noch im Hinblick auf mögliche nachteilige Auswirkungen einer solchen Überlassung auf den Wettbewerb. Auch gehen die antragstellenden Parteien nicht davon aus, dass die beabsichtigte Überlassung des TRA-Spektrums von TRA an H3G zu den in Beilage ./1 genannten Bedingungen die Auferlegung von Nebenbestimmungen im Sinne des § 56 Abs 1 TKG 2003 erfordern würde. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen die antragstellenden Parteien zunächst auf die umfangreichen Ausführungen der TMA und der H3G im Verfahren vor der TKK zu GZ F 2/05 (amtsbekannt).

IV. Anträge

Die antragstellenden Parteien stellen vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen an die TKK den

Antrag,

1. die TKK möge die Genehmigung zur beabsichtigten Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen im Umfang von 2 x 5 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1939,9 – 1944,9 / 2129,9 – 2134,9 MHz von TRA 3G Mobilfunk GmbH an die Hutchison 3G Austria GmbH gemäß den in Beilage ./1 dargestellten Bedingungen erteilen, und
2. die TKK möge feststellen, dass eine mit der Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 bedingte Angebotslegung zur Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen im Umfang von 2 x 4,8 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1944,9 – 1949,7 / 2134,9 – 2139,7 MHz von TRA 3G Mobilfunk GmbH an die Hutchison 3G Austria GmbH gemäß den in Beilage ./1 dargestellten Bedingungen zulässig ist; und
3. möge die Genehmigung zur beabsichtigten Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen im Umfang von 2 x 4,8 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1944,9 – 1949,7 / 2134,9 – 2139,7 MHz von TRA 3G Mobilfunk GmbH an die Hutchison 3G Austria GmbH gemäß den in Beilage ./1 dargestellten Bedingungen erteilen, wenn über den Feststellungsantrag in Punkt 2. oben positiv be-

schieden wird oder wenn dieser mangels Feststellungsinteresse oder aus anderen Gründen ab- oder zurückgewiesen wird.

Wien, am 4. Juli 2006

Hutchison 3G Austria GmbH
TRA 3G Mobilfunk GmbH

Verzeichnis der Anlage und Beilagen

Beilage /1.....Vereinbarungsentwurf über die beabsichtigte Veräußerung von Frequenznutzungsrechten

VEREINBARUNG

abgeschlossen zwischen

(1) **TRA 3G Mobilfunk GmbH**
Hainburgerstrasse 33, 1030 Wien
("TRA")

und

(2) **Hutchison 3G Austria GmbH**
Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien
("H3G")

am heutigen Tag wie folgt:

Präambel

- (A) Mit Bescheid K 15/00-67 der Telekom-Control-Kommission (*TKK*) vom 20.11.2000 einschließlich Anlage II wurde Mannesmann 3G Mobilfunk GmbH das Recht eingeräumt, 2 x 9,8 MHz im gepaarten Frequenzbereich 1939,9 – 1949,7/2129,9 – 2139,7 MHz zu nutzen (*TRA-Spektrum*). Das TRA-Spektrum gliedert sich in die zwei Frequenzpakete in den Breichen 1939,9 – 1944,9/2129,9 – 2134,9 MHz (*Paket 1*) und 1944,9 – 1949,7/2134,9 – 2139,7 MHz (*Paket 2*).
- (B) Das Frequenznutzungsrecht am TRA-Spektrum ging von Mannesmann auf TRA über. Am 10.08.2005 haben die T-Mobile Austria GmbH (*TMA*) sowie T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH, Bonn, Deutschland, als Käuferin und Western Wireless International (Austria) Corporation, USA, als Verkäuferin einen notariellen Abtretungsvertrag über die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile an der tele.ring Unternehmensgruppe (der *tele.ring-Abtretungsvertrag*) abgeschlossen. Der tele.ring-Abtretungsvertrag war auf-schiebend bedingt unter anderem durch die Genehmigung der Anteilsübertragung durch die Europäische Kommission sowie die Genehmigung gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 durch die TKK. Die Genehmigung des Zusammenschlusses sowie der wesentlichen Änderung der Eigentümerstruktur wurden unter Auflagen erteilt (vgl. Bescheid F 2/05-76, und COMP/M.3916).
- (C) Am 28.02.2006 haben TMA und H3G ein Term Sheet (*Term Sheet*), welches integrierender Bestandteil des verbindlichen Auflagenangebotes von TMA an die Europäische Kommission vom 03.03.2006 war, abgeschlossen. In diesem Term Sheet wurden auch Regelungen über die Abgabe des TRA-Spektrums an H3G vereinbart.
- (D) Die beabsichtigte Veräußerung beider Pakete des TRA-Spektrums nach den in dieser Vereinbarung getroffenen Regelungen wurde der TKK zur Vorabgenehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG vorgelegt.

TRA und H3G (die *Vertragsparteien*) vereinbarten in Entsprechung der Auflagen der Europäischen Kommission und im Sinne Term Sheets vom 28.02.2006 über die Abgabe des TRA-Spektrums folgendes:

1. Übertragung der Frequenzpakete

- 1.1 Unverzüglich nach Vorliegen der Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 überträgt TRA an H3G entgeltlich das Nutzungsrecht (und H3G übernimmt dieses) am Paket 1 des TRA-Spektrums. Der Kaufpreis für die Überlassung des Nutzungsrechtes an diesem Paket 1 beträgt EUR 7.650.000,- netto (in Worten Euro sieben sechs fünf null null null null), zuzüglich der gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer.

- 1.2 Unverzüglich nach Vorliegen der Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 in Bezug auf das Paket 2 ist TRA verpflichtet gemäß den in dieser Vereinbarung festgelegten Bedingungen ein verbindliches Angebot auf Überlassung des Paketes 2 des TRA-Spektrums an H3G zu legen und H3G verpflichtet sich hiermit unwiderruflich dieses Angebot anzunehmen. Der Kaufpreis für die Überlassung des Nutzungsrechtes an diesem Paket 2 beträgt EUR 7.350.000,-- netto (in Worten Euro sieben drei fünf null null null null), zuzüglich der gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer.
- 1.3 Wird die Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 für eines der beiden Pakete des TRA-Spektrums nicht erteilt, so ist TRA aus diesem Kaufvertrag lediglich zur Überlassung und H3G zur Zahlung des Kaufpreises nur hinsichtlich jenes Paketes verpflichtet, für das eine Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003 erteilt wurde.

2. Übergang des Frequenznutzungsrechtes und Kaufpreiszahlung

Die Übertragung des Frequenznutzungsrechtes erfolgt für jedes Paket Zug um Zug gegen vollständige Entrichtung des Kaufpreises gemäß Punkt 1.1 und Punkt 1.2.

3. Zusicherungen seitens TRA/ Genehmigung unter Auflagen

- 3.1 Hinsichtlich des TRA-Spektrums gibt TRA gegenüber der H3G folgende Zusicherungen ab:

3.1.1 Organisation. TRA ist eine nach österreichischem Recht ordnungsgemäß eingetragene und rechtmäßig bestehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung und besitzt als juristische Person die Befugnis, diesen Kaufvertrag abzuschließen und die darin vorgesehenen Transaktion durchzuführen.

3.1.2 Genehmigungen. TRA hat sämtliche gesetzlichen oder nach ihrem Gesellschaftsvertrag oder sonstigen Gründungsdokumenten vorgesehenen Genehmigungen zum Abschluss und der Durchführung dieses Kaufvertrages erhalten und die TKK hat mit rechtskräftigem Bescheid die Genehmigung gemäß § 56 Abs 1 TKG hinsichtlich jener Pakete des TRA-Spektrums erteilt, an denen TRA mit diesem Kaufvertrag das Nutzungsrecht an H3G überträgt.

3.1.3 Frequenzspektrum. TRA hält das unbeschränkte Nutzungsrecht an den mit diesem Kaufvertrag übertragenen Paketen des TRA-Spektrums und das mit diesem Kaufvertrag übertragene Nutzungsrecht an Paketen des TRA-Spektrums ist frei von jeglichen Ansprüchen Dritter.

3.1.4 Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht an den mit diesem Kaufvertrag übertragenen Paketen des TRA-Spektrums bzw. die damit in Zusammenhang stehenden Pflichten richten sich nach den einschlägigen gesetzlichen und regulatorischen Vorgaben. Alle nach Übertragung des

Nutzungsrechts zu erfüllenden Verpflichtungen betreffend das TRA-Spektrum hat H3G zu erfüllen.

- 3.2 Ausschließlichkeit. Sonstige Zusicherungen, Gewährleistungen oder Garantien hinsichtlich des TRA-Spektrums werden von TRA nicht abgegeben. Insbesondere wird keine Zusage über den Verkehrswert bzw. die Verwendbarkeit des TRA-Spektrums abgegeben.
- 3.3. Auflagen gemäß § 56 Abs 1 TKG 2003. Soweit die TKK die Genehmigung der Überlassung der Frequenznutzungsrechte am TRA-Spektrum unter Auflagen erteilt hat, sind diese Auflagen nur in jenem Umfang von TRA zu tragen bzw. zu befolgen, in dem sie aus faktischen oder rechtlichen Gründen, die von H3G gegenüber TRA vor Abschluss dieser Vereinbarung schriftlich offengelegt werden, nicht von H3G wahrgenommen werden können.

4. Zusicherungen seitens H3G

4.1 H3G gibt gegenüber TRA folgende Zusicherungen ab:

- 4.1.1 Organisation. H3G ist eine nach österreichischem Recht ordnungsgemäß eingetragene und rechtmäßig bestehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung und besitzt als juristische Person die Befugnis, diese Vereinbarung abzuschließen und die darin vorgesehenen Transaktionen durchzuführen.
- 4.1.2 Genehmigungen. H3G hat sämtliche gesetzlichen oder nach ihrem Gesellschaftsvertrag oder sonstigen Gründungsdokumenten vorgesehenen Genehmigungen zum Abschluss und der Durchführung dieser Vereinbarung erhalten.
- 4.1.3 UMTS-Umsatzsteuer. tele.ring hat die Ausstellung einer Umsatzsteuerrechnung im Zusammenhang mit der bezahlten Konzessionsgebühr für das TRA-Spektrum gerichtlich geltend gemacht. Alle aus diesem Rechtsstreit für die tele.ring resultierenden Vorteile verbleiben bei tele.ring. H3G wird daraus keine wie immer gearteten Ansprüche gegen tele.ring, TMA bzw. TRA geltend machen. Für den Fall, dass irrtümlicherweise eine Zahlung des Vorsteuererstattungsanspruches an H3G erfolgt, ist H3G verpflichtet, TRA umgehend zu informieren und den Betrag auf ein von TRA zu benennendes Konto zu überweisen.

5. Verpflichtungen der Parteien nach Abschluss dieser Vereinbarung

- 5.1 H3G verpflichtet sich zur Einhaltung sämtlicher gesetzlicher und behördlicher Auflagen hinsichtlich der Nutzung der mit diesem Kaufvertrag übertragenen Pakete des TRA-Spektrums.
- 5.2 H3G verpflichtet sich zur Einhaltung eines Mittenfrequenzabstandes von 5 MHz vom erworbenen TRA-Spektrum zum Frequenzspektrum der jeweili-

gen Frequenznachbarn. Sollte dies nicht möglich sein, ist von H3G das Einvernehmen mit dem jeweiligen Frequenznachbarn und der Regulierungsbehörde herzustellen, wobei der Ausgang dieses Prozesses keinerlei Einfluss auf die gegenständliche Vereinbarung, insbesondere auch nicht auf die Kaufpreishöhe gemäß Punkt 1.1 oder 1.2, hat.

6. Rechtsfolgen der Nichterfüllung von Zusicherungen gemäß Pkt. 3 und 4

- 6.1 Verbesserung. Im Falle der Nichterfüllung oder des Nichtzutreffens einer in dieser Vereinbarung enthaltenen Zusicherungen der TRA hat diese die Möglichkeit, den Mangel innerhalb von 60 (sechzig) Tagen ab Anzeige durch H3G zu verbessern.
- 6.2 Verzicht auf Anfechtung. Die Vertragsparteien verzichten auf ihr Recht, diesen Vertrag aus dem Titel des Irrtums (ausgenommen Arglist), der *laesio enormis* oder wegen geänderter Verhältnisse anzufechten.
- 6.3 Rücktritt vom Vertrag. Im Falle von wesentlichen Verletzungen der Zusicherungen in Punkt 3. steht H3G das Rücktrittsrecht zu. Im Fall der rückwirkenden Aufhebung einer Genehmigung gemäß Pkt. 1.1 oder 1.2 wird H3G das von TRA erworbene Frequenzspektrum in Entsprechung allfälliger Vorgaben der TTK gegen Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises an TRA zurückübertragen, sofern die Genehmigung nicht nachfolgend nochmals binnen 12 Monaten ab der rückwirkenden Aufhebung von der TTK neuerlich bestätigt wird. Im Zeitraum zwischen Aufhebung des Bescheides über die H3G-Genehmigung bis zur Rechtskraft eines allfälligen Ersatzbescheides trägt jene Vertragspartei die für das TRA-Spektrum anfallende Frequenznutzungsgebühr, welche zur Nutzung des TRA-Spektrums befugt ist.

7. Sonstige Bestimmungen

- 7.1 Vertraulichkeit. Die Parteien verpflichten sich, für die Dauer von 3 Jahren ab Abschluss dieser Vereinbarung deren Bestand und Inhalt sowie Informationen, die ihnen von anderen Parteien im Zusammenhang mit dem Abschluss dieser Vereinbarung übermittelt wurden ("**Vertrauliche Informationen**"), streng vertraulich zu behandeln und die Weitergabe Vertraulicher Informationen an Dritte zu verhindern. Davon ausgenommen ist die Informationsweitergabe an konzernverbundene Unternehmen, die TTK, Berater der Vertragsparteien im erforderlichen Umfang und die Europäische Kommission. Für Zwecke dieser Bestimmung gelten folgende Informationen nicht als vertraulich:
- (i) Informationen, die der Öffentlichkeit bekannt sind oder ohne Verletzung dieser Geheimhaltungsverpflichtung bekannt werden;
 - (ii) Informationen, zu deren Offenlegung eine Partei aufgrund von Gesetzen, Verordnungen oder durch gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Entscheidungen verpflichtet ist.

- 7.2 Teilnichtigkeit. Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung nichtig oder undurchsetzbar sein oder werden, so wird dadurch die Gültigkeit oder Durchsetzbarkeit der übrigen Bestimmungen dieser Vereinbarung nicht berührt. Anstelle der nichtigen oder undurchsetzbaren Bestimmung gilt jene gültige und durchsetzbare Bestimmung als vereinbart, die dem wirtschaftlichen Ergebnis der nichtigen oder undurchsetzbaren Bestimmung am nächsten kommt.
- 7.3 Schriftlichkeitsgebot. Sämtliche Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform und der Unterfertigung durch die Vertragsparteien; dies gilt auch für ein Abgehen vom Erfordernis der Schriftform. Auch ein Verzicht auf Rechte kann nur schriftlich erfolgen. Es bestehen keine mündlichen Nebenabreden zu dieser Vereinbarung.
- 7.4 Kosten. Alle mit der Durchführung dieses Vertrages verbundenen Kosten, insbesondere Kosten anwaltlicher Vertretung, trägt jede Partei selbst.
- 7.5 Anwendbares Recht. Dieser Vertrag sowie die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unterliegen materiellem österreichischem Recht unter Ausschluss aller Kollisionsnormen, insbesondere des IPR und des UN-Kaufrechtes.
- 7.6 Gerichtsstand. Alle sich aus oder in Zusammenhang mit diesem Abtretungsvertrag ergebenden Streitigkeiten unterliegen dem sachlich zuständigen Gericht in 1030 Wien.
- 7.7 Ausfertigungen. Diese Vereinbarung wird in zwei Ausfertigungen errichtet, von denen TRA und H3G je eine Ausfertigung erhalten.

Wien, am [Datum]

Wien, am [Datum]

TRA 3G Mobilfunk GmbH

Hutchison 3G Austria GmbH